

DESPLAZAMIENTO ILEGAL Y RESTITUCIÓN DE MENORES*

*Blanca Colmenares Sánchez***

*María Virginia Aguilar****

*Víctor Manuel Rojas Amandi*****

La conferencia se desarrolló con las intervenciones de distintos panelistas, Blanca Colmenares expuso los pormenores de las convenciones de Naciones Unidas, la Convención Interamericana sobre restitución de menores y los elementos esenciales de dichos instrumentos. En su turno, Víctor Manuel Rojas, comentó las intervenciones de las panelistas pero, sobre todo, criticó el proceso establecido por las convenciones. Finalmente María Virginia Aguilar centró su participación en los retos a los que se enfrentan los abogados litigantes en la restitución internacional de menores y los momentos que considera claves del proceso. Es muy importante tener en cuenta las definiciones de residencia habitual del menor y de padre solicitante y sustractor, así como autoridad central. En síntesis este trabajo reúne la visión de una jueza al aplicar las convenciones, la de los abogados desde la práctica y de los investigadores.

* Conferencia impartida el 26 de septiembre de 2017 en Auditorio Lic. Abel Villicaña de la Escuela Judicial del Estado de México. Disponible en el canal de YouTube de la Escuela Judicial, <https://www.youtube.com/watch?v=x5sfUMoKLWM>

** Egresada del Doctorado en Derecho Judicial de la Escuela Judicial del Estado México, Maestra en Derecho de esta misma Institución, Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y actualmente es Juez de Primera Instancia Juzgado Segundo de lo Familiar Estado de México. Correo: blanca.colmenares@pjedomex.gob.mx

*** Licenciada en Derecho por la UNAM, profesora de Derecho Internacional Privado y tratados internacionales en la Facultad de Ciencias Políticas, UNAM, actualmente forma parte del grupo de asesores externos de la consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Correo: maviaguilar@hotmail.com

**** Doctor en Derecho por el Instituto Max Planck de Derecho Público y Derecho Internacional Público de la Universidad de Heidelberg en Alemania. Doctor en Derecho Europeo y Derechos Humanos por la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid, España. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Nivel III). Actualmente es el Director General de la Escuela Judicial del Estado de México. Correo: victor.amandi@pjedomex.gob.mx

Blanca Colmenares Sánchez:

I. Antecedentes de la protección a los menores

La restitución internacional de menores, como instrumento de la protección de los niños y la protección de las familias, se debe desprender desde el enfoque de los derechos humanos; es decir, de los derechos fundamentales que constituyen una preocupación internacional y nacional para resguardar la integridad y dignidad de las personas.

La protección a los infantes no es un tema estático, se ha mantenido en evolución. En el pasado no se contemplaba la protección de derechos de los niños; luego se generaron las primeras reglas en materia laboral y educación. Se originaron congresos internacionales con la finalidad de dar protección a los niños. Todo ello contribuyó para que en 1989 se creara la “Convención sobre los Derechos del Niño”, de 1989,¹ que constituyó el primer cuadro universal de protección que brinda orientación ética, valorativa y procesal sobre la protección de los niños. Específicamente, sobre el tema que nos ocupa, el artículo 11 pugna por el no desplazamiento de los niños. En la Convención se señala a la familia como el núcleo fundamental de desarrollo de las personas, del cuidado natural y la protección específica de los niños.

Para proteger desde la perspectiva de la Convención, se parte de la identidad del menor; cómo se integra, entendiendo a la familia como núcleo ideal de progreso, amor, respeto, solidaridad, etc.; pero también pueden gestarse circunstancias que afecten negativamente al menor, como conflictos de poder entre los padres, eventos de tensión y estrés. Derivado de ello, alguno de los integrantes de la familia, en el contexto global en el que vivimos, puede decidir buscar otro lugar más favorable a fin de poder quedarse en guarda y custodia o derechos inherentes del menor.

¹ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991.

Es importante tomar en consideración por qué se generan este tipo de situaciones, en muchos casos las parejas no son estables, alguno de los integrantes, o los dos, trasladan los afectos y las emociones a sus hijos; de hecho es muy común pensar que quienes no fueron buenas parejas, por lo menos desean ser considerados buenos padres. Por ello, los hijos se convierten en tesoros personales, es el último resquicio contra la soledad de los padres y tratan de preservar sus intereses personales más allá de los del menor.

De esta manera, uno de los miembros de la familia puede optar por llevarse al pequeño lejos de donde se encuentra su residencia habitual, su casa, sus amigos; es decir, todo lo que le es cercano o familiar. El resultado es que esa situación alterará los vínculos que tiene con sus progenitores y se generará una situación compleja y de estrés.

Es esencial que se proteja la identidad y la dignidad del menor en los primeros años de vida, porque es cuando se comienzan a conformar una serie infinita de conexiones con su sociedad. Ello que nos hace únicos, dignos e irrepetibles, se debe proteger como sucede con la identidad del infante a través del principio universalmente aceptado que es el interés superior del menor, su identidad; es decir, conservar el medio donde se desarrolló que es clave de la residencia habitual del infante que establece la Convención.

2. Instrumentos relativos a la sustracción internacional de menores

La “Convención sobre los Derechos del Niño” constituye el marco de referencia de una serie de convenciones derivadas, como son el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores², de 1980,² la “Ley Modelo Sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios

² Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de marzo de 1992.

Sobre Sustracción Internacional de Menores” y la “Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores”.³ La Convención de La Haya es la más utilizada en México porque, además de ser universal, la mayor parte de los casos se llevan con Estados Unidos y este país es signatario de dicho Convenio.

3. Convención de La Haya sobre sustracción internacional de menores

Los objetivos específicos de esta Convención están enmarcados en los artículos: 1º, 2º, 4º y 5º y constituyen una protección a la custodia de los infantes, que cuando se realiza un desplazamiento ilícito del menor esta convención se accione.

Los jueces requeridos no pueden pronunciarse sobre el fondo; o sea la guarda y custodia, convivencia o alimentos, guardando únicamente como objetivo específico el de restituir al infante a su residencia habitual, garantizando que el derecho de custodia efectivo se haga valer. Por lo tanto, se puede afirmar que se trata de una norma de competencia negativa, esto significa que no se pueda conocerse el fondo y que solo se realice la restitución. ¿Por qué la Convención no otorga facultades al juez requerido para ir más allá en el asunto? Porque no tiene competencia para pronunciar sobre cuestiones que solo competen al juez requirente.

3.1 Custodia y derecho de visita

Los conceptos que se van a analizar serán vistos desde una perspectiva internacional, porque cada Estado tiene su propio contenido y significado, por ejemplo, el concepto de “guarda y custodia” en México es distinto del que se tiene en España o en Bélgica; por ello, el objetivo debe ser muy preciso. La custodia en México es: la representación y el cuidado integral, social, psicológico y emocional del infante; sin embargo, esta definición es muy cercana al concepto de “patria potestad”. Unificando criterios, la

3 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de julio de 1994.

Convención define la “custodia” como el cuidado y el poder de decisión sobre la residencia habitual del infante. Al respecto, el artículo 5° señala:

A los efectos del presente Convenio:

- a) el “derecho de custodia” comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;
- b) el “derecho de visita” comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.⁴

Me parece oportuno señalar, si el derecho de convivencia, como nosotros lo conocemos, es un concepto correspondiente con la protección que se establece en el Convenio, la INCADAT,⁵ que es la página de orientación sobre la información que emite La Haya, indica la extensión del derecho de visita, y que en mi opinión, de ahí emerge, en un sentido parecido a la patria potestad, si hace valer la protección del Convenio.

3.2 Retención Ilegal de menores

¿Cuándo se da la sustracción o retención ilícita? Cuando se infringe el derecho de custodia, que haya sido dado a una persona, organismo o institución, en relación a la residencia habitual del infante. El convenio señala en su artículo 3°:

4 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24>. Consultado el 24-02-2018.

5 “INCADAT es la principal base de datos legal sobre la ley internacional de sustracción de menores. Es una herramienta gratuita y completa para la investigación de casos, resúmenes de casos y análisis jurídico de la aplicación de la Convención de La Haya de 1980 sobre el secuestro de niños. El sitio web también proporciona material adicional pertinente a esta área del derecho. La base de datos se actualiza regularmente y está disponible en inglés, francés y español. INCADAT es utilizado por jueces, autoridades centrales, profesionales de la justicia, investigadores y otros interesados en este marco de cooperación jurídica internacional que ayuda a proteger a los niños de los efectos nocivos del secuestro internacional de niños en unos 100 países.”, INCADAT, “Acerca de INCADAT”. Disponible en: <https://www.incadat.com/es/about-incadat>. Consultado el 24-02-2018.

El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

a) cuando 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) cuando este derecho se ejercía de 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.⁶

En un estudio de las cortes de Estados Unidos, realizado por Viviane I. Lennon, se argumentaba que un derecho de visita no era suficiente para hacer válida la restitución, como fue el caso *Croll vs Croll*.⁷ Sin embargo, esta concepción cambió, en el caso *Abbot vs Abbot*, en donde se concluyó que el derecho de visita sí era suficiente.⁸

En la práctica jurisdiccional, es importante que, si se considera que hay un caso de riesgo, se revisen las sentencias o convenios existentes sobre la materia, y con base en ellos, procurar que los interesados conserven los derechos de patria potestad. En caso de que el infante deba salir del país, se requiera de la autorización de los padres. Con ello, si el caso entrara a una jurisdicción internacional, se proteja la “custodia” a la que se refiere el Convenio.

6 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *op. cit.*

7 El caso se puede consultar en: INCADAT, *Croll vs Croll*, 2000, Disponible en: <https://www.incadat.com/es/case/313>. Consultado el 24-02-2018.

8 Lennon González, Viviane I, “¿Cuidado personal a partir del régimen de la relación directa y regular? La importancia del derecho internacional y comparado”, *Revista Chilena de derecho privado*, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Fundació Fernando Fueyo Laneri, núm. 17, Santiago de Chile, 2011, pp. 119-126.

3.3 Residencia habitual del infante

¿Cómo se determinan los lazos generados por un infante en un lugar?, los estudios internacionales señalan que se deben analizar los lugares de residencia de los padres y revisar dos aspectos: cuál fue la intención y el tiempo; si el infante es mayor de 4 años, también se debe analizar el tiempo y los lugares de residencia, la intención del infante y sus vínculos.

¿Cuánto es el tiempo para considerar un lugar la residencia habitual?, en la doctrina no hay un consenso al respecto, los autores señalan períodos que van de los 6 meses a los 2 años, aunque el término genérico es de un año, de acuerdo a las diferentes circunstancias. Es necesario recalcar que se habla de un aspecto, de lazos y emociones y no geográfico.

3.4 Sustracción

La sustracción es precisamente el desplazamiento del infante, en una franca violación del derecho de custodia que se ejerce de forma efectiva. Cuando se habla de desplazamiento ilícito, se presume que en un ejercicio de derecho de visita el infante sea traslado a otro lugar y no sea restituido, o en otro caso, no regrese a su residencia habitual y en cualquiera de estos casos entonces se habla de retención ilícita.

España ha señalado que esto es un delito, a pesar de que es de competencia civil, se ha señalado que la protección del infante debe darse desde la materia penal.⁹

El artículo 12 establece la obligatoriedad del Estado a restituir al infante, inmediatamente si es menor a un año. Los procedimientos después de la expiración del plazo de un año, podrán ordenar la restitución del menor, salvo que quede demostrado que ha quedado integrado a su nuevo ambiente:

⁹ El delito se encuentra tipificado en el Artículo 225, Bis.

Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la 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 desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor.

En Alemania, transcurrido un año, se presume que hay integración salvo que se demuestre lo contrario, y por ende ya no se otorga la restitución.

3.5 La edad en los procedimientos de restitución

Cuando en el desarrollo del procedimiento de restitución el menor cumple los 16 años, el procedimiento se debe cerrar. En la práctica, al menos en México, se acata lo dispuesto en la ley, aunque hay autores que señalan que debería atenderse a la opinión del infante, de acuerdo a su edad y madurez. En un caso, en el que hay tres menores que deben ser restituidos y uno de ellos está próximo a cumplir los 16 años, y los otros dos son de menor edad, el juez puede determinar que en beneficio de no separar a los hermanos se haga la restitución de los tres, a pesar de que uno de ellos alcanzó la edad en la que la protección convencional ha perdido su validez. Porque un infante que tiene 16 años tiene opinión que no puede ser desatendida, es decir, ya

tiene la capacidad de ser interprete de su propio interés. De entre las facultades que se establecen en la convención para actuar en estos casos, pueden revisarse los artículos 3 y 18.

3.6 Los requisitos para llevar a cabo la restitución son:

- Los datos de identificación (papá, mamá, sustractor, el solicitante y el infante).
- La edad.
- Los motivos
- Datos de localización

Si todavía no hay una resolución o un convenio de por medio, cuando se está solicitando la restitución, es decir, el momento en que los problemas de pareja ocasionan que uno de los integrantes salga del país de la residencia habitual del menor, sin que se haya iniciado un conflicto o un litigio, ¿cómo se podría comprobar que se tiene la custodia de un menor que se está ejerciendo de manera efectiva? Esos dos aspectos serán revisados, por lo tanto el Estado que está haciendo la solicitud, deberá enviar una copia legalizada o una copia de la legislación vigente y el acta de nacimiento del menor para observar que se ejerce la custodia en ese contexto.

4. Excepciones

Antes que nada, se debe comprobar que el padre acusado por sustraer o retener ilegalmente al menor, esté ejerciendo su derecho de custodia, si se señala lo contrario, quien desea restituir al niño, tiene la carga de la prueba. Por ejemplo, un padre que está recluido, es obvio que no ejerce la custodia del menor, pero tal vez el padre si cumple con las visitas, cumple con sus obligaciones alimentarias, si tiene algún contacto con el menor (virtual, etc.), entonces ejerce la custodia.

Las excepciones procuran no colocar al menor en una circunstancia de peligro psíquico o físico o una situación que se asuma poco tolerable para el menor. ¿Cómo se califica esta situación?

Una propuesta presentada por Rainer Hübstege lo clasifica en 3 supuestos básicos:¹⁰

- a) La Excepción relacionada con el padre que solicita la entrega del niño, que está relacionada con la posibilidad de que el padre que está solicitando ejerce algún tipo de violencia o maltrato, y por lo tanto, no es posible que se restituya a un medio violento. De nuevo surge otra interrogante, ¿de quién es la responsabilidad de realizar la investigación para determinar si se ejerce violencia en el país hábitat del menor? En la mayoría de los casos esta tarea corresponde al Estado en donde se determinó la residencia habitual del menor.
- b) Si el Estado en donde se encuentra la residencia habitual del menor representa un peligro, es decir un ambiente violento para el infante. Si existen hambrunas, amenazas de guerra.
- c) Si el padre sustractor tiene una orden de aprensión o si existe alguna situación de riesgo en el Estado residencia habitual del menor, por lo que se deben buscar formas de protección al padre sustractor que también protegerían al menor.

Finalmente el Convenio señala que no se debe hacer valer el derecho del Estado de la residencia habitual del menor para impedir que se hagan valer las obligaciones internacionales. El periodo de respuesta para las solicitudes, que se den en el marco del Convenio, es de un plazo no mayor a 6 semanas calendario. Y el Convenio señala que debe sugerirse en todo momento la mediación, ocupar los medios alternos de solución de conflicto para desahogar la restitución.

Víctor Manuel Rojas Amandi:

5. Crítica a la Convención de La Haya de 1980

En síntesis, lo que protege el Convenio, es la residencia habitual y quizás se puedan tener dudas de si ese es el mejor criterio;

¹⁰ RAINER, Hübstege, "El Convenio de La Haya sobre sustracción internacional de menores a la luz de la práctica judicial", *Boletín de los Jueces*, T. IX, 2006, p. 23 y 24. Disponible en: <https://assets.hcch.net/upload/news2006s.pdf>. Consultado el 24-02-2018.

por ejemplo, se podría tomar en cuenta la posibilidad de desarrollo del menor. En ese sentido, podemos hablar de algunas decisiones que podrían calificarse como injustas, por ejemplo, si una pareja conformada por un ciudadano europeo y una madre mexicana, tienen un hijo que nace en Europa y pasa sus primeros años de vida allá, lo que convierte al país en el que vive Estado residencia habitual del menor. Por un problema de pareja, la madre se lleva al menor a México y el padre solicita la restitución del menor bajo el Convenio; —como se podrá imaginar— al apelar a la residencia habitual del menor, este debe ser restituido y el padre es quien se encarga de él. Pero años adelante, el padre encuentra una nueva pareja y encarga al menor con los abuelos, quienes ya no pueden brindarle una educación integral.

También existe la resistencia de los menores para que los restituyan a su residencia habitual, al grado de amenazar con el suicidio, en el peor de los casos, y, puede suceder que exista gran dificultad para subir al menor a un vuelo que no quiere hacer para regresar a su “residencia habitual”.

Además, hay que tener en cuenta que en México no se puede prescindir del amparo, por lo tanto no se cumplirán las 6 semanas señaladas en el Convenio. Es imposible que se desahogue en un tiempo tan corto un amparo y de inmediato se lleve a cabo la restitución.

Otro punto de conflicto es cómo coexisten los temas nacionales e internacionales, los límites de la legislación local y los del Convenio, en dónde está la frontera entre el tema de familia y el tema de restitución.

Para finalizar, cuando se habla de litigar o dirimir el tema de fondo, en el Estado de donde fue sustraído el menor, lo cual tiene dificultades asegunes como la imposibilidad del padre sustractor de ingresar a ese país, o que las condiciones para hacer válida la custodia de un menor sean extremas, como las que se han aplicado en Texas, estableciendo que se pierde la custodia del

menor una vez que se sale del Estado. Es decir, existen innumerables formas en las que se puede afectar a uno de los padres en el caso de regresar al menor al Estado residencia habitual.

Por ello, concluyo, la restitución internacional de menores y la aplicación del Convenio es un tema que debe mantenerse en un debate abierto y con la mayor información posible para tomar una decisión.

María Virginia Aguilar:

6. Los convenios sobre restitución internacional de menores en la práctica

El Convenio de La Haya marca claramente cuándo se puede restituir a un menor y cuándo no, si se aplican las causas de excepción. Se han señalado a grandes rasgos cómo está estructurada la Convención. De hecho, el Código Procesal Civil del Estado de México, establece que para una aplicación más eficiente de las convecciones, se puede acudir indistintamente a la “Convención sobre los Derechos del Niño” o el “Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, sin embargo en la realidad esta ambigüedad genera más conflictos de los que se podrían imaginar.

Existe un formato internacional de restitución en el cual los padres solicitantes deben recurrir a su autoridad central para que les apoye. A partir de la experiencia que nos ha dejado la aplicación del “Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores” y la “Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores”, que entraron en vigor durante los años noventa, hemos comprobado que no es tan sencilla la aplicación de los conceptos que contienen. En particular, el Convenio de La Haya señala que se aplique el criterio más ágil para la restitución del menor, aludiendo a las 6 semanas señaladas; esta premura se debe a que se pretende evitar que el menor sufra desarraigo de su “residencia habitual”.

Para que los jueces intervengan y tomen una decisión definitiva sobre la restitución o no del menor, se deben observar los puntos álgidos y claves, así como proteger el vínculo del menor con su cultura.

7. Cómo debe actuar el juez

1. Hacer un auto inicial, que permita darle validez a la solicitud. Esta solicitud les llegará por parte del Estado solicitante a través de la autoridad central del Estado refugio.

2. Determinar cuál convenio se debe de seguir, seguramente se deberá elegir el de La Haya, porque es más amplio y está firmado por 93 Estados.

3. Resolver si es procedente o no la restitución del menor. En el primer caso deberá ser de inmediato pero tomando en cuenta las pruebas que se hayan aportado. Las pruebas del padre solicitante ya vienen incluidas en la solicitud de inicio presentada en el Estado “residencia habitual del menor”, que, entre otros elementos, deben contener: fotografía del menor, fotografía del padre que lo sustrajo, pero podría ser algún familiar (los abuelos, tíos) y hasta alguna institución.

7.1 Auto Inicial

El padre sustractor generalmente ya ha planeado la sustracción, con ayuda de los familiares en el Estado refugio, han conseguido alojamiento, escuela para los niños, todo con la finalidad de comprobar que tienen un apego. Por ello, el juez en el auto inicial debe proteger al menor. Se debe cuidar el debido proceso a las partes, que consiste en que tengan oportunidad de defenderse, en el caso del padre sustractor.

Cuando se envía un menor al Estado “residencia habitual” no es para quitarle la custodia al padre sustractor, la guardia y custodia le pertenece y la ejercen padre y madre, en ocasiones ya está definida por un divorcio. Es muy importante hacer hincapié en que

se habla de “residencia habitual”, no se pone a revisión la guardia y custodia o decidir quién la hace efectiva, etc. Lo que busca el Convenio es que se restituya al menor al lugar en donde se encuentran sus apegos; los menores, en muchos casos, son quienes dan la clave al juez. Por ello es muy importante la entrevista, se puede comprobar la madurez del menor, saber si el apego del niño era importante o necesario en su “residencia habitual”.

Por estadísticas se observa que en México los asuntos sobre restitución internacional de menores, son 80% relaciones México-Estados Unidos. Este dato no quiere decir que los niños o padres sean mexicanos o estadounidenses, hay casos de niños mexicanos con padres españoles, o niños italianos, etc.

En antaño, cuando llegaban solicitudes de procedimiento de restitución internacional, se operaban a través del DIF y se dejaba al menor bajo su custodia; sin embargo, en México desencadenó innumerables amparos. Al respecto hay que aclarar que no solo en México se prolonga la restitución más allá de las 6 semanas, personalmente he llevado casos en Brasil y en Estados Unidos que se han extendido más de un año, y en Francia con apelaciones se alcanzan hasta 3 años.

Lo primero que quiere hacer el padre sustractor es esconder al menor, que pase el tiempo y que en la causa de excepción aplique la adaptación que ha tenido el menor en el Estado refugio.

Lo que se pretende con las convenciones señaladas es que se reintegre al menor al Estado “residencia habitual” y ahí el padre sustractor regrese a reclamar sus derechos. Como dato, en casi todos los países, los menores de 6 u 8 años deben permanecer con la madre.

Por eso, se recomienda que los jueces siempre que conozcan un caso de restitución internacional de menores, antes de consultar cualquier texto sobre el tema, revisen el Convenio de La Haya o la Convención Interamericana, porque ahí se describen los pasos, desde la búsqueda y localización.

Un punto importante es que en el auto se señale la audiencia como su derecho pero que también se soliciten los pasaportes para evitar el traslado del menor a otro Estado refugio. En un caso llevado en el Estado de México, un juez, correctamente, señaló en el auto los días para llevar a cabo la audiencia, notificó a la madre sustractora para que pudiera desahogar los elementos que la llevaron a tomar la decisión de sustraer al menor y de existir alguna causa de excepción se comprobara; la mujer, cuando fue notificada de nuevo, se escapó con el menor. El juez debe hacer todo lo posible por la localización del menor, girar oficios a cualquier dependencia para que ayude a encontrar al menor, solicitar a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (por la licencia de conducir), etc. Al final, la mujer fue localizada otras dos ocasiones más y de nuevo se escapó con el menor.

Por eso, es muy importante hacer todo lo posible para que en el auto de inicio se establezcan todas las protecciones para llevar una custodia efectiva del menor.

7.2 Etapa de pruebas

Es exclusivamente de las causas de excepción, porque no se puede alegar custodia efectiva si en el Estado residencia habitual del menor no se pagaba la pensión alimenticia; en otro caso si se aduce maltrato hacia la mujer, se debe comprobar que la madre sustractora acudió a las instancias para denunciar, si se buscó ayuda de la autoridad. Al respecto, casi todas las madres sustractoras alegan que los menores fueron violados, pero tendría que demostrarse la denuncia. Las pruebas deben ser antes de la sustracción.

Se debe verificar la custodia del menor, el registro, acta de nacimiento, etc., cualquier documento que pueda probar la custodia sobre el menor será requerida.

Cuando se trata de definir cuál es la residencia habitual del menor, por ejemplo, con un infante que señala que tiene su residen-

cia habitual en un Estado, en la entrevista se debe ahondar para tratar de clarificar la vida que llevaba en el Estado del que fue sustraído. En los casos en los que el menor, no tiene más de dos años, o que es difícil comprobar el Estado residencia habitual, se debe verificar cuáles eran los planes que tenía la pareja, por ejemplo un departamento en renta, una escuela- Los puntos de contacto se encuentran en la entrevista con los niños o analizando el expediente. No se trata de entrar a fondo, simplemente obtener la verdad histórica del caso.

La finalidad de las excepciones, del papel del juez en la restitución es el interés superior del menor, por eso se tienen facultades amplias, para no regresar arbitrariamente a un menor o para protegerlo si es que hay probabilidad de peligro en el Estado "residencia habitual"; por ejemplo, si hay duda de que un menor es golpeado, se puede hacer una recomendación para que se verifique en los próximos 6 meses posteriores a la restitución y sean evaluadas las condiciones del menor.

La Red Internacional de Jueces de La Haya¹¹ existe para la asesoría de los jueces, para en primer lugar, evitar que el padre sustractor se escape; es decir, asegurar la custodia del menor, luego para realizar la restitución o no, para que en el momento de la ejecución se realice efectivamente.

7.3 Ejecución

La Suprema Corte de Justicia, señaló que ya no debe haber apelaciones porque ya existe el juicio de amparo; sin embargo, en los Estados siguen promoviendo apelaciones. En cuanto al amparo se considera que es una facultad constitucional para decidir si lo que se está haciendo por el juez es correcto o no dentro de

11 Para encontrar los jueces miembros de la Red en México se puede consultar el registro de La Haya disponible en internet en International Hague Network of Judges (IHNJ), además de otros elementos de ayuda para restitución internacional de menores: La Haya, "Sección Sustracción de Niños": Disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>. Consultado el 24-02-2018.

los Derechos Humanos y quizás el único aspecto que se puede encontrar a este recurso, en materia de restitución internacional, es que no sea ágil o que no sea claro en las determinaciones.

Es muy común que las sentencias dictadas por los jueces estatales sean revocadas por el juez federal. Por eso, una vez que el juez local ha dictado sentencia, se inicia la parte más complicada para los abogados que se dedican a la restitución internacional de menores, pues es toda una travesía llegar con el menor al aeropuerto o la vía por la que se regresará al menor a su residencia habitual, antes de que se acepte el amparo y se imposibilite a que el menor salga; con ese recurso se prolonga por dos años la restitución del menor. Con ello, se suma alienación de alguno de los padres, un entorno más complicado y un trauma mayor para el menor.

8. Conclusiones

Finalmente es necesario que en los casos de restitución internacional de menores, regresar al menor, pero con la claridad de que no se actualice alguna de las causas de excepción o, al contrario, evitar el regreso pero con las excepciones debidamente sustentadas. No se debe olvidar que los padres sustractores tienen derechos y son personas que simplemente salieron asustadas de algún Estado pero son padres o madres de un menor del que tienen derechos.