



Universidad Autónoma de Querétaro
Facultad de Derecho

Restitución Internacional de Menores

Trabajo escrito

Que como parte de los requisitos para obtener el Grado de
Maestría en
Derecho

Presenta

Lorena Hernández Chavoya

Dirigido por:

M. en D. Celia Cecilia Guerra Urbiola

Querétaro, Qro. a 30 de noviembre de 2019



Universidad Autónoma de Querétaro
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho

Restitución Internacional de Menores

Trabajo escrito

Que como parte de los requisitos para obtener el Grado de

Maestro en Derecho

Presenta:

Lorena Hernández Chavoya

Dirigido por:

M. en D. Celia Cecilia Guerra Urbiola

Nombre del Sinodal Presidente	Celia Cecilia Guerra Urbiola
Nombre del Sinodal Secretario	Everardo Pérez Pedraza
Nombre del Sinodal Vocal	Noé Luján Guerrero
Nombre del Sinodal Suplente	Karla Mariscal
Nombre del Sinodal Suplente	Raúl Ruiz Canizalez

Centro Universitario, Querétaro, Qro.
Fecha de aprobación por el Consejo Universitario (mes y año)
México

Resumen

La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores brinda un procedimiento expedito con el propósito de regresar a un menor a su residencia habitual, una vez que ha sido trasladado o retenido de forma ilícita. Al día de hoy existen ciento un países contratantes del convenio, siendo México uno de ellos. El objeto de esta investigación será el analizar el procedimiento que inició el progenitor de un menor retenido ilícitamente por su progenitora en México, siendo su residencia habitual en España. Se examinará la sentencia dictada en este caso y se verificará su apego a la Convención.

(**Palabras clave:** restitución, retención, traslado)

Dirección General de Bibliotecas UNO

Summary

The Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction provides an expeditious procedure to return a child to his habitual residence after he has been wrongfully removed or retained. As of today, there are one hundred and one contracting parties to the Convention; Mexico is one of them. The purpose of this research will be to analyze the procedure that the father of a child started because the minor was wrongfully retained by his mother in Mexico while his habitual residence was in Spain. The sentence that was ordered and its compliance to the law will be examined.

((**Key words:** removal, retention, return))

Dirección General de Bibliotecas UAG

Agradecimientos

A mi familia y al Programa Titúlate de la Facultad de Derecho.

Dirección General de Bibliotecas UAQ

Resumen.....	iii
Summary.....	iv
Agradecimientos.....	v
Índice.....	vi

Introducción.....	7
-------------------	---

**CAPÍTULO PRIMERO
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL**

1.1. Antecedentes.....	9
1.2. Conceptos.....	10
1.3. Sujetos que intervienen.....	13
1.4. La solicitud.....	15
1.5. Negación de la restitución.....	17

**CAPÍTULO SEGUNDO
SENTENCIA DEFINITIVA**

2.1. Contexto.....	19
2.2. Resultando.....	20
2.3. Considerando.....	23
2.4. Pruebas.....	24
2.5. Traslado o retención.....	27
2.6. Derechos de custodia.....	28
2.7. Interés superior del menor.....	29
2.8. Resuelve.....	30

**CAPÍTULO TERCERO
ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO GENERAL DE RESTITUCIÓN**

3.1. Autoridades Centrales.....	31
3.2. Consideraciones del juzgador.....	34
3.3. Jurisprudencia: Interés superior del menor.....	38

Conclusiones.....	42
Bibliografía.....	44
Anexo: Sentencia definitiva relativa al Procedimiento Especial de Restitución Internacional de Menor.....	46

INTRODUCCIÓN

La sustracción y la retención ilícita de menores son problemas que aquejan a nuestro país. Este tipo de situaciones se presentan principalmente en el núcleo familiar y tiene su origen en las diferencias entre los padres, derivando así que los derechos de custodia o visita sean concedidos por la autoridad judicial a favor de uno de los cónyuges. Pese a existir dicha resolución, los hijos menores de edad son sustraídos ilícitamente del domicilio familiar por el otro progenitor y trasladados a una residencia distinta a aquella que era la habitual, dando como resultado que los menores sufran graves trastornos físicos y psicológicos al verse privados de la compañía de alguno de sus padres o de ambos en un caso extremo en el que incluso puedan ser llevados a algún albergue.

Actualmente es más fácil para los individuos trasladarse de un país a otro, situación que da lugar a que la sustracción o la retención ilícita de los menores se dé en un ámbito internacional. Si bien las cifras de casos recibidos ante la Secretaría de Relaciones Exteriores indican que es una problemática que ha disminuido en los últimos años, aún el número de casos entrantes y salientes es preocupante debido a las consecuencias sociales, emocionales y legales que los menores sufren derivado de a esta situación. De acuerdo a las estadísticas que se publican en la página de la Secretaría de Relaciones Exteriores¹, el año de 2017 es el que ha presentado el menor número de casos iniciados con un número de 193, siendo el año de 2012 en el que se registraron 347 casos nuevos. Los casos que se iniciaron se clasifican en salientes, cuando México es el peticionario de la restitución y entrantes cuando México ha recibido una petición del extranjero. Dentro de las estadísticas del año 2017 se vieron involucrados 294 menores y fueron iniciados 138 casos salientes y 59 casos entrante. Para el caso de México, la mayoría de los casos entrantes y salientes son relacionados con Estados Unidos; esto se debe a

¹ Secretaría de Relaciones Exteriores (sin fecha) Análisis de casos iniciados por año. Recuperado de https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/265679/Estad_sticas_sustracci_n_y_retenci_n_2016-2017.pdf

la creciente problemática migratoria de connacionales que ingresan a dicho país. El mecanismo con el que nuestro país puede atacar el problema antes mencionado se encuentra en la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores cuya finalidad es garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

El presente trabajo académico mostrará el análisis de la sentencia definitiva que resuelve sobre el Procedimiento Especial de Restitución internacional de menor que se promovió ante un juzgado Familiar del Distrito Judicial de Querétaro, publicada en listas el día catorce de diciembre de dos mil dieciséis. Se examinarán una serie de conceptos relativos a la Sustracción o Retención internacional de menores, así como el marco teórico y jurídico en el cual se sitúa con el propósito de determinar si la decisión que tomó el juzgador fue apegada a la ley adjetiva y sustantiva de la materia.

Gracias al Programa Titúlate de la Facultad de Derecho fue viable la elaboración del presente trabajo el cual resultó ser muy satisfactorio por la manera en que fue dirigido por las autoridades universitarias y la cooperación que brindó la directora del trabajo.

CAPÍTULO PRIMERO

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL

1.1 ANTECEDENTES

Carlos I. Muñoz² (2013, 333) nos refiere el antecedente de la patria potestad en Roma, cuando era una facultad absoluta para el padre de familia. Con el paso del tiempo, este poder amplio y absoluto fue cambiando hasta llegar a la institución jurídica que conocemos la cual deriva de la filiación y consiste en un conjunto de facultades y deberes que la ley señala a los ascendientes con respecto a sus descendientes y sus bienes mientras se encuentran en su minoría de edad. El ejercicio de la patria potestad se convierte en un grave problema cuando media una separación de los cónyuges, quienes mientras viven unidos usualmente ejecutan sin tanto problema la patria potestad, pero una vez que se separan se obstaculiza dicho ejercicio por parte del cónyuge que tiene la custodia del menor.

Miguel Carbonell³ (2003, Pag 1110) señala que a nivel internacional se ha reconocido la existencia de un principio universal de protección especial a la niñez, en razón de encontrarse en una posición de desventaja y mayor vulnerabilidad frente a otros sectores de la población, y por enfrentar necesidades específicas. En virtud de lo anterior, se pronunció la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1959. Pero fue en 1989 con la Convención

² MUÑOZ Rocha, Carlos, *Derecho Familiar*, México, Oxford University Press.

³ CARBONELL Miguel, *et.al.*, (2003) *Derecho internacional de los Derecho Humanos*, Textos Básicos Tomo II, Segunda Edición, México, Editorial Porrúa.

sobre los Derechos del Niño, que se dio una transformación cualitativa en la interpretación, comprensión y atención de las personas menores de edad y por consiguiente en su condición social y jurídica.

En particular dicha Convención contempla la necesidad de atender el interés superior del niño, la regla de que no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos y la posibilidad de que el niño sea escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.

En cuanto al interés superior del niño, Carbonell⁴ indica que “se entiende como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños.”

El niño tiene derecho a vivir con su familiar, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente del derecho a la protección de la familia y del niño, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre derechos humanos y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Todas estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia.

En conclusión, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente temporal.

⁴ *Íbidem*

1.2 CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

1. Convención. Se refiere a la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción internacional de Menores, Adoptada en la Haya, Países Bajos el día veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta, publicada en el Diario Oficial de la Federación el seis de marzo de mil novecientos noventa y dos, a la que México se adhirió el veinte de junio de mil novecientos noventa y uno, adquiriendo el compromiso de garantizar la restitución de los menores trasladados o retenidos ilícitamente en nuestro país al de su residencia habitual. La Convención se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. La Convención dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años. (Artículo 4)⁵ (Suprema Corte de Justicia de la Nación, s.f.)

En el artículo 5⁶ (Suprema Corte de Justicia de la Nación, s.f.) de la Convención, se define el derecho de custodia y de visita.

2. Patria potestad. Miguel Ángel Quintanilla⁷ (2010, p. 57) señala que la patria potestad sobre los menores es un derecho fundado sobre la naturaleza y confirmado por la ley que da al padre y a la madre por un tiempo limitado y bajo ciertas condiciones la vigilancia de las personas, la administración y goce de los bienes de los hijos. El derecho de educar a los hijos y corregirlos, el de consentir su matrimonio o de oponerse a él, el de nombrarles un tutor testamentario, etc. Los titulares de la patria potestad pueden convenir en la manera en que deberán ejercer la guarda y custodia del menor. En caso de desacuerdo los ascendientes deberán

⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación (sin fecha), CONVENCION SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES, ADOPTADO EN LA HAYA, PAISES BAJOS, EL 25 DE OCTUBRE DE 1980. Recuperado de:

<http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfArticuladoFast.aspx?IdOrd=23898&IdRef=1&IdPrev=0>

⁶ *Íbidem*

⁷ QUINTANILLA M.A., (2010), Convivencias Familiares y Otras, México, Sista.

acudir ante el Juez de lo familiar, quien deberá conceder la guarda y custodia del menor a uno de ellos y establecer un derecho de visita en favor del otro.

3. Derecho de custodia. Es el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia.

4. Derecho de visita. Se refiere al derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquél en que tiene su residencia habitual. Oscar Cervera⁸ (2011, p. 353) menciona que “Derecho de visita es la facultad que tiene una persona de convivir con el menor durante un tiempo determinado y periódico en el lugar de residencia habitual del menor o fuera de éste, conforme al régimen de visitas establecido.”

5. Guarda y custodia. De acuerdo a Fausto Rico⁹ (2012, p.515) ésta emana originariamente de la Ley, pero sus titulares pueden convenir que sea desempeñada temporalmente por otra u otras personas. Son titulares originarios de la guarda y custodia las personas que ejercen la patria potestad o la tutela sobre un incapaz. Su contenido esencial es el cuidado inmediato del incapaz, lo que comprende su protección física y vigilancia.

6. Régimen de visitas. Por otro lado, Cervera¹⁰ define al régimen de visitas como “el programa de visitas al menor establecidas por ley, sentencia o acuerdo de quien detenta el derecho de custodia y comprende el derecho de trasladar al menor por un tiempo limitado a otro lugar diferente a aquél en que tiene su residencia habitual.

⁸ CERVERA O.G., (2011), *Práctica Forense en Derecho Familiar: Doctrina, modelos, jurisprudencia y resoluciones*, México, InterWriters

⁹ RICO Fausto, et. Al., (2012), *Derecho de Familia*, México, Editorial Porrúa.

¹⁰ CERVERA, *Op.cit.* p. 350.

7. Restitución. Cervera¹¹ (2011, p.350) "... es un proceso restitutorio, ya que se refiere al regreso rápido del menor a su residencia habitual; es decir, la devolución diligente y a la brevedad del menor al país en que habitaba antes de ser trasladado o retenido ilícitamente."

8. Sustracción. Por otro lado, nos define la sustracción como la separación y traslado ilícito de un menor de dieciséis años a un Estado distinto a aquél en el que se encuentra su residencia habitual, traslado que implica el quebrantamiento del derecho de custodia atribuido separada o conjuntamente a una persona distinta, institución o cualquier organismo, que se hubiese ejercido de no haberse producido el hecho ilícito, o cuando el derecho de custodia resulte de una atribución de pleno derecho de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho del Estado del que fue trasladado el citado menor.

9. Retención. Consistente en la abstención de un sujeto de devolver a su domicilio de residencia habitual a un menor que aún no ha cumplido 16 años de edad, y sobre el cual diversa persona, institución u organismo ejerce o hubiese ejercido su guarda y custodia, ya sea separada o conjuntamente, en el momento en que se actualizó la no reincorporación y que dicho derecho resulte de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente, según el derecho del Estado donde el menor tenía su domicilio habitual, destacándose al efecto que la retención debe ser en un Estado diverso al domicilio habitual, pues dicha circunstancia implica el quebrantamiento del derecho de custodia citado.

10. Residencia habitual. La convención hace referencia en múltiples ocasiones a la residencia habitual sin embargo no define como tal a lo que se refiere. Cervera¹² nos define al respecto:

¹¹ *Ibidem*

¹² *Ibidem*

“Se trata del lugar donde el menor desarrolla sus actividades, donde está establecido con un cierto grado de permanencia, el centro de sus afectos y vivencias, dicha expresión se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia y, para ello, no cabe tener en cuenta el consenso parental ni aun la incidencia de factores causales, aunque éstos determinaran una residencia de índole forzada. Es regularmente, el lugar donde el menor habitaba antes de la sustracción ilícita.”

Dirección General de Bibliotecas UFG

1.3 SUJETOS QUE INTERVIENEN

1. Sujeto pasivo. Se entiende como sujeto pasivo, a la persona, institución u organismo que denuncia ante la Autoridad Central de la residencia habitual del menor o a la de cualquier otro Estado Contratante, el hecho de que un menor de 16 años de edad sea trasladado o retenido con infracción del derecho de custodia.

2. Sujeto activo. Se refiere al sujeto que traslada o retiene ilícitamente al menor de 16 años de edad del lugar donde tenía su residencia habitual a otro, transgrediendo así un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona distinta, institución o cualquier organismo o que se hubiese ejercido de no haberse producido el hecho ilícito, así como cuando la custodia resulte de una atribución de pleno derecho de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho del estado del que fue trasladado el citado menor.

3. Autoridad central. Es aquella encargada de la ejecución y vigilancia en la aplicación de las disposiciones de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Es por dicha situación que los Estados partes deben designar una Autoridad Central. En el caso de México, es la Secretaría de Relaciones Exteriores.

La convención en su Artículo 7¹³ (Suprema Corte de Justicia de la Nación, s.f.) nos define claramente que las Autoridades Centrales deberán cooperar entre sí para asegurar el retorno inmediato de los menores y conseguir los demás objetivos del instrumento. Por ello las mismas, deberán adoptar todas las medidas apropiadas que permitan:

- a) Localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita.

¹³ *Op. Cit.* Suprema Corte de Justicia de la Nación (sin fecha)

- b) Prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales.
- c) Garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable.
- d) Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule y se ejerza de manera efectiva el derecho de visita.
- e) Garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución voluntaria del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado.
- f) Mantenerse mutuamente informados sobre la aplicación de la Convención, superando en la medida de lo posible los obstáculos que puedan oponerse a su aplicación.

4. Autoridad requirente. Es la Autoridad de la residencia habitual del menor a la que la persona, institución u organismo que sostiene que un menor ha sido trasladado o retenido ilícitamente debe dirigir la solicitud para que, con su asistencia, se garantice la restitución de éste.

5. Autoridad requerida. Es la autoridad a quien se dirige la solicitud de restitución del menor. Es deber de esta autoridad, ordenar la restitución inmediata del menor de que se trate, salvo en el caso de que se actualice alguna de las excepciones previstas.

La convención consta de cuarenta y cinco artículos divididos en seis capítulos, siendo la principal finalidad la de proteger a los menores de las

afectaciones que puedan tener derivado del traslado o retención ilícitos de parte de alguno de los padres.

La Convención señala en su artículo tercero que el traslado o la retención de un menor es ilícito cuando:

- a) Se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y
- b) Este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.

1.3 LA SOLICITUD

Es necesario que la petición se realice a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor. De acuerdo al Artículo 8¹⁴ de la convención,

“Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor. La solicitud incluirá:

- a) información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor;
- b) La fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla;

¹⁴ *Íbidem*

- c) los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor;
- d) toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor;
- e) La solicitud podrá ir acompañada o complementada por:
- f) una copia autenticada de toda decisión o acuerdo pertinentes;
- g) una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona calificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado,
- h) cualquier otro documento pertinente “.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 12° de la Convención, la restitución del menor deberá ser inmediata cuando entre el momento en que se produjo el traslado o retención ilícita y la fecha de iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor hubiera transcurrido un periodo inferior a un año. En caso de que el procedimiento se haya iniciado después de la expiración del plazo antes mencionado, la autoridad judicial o administrativa ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que se demuestre que ha quedado integrado en su nuevo medio por lo que esta integración se convierte más en un aspecto que debe ser considerado por el juez.

1.5 NEGACIÓN DE LA RESTITUCIÓN

En Artículo 13° de la convención nos indica los casos en que se podrá negar la restitución “No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o

b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente Artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.”

Es importante mencionar que los Juzgados que resuelvan sobre el Procedimiento especial de Restitución Internacional de Menor, en ningún momento resolverán de fondo el problema de custodia ya que así se indica en el Artículo 19 de la Convención: “Una decisión adoptada en virtud de la presente Convención sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia.”

De acuerdo a lo anterior, para resolver de fondo el problema de custodia se deberá acudir a los tribunales donde el menor ha residido habitualmente, ya que ahí se cuenta con los elementos probatorios para la adecuada sustanciación del juicio correspondiente.

Una vez mencionados los aspectos más relevantes en torno al marco teórico y jurídico del problema de la Sustracción o retención ilegal de Menores, procederemos a analizar una sentencia en torno al Procedimiento Especial de Restitución Internacional de Menor.

Dirección General de Bibliotecas UAQ

CAPÍTULO II

SENTENCIA DEFINITIVA

2.1 CONTEXTO

El objeto de análisis de este trabajo es la sentencia definitiva que resuelve sobre el Procedimiento Especial de Restitución Internacional de Menor solicitada por el progenitor, a través de la Autoridad Central para España, respecto de su menor hijo, en contra de la progenitora del menor.

El padre del Menor, solicita la restitución de su menor hijo con base a los siguientes hechos:

- a) Con fecha 8 ocho de junio de 2011 dos mil once, el juzgado de Madrid, España, dictó sentencia de disolución matrimonial por divorcio por mutua acuerdo.
- b) En la sentencia se acordó que la guarda y custodia del menor correspondería al padre.
- c) Se acordó un régimen de visitas para la madre.
- d) Para el periodo vacacional se acordó que el niño permaneciera con su madre en México desde el día 21 veintiuno de junio que volviera a España el día 31 treinta y uno de agosto de 2014.
- e) El menor no regresó a España por lo que la progenitora retuvo ilícitamente al menor en México, infringiendo el derecho de custodia que tenía atribuido el padre en virtud de la sentencia dictada por el juez en España.
- f) En virtud del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, se reúnen los requisitos del artículo 3º tercero, para ser considerada ilícita la retención del menor.
 - a. El menor tiene su residencia habitual en España.

b. El reclamante padre del menor tiene atribuida la custodia y guarda del menor

c. La retención sucede el día 31 treinta y uno de agosto de 2014 dos mil catorce y la solicitud de restitución se interpone antes de un año desde que se produce la retención ilícita.

Por su parte, la progenitora dio contestación a la solicitud y se opuso a la misma en virtud de lo siguiente:

a) El menor tiene una estadía mayor a 12 doce meses en el país bajo su resguardo y protección por lo que ya se adaptó a un nuevo ambiente.

b) El menor corre grave peligro en cuanto a su libertad personal, psíquica y emocional. La progenitora manifiesta que el niño sufría maltrato y burlas de parte de su padre.

c) La autoridad judicial o administrativa podrá negarse a ordenar la restitución del menor si se comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

d) El menor no desea regresar a España con su padre.

2.2 RESULTANDO

La Directora General de protección a mexicanos en el exterior, en su carácter de Autoridad Central del Estado Mexicano, libró oficio al Juez Familiar de Tlalnepantla a efecto de radicar el expediente para dar seguimiento al Procedimiento de Restitución Internacional del menor. Dicho procedimiento radicó en el Juzgado a su cargo el día 24 veinticuatro de junio de 2015 dos mil quince. Con fecha 8 ocho de julio de 2015 dos mil quince, la notificadora adscrita al Juzgado Séptimo de lo Familiar de Tlalnepantla, con residencia en Naucalpan, Estado de México, se constituyó en el domicilio señalado en la solicitud realizada. Al ser atendida por un tercero, éste le manifestó que la progenitora y su menor hijo habitaban en la ciudad de Querétaro sin saber el domicilio exacto.

En virtud de lo anterior, la Directora General Adjunta de Derecho de Familia, mediante auto de fecha 24 de junio de 2016, solicitó al Tribunal Superior de Justicia en el Estado de Querétaro dar continuidad con el procedimiento de restitución. Por auto de fecha 8 de agosto de 2016 dos mil dieciséis, se radicó la solicitud formulada por la Autoridad Central requirente, iniciándose el Procedimiento Especial para la Restitución Internacional del menor, solicitada por su padre.

Se ordenó la intervención al Representante Social adscrito al Juzgado, en representación del menor.

Una vez que se contó un posible domicilio del menor, por auto de fecha 1º primero de diciembre de 2016 dos mil dieciséis, se ordenó al Actuario Adscrito constituirse en el domicilio del MENOR, atendiendo con el Procurador de la Defensa del Menor y la Familia en el Estado, el Representante Social y Psicólogo Adscrito al Tribunal Superior de Justicia, y para el caso de ser encontrado, se presentara al menor ante el juez y se procediera a la notificación y emplazamiento de la madre del menor y/o la persona que lo tuviera bajo su cuidado.

De igual forma se dictaron las medidas necesarias en términos del artículo 7 séptimo, inciso "c" de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de los Menores, como son arraigo y alerta migratoria.

El día 5 de diciembre de 2016 dos mil dieciséis, compareció de manera voluntaria la progenitora quien se presentó en compañía del MENOR. En ese momento se le emplazó en términos de ley y se le concedió un plazo de 3 tres días para manifestar su conformidad con la restitución o las causas por las cuales se negaba a la misma.

En dicha comparecencia la progenitora solicitó al Juez se tomara en cuenta la opinión del MENOR por lo que ese mismo día el Juez desahogó en las salas audiovisuales del Tribunal, una plática con el menor, estando presentes el Subprocurador de la Defensa del Menor y la Familia en el Estado, quien fue nombrado tutor interino del menor para efectos del procedimiento, el Fiscal Adscrito al juzgado y la Psicóloga Adscrita a la Dirección de Psicología del Tribunal Superior de Justicia en el Estado.

La plática con el menor fue grabada y previo a dar inicio con la entrevista, el juez le explicó al menor que sería una plática breve con el objetivo de conocerlo y escuchar su opinión. Se le informó al menor sobre el procedimiento de restitución que se estaba llevando a cabo y se procedió a hacerle unas preguntas.

En repetidas ocasiones, el menor manifestó al juzgador que no quería regresar a España con su papá y de forma expresa manifestó que a él le gustaría vivir en México con su padrastro, su mamá y sus hermanos por lo que le pidió al juez que no lo regresara a España.

Una vez desahogada la plática, tuvo verificativo una audiencia a fin de determinar las medidas cautelares en las que, atendiendo al interés superior del menor, y las manifestaciones vertidas por éste, así como a las circunstancias particulares del caso, ordenó:

- a) La exhibición ante el juzgado de los documentos personales del menor y de su madre, como son pasaportes y acta de nacimiento.
- b) La presentación del menor en los estrados del Juzgado todos los días viernes a las 10:00 diez horas.
- c) El arraigo del menor y su madre para que éstos no se ausenten del distrito judicial correspondiente.
- d) La alerta migratoria a efecto de que el menor no abandonara el país por ninguna vía, ya sea terrestre, aérea o marítima.
- e) La vigilancia del menor.
- f) La realización de un estudio en psicología al menor, así como en trabajo social de éste y su madre, lo anterior a cargo de personal adscrito a la Dirección de Psicología del Tribunal superior de Justicia en el Estado.

En fechas 6 seis y 7 siete de diciembre de 2016 dos mil dieciséis, se llevó a cabo el desahogo de los estudios en psicología y trabajo social ordenados mediante escrito recibido en la Secretaría del Juzgado el día 9 nueve de diciembre de 2016 dos mil dieciséis, se tuvo en tiempo y forma a la progenitora dando contestación a la solicitud de restitución internacional y oponiéndose a la misma. En fecha 9 nueve

y 13 trece de diciembre de 2016 dos mil dieciséis, se tuvieron por recibidos los estudios en psicología y trabajo social mediante escrito enviado por el Director de Psicología del Tribunal superior de Justicia.

El día 13 trece de diciembre de 2016 dos mil dieciséis, se desahogó Audiencia en la que intervinieron:

- 1) Progenitor (vía telefónica)
- 2) Abogados del progenitor
- 3) Progenitora
- 4) Abogado de la progenitora
- 5) MENOR
- 6) Sub – procurador de la Defensa del Menor y la Familia en el Estado.
- 7) Representante Social
- 8) Analista de Sustracción Internacional de Menores, de la Secretaría de Relaciones Exteriores (vía telefónica)

En la citada Audiencia se les concedió el uso de la voz a quienes en ella intervinieron, se desahogaron pruebas ofrecidas por las partes y se escucharon alegatos de ambos por lo que una vez concluida la etapa probatoria y realizadas diversas gestiones procesales, sin que existiera otro requisito pendiente por cumplimentar, se ordenó el dictado de la sentencia definitiva.

2.3 CONSIDERANDO

El juzgado declaró su competencia para conocer de dicho procedimiento en términos del numeral 64 sesenta y cuatro, fracciones V, y XII de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Querétaro. El asunto en cuestión es en relación a los derechos de los menores hijos de las partes aunado a que los numerales 6 seis y 11 once de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores se indica que los Estados contratantes deben designar una Autoridad Central y las autoridades judiciales de los Estados Contratantes son

competentes para actuar en dichos procedimientos. En virtud de lo anterior, el juzgado es competente para resolver sobre dicho procedimiento.

Al procedimiento le fue aplicable la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptada en La Haya, Países Bajos, el 25 veinticinco de octubre de 1980 mil novecientos ochenta, por encontrarse adheridos el país requirente (España) y el país requerido (México), como los numerales del artículo 618 seiscientos dieciocho al 630 seiscientos treinta del Código Civil del Estado de Querétaro. La sentencia fue dictada de conformidad con dicha Convención, así como con el código Civil y de Procedimientos Civiles para el Estado de Querétaro.

Es procedente someter a trámite el procedimiento especial de restitución internacional del MENOR que solicita su progenitor en razón de que se está solicitando la restitución del menor cuyo domicilio habitual se localizaba en España hasta el día 31 treinta y uno de agosto de 2014 dos mil catorce, en que el menor se trasladó al país de México para tener convivencias con su madre y ésta no lo devolvió con su padre, no obstante de que existe una sentencia definitiva dictada por el Juzgado de Madrid, España, de fecha 8 ocho de junio de 2011 dos mil once, en donde se otorgó la guarda y custodia del menor a su padre.

Quedó acreditada la legitimación activa del solicitante y pasiva de la sustractora al haberse demostrado que ambas personas son padres del menor.

2.4 PRUEBAS

Se admitieron pruebas documentales públicas y privadas ofrecidas por el progenitor en las que se encontraban:

- a) Solicitud de devolución, autoridad central requirente o solicitante España a Autoridad central requerida, México.
- b) Volante de empadronamiento colectivo en que se advierte que el domicilio del Menor y su padre era ubicado en España.

- c) Fotocopia del pasaporte del menor expedido por la República Italiana con fecha de expiración 7 de noviembre de 2016.
- d) Impresión de tickets de vuelo, a nombre del menor, con destino de Madrid a México el día 21 veintiuno de junio y de México a Madrid el día 30 treinta de agosto.
- e) Certificado expedido por M. Carmen Moreno Torres, Secretaria del Colegio Bíblico Sagrado Corazón, Comunidad de Madrid, del que se advierte que el menor se matriculó en eses centro en septiembre de 2011 dos mil once y permaneció escolarizado hasta el 23 veintitrés de octubre de 2014 dos mil catorce.
- f) Fotografía donde aparece la madre del menor y el menor de bebé.

Por su parte la progenitora ofreció las siguientes pruebas:

- a) Constancia a nombre de progenitora expedida por la Universidad de Chapingo por su participación en el curso de Electroacupuntura y Auriculoterapia en reducción de peso.
- b) Resultados de Perfil bioquímico a nombre del Menor, en fecha 9 nueve de junio de 2014 dos mil catorce.
- c) Resultados de Biometría hemática a nombre del menor, expedido en fecha 9 nueve de julio de 2014 dos mil catorce.
- d) Constancia de fecha 14 catorce de febrero de 2015 dos mil quince expedida de la que se advierte que el menor continúa siendo tratado según diagnóstico por Terapia Psicológica Postraumática.
- e) Historial psicológico del menor en que se advierte que el Menor ha sido víctima de abusos psicológicos emocionales, físicos y sexuales por parte de su padre.

Dichas prueban coinciden con las manifestaciones vertidas por el propio menor en la plática que se sostuvo con él más no se concede eficacia probatoria para acreditar el estado de salud en que el menor se encontraba. Se le concedió

valor probatorio pleno a la plática sostenida con el menor, para acreditar que el menor vivía en España con su padre, que tiene aproximadamente dos años viviendo al lado de su madre, en compañía de sus dos hermanos y su padrastro a quien el menor reconoce como su padre, que la razón por la que llegó a México fue para tener convivencias con su madre pero ya no regresó a España, que el menor sufrió de violencia física y psicológica al lado de su padre y su familia en México, donde se encuentra estudiando, se acreditó que su madre y padrastro son quienes se encargan de todas y cada una de las necesidades del menor, como son alimento, educación, vestido, esparcimiento, habitación y salud, que el menor se encuentra feliz en el hogar en el que actualmente habita, donde le han brindado cuidados y apoyo que requiere por su edad.

Se presentó el estudio Psicológico practicado al menor por la Adscrita a la Dirección de Psicología del Tribunal Superior de Justicia en el Estado. Se concedió valor probatorio pleno para acreditar que el menor ha sido víctima de violencia física y psicológica por parte de su padre, así como el hecho de que el menor dada su edad, se encuentra ubicado en tiempo y espacio, lugar y persona y que no se detectan alteraciones en su proceso de pensamiento, aunado a que su lenguaje es acorde al contexto en que se desenvuelve así como su nivel de madurez neuromotriz e incluso su nivel intelectual es superior para sujetos de 13.5 trece punto cinco años de edad, que dado lo anterior el menor emite opiniones certeras y fundamentadas en sus sentimientos, pensamientos y emociones por lo que sus opiniones pueden ser tomadas en cuenta y escuchadas para brindarle un mejor desarrollo físico, emocional y psicológico.

Se exhibió también estudio en Trabajo Social practicados al menor y a su madre, por la Adscrita a la Dirección de Psicología del Tribunal Superior de Justicia en el Estado, al que se le dio valor probatorio pleno para acreditar que el menor se encuentra viviendo en un hogar compuesto por su madre, la pareja de su madre y dos hermanos de 5 cinco y 3 tres años de edad; que el hogar en que habitan corresponde a un nivel socioeconómico tipo "C", nivel medio típico, que cuenta con

los recursos y servicios que les permite tener una vida práctica y una adecuada calidad de vida, sin embargo no tienen lujos ni excedentes.

De las pruebas previamente valoradas se desprende que el menor habitaba con su padre en Madrid, España, ello en virtud de que su padre por resolución judicial tenía la custodia del menor, y su madre convivencias; que el menor habitaba en el país antes citado en donde acudía a la escuela. Que la razón por la que el menor se trasladó a México fue para que se llevaran a cabo convivencias con su madre, que las convivencias correrían del día 21 de junio al 30 de agosto de 2014 dos mil catorce, que el menor no fue devuelto por su madre en la fecha citada, que el menor tiene dos años aproximadamente habitando con su madre, dos hermanos y su padrastro, que en la ciudad de Querétaro tienen cerca de un año y medio habitando, que el menor a la fecha se encuentra inscrito en una escuela secundaria, que el menor fue violentado física y psicológicamente por su padre, razón por la cual el menor manifestó expresamente su voluntad de no ser restituido al lado de su padre.

2.5 TRASLADO O RETENCIÓN

Es importante considerar si el traslado o retención fueron ilícitos. Al respecto, en atención a la manera en que el menor fue retenido, se acreditó que éste se trasladó de Madrid a México para efectos de que se verificaran las convivencias con su madre, sin que ésta lo devolviera con su padre en la fecha establecida, reteniéndolo en el país de México. De igual manera se acreditó que la madre del menor cambió su residencia del estado de México al estado de Querétaro sin informar al padre del menor.

Por lo anterior se concluye que la retención en este país del Menor, fue ilícita ya que la madre no lo devolvió con su padre, quien ostenta su custodia legalmente negando su retorno al centro de vida habitual del menor.

Quedó demostrado que la residencia habitual del menor hasta junio de 2014 dos mil catorce se encontraba en España.

Dirección General de Bibliotecas UAQ

2.6 DERECHOS DE CUSTODIA

Es importante señalar que el objetivo y finalidad de este procedimiento es restituir a los menores al lugar de residencia habitual que tenían al momento de producirse su traslado y/o retenciones ilícitas. La Convención impone a las autoridades judiciales de todo Estado contratante, la actuación urgente en los procedimientos para la restitución de los menores, así como la prohibición dirigida a la autoridad judicial con residencia en el lugar donde se impute se encuentre retenido ilícitamente el menor, de decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia. De acuerdo a la Convención, debe ordenarse restitución inmediata, siempre que no haya transcurrido un periodo de un año, entre la iniciación del procedimiento y el momento en que se produjo el traslado o retención ilícita; lapso que no transcurrió en el procedimiento que nos ocupa.

Es por lo anterior que resultaría inaplicable negar la restitución en base a cualquier argumento de integración del menor a su nuevo medio.

La Convención establece que hay dos excepciones para la procedencia de la restitución, mismas que se encuentran previstas en el ordinal 12 doce de la Convención. El opositor debe demostrar ante la autoridad judicial del Estado requerido lo siguiente:

a) Que la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención.

Dicha excepción no es oponible en este asunto porque el padre tenía la custodia del menor mediante resolución judicial y el menor salió del país con el consentimiento de su padre, para efecto de que se verificaran convivencias con su madre en México.

b) Que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

Al respecto, las pruebas deben ser contundentes por lo que se deben desechar aquellas basadas en hipótesis, conjeturas o planteos banales. En este caso en concreto, no se advierte ninguna prueba que demuestre fehacientemente que actualmente el lugar de residencia habitual del menor en España, ni las personas con las que ahí residía, actualmente representen un riesgo grave e inminente para el menor, pues si bien el menor expresó que su padre lo maltrataba física y emocionalmente, así como que permanecía en estado de abandono durante el día, no se cuenta con prueba alguna de que actualmente prevalecen esas condiciones en aquél lugar. De igual manera las pruebas psicológicas del menor, no arrojan prueba fehaciente de que el padre del menor actualmente padezca o sufra algún trastorno psicológico o de otra índole que afecte la relación para con su hijo o que, las condiciones en que vive afectan el desarrollo del adolescente, de modo que ponga en un riesgo grave e inminente el desarrollo físico o psíquico del menor.

2.7 INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Atendiendo a las condiciones especiales del caso, así como la audiencia que se desahogó con el Menor, el juzgador consideró la Ley para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, así como la Convención sobre los derechos del Niño, ratificada por México el 21 veintiuno de septiembre de 1989 mil novecientos ochenta y nueve, en la cual se establece que:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Dado lo anterior, se desprende que los jueces en materia familiar gozarán de facultades discrecionales en todo lo referente a la familia y a los menores, garantizando el interés superior de estos, por lo cual, el juez cuenta con la facultad de valerse de cualquier medio a fin de salvaguardar el interés superior del menor.

Por lo anterior y tomando en cuenta que la Convención en su artículo 13, párrafo cuarto menciona que: La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tomar en cuenta sus opiniones.

Por lo que en búsqueda de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos del menor involucrado y velando por el principio al derecho de opinar en todos los asuntos que le afecten y que sean debidamente tomadas en consideración sus opiniones, se dio la oportunidad al menor de ser escuchado y el adolescente expresó de manera firme su voluntad de permanecer al lado de su madre y no ser restituido con su padre al país de España.

2.8 RESUELVE

En virtud de que el menor cuenta con la madurez suficiente para que sus opiniones sean tomadas en cuenta y de manera determinante manifestó su deseo de vivir al lado de su madre y no ser restituido con su padre, resulta improcedente la restitución del menor que fue solicitada por su padre. Una vez que la resolución cause estado, se ordenan levantar las medidas cautelares decretadas en el procedimiento. De igual manera se solicita a la Secretaría de Relaciones Exteriores, informe al progenitor de la sentencia y se ordena informar la resolución mediante oficio a la presidenta del Tribunal Superior de Justicia en el Estado, así como vía correo electrónico a la Dirección General de Protección y Asuntos Consulares, Dirección de Derecho de Familia de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

CAPÍTULO TERCERO

ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO GENERAL DE RESTITUCIÓN

3.1 AUTORIDADES CENTRALES

En relación a las autoridades que intervinieron en el procedimiento, todas ellas fueron las indicadas por la Convención y las disposiciones de México al respecto.

En primer lugar, analizaremos la actuación del progenitor quien fue la persona a la que se le afectó su derecho de custodia respecto de su menor hijo.

Por lo que ve al procedimiento que llevó a cabo el progenitor, resultó adecuado el hecho de haber acudido a la Autoridad Central de España ya que, en primer lugar, de acuerdo a la información contenida en la página de internet de La Conferencia de La Haya¹⁵, España es un país contratante de la multicitada Convención, era factible acudir a la Autoridad Central en España. En su momento dicha autoridad debió verificar principalmente varios aspectos:

- El derecho de custodia
- La edad del menor
- La residencia habitual del menor
- La retención ilícita del menor
- La fecha en que se ingresó la petición

Una vez que analizó dicha petición la Autoridad determinó sobre la procedencia de la petición respectiva por lo que se envió la documentación que

¹⁵ Conferencia de la Haya de Derecho Privado; 28: Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Última actualización: 19-VII-2019. Recuperado de: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>

señala la Convención a la Oficina de Derecho de Familia de la Dirección General de Protección y Asuntos Consulares de la Secretaría de Relaciones Exteriores en México.

Como parte del procedimiento, la Oficina en México estudió las circunstancias del caso concreto, tales como la fecha de entrada en vigor de la Convención entre México y el país requirente, misma que se corrobora ya que ambos países actualmente son contratantes de dicha Convención. También se estudió la fecha de sustracción, verificándose que la sustracción fue el 31 de agosto de 2014 dos mil catorce y la solicitud se presentó el 4 de septiembre de 2014. En cuanto a la edad del menor, se verificó que tuviera menos de 16 años ya que en caso de que él hubiera alcanzado la edad de 16 años, la solicitud de restitución ya no sería procedente. Finalmente se analizó la existencia de un derecho de custodia a favor del padre lo cual derivó de la sentencia emitida por un juez de España en el que le concedía la custodia al progenitor. Una vez concluido el análisis sobre la procedencia de la petición, se envió oficio al Tribunal Superior de Justicia de la Entidad Federativa correspondiente.

En este caso, se siguió ese procedimiento de forma debida con la Autoridad judicial de donde se presumía que estaba el menor, pero al no poder notificar a la progenitora y conseguir información de un tercero, se determinó que el menor se encontraba en otra entidad federativa. Fue por dicha situación que se remitió el procedimiento a la Autoridad Judicial en Querétaro.

La Autoridad Central mexicana correctamente coordinó con las autoridades competentes de cada Estado de la República Mexicana las medidas apropiadas para localizar al menor retenido de manera ilícita. En este punto cabe mencionar que la solicitud para dar seguimiento al procedimiento de restitución radicó en el Juzgado de Tlalnepantla en junio de 2015 dos mil quince, y fue hasta el día 5 cinco de diciembre de 2016 dos mil dieciséis cuando la madre del menor se presentó de forma voluntaria a notificarse y emplazarse de la solicitud de restitución antes

mencionada. Considerando lo anterior, la localización del menor tardó demasiado tiempo por lo que en ningún momento se garantizó una restitución inmediata. En este sentido sería importante que la Autoridad Mexicana busque formas más efectivas para localizar a los sujetos que sean parte de un procedimiento como éste. A este respecto, existe jurisprudencia que prevé la celeridad con la que deben actuar las autoridades para asegurar la restitución inmediata de los menores involucrados. Una tesis aislada señala al respecto:

“SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. LAS AUTORIDADES QUE INTERVENGAN EN UNA SOLICITUD DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DEBEN ACTUAR CON LA MAYOR CELERIDAD PARA ASEGURAR LA RESTITUCIÓN INMEDIATA DE LOS MENORES INVOLUCRADOS.

Como se desprende del artículo 6 del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, cada uno de los Estados contratantes se comprometió a designar una Autoridad Central, encargada de dar cumplimiento a las obligaciones expresadas en el mismo. En este sentido, como se advierte del artículo 7 del Convenio, las Autoridades Centrales se encuentran obligadas a colaborar entre sí y promover la coadyuvancia entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y conseguir el resto de los objetivos del Convenio. Por tanto, como expresamente se señala en su artículo 2, es claro que los Estados contratantes del Convenio de La Haya, a través de estas Autoridades Centrales, adquirieron por voluntad propia la obligación de tomar todas las medidas necesarias para conseguir la restitución inmediata del menor de la forma más breve y ágil posible, para lo cual podrán auxiliarse de las autoridades judiciales o administrativas competentes que inicien procedimientos de urgencia disponibles. De lo anterior se desprende que el Convenio de La Haya dota al factor tiempo de una suma importancia, pues se entiende que las autoridades del Estado receptor deben actuar con la mayor celeridad posible a fin de evitar el arraigo del menor en el país al que fue trasladado o retenido. Dicha obligación la podemos encontrar

explícitamente plasmada en el artículo 11 del Convenio, en donde inclusive se señala que, si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido.”

3.2 CONSIDERACIONES DEL JUZGADOR

En cuanto a la Resolución dictada en Sentencia Definitiva, es importante mencionar que el juzgador que conoció del caso estuvo en todo momento atendiendo a las disposiciones de la legislación local que le fueron aplicables en cuanto al procedimiento de la solicitud de restitución y el desahogo del procedimiento respectivo estuvo determinado por la propia Convención. Lo anterior en virtud de que el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión, por lo que los jueces de cada Estado deberán aplicarlos no obstante las disposiciones en contrario que pueda haber en leyes locales.

A este respecto Cervera ¹⁶ hace referencia a la importancia de señalar que, de acuerdo al criterio sustentado por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis visible en la página 46 del Semanario Judicial de la Federal y su Gaceta, Tomo X, noviembre del 1999, Novena época, textualmente dice:

“TRATADOS INTERNACIONALES SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental

¹⁶ CERVERA, op.cit. p. 387.

y que, aunque en principio la expresión... serán la Ley Suprema de toda la Unión...” Sin embargo, los compromisos que el Estado Mexicano firme con otros países constituirán ley en nuestro país y estará por encima de las leyes locales.

Atendiendo a la finalidad la Convención, se debe prevenir que la menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, por lo que se deben adoptar medidas provisionales. En el caso planteado, el juez no optó por poner al menor a disposición provisional del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, sino que se permitió que se quedara con su madre. Considero que ésta fue una decisión acertada ya que el juez escuchó de forma inmediata la opinión del menor y pudo darse cuenta de que le causaría un daño en caso de separarlo de la madre temporal o definitivamente. Dicha actuación del juzgador atendió al interés superior del menor. A este respecto sí se tomaron medidas para evitar que su madre lo sustrajera ilícitamente. Dicho lo anterior, se siguió la medida adecuada para posteriormente garantizar la restitución del menor y evitarle un daño.

Por otro lado, la Convención señala que es necesario que se garantice la restitución voluntaria del menor o se facilite una solución amigable. A este respecto, el día 5 cinco de diciembre de 2016 dos mil dieciséis se llevó a cabo una audiencia en la que se le preguntó al menor si deseaba regresar a España y su respuesta fue muy clara al negarse a regresar a España con su padre. De igual manera en audiencia en la que estuvo presente el padre, vía telefónica y la progenitora del menor se trató de llegar a una solución amigable, pero ninguna de las partes estuvo de acuerdo. Con este acercamiento que tuvo el juzgador, se dio cumplimiento a lo establecido en el Artículo 7 siete de la Convención.

La resolución que dictó el juez en el caso anteriormente expuesto, fue determinada de acuerdo al Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

El juzgador consideró en primer lugar su competencia. La legislación para el estado de Querétaro¹⁷ indica en su artículo 619:

Son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores, las autoridades judiciales, el Procurador de la Defensa del Menor y la Familia y la Secretaría de Relaciones Exteriores; ésta última en los casos de traslado o retención de menores que se encuentren en el extranjero, o bien, cuando éstos se encuentren en esta Entidad, habiendo sido trasladados ilegalmente de su residencia habitual en otro país.

Por lo anterior, la petición resultó procedente en base a la multicitada Convención y la legislación para el Estado de Querétaro. Menciona Cervera¹⁸ que de acuerdo a la legislación familiar prevaleciente en todos los Códigos Civiles de los Estados de la República, los jueces familiares están facultados para intervenir de oficio en los asuntos que afectan a la familia, especialmente tratándose de menores y, por lo tanto, gozan de amplias facultades para decretar las medidas que tiendan a protegerlos.

Por otro lado, se consideró la procedencia de la solicitud del progenitor. Como primer punto, la solicitud se presentó en tiempo de acuerdo al plazo que marca la Convención. Como fue señalado anteriormente, el tiempo en que se dio seguimiento a la petición y se notificó a la progenitora sobre el procedimiento fue más de año y medio, sin embargo, no pasó más de un año entre que se dio la situación de retención ilícita y que el progenitor presentara la solicitud de restitución. Por lo tanto, era procedente la solicitud. También cabe mencionar que el progenitor era el titular de un derecho de custodia que tenía sobre el menor de acuerdo a una sentencia declarada previamente por un juez en España. Con respecto a la retención ilícita,

¹⁷ Legislatura de Querétaro: Código Civil del Estado de Querétaro. Recuperado de: <http://legislaturaqueretaro.gob.mx/codigos/>

¹⁸ CERVERA, op.cit., p. 361

quedó perfectamente acreditado que el menor únicamente pasaría unos días con su madre ya que tenía comprado un vuelo de regreso a España. Durante el procedimiento se demostró que el menor fue retenido por su madre ya que ésta no se encargó de regresarlo con su padre argumentando en su momento que su hijo no tenía los cuidados necesarios con su progenitor. Finalmente, también quedó acreditado que el menor aún no alcanzaba los 16 dieciséis años de edad en el momento en que se dictó la sentencia y se acreditó que la residencia habitual del menor se encontraba establecida en el extranjero. Dicho lo anterior, la petición por parte del progenitor era procedente.

Analizando los puntos mencionados con anterioridad y tomando en consideración la normativa de la Convención, la restitución debió ser concedida al padre.

Por otro lado, la misma convención establece que existen circunstancias bajo las cuales la autoridad judicial no está obligada a ordenar la restitución del menor. Una tesis aislada¹⁹ señala:

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. LAS EXCEPCIONES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 13 DEL CONVENIO DE LA HAYA NO SE ENCUENTRAN SUJETAS A NINGUNA CONDICIÓN TEMPORAL, PERO CORRESPONDE AL PADRE SUSTRADOR PROBAR PLENAMENTE SU ACTUALIZACIÓN.

Un grupo de excepciones extraordinarias a la regla general de restitución inmediata podemos encontrarlo en el artículo 13 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en donde se establecen las siguientes hipótesis, a saber: (i) si la persona que se opone a la restitución demuestra que la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo del

¹⁹ Actualización Forense: Décima Época Registro: 2008420 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Publicación: viernes 13 de febrero de 2015 09:00 h Materia(s): (Constitucional, Civil) Tesis: 1a. XXXVIII/2015 (10a.) Recuperado de: <https://actualizacionforense.blogspot.com/2015/02/criterios-recientes-sobre-la.html>

menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia o posteriormente aceptó el traslado o retención; (ii) si la persona que se opone a la restitución demuestra que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o lo ponga en una situación intolerable; o (iii) si se comprueba que el propio menor se opone a la restitución. Al respecto, se considera importante destacar que, a diferencia de aquella establecida en el artículo 12, estas excepciones no se encuentran sujetas a una condición temporal de ningún tipo, por lo que pueden ser alegadas en cualquier momento del procedimiento de restitución. Sin embargo, al igual que sucede con la causal relativa a la integración al nuevo ambiente, esta Primera Sala considera que se trata de excepciones claramente extraordinarias y que la carga de la prueba para demostrar plenamente su actualización recae exclusivamente en quien se opone a la restitución del menor, pues existe una presunción de que el interés superior del menor es protegido mediante la restitución a su lugar de origen.

En el caso expuesto, el juzgador analizó los aspectos contenidos en el artículo 13 trece de la Convención. Respecto al primer aspecto, en el procedimiento no se logró acreditar que el progenitor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia. De igual manera la progenitora trató de acreditar que el progenitor maltrataba al menor y no le procuraba atención y cuidados. Dicha circunstancia tampoco fue acreditada en juicio. Finalmente, y constituyendo el argumento principal por el cual el juzgador negó la restitución, se refiere al hecho de que el menor se negó a la restitución. Se consideró que el menor tenía la edad y grado de madurez en que resultó apropiado tener en cuenta su opinión y de la plática derivada con el menor se obtuvo su reiterada negativa a regresar con su padre.

3.3 JURISPRUDENCIA: INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño indica que “niño” es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

La resolución que determinó el juez atendió al interés superior del menor, el cual de acuerdo a Carbonell²⁰ se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.

A este respecto, el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño establece: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

El artículo 3 de dicha convención, dispone que: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

De acuerdo a lo anterior, el juez tenía la obligación de llevar acciones tendientes a la protección del niño, así como preservar sus derechos.

Por otro lado, la jurisprudencia²¹ nos menciona en relación a la participación de los menores lo siguiente:

²⁰CARBONELL, op.cit. p. 1154.

²¹ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 2009010. 1a./J. 12/2015 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Libro 18, Mayo de 2015, Pág. 383. Recuperado de: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2009/2009010.pdf>

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA INVOLUCRA UNA VALORACIÓN DE PARTE DEL JUEZ. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece el derecho de los menores de edad a participar efectivamente en los procedimientos jurisdiccionales que los afectan y a dar su opinión de tal modo que pueda tener influencia en el contexto de la toma de decisión judicial que resuelva sobre su vida y sus derechos. Sin embargo, su participación no constituye una regla irrestricta, pues asumir tal rigidez implicaría dejar de lado las condiciones específicas que rodean a los niños en casos particulares, lo que podría ir en detrimento de su interés superior. En este sentido, tanto al evaluar de oficio la participación de los menores de edad como al analizar la conveniencia de la admisión de su declaración o testimonio ofertada por las partes, el juez debe evitar la práctica desmedida o desconsiderada del derecho, lo que podría acontecer si sus derechos no forman parte de la litis del asunto, si el menor ha manifestado su deseo de no intervenir o hacerlo a través de sus representantes, si se pretende entrevistarlos más veces de las necesarias, o si de cualquier manera pudiera ponerse en riesgo su integridad física o psíquica. Ahora bien, esta sujeción a valoración judicial de la participación de los menores de edad en los procedimientos jurisdiccionales no debe ser jamás leída como una barrera de entrada, sino como el mecanismo que da cauce a su derecho. La premisa para el juzgador debe ser procurar el mayor acceso del niño, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Por ende, la excepción debe estar debidamente fundada y motivada, previendo que dicha decisión puede ser impugnada y remitida a un nuevo examen jurídico por los tribunales de alzada y los jueces de amparo. De igual manera, el criterio del juzgador respecto a atender a lo que resultó más beneficioso para el menor se basó en la Jurisprudencia²² que señala:

²² Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. 2005919. 1a. CVIII/2014 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Libro 4, Marzo de 2014, Pág. 538. Recuperado de: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2005/2005919.pdf>

DERECHOS DE LOS NIÑOS. BASTA CON QUE SE COLOQUEN EN UNA SITUACIÓN DE RIESGO PARA QUE SE VEAN AFECTADOS. El principio de interés superior implica que los intereses de los niños deben protegerse con mayor intensidad, por lo que no es necesario que se genere un daño a los bienes o derechos de los niños para que se vean afectados, sino que basta con que éstos se coloquen en una situación de riesgo. Aquí conviene hacer una precisión sobre el concepto de riesgo. Si éste se entiende simplemente como la posibilidad de que un daño ocurra en el futuro, es evidente que la eventualidad de que un menor sufra una afectación estará siempre latente. Cualquier menor está en riesgo de sufrir una afectación por muy improbable que sea. Sin embargo, ésta no es una interpretación muy razonable del concepto de riesgo. Así, debe entenderse que el aumento del riesgo se configura normalmente como una situación en la que la ocurrencia de un evento hace más probable la ocurrencia de otro, de modo que el riesgo de que se produzca este segundo evento aumenta cuando se produce el primero. Aplicando tal comprensión a las contiendas donde estén involucrados los derechos de los menores de edad, y reiterando que el interés superior de la infancia ordena que los jueces decidan atendiendo a lo que resultará más beneficioso para el niño, la situación de riesgo se actualizará cuando no se adopte aquella medida que resultará más beneficiosa para el niño, y no sólo cuando se evite una situación perjudicial.

Fundado en la legislación nacional e internacional, el juzgador valoró la petición que hizo el menor de no ser restituido con su progenitor en el país de España. Es por lo anterior que la solicitud de Restitución que llevó a cabo el progenitor respecto a la retención ilegal de su menor hijo fue negada.

Una vez analizado el proceso de restitución que se llevó a cabo, las posibilidades de que el presente juicio sea apelado para resolverse de forma opuesta en segunda instancia son nulas debido a que en la resolución prevaleció el criterio de atender al interés superior del menor.

CONCLUSIÓN

La sociedad en la que actualmente vivimos ha sufrido una transformación moral a tal grado que el divorcio es una solución a muchos problemas familiares que ya no se enfrentan como anteriormente se hacía. Esta situación entre otras, ha provocado rupturas en la relación familiar lo cual lleva a mayor cantidad de restricciones respecto a la patria potestad. Estos conflictos familiares aunados a la facilidad de la gente para trasladarse de un país a otro nos abren las puertas al traslado o retención ilícita de menores.

El caso que se analizó en el presente trabajo podría considerarse relativamente de fácil solución ya que el menor que se retuvo ilícitamente tenía casi 13 trece años. Ante esta situación y considerando su opinión, fue muy claro que se opuso en todo momento a regresar con su padre a España. Con excelente motivación y fundamentación el juez resolvió negar la Restitución del menor atendiendo al Principio Superior del Menor.

Desafortunadamente, habrá muchas situaciones más en las que posiblemente el menor no tenga la suficiente madurez para que sus opiniones sean consideradas en juicio y atendiendo a la Convención, se tendrá que resolver el otorgamiento de la restitución del menor. Es importante hacer conciencia de todo el daño psicológico que se le está causando a un menor al enfrentarlo a una situación como esta. En múltiples ocasiones, se les hace creer a los menores que incluso fueron abandonados por el otro progenitor e incluso les dicen que ha muerto. Todas estas circunstancias a veces ni si quiera llegan a ventilarse en un juzgado.

Es necesario hacer consciente a nuestra sociedad del impacto que puede tener en los menores enfrentarlos a un proceso de restitución. El bienestar emocional y físico de los menores se pone en riesgo y se convierte en una lucha de poderes entre los progenitores.

Independientemente de la recomendación moral que se pueda considerar al respecto, es importante mencionar el hecho de que México participa como Estado contratante de la multicitada Convención y aporta los medios para proceder de forma inmediata a la restitución de un menor.

Pese a estos mecanismos internacionales, aún queda mucho por hacer con relación al tema de la restitución de menores. En la sentencia estudiada pudo observarse que a casi dos años y medio después de la retención ilícita se dictó sentencia. Suponiendo que hubiera sido otorgada la restitución, para el momento en que el niño fue sacado de su residencia habitual y puesto en un contexto totalmente distinto al que vivía, pasó suficiente tiempo para que él creara lazos afectivos en este nuevo entorno. El procedimiento que se llevó a cabo en el juicio estudiado fue expedito, pero el tiempo que tardaron en notificar a la progenitora del menor fue muy largo. Es por esta razón que la propuesta que se plantea en este trabajo se encamina a la prevención.

Esta propuesta no significa que el traslado o retención ilícita van a dejar de pasar, sin embargo, considero que podrá ayudar a que se logre notificar el juicio

correspondiente. Para llevar a cabo esta propuesta es necesario que se vincule a la autoridad judicial con la autoridad migratoria para que en caso de que dicte una resolución judicial respecto a derecho de custodia o guarda de menor, la autoridad migratoria esté prevenida en el supuesto del traslado ilícito del menor. Por otro lado, cuando se trate de prevenir la retención, el progenitor que tiene a su cargo la custodia del menor, podrá enviar una alerta ante la autoridad central de su país para que a su vez ellos informen a la autoridad central del país en el que residirá temporalmente el menor y se verifique la ubicación del menor durante su estancia. Considero que el agilizar esta parte crucial del proceso nos dará como resultado un juicio en el que se garantice el retorno pronto del menor a su residencia habitual.

BIBLIOGRAFÍA

1. CARBONELL Miguel, *et.al*, (2003) *Derecho internacional de los Derecho Humanos*, Textos Básicos Tomo II, Segunda Edición, México, Editorial Porrúa.
2. CERVERA O.G., (2011), *Práctica Forense en Derecho Familiar:Doctrina, modelos, jurisprudencia y resoluciones*, México, InterWriters
3. MUÑOZ Rocha, Carlos, *Derecho Familiar*, México, Oxford University Press.
4. QUINTANILLA M.A., (2010), *Convivencias Familiares y Otras*, México, Sista.
5. RICO Fausto, *et. Al.*, (2012), *Derecho de Familia*, México, Editorial Porrúa.

SITIOS EN RED

1. Actualización forense. Tesis Aislada de décima época, Primera Sala, con registro 2008418 publicada el viernes 13 de febrero de 2015 Recuperado de: <https://actualizacionforense.blogspot.com/2015/02/criterios-recientes-sobre-la.html> Febrero 2015.
2. Actualización Forense: Décima Época Registro: 2008420 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Publicación: viernes 13 de febrero de 2015 09:00 h Materia(s): (Constitucional, Civil) Tesis: 1a. XXXVIII/2015 (10a.) Recuperado de: <https://actualizacionforense.blogspot.com/2015/02/criterios-recientes-sobre-la.html>
3. Conferencia de la Haya de Derecho Privado; 28: Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Última actualización: 19-VII-2019 Recuperado de: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>
4. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. 2005919. 1a. CVIII/2014 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Libro 4, Marzo de 2014, Pág. 538. Recuperado de: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2005/2005919.pdf>
5. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 2009010. 1a./J. 12/2015 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Libro 18, Mayo de 2015, Pág. 383. Recuperado de: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2009/2009010.pdf>
6. Legislatura de Querétaro: Código Civil del Estado de Querétaro. Recuperado de: <http://legislaturaqueretaro.gob.mx/codigos/>
7. Secretaría de Relaciones Exteriores (sin fecha) Análisis de casos iniciados por año. Recuperado de: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/265679/Estadisticas_sustraccion_y_retencion_2016-2017.pdf

8. Suprema Corte de Justicia de la Nación (sin fecha), CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, ADOPTADO EN LA HAYA, PAÍSES BAJOS, EL 25 DE OCTUBRE DE 1980. Recuperado de: <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfArticuladoFast.aspx?IdOrd=23898&IdRef=1&IdPrev=0>

ANEXO:

Sentencia definitiva relativa al Procedimiento Especial de Restitución Internacional de Menor.