

## CONCLUSIONES

### I. TIPIFICACIÓN O DESTIPIFICACIÓN

Las presentes líneas tienen un doble cometido: por un lado, reflexionar sobre las ventajas y desventajas que presenta la tipificación de la sustracción internacional de menores por sus propios padres en los distintos códigos penales al interior de la república mexicana; por otro, difundir los distintos instrumentos convencionales que México tiene ratificados, así como la normativa de origen interno que este país ofrece para prevenir y, en su caso, solucionar un supuesto de sustracción. Al hilo de este segundo cometido hemos presentado algunas problemáticas con el único fin de mejorar y agilizar los procesos restitutorios de cara a concretar el interés superior del menor.

En primer lugar cabe aclarar que en cualquier supuesto de sustracción se encuentran implicadas tres personas, por orden de importancia: el NNA, el progenitor sustraído y el progenitor sustractor. En función del principio del “interés superior del menor”, la pieza fundamental en este “rompecabezas” es el menor, y por ello es que toda nuestra inquietud gira a su alrededor, en orden a ponernos en plena consonancia con el denominado “siglo del puerocentrismo”.

Por ello, debemos buscar la vía jurídica más adecuada para proteger al eslabón más débil en toda estructura familiar, máxime cuando nos enfrentamos a un supuesto de sustracción internacional de menores. En este sentido afirmamos que la vía civil es la única que supone la iniciación de un proceso restitutorio encaminado a proteger al menor. Una protección que se otorga tanto si el proceso se resuelve en forma positiva, es decir, con el retorno del menor al Estado de su última residencia habitual, o en forma negativa, es decir, evitando dicho retorno. La suerte que corra dicho proceso entendemos que debe ser adoptada en función de las características y peculiaridades que rodean tanto a cada menor como a cada entorno familiar.

Por lo que hace a la vía penal entendemos que en ningún momento protege al menor de edad en el proceso de localización y restitución, es decir, esta arista jurídica, al imponer una pena privativa de libertad o multa, está

dando una consolación al progenitor despojado del NNA e impone un código de conducta para aquellos progenitores que pudieran encontrarse en esa misma situación.

Sumando ambas afirmaciones entendemos que toda la atención (normativamente hablando) debe centrarse en la vía civil si lo que queremos es un proceso restitutorio exitoso en función de alcanzar una protección total del menor desplazado, evitando el desarraigo que pueda sufrir.

Nos preguntamos si con la consideración de la sustracción como figura penal estamos mandando un mensaje correcto y esperanzador a la sociedad. Una pregunta que tiene una respuesta negativa. Esta tajante respuesta parte de afirmar que la conducta de sustraer a un menor ya estaba sancionada a través de otras figuras penales conocidas, desde que la comisión de la sustracción desencadena unas consecuencias que derivan en la comisión de otras figuras delictivas (maltrato psicológico, violencia intrafamiliar, desacato, falsedad de documento público, falsedad de declaración, lesiones, etcétera). Por ello, el castigo a esta conducta no es nuevo ni más severo tras su inclusión en el Código Penal como *lex specialis*.

Ahora bien, ¿qué ventajas y desventajas tiene la tipificación de esta conducta?

Por un lado, entendemos que el problema que representa la sustracción no se visualiza mejor ni de forma más clara con su inclusión en un código penal desde que el progenitor que sustraiga al menor no necesariamente conoce el mundo jurídico o pocas veces ha tenido algún contacto; por otro, su inclusión tampoco repercute en una clara disminución de esta tipología de conductas; no estamos convencidos de que se llegue a disuadir a los progenitores de llevar a cabo dicha conducta tras su inclusión en los códigos penales. Entendemos que la comisión de esta conducta obedece a un impulso emocional, afectivo, que difícilmente se puede reprimir con la mera inclusión de esta conducta en un código penal.

Partimos de la *Guía de buenas prácticas* —primera parte, práctica de las autoridades centrales, página 74, párrafo 6.3— “en materia de procedimiento penal, la cuestión es tener en cuenta el impacto de las acusaciones penales por la sustracción de menores sobre la posibilidad de conseguir el retorno del menor”. En este punto mencionamos que el impacto que puede tener la iniciación de la vía penal puede ser negativo a los ojos del juez que está conociendo del proceso de retorno del menor. Así, puede ocurrir que este juez (de refugio) determine el disfuncional disfrute de los derechos tuitivos que le correspondieran en su caso al otro progenitor desde que éstos se verán dificultados por la iniciación de la vía penal en el Estado de su última resi-

dencia habitual. Una consideración que impacta negativamente en la suerte del proceso de retorno. Así, más que ayudar al arreglo de esta situación, la previsión de esta conducta en los códigos penales supone una “piedrita” en el camino que puede complicar el resultado final del proceso restitutorio; lo anterior desde que se puede entender que la apertura de la vía penal impide llevar a cabo el derecho de visita del otro progenitor; máxime cuando el progenitor se ha refugiado en el Estado de su nacionalidad (situación en la que no se puede descartar el nacionalismo judicial).

En tal sentido, una de las primeras preguntas que realizan los jueces del Estado de refugio es si se ha iniciado y aperturado la vía penal en el Estado de la última residencia habitual del menor contra el progenitor sustractor; la respuesta a esta pregunta conduce al proceso restitutorio en sentido negativo. Ahora bien, no cabe desconocer que quien tenga abierta una vía penal por el padre sustraído es la reacción más normal (jurídica y emocionalmente hablando); lo que haría cualquiera de nosotros y lo que podría aconsejar cualquier abogado llevado por una carga emocional que no cabe desconocer. Lo anterior puede servir, ilógicamente, para premiar (incluso camuflar el nacionalismo judicial) a aquella práctica ilícita de sustraer a un menor del país donde reside, validando una situación que desde su inicio se revela contraria a derecho.

Entendemos que la intervención del derecho penal potencia el conflicto entre los padres y dificulta cualquier comunicación que pudiera haber entre ellos, en claro perjuicio del NNA. Si el grado de fricción es elevado la comunicación entre las partes empeora al interponer acción penal.

Como ventaja podemos apuntar a aquellos Estados en los que el inicio de la vía penal puede ser fundamental para dar inicio a la localización del NNA por la policía. Entendemos que podríamos encontrar una ligera justificación para la tipificación de esta conducta de sustracción si ello fuera la vía necesaria para poder pedir la colaboración policial en el Estado de refugio, para el caso de la necesaria localización del menor. En este sentido la *Guía de buenas prácticas* —primera parte, práctica de las autoridades centrales, página 50, párrafo. 4.10—, se afirma que: “Como mínimo, las autoridades deberían emplear todos sus esfuerzos para localizar al menor. Debe recordarse que para algunas autoridades centrales es difícil utilizar los servicios de la policía para localizar a un menor si la sustracción no está sancionada penalmente”.

Por lo anterior sostenemos que cuantitativa y cualitativamente hablando las desventajas superan con creces a las ventajas a la hora de proponer que esta conducta figure en la lista de delitos de cualquier código penal.

Si caminamos de una cultura de un Estado represivo (represión y castigo) a una cultura de la educación, esta inquietud se diluye necesariamente desde que el derecho penal tendrá una intervención mínima y será así una verdadera “última *ratio*”. En una etapa preventiva, si se difunde entre la sociedad esta conducta y sus implicaciones, y si conseguimos en aquellos casos en los que se solicita una *relocation disputes*, emitir una decisión razonable para todas las partes implicadas, la reducción de esta conducta puede ser ciertamente visible. En una etapa de materialización de la conducta, si se tiene un proceso restitutorio rápido, con etapas breves y poco formales (sin minimizar el derecho/garantía de audiencia), y alejado de cualquier nacionalismo judicial, podríamos prevenir muchos daños colaterales a la familia; igualmente se obtiene dicha reducción cuando la ejecución de las sentencias en materia de derechos tuitivos se realiza de una manera ágil, basada en la confianza.

Como segundo ingrediente nos centramos en el bien jurídico tutelado en esta figura. Un bien jurídico que debe ser (y es) lo suficientemente importante para justificar su inclusión en los códigos penales. En este sentido y tras identificar el bien jurídico, nos preguntamos si merece la pena incorporarlo como delito pues son varias las inquietudes que nos asaltan.

Una primera observación está en la ubicación de estas figuras en los códigos penales, la cual podría darnos una idea y marcar una guía de cuál es el bien jurídico tutelado; en esta búsqueda nos encontramos con que no es unánime desde que cada código penal ubica esta figura en un rubro diferente —lo cual no ayuda a orientarnos en la concreción de este bien jurídico—. En este punto sería aconsejable contar con unanimidad por parte de los códigos estatales para armonizar su ubicación sistemática y apuntaran todos en una misma dirección al diseñar dicho bien jurídico.

Para ubicar el bien jurídico tutelado hemos diferenciado la sustracción de otras conductas con las que se pudiera llegar a confundir y que están relacionadas con diversos y distintos ataques a los menores de edad. También marcamos una línea entre las figuras que tienden a ser confundidas en aras de conseguir un mejor perfil de la figura de la sustracción. Así, diferenciamos la indemnidad sexual, la intangibilidad sexual, la libertad de circulación, la explotación laboral, la remoción de órganos, la integridad y la dignidad del menor del derecho a convivir y disfrutar de la convivencia y enseñanza de ambos padres.

Una vez diferenciados los bienes tutelados en las figuras, entendemos que éstos deben venir diseñados *ex novo* y *ex professo* por ser la otra cara del “interés superior del menor”; así, el bien jurídico tutelado en la vía penal

es lo que el interés superior del menor en la vía civil. De esta afirmación entendemos que el bien jurídico es la protección de la convivencia continua y fluida con ambos progenitores, la cual aporta al menor un normal desarrollo y crecimiento al mismo tiempo que este derecho a la convivencia del menor con ambos progenitores diseña de igual forma el “interés superior”.

El tercer ingrediente de esta reflexión, y que ciertamente nos inquieta, apunta al *forum shopping* penal que ofrece la república mexicana. A la hora de tipificar esta figura cada código penal lo hace de forma diferente, con tabulaciones distintas y con eximentes puntuales y diversas. La anterior relatividad de soluciones da como resultado la posibilidad de que el progenitor que trame perpetrar esta conducta acuda a aquella entidad federativa que impone una pena menor. No creemos que en esta figura concreta se justifique la diferenciación de trato y penas según la entidad federativa en la que se cometa. No creemos que se justifique una diferencia de penas dependiendo de la entidad federativa en la que se cometa, desde que el daño que se pueda producir y la crisis familiar que ello conlleva es la misma con absoluta independencia del lugar de su comisión. En este sentido nos atrevemos a sugerir que todos los códigos penales fueran uniformes a la hora de diseñar la conducta de sustracción (penas, eximentes, etcétera) si ya hemos optado por esta salida.

Un ingrediente más para ver las desventajas de la tipificación es que se puede llegar a revictimizar a uno de los padres. Queremos exponer dos casos que nos ofrece Jácome Cid para ilustrar la doble victimización de una persona cuando la conducta de sustracción es calificada autónomamente como delito.

La primera situación:

una migrante mexicana detenida en un centro de trabajo producto de una redada efectuada por autoridades federales y quien inmediatamente es puesta en proceso de deportación. Si la orden de las autoridades es que la señora debe abandonar el país y opta por llevarse con ella a sus menores hijos, se puede producir una disputa familiar por obtener la custodia de los menores si el padre permanece en Estados Unidos. Si la madre regresa con sus hijos a México producto de una orden de salida, es implícito que no existe la voluntad en esa persona para realizar un traslado, sino que es forzada a hacerlo y por ende no existe la intención de impedir el ejercicio de los derechos de custodia del otro padre y, sin embargo, el traslado ocurre.

## Segunda situación:

más complejo todavía resulta el caso de una madre que debe salir de territorio estadounidense para ser entrevistada por el personal de los consulados de ese país en México con objeto de tomar la decisión final sobre la procedencia de su solicitud de residencia permanente, tal y como se procesan algunas de las solicitudes de ese tipo. Si la señora viene a México con su menor hijo y en la oficina consular se le informa que su petición de residencia es rechazada y por lo tanto no puede regresar a ese país, la señora queda obligada a permanecer en México por una decisión de autoridad. A pesar de ello se ha interpretado en alguna ocasión que la madre está cometiendo una retención ilícita de menor, a pesar de que es el propio acto de gobierno lo que le impide retornar al lugar de residencia habitual.<sup>1181</sup>

Lo anterior debe contextualizarse con las afirmaciones que nos ofrece la *Guía de buenas prácticas* —primera parte, “Práctica de las autoridades centrales”, página 74, párrafo 6.3—: “En materia de inmigración, la cuestión es tomar medidas para asegurar que generalmente al padre sustractor se le permitirá entrar en el Estado requirente con la finalidad de tomar parte en los procedimientos judiciales relativos a la custodia o al derecho de visita”, y (página 80 párrafo 6.3):

*Cuestiones de inmigración.* En el transcurso de los últimos años, se han presentado un cierto número de casos en los que: a. El menor no ha sido retornado (por riesgo de peligro psicológico) porque una prohibición de inmigración del padre que lo había sustraído impedía su entrada en el Estado requirente; o b. El menor fue retornado... incluso cuando el padre sustractor que lo había llevado no podía entrar en territorio del Estado requirente por una prohibición de inmigración. En consecuencia, este padre no podía participar en persona en el proceso ulterior relativo a la custodia, lo cual podría tener consecuencias contrarias al interés superior del menor. Los Estados parte deberían, en la medida de lo posible, tomar las medidas para garantizar, salvo casos excepcionales, que el padre sustractor pueda entrar en el Estado al cual el menor es retornado, con la finalidad de tomar parte en los procedimientos judiciales relativos a la custodia o a la protección del menor.

En este contexto, y teniendo presente que México comparte con los Estados Unidos de América más de 3,000 kilómetros de frontera, y donde el

<sup>1181</sup> Jácome Cid, J., “El aspecto migratorio en los procesos de restitución en México”, en Tenorio Godínez, L. y Tagle de Ferreyra, G. (coords.), *La restitución internacional de la niñez*, cit., pp. 309 y 310.

trasiego de personas es ciertamente impresionante, y por ende las relaciones humanas son de una mezcla sin igual y que producen los casos que menciona Jácome, podemos replantearos si a México le conviene tipificar la conducta de sustracción internacional de menores como figura *specialis* en los códigos penales, o si mejor tipificamos otras conductas que puedan ser sancionadas y donde evitemos revictimizar a los padres que caen en este supuesto de manera involuntaria; incluso me atrevería a decir que de manera ignorante, culposa que no dolosa.

## II. EL “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR”

En estas líneas hemos mantenido la necesidad de que el “interés superior del menor” deba ser considerado en todo momento por los operadores jurídicos cuando se enfrentan a un proceso en el que se encuentra implicado un NNA. Éste debe ser el norte interpretativo, la piedra angular, el sustento mínimo y necesario para toda acción pública o privada que se tanga en relación con un menor.

Más allá de que se establezca una diferenciación entre el derecho (interés abstracto) y el interés o no (interés en concreto), lo que sí tenemos claro es que el interés superior del menor “se identifica con el moderno y actual paradigma en materia de la infancia: *la doctrina de la protección integral*”<sup>1182</sup> frente a la denominada “doctrina de la situación irregular”. Un paso más allá que viene representado por el derecho del menor a ser escuchado, a ser el máximo y principal representante de sus propios intereses, siempre que su madurez (que no tanto su edad) y la prestación del consentimiento del menor lo permita.

Si bien partimos de que es un concepto jurídico indeterminado, ello no significa que no podamos llenarlo de forma contextualizada. Por eso es que dependiendo de la categoría jurídica y de la situación de cada menor, el interés superior del menor adquiere un tinte. Así, en función de la categoría jurídica, de la situación familiar y del menor, el interés de éste adquiere distintos matices.

Por lo anterior entendemos que el interés superior del menor —en el caso de la sustracción— pasa de carácter general, por evitar su multiplicación, y con carácter particular, por buscar que el menor no sea desarraigado de su entorno social y familiar por la conducta de uno de los padres derivada de

<sup>1182</sup> Uriondo de Martinoli, A. y Cruz Pereyra, L., “Residencia habitual del niño o su centro de vida...”, *cit.*, p. 145.

una crisis de pareja, así como por buscar la convivencia con ambos progenitores de manera natural y fluida.

### III. LAS DENOMINADAS *RELOCATION DISPUTES*

Junto con una mayor atención a la cultura de la educación y de la difusión, ya hemos mencionado que debemos otorgar mayor peso a las *relocation disputes* desde que un correcto conocimiento y aplicación por parte de las autoridades puede ayudar considerablemente a reducir los casos de sustracción; ahora bien, para ello necesitamos que estos procesos en los que se decide si un menor puede o no ser trasladado lícitamente por el progenitor que tiene el derecho de guarda o de contacto, en el ejercicio de la responsabilidad parental, sean conducidos a través de procesos sencillos, rápidos y transparentes donde los parámetros que se van a seguir para llegar a una solución sean conocidos y caminen en una misma dirección, de tal manera que se llegue a un resultado más o menos predecible.

De lo contrario, el no contar con un mínimo de seguridad jurídica, ni contar con el conocimiento y eficiencia necesaria en esta etapa, el no contar con una campaña de difusión de esta figura y de sus implicaciones y su función preventiva, no existirá un incentivo para iniciar un proceso para solicitar el traslado lícito del menor a un tercer Estado.

Al hilo del caso conocido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) Neulinger Shurunk *versus* Suiza, González Beilfuss comenta acertadamente que

lo censurable no es el traslado en sí, que incluso puede ser una opción razonable para la sustractora y el niño, sino su carácter unilateral y, por consiguiente, ilícito. Por tanto, una reacción tan tajante como la prevista en los instrumentos en materia de sustracción internacional de menores sólo se justifica si como contrapeso existen mecanismos jurídicos que hagan viables los traslados lícitos, si la sustractora tuvo la opción de actuar lícitamente y deliberadamente la rechazó, y optó por tomarse la justicia por su mano.<sup>1183</sup>

Apostar más por las *relocation disputes* y menos por la sanción a los traslados ilícitos puede dar lugar a una ecuación en la que se reduzcan drásticamente los traslados ilícitos y por ende las sustracciones de menores.

<sup>1183</sup> González Beilfuss, C., "El traslado lícito de menores: las denominadas *relocation disputes*", *Revista Española de Derecho Internacional*, *cit.*, p. 57.



#### IV. EL NACIONALISMO JUDICIAL

El “nacionalismo judicial” es una figura ciertamente indeseable y que se ha convertido en un arma peligrosa y fácilmente esgrimible en estos procesos de restitución; un nacionalismo que puede camuflarse fácilmente al exponer otros argumentos “más convincentes” o simplemente retardando los plazos de restitución. En la lucha de esta figura evitamos que una situación fáctica, como es el traslado y la retención de un menor, se consolide utilizando como medio un pronunciamiento judicial desde que este comportamiento ilegal no puede generar un acto de legalidad que sea validado judicialmente, ya que esto supondría enaltecer el fraude y la mala fe procesal.

Entendemos que cualquier excusa sirve para que poniéndola de frente en un papel que representa un pronunciamiento judicial pueda esconderse el tan indeseable nacionalismo judicial que tienda a proteger la conducta de su nacional por el simple hecho de serlo.

La poteción al nacional no debe confundirse con legitimar una conducta ilícita a través de cauces judiciales. Sea nacional o no, esta conducta debe tener repercusiones jurídicas (y ¿por qué no? sociales).

#### V. LA NUEVA REGULACIÓN LOCAL/NACIONAL/*AD INTRA*

Aunado a lo anterior entendemos que si efectivamente estamos preocupados por la sustracción de nuestros menores y el aumento incontrolado de los casos que tenemos, deberíamos plantear soluciones rápidas y efectivas en tres frentes:

1. Garantizar una coordinación eficiente entre las autoridades que están involucradas;
2. Concatenado al anterior objetivo y de cara a su efectiva implementación sería necesario contar con los recursos personales y materiales que pudieran de forma eficiente, con carácter de exclusividad, conocer de los casos de sustracción internacional; y,
3. Establecer un marco normativo adecuado que se destine a dar solución de manera *ex nova* y *ex professa* a esta problemática social. Un marco normativo que debería buscar:

a) Una norma competencial local adecuada (neutral y de protección) que esté plenamente acorde con la establecida en los dos convenios internacionales que a la fecha México tiene firmados y ratificados; lo anterior sin

perder de vista lo previsto en clave de complemento por el Convenio de La Haya de 1996, a pesar de no estar ratificado. No nos basta con la redacción actual que nos ofrecen los distintos códigos de procedimientos civiles, la cual resulta, a todas luces, ampliamente deficitaria al no contemplar, en la mayoría de los casos, un supuesto específico para la sustracción de menores. Lo anterior con sus cuatro honrosas excepciones (Querétaro, Estado de México, Durango y Michoacán).

Esta norma competencial, partiendo del principio de reparto unilateral de competencia, sería conveniente que ofreciera el foro mexicano con varias opciones a la hora de predeterminedar su competencia: a) residencia habitual del menor, b) en casos de urgencia: b.1. el *forum loci delicti comissi*, y b.2. el lugar donde se encuentra o se presupone que se encuentra el menor de edad.

Creemos que la importancia de contar con normas competenciales de protección y que tengan como base los convenios de La Haya e Interamericano radica en el sector de la competencia judicial indirecta, esto es, en la fase de reconocimiento y ejecución de decisiones. En este mismo sentido se pronuncia la *Guía de buenas prácticas* relativa al contacto transfronterizo del niño, la cual sostiene, página 16, párrafo. 3.4.1: “Un elemento esencial de la cooperación internacional es un sistema que estipule el reconocimiento y la ejecución entre Estados de decisiones en materia de contacto y de custodia que hayan sido emitidas con base en los criterios de competencia convenidos o aprobados”. Afirmaciones que se reiteran en la *Guía de buenas prácticas* relativa al contacto transfronterizo (página X, en el párrafo. 3.1):

Existen dos elementos básicos para lograr una cooperación jurídica interestatal eficaz que respalde el derecho a mantener el contacto... respeto mutuo de las decisiones relativas al contacto adoptadas a partir de normas de competencia comunes, que comprenderá tanto el reconocimiento como la ejecución de las mismas.

Por último, creemos ciertamente ventajoso considerar la posibilidad de concentrar la competencia en unos pocos tribunales en el punto de los procesos restitutorios, en aras de conseguir agilidad, especialización, coherencia y armonía aplicativa e interpretativa a la par que la tan deseada economía en dichos procesos. Esta opinión la encontramos en Gómez Bengoechea al afirmar que “en varias ocasiones se ha hecho referencia a la posibilidad de que las autoridades competentes para decidir sobre estos casos fueran sólo aquellas que estuvieran especialmente formadas para ello, favoreciéndose

así el conocimiento del Convenio y la especialización en su aplicación”.<sup>1184</sup> Aunado a la anterior propuesta y en clave de redondear la idea, creemos que es ciertamente beneficioso contar con un número considerable de jueces de enlace que puedan ayudar en la labor de difusión y conocimiento de esta importante figura jurídica.

b) Una norma de derecho aplicable protectora de los intereses del menor, considerando que la mejor técnica para ello es la “norma materialmente orientada”. La actual redacción de los códigos civiles estatales es ciertamente deficitaria al no contemplar en su contenido una fracción que específicamente se enfoque a la sustracción de menores; esta situación se podría mejorar contemplando un supuesto específico para la sustracción internacional de menores donde la norma material aplicable fuera la vigente en la residencia habitual del menor (con absoluta exclusión de las normas de DIPr); a esta regla general podría ofrecerse la aplicación de la norma material de donde se encuentre el menor o de donde se presuma el menor, así como la opción de la norma material del lugar de comisión del hecho ilícito.

La exclusión de las normas de DIPr se hace con el objetivo de evitar que la aparición de figuras como el renvío (primer grado o segundo grado) pueda llegar a desvirtuar la aplicación de la norma material que más convenga al NNA.

Si la norma de competencia contemplada en los códigos procesales civiles debe ser mejorada, la situación empeora cuando nos referimos al segundo bloque constitutivo del contenido del DIPr. La elección de esta técnica de reglamentación se justifica por la existencia de una parte débil en la relación jurídica y que justifica que la balanza se incline a favor de la norma material de una de las partes, en este caso el NNA.

c) Una norma procesal adecuada, *ex nova*, *ex professa*, que establezca un proceso restitutorio de impulso oficioso,<sup>1185</sup> transparente,<sup>1186</sup> rápido,<sup>1187</sup>

<sup>1184</sup> Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., pp. 118 y 119.

<sup>1185</sup> Artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

<sup>1186</sup> *Guía de buenas prácticas*, primera parte, “Práctica de las autoridades centrales”, página 21, párrafo 1.6: “A través del procedimiento de solicitud del Convenio de La Haya, debería haber transparencia tanto en el procedimiento jurídico como en el administrativo. La transparencia en el procedimiento administrativo requiere que las partes interesadas tengan acceso a la información sobre esos procedimientos”. Lo mismo se reitera en la *Guía de buenas prácticas*, segunda parte, página 12, párrafo 1.6, donde se hace radicar la transparencia en el conocimiento de los procedimientos administrativos y judiciales de los otros Estados.

<sup>1187</sup> Véase la *Guía de buenas prácticas*, primera parte, “Práctica de las autoridades centrales”, página 20, párrafo 1.5.1, *Los procedimientos expeditos son esenciales en todas las etapas del proceso del Convenio*.

basado en el principio de concentración, intermediación,<sup>1188</sup> economía,<sup>1189</sup> contradicción y que descansa en una significativa reducción de formalismos.<sup>1190</sup> La redacción de esta norma procesal es de exclusiva responsabilidad y competencia de cada Estado, partiendo de la máxima *lex fori regit processum*.

Sobre ese punto ahonda la tesis

MENORES EXTRANJEROS. CARTA ROGATORIA. EL JUEZ DE ORIGEN DEBE ANALIZAR SU PROCEDENCIA LEGAL. En la solicitud de restitución de un menor a su país de origen, el juez que intervenga en la atención de una carta rogatoria de restitución de un menor extranjero a su país de origen, deberá cuidar que el acto procesal encomendado se encuentre debidamente fundamentado y se lleve a cabo de acuerdo a las leyes procesales vigentes en territorio nacional, considerando que a toda persona que se encuentre en territorio mexicano la protegen las leyes nacionales, atento lo preceptuado por el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto promulgatorio de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.<sup>1191</sup>

Estas características deben mantenerse en el proceso de reconocimiento y ejecución de decisiones a la hora de exigirse bajar los “decibeles”<sup>1192</sup> de los formalismos y formulismos solicitados en esta fase, evitando así un injustificado atraso a la hora de cumplir las órdenes de retorno del menor.<sup>1193</sup> Lo anterior estaría en plena consonancia con la *Guía de buenas prácticas*—segunda parte, medidas de aplicación, página 12, párrafo 1.5—. Estas afirmaciones llevan como contraprestación, si queremos un reconocimiento y ejecución rápido, que el juez del Estado de refugio, motive y justifique su sentencia. La rapidez en esta etapa ayudará a que el menor sufra menos consecuencias derivadas de un posible arraigo al Estado de refugio, así como evitar una doble sustracción del menor. Lo anterior queda manifestado en

<sup>1188</sup> Artículo 16 de la Ley Modelo sobre Normas Procesales al mencionar que “la audiencia será presidida por el tribunal...”.

<sup>1189</sup> Véase la *Guía de buenas prácticas* relativa al contacto transfronterizo del niño, página 16, párrafo. 3.4.1.

<sup>1190</sup> Capuñay, L. M., “Los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *cit.*, p. 12.

<sup>1191</sup> Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 20/97.

<sup>1192</sup> Dreyzin de Klor, A., “La influencia de la universalización de los derechos humanos en la sustracción internacional de niños”, *cit.*, p. 22.

<sup>1193</sup> Sifuentes, M., “Cuestión de fondo acerca de los derechos de custodia. Artículo 16 del Convenio de La Haya”, *cit.*, p. 37.

forma clara y contundente en la *Guía de buenas prácticas* —cuarta parte, ejecución, por ejemplo en la página 8 en los párrafos 1.6 y 1.7—. Por ello, nos atrevemos a hablar de una “libre circulación de sentencias”, un proceso que debe ser igualmente transparente. En este sentido y como se afirma en la *Guía de buenas prácticas* —primera parte, prácticas de las autoridades centrales, página 41, párrafo 3.16—:

una vez que se ha tomado la decisión de retorno, el solicitante ha de iniciar un procedimiento judicial distinto para la ejecución de la decisión. Muchos Estados requirentes ignoran la necesidad de este paso adicional causado por una falta de información por parte del Estado requerido. Hacer todo lo posible para asegurarse de que los procedimientos del Estado requerido sean entendidos, y así evitar desventajas para el solicitante como resultado de una falta de comunicación.

Mismas afirmaciones de prontitud y reducción de formalismos que reiteramos a la hora de hablar de la correspondiente y casi inevitable interposición de recursos y que nos recuerda la tesis:

MENORES. TÉRMINO PARA PROMOVER AMPARO CONTRA LA ORDEN DE RESTITUCIÓN A SU PAÍS DE ORIGEN. En los casos a que se refiere el decreto promulgatorio de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores... el juicio de garantías contra la orden de restitución de menores a su país de origen puede promoverse en cualquier tiempo y sin exigir formalidad alguna, según lo dispuesto en el artículo 22, fracción II, de la Ley de Amparo, en virtud de que dicha orden de restitución constituye una virtual deportación.<sup>1194</sup>

Un derecho a recurrir que no puede ser eliminado en esta figura, así lo deja ver la tesis aislada:

INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESIÓN DE MENOR. APELACIÓN EN EL EFECTO DEVOLUTIVO. CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 709 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN QUE PERMITE EJECUTAR LA SENTENCIA RECURRIDA. CASO EN EL QUE LA RESOLUCIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA FUERE FAVORABLE AL APELANTE. En el caso de que la sentencia del superior jerárquico fuere favorable al apelante, cabe estimar que en este supuesto el artículo 709 del Código Procesal Civil del Estado de Nuevo León no adolece del efecto de inconstitucionalidad consistente en infringir las garantías de audiencia, legalidad y seguridad que consagran los artículos 14 y 16 constitucionales, ni viola las formalidades esenciales del procedimiento, ni produce

<sup>1194</sup> Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo en revisión 20/97.

un estado de indefensión en perjuicio del apelante, toda vez que el demandado y vencido en primera instancia tiene, a través de la alzada, además de la posibilidad de intervenir en defensa de sus derechos y de que en cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento y de las leyes aplicables obtenga sentencia favorable en segunda instancia, la de recuperar la posesión de referencia; lo que permite considerar, en consecuencia, que la privación o desposesión del menor no es concluyente e irreparable; más si se toma en cuenta que la sentencia interdictal, únicamente resuelve la posesión del menor en forma momentánea, actual e interinamente a favor de la actora del juicio interdictal, y no podría ser de otra manera, pues el interdicto como medida de seguridad que es, también llamado providencia precautoria o acción preventiva o de cautela, no conlleva cuestiones de posesión (o de propiedad) definitiva, sino la sola posesión interina, puesto que su real y positiva finalidad es ésta y no la de resolver en forma terminante la posesión a favor de quien obtiene el interdicto, dado que después de la protección obtenida mediante sentencia judicial, puede, por así disponerlo la ley (artículo 710 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nuevo León), discutirse la posesión definitiva en el juicio ordinario correspondiente.<sup>1195</sup>

La *Guía de buenas prácticas* —cuarta parte, ejecución, página 14, párrafo 2.2.51— menciona que:

La obligación del Convenio de procesar solicitudes de restitución con urgencia también se extiende a los procedimientos de apelación y los recursos judiciales extraordinarios. Por consiguiente, algunas leyes recientes que ponen en práctica el Convenio establecen plazos para presentar recursos judiciales contra la decisión del tribunal de primera instancia y/o para que el tribunal de apelaciones tome una decisión sobre esa apelación.

Así, sería positivo en aras de esa rapidez reducir los plazos para la interposición y correspondiente solución de recursos que puedan llegar a ser resueltos. Interposición de recursos que deben ser claramente informados a los padres, llamando la atención de que esta interposición no es un medio más para conseguir una nueva y más desgastante dilación del proceso, re-

<sup>1195</sup> Amparo en revisión 1964/76. Horacio Moreno Caballero, 28 de junio de 1977, unanimidad de 16 votos. Ponente: Arturo Serrano Robles, secretario: Efraín Polo Bernal. Véase *Semanario Judicial de la Federación 1917-1975*, primera parte, pleno, tesis 13, p. 39, tesis de rubro “APELACIÓN ADMITIDA SÓLO EN EL EFECTO DEVOLUTIVO, CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 451 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN, EN CUANTO ESTABLECE LA POSIBILIDAD DE EJECUTAR LA RESOLUCIÓN RECURRIDA EN”. En el *Informe de 1977*, la tesis aparece bajo el rubro “APELACIÓN EN EL EFECTO DEVOLUTIVO, CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 709 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN QUE PERMITE EJECUTAR LA SENTENCIA RECURRIDA. CASO EN EL QUE LA RESOLUCIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA FUERE FAVORABLE AL APELANTE”.

tardando y aumentando el desgaste económico y emocional para los padres. En este sentido, la *Guía de buenas prácticas* —primera parte, práctica de las autoridades centrales, página 41, párrafo 3.17— señala que “La autoridad central debería conocer los procedimientos de recurso en el Estado requerido. Cuando un padre es informado de que el retorno no tendrá lugar, su primera pregunta será sobre si se puede interponer un recurso contra la decisión y sobre la forma de hacerlo”. En este sentido se expresa la *Guía de buenas prácticas* —cuarta parte, ejecución, páginas 16 y 18, párrafos 2.3 y 2.4—. Respecto a la interposición de recursos encontramos una tesis aislada que puede arrojar una luz acerca de cuándo es lógica la interposición de un recurso:

MENORES, SUSPENSIÓN TRATÁNDOSE DE LA SENTENCIA QUE ORDENA ENTREGARLOS. Si se interpone el amparo contra el auto que ordena la entrega de un hijo al marido, sin haber sido oída ni vencida en juicio de divorcio la esposa, puesto que en rebeldía suya se pronunció la sentencia respectiva, y la quejosa alega que no fue emplazada legalmente, debe concederse la suspensión, no obstante la jurisprudencia sentada por la Suprema Corte de Justicia en el sentido de que es improcedente la suspensión cuando se trata de actos que tienden a cumplimentar una sentencia ejecutoria, en la que se establece la verdad legal, porque, en el caso, no se afecta el interés general, ni se contravienen disposiciones de orden público, si se mantiene la situación de hecho en que está colocada la quejosa, con relación a su mejor hijo, esto es, que lo conserve a su cuidado, mientras se decide el fondo del amparo, pues de ejecutarse el acto que se reclama, se causaría a la quejosa un perjuicio de difícil reparación.<sup>1196</sup>

SUSPENSIÓN DEFINITIVA. NO PROCEDE CONTRA EL AUTO QUE ORDENA LA RESTITUCIÓN DE LA MENOR AL CÓNYUGE QUE EJERCE LA CUSTODIA QUE LE FUE OTORGADA MEDIANTE UN CONVENIO DE SEPARACIÓN. Si entre los cónyuges se celebró un convenio de separación provisional fundamentado en lo establecido en el artículo 174, del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Estado de Nuevo León, pactando las partes que la esposa tendría la custodia de la menor habida en el matrimonio y posteriormente contraviniendo dicho convenio el esposo tiene en custodia a la menor citada, resulta improcedente la suspensión definitiva solicitada contra el auto que ordena la restitución de la menor a la esposa, ya que de concederse ésta se estaría contraviniendo el artículo 174 antes citado, en el cual

<sup>1196</sup> Amparo civil. Revisión del Incidente de suspensión 6144/40. Nieto Beatriz, 7 de octubre de 1940, unanimidad cuatro votos, ausente: José M. Ortiz Tirado.

se fundamenta el convenio de separación provisional, disposición que resulta ser de orden público.<sup>1197</sup>

Así, nuestra inquietud se concentra en alcanzar la necesaria rapidez en cualquier etapa procesal de una sustracción; lo anterior por dos motivos: a) cuando el menor ha convivido regularmente con el padre al que se le ha concedido la restitución del menor para que no se desacostumbre a su convivencia, y b) cuando el menor no ha podido disfrutar de la compañía del padre con el que se ordena la restitución para que no se le haga tan complicado retomar esa convivencia. En este sentido, el anexo de la *Guía de buenas prácticas* —cuarta parte, “Ejecución”— en el párrafo 7.1.3 señala que:

El marco jurídico debe permitir una rápida ejecución de las decisiones extranjeras en materia de contacto. Debe tenerse presente que cuanto más tiempo permanezca interrumpido el contacto entre padres e hijos, más difícil será restablecerlo y hacer que funcione. Dada la importancia que tiene para el desarrollo del niño su contacto con ambos padres, la ejecución de las decisiones de contacto debe ser rápida.

Afirmaciones que se reiteran en la *Guía de buenas prácticas* relativa al contacto transfronterizo (página 37, párrafo 7.1).

Ahora bien, la reducción de tiempo no debe dejar escapar que el proceso restitutorio debe seguir contando con dos etapas: una administrativa y otra judicial. Por lo que hace a la primera, ésta debe seguir en manos de la autoridad central (bien como requirente o bien como requerida). Una autoridad que debe imponerse, en clave de respeto, confianza y cooperación; ser un puente eficiente y ágil entre ella y las demás autoridades centrales, así como entre ella y los jueces. Una etapa en la que la autoridad central intente conseguir —su gran reto sin camuflar medidas dilatorias por el padre sustractor— la restitución voluntaria del menor. Por lo que hace a la etapa judicial, ésta debe tener más en cuenta y con mayor respeto la solicitud emitida por la autoridad central al tiempo que debe tener cierta amnesia respecto al “nacionalismo judicial”. Lo anterior desde que la conducta debe ser sancionada con absoluta independencia de la nacionalidad de la persona que la comete.

Una rapidez que tampoco está reñida con la previsión de medidas provisionales adecuadas y protectoras del menor, como queda evidenciado en la

<sup>1197</sup> Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito. Incidente en revisión 232/94. Ernesto Reyes Padilla, 2 de diciembre de 1994, unanimidad de votos, ponente: Enrique Cerdán Lira, secretario: Raúl Alvarado Estrada.



*Guía de buenas prácticas* —segunda parte, medidas de aplicación, página 35, párrafo 6.2—, que en este sentido señala:

En algunos casos, puede ser necesario que los tribunales protejan el bienestar del menor antes de una decisión definitiva. En otros casos, puede ser necesario que los tribunales prevengan la huida de uno de los padres y del hijo fuera de la jurisdicción o que se le esconda en el interior de la jurisdicción. A tal efecto, la ley de aplicación puede contemplar la posibilidad que el juez pueda dar una orden previniendo el desplazamiento del menor para evitar una solicitud de retorno, u ordenar la colocación de un menor en situación de custodia temporal a modo de protección si existe riesgo de que el menor sea desplazado fuera de la jurisdicción o escondido en ésta antes de una orden de un tribunal. La ley podrá igualmente prever que las autoridades competentes puedan solicitar del tribunal una orden de mantenimiento del menor en el interior de la jurisdicción o una orden para la colocación de un menor en situación de custodia a modo de protección en vistas a proteger al menor de abusos.

En este rubro contamos con la Ley Modelo sobre Normas Procesales, la cual representa en la actualidad el norte legislativo para los Estados que están realmente preocupados por conseguir un proceso restitutorio ágil, dando cumplimiento así a los objetivos y metas convencionales. Ahora bien, no nos engañemos pensando que la incorporación de esta Ley Modelo en nuestros ordenamientos jurídicos solucionará todos los problemas que venimos arrastrando en esta materia; esto es un parche más que debe venir acompañada necesariamente de cursos de capacitación a los operadores jurídicos, con campañas de difusión de lo que es y lo que implica esta figura así como de esfuerzos por evitar la corrupción que pueda acompañar en estas situaciones familiares extremas. No queremos terminar sin señalar que el proceso que prevé la Ley Modelo es monitorio, como señala Pérez Manrique, al establecer una estructura

caracterizada por una decisión inicial sobre el fondo —solicitada por el actor— y sin audiencia de la contraparte. El demandado puede oponerse en un plazo determinado, generándose el clásico procedimiento dialéctico, manteniéndose o no la primera resolución. La falta de oposición hace que aquélla adquiera la calidad de cosa juzgada. En consecuencia, la decisión inicial constituye una verdadera sentencia definitiva condicionada a su no impugnación en un término perentorio.<sup>1198</sup>

<sup>1198</sup> Pérez Manrique, R. C., “Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños”, *cit.*, p. 206. Este autor menciona que “no es una *providencia de trámites*, ni una *interlocutoria* ya que no se limita al examen de

En definitiva, demandamos la creación de un marco normativo adecuado en los siguientes frentes: competencial, de derecho aplicable, procedimental, de cooperación y de reconocimiento y ejecución de sentencias, el cual impactará necesariamente en el éxito de los procesos restitutorios y, por ende, en el “interés superior” de la infancia, sea cual sea en cada caso. En este contexto, nuestras propuestas podrían ser dos: a) la determinación de que esta materia sea de carácter federal y no estatal, dando así una armonía y unificación necesaria a la hora de hablar de las aristas civil y penal, y b) la emisión de una norma o código modelo único que sea uniforme para toda la república. Ahora bien, con independencia de la vía y el método que se considere más adecuado y sencillo (que sea federal o que se cree un modelo único) lo que importa es el fin. Así, da igual el medio jurídico siempre que el fin sea uniformar y armonizar la materia de sustracción de menores, tanto en la rama civil como en la penal.

De conformidad con la *Guía de buenas prácticas* reativa al contacto transfronterizo del niño se afirma —página 27, párrafo 5— que

Al garantizar la rapidez y la eficacia de la tramitación de las solicitudes internacionales en materia de contacto, se crea un estímulo para que los padres utilicen estos procedimientos en lugar de emprender acciones unilaterales o incoar una solicitud de restitución en virtud del Convenio de 1980 cuando lo que persiguen es en realidad garantizar el mantenimiento de un contacto con el niño.

## VI. EL NECESARIO CONOCIMIENTO DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

En este rubro la conclusión que alcanzamos es el necesario conocimiento de los cuerpos normativos de origen internacional que México ha ratificado a la fecha; una tarea que debe ser sencilla por dos aspectos cuantitativos: el número de convenios que *ratione materiae* conocen de la sustracción y por el número de artículos que tienen ambas convenciones. Estamos sin duda ante instrumentos sencillos y fáciles de conocer y aplicar (esto último correctamente); además, el Informe Explicativo ayuda, sin duda, a un mejor entendimiento y conocimiento. Por ello hemos considerado que la reflexión y la divulgación son dos aristas que debíamos ofrecer para conocer y com-

los requisitos o presupuestos procesales, sino que analiza el *fondo de la pretensión*, resuelve *lo principal* y no una cuestión *conexa*”.

prender las implicaciones de la sustracción de menores por sus propios padres.

Para conseguir el objetivo de alcanzar una correcta aplicación de los convenios nos adherimos a la propuesta de Capuñay al mencionar que

surge la necesidad de instaurar redes de jueces a fin de facilitar la colaboración, comunicación y del intercambio de experiencias que favorece la confianza mutua y propia del acercamiento entre los operadores jurídicos de los distintos países y también debe propiciarse una red nacional, igualmente es importante la designación de jueces de enlace que tiene como una de sus principales funciones el asesorar a los jueces sobre el Convenio, su aplicación y práctica, asimismo absolverá consultas sobre la legislación y si fuere el caso la remisión de la norma.<sup>1199</sup>

<sup>1199</sup> Véase Capuñay, L. M., “Los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *cit.*, p. 8. En parecidos términos lo afirma Canales Pérez, A., “Derecho de contacto transfronterizo”, *cit.*, p. 130. Una propuesta que ya ha sido aceptada e implementada en Argentina, Seoane de Chiodi, M. C., “Autoridades centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980”, *cit.*, p. 180.