

CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980

Avances y desafíos en materia de
restitución internacional
de niñas, niños y adolescentes

Gabriela Rodríguez Huerta
Sofía del Carmen Treviño Fernández
Coordinadoras

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

ISBN 978-607-552-177-0

Primera edición: febrero de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Todos los artículos que la integran obtuvieron dictaminación positiva en doble ciego entre pares.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980

Avances y desafíos en materia de
restitución internacional
de niñas, niños y adolescentes



Gabriela Rodríguez Huerta
Sofía del Carmen Treviño Fernández
Coordinadoras

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos-Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministro Alberto Pérez Dayán

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ana María Ibarra Olguín
Directora General

Contenido

Presentación	VII
Arturo Zaldívar	
Nota introductoria	XIII
Sofía del Carmen Treviño Fernández	
Gabriela Rodríguez Huerta	
 CAPÍTULO 1	
Interés superior de niñas, niños y adolescentes y restitución internacional	1
Gabriela Rodríguez Huerta	
 CAPÍTULO 2	
La excepción de integración al nuevo ambiente en la SCJN. Interpretación del plazo a la luz de la Convención de Viena	53
Sofía del Carmen Treviño Fernández	
Andrea de la Brena Meléndez	

CAPÍTULO 3

Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: excepción de grave riesgo a través de la jurisprudencia mexicana	77
--	-----------

Nuria González Martín

CAPÍTULO 4

La jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana relativa a la excepción de grave riesgo, a la luz de la nueva Guía de Buenas Prácticas del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.....	129
--	------------

María Mercedes Albornoz

CAPÍTULO 5

Excepciones en la sustracción internacional de menores que pueden afectar cuestiones de fondo.....	171
---	------------

Eileen Matus Calleros

CAPÍTULO 6

Restitución o asilo: ¿disyuntiva entre obligaciones internacionales que protegen a la niñez en México?	227
---	------------

Miguel Ángel Reyes Moncayo

Colaboradores	283
----------------------------	------------

Presentación

Hace aproximadamente una década inició el proceso de incorporación del derecho internacional en la actividad cotidiana de las y los jueces de nuestro país. Una vez que se reconoció que los derechos humanos contenidos en los tratados suscritos por México forman parte del parámetro de constitucionalidad del orden jurídico nacional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se dio a la tarea de dotar de contenido a esas obligaciones y principios para darles operatividad y guiar el trabajo judicial.

La apertura de nuestro sistema jurídico al derecho internacional trajo nuevos retos interpretativos para la actividad judicial; particularmente la necesidad de balancear diversos intereses en conflicto. En este contexto, destaca de forma muy importante el desarrollo jurisprudencial de la Primera Sala que ha definido el contenido y alcance del interés superior de la niñez en conflictos y circunstancias de la mayor complejidad. Como esta obra muestra, estos conflictos pueden atravesar fronteras y sistemas jurídicos.

Como he desarrollado en otros textos,¹ a partir de que se caracterizó al interés superior del menor como un principio constitucional, los tribunales han ido reconfigurando el orden legal para maximizar la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Cada sentencia que aplica este principio a la luz del caso concreto forma parte de una construcción paulatina de estándares y deberes específicos para jueces, juezas, operadores jurídicos y particulares en ciertas posiciones de responsabilidad respecto de la niñez. Resulta clave analizar el trabajo jurisprudencial en su conjunto para dar sentido a las obligaciones derivadas de nuestra Constitución, así como de los compromisos internacionales de los que formamos parte.

Este trabajo se inscribe en el programa de investigación que ha impulsado la Suprema Corte sobre derecho y familia por medio del Centro de Estudios Constitucionales. Estamos convencidos de que profundizar en esta rama del derecho tendrá un impacto positivo en la experiencia de las personas —y especialmente de las niñas y niños— con el sistema de justicia.

El derecho familiar nacional e internacional se encarga de encaminar y resolver los conflictos más complejos del orden personal, pero ocasiones se le relega como un campo de poca importancia. Dentro de los problemas de mayor impacto para la niñez, se encuentra el aumento exponencial de la denominada sustracción internacional de menores, que involucra remover a las niñas y niños de sus entornos habituales por una de las personas que debe tener mayor interés en su buen desarrollo y estabilidad —su padre o madre— para llevarlos de manera ilegal a otro país.

¹ ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A., "La doctrina de la Suprema Corte sobre el interés superior del niño y su incidencia en el Derecho Familiar", en Castañeda Rivas, M. L. (ed.), *Libro homenaje a la jurista Olga Sánchez Cordero*, México, UNAM, 2014.

A cuarenta años de su celebración, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desarrollado una jurisprudencia robusta sobre el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980, instrumento internacional que tiene como propósito paliar las consecuencias devastadoras del traslado y retención ilegal de personas menores de edad a través de la restitución inmediata. Este trabajo ha sido acompañado por un cambio revolucionario en el entendimiento de la autonomía de las niñas y niños, bajo la Convención de los Derechos del Niño, como parte fundamental de la constitucionalización del derecho de familia.

En veinticuatro sentencias que han sido cuidadosamente recopiladas y sistematizadas por el Centro de Estudios Constitucionales,² la Primera Sala ha abordado temas cruciales relacionados con el fenómeno de la sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes, como son la delimitación de las excepciones a la restitución para casos en los que se alegue violencia familiar o la caracterización de la obligación estatal de proteger el contacto transfronterizo entre padres e hijos.

Esta obra constituye una segunda etapa para dar a conocer de manera accesible y clara el trabajo jurisprudencial de la Suprema Corte. No basta con hacer una compilación de las sentencias que sea accesible para todo público, también es necesario someterlas a la discusión y el análisis de los diversos sectores interesados, para obtener un panorama completo de la posición en la que nos encontramos ante un fenómeno tan trascendente para los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

En este texto, se recoge la opinión de especialistas sobre el tema, quienes analizan los criterios en su conjunto y nos muestran las diversas formas en las que la jurisprudencia de la Corte sobre derechos de la infancia

² Vid. el cuaderno de jurisprudencia *Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes* del Centro de Estudios Constitucionales que puede descargarse de manera gratuita aquí: «<https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/biblioteca-virtual/restitucion-internacional-de-ninas-ninos-y-adolescentes>».

puede dar luz para resolver los conflictos que se avecinan derivados de la globalización, los movimientos migratorios, y el uso cada vez más frecuente de mecanismos legales para resolver conflictos de carácter internacional.

El libro que tiene en sus manos es un complemento ideal para el trabajo de sistematización que ha realizado el Centro de Estudios Constitucionales en sus *Cuadernos de Jurisprudencia*. Al conectar la jurisprudencia con el debate académico, la obra se convertirá en una herramienta indispensable tanto para operadores judiciales, como para la investigación jurídica del futuro, en el campo de la restitución internacional de menores y los derechos humanos de la infancia.

Ministro Arturo Zaldívar
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

Nota introductoria*

* Agradecemos a Omar Giovanni Roldán Orozco su apoyo para la coordinación de esta obra y en la redacción de esta introducción.

El Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante, el Convenio) es el punto de partida para abordar los aspectos relativos a la restitución internacional. Si bien México también es parte del Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, la atención se ha puesto en el Convenio de La Haya para resolver los conflictos derivados de la sustracción internacional de niños. El tratamiento oportuno en sede jurisdiccional y la existencia de criterios sobre la interpretación del Convenio sientan las bases para resolver de la mejor manera posible los casos que se presentan cada vez de manera más frecuente en nuestro país. Las circunstancias desgarradoras que atraviesan las familias y los niños derivados de este tipo de conflictos ameritan poner nuestra atención en los avances y desafíos jurídicos que tenemos hasta hoy. Este libro tiene el propósito de posicionarnos en el desarrollo jurisprudencial en la materia y analizar los retos pendientes en el ámbito de la sustracción internacional.

Con un planteamiento general de la adecuada interpretación del Convenio, Gabriela Rodríguez aborda algunos de los casos más relevantes

resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y resalta la importancia del interés superior de la niñez como objeto y fin de la normativa internacional. De manera puntual, muestra aquellos casos resueltos por la Primera Sala de la Corte en los que las circunstancias especiales del asunto pusieron la atención en determinar si conviene a los intereses de las niñas, niños y adolescentes ser restituidos a su lugar de residencia habitual, así como decidir sobre la convivencia que deben tener con la madre o padre sustractor. Destaca que lo que se debe privilegiar en las decisiones es el derecho de los menores de edad por encima de cualquier derecho que tengan los padres sobre ellos.

El planteamiento de Gabriela parte del papel central del interés superior de la niñez en todo tipo de asuntos en los que se decida sobre la aplicación de un principio general, como la restitución. Pero también (y quizá con mayor cuidado) en aquellos casos en los que alguna excepción a este principio deba ser considerada. Precisamente, y dada la complejidad que representa el tratamiento de las excepciones a la restitución, Andrea de la Brena y Sofía Treviño, por un lado, y Nuria González por otro, abordan también estas excepciones con la convicción de que su aplicación siempre debe garantizar el mayor bienestar de la niñez.

Con la encomienda de privilegiar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes, De la Brena y Treviño centran su análisis en la interpretación, desde la jurisprudencia mexicana, de la excepción a la restitución fundada en el paso del tiempo desde la sustracción y la consecuente integración de los menores de edad en un nuevo ambiente familiar. El Convenio establece supuestos de temporalidad procesalmente específicos para ordenar la restitución, con base en el tiempo transcurrido desde el momento de la sustracción.

En ese sentido surgen dos cuestionamientos: el término de un año que refiere el artículo 12 de la Convención, ¿comienza a contar en el momento en que se hace la solicitud de restitución en el país de residencia habitual de la niña, niño o adolescente?, o ¿comienza a contar una vez

que el país en el que se encuentra el menor de edad recibe la solicitud por parte del país de residencia habitual? Ante la posibilidad de una interpretación de la normativa internacional, las autoras miran el problema a partir de las pautas interpretativas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y lo ponen en perspectiva desde la visión del juzgador bajo el imperativo de la celeridad.

Por su parte, Nuria González abre su estudio con una oportuna referencia al confinamiento que actualmente viven niñas, niños y adolescentes como consecuencia de la pandemia global ocasionada por la covid-19. Dice que los escenarios de violencia, maltrato y abuso tienden a aumentarse y evidenciarse, derivados de la convivencia (o falta de ella) en su plano familiar. Precisamente estos escenarios son algunos de los que llegan a presentarse en los casos de restitución internacional y pueden ser considerados como de "grave riesgo" para el bienestar de los menores de edad.

El punto crítico que señala González es que el Convenio no define qué debe entenderse o qué supuestos deben considerarse al hablar de grave riesgo (como peligro físico o psíquico) en la restitución de niñas, niños o adolescentes. Aunado a ello, muchas veces suele alegarse la excepción de existencia de grave riesgo por parte del padre o madre sustractores como una "dilación procesal", esperando que pase más tiempo y el menor de edad se integre de mejor manera a su nuevo entorno familiar. En ese sentido, poder contar con datos suficientes y objetivos respecto de cada caso concreto y el apoyo en la *Guía de Buenas Prácticas* sobre el tema es elemental para que las autoridades centrales o jurisdiccionales tengan información precisa que los lleve a saber si realmente la restitución solicitada puede generar una situación de riesgo inminente para los menores de edad.

Precisamente, a partir de la *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, Mercedes Albornoz hace un acercamiento a la forma en la que el Estado mexicano ha resuelto en casos

tocantes a la excepción de grave riesgo, y la manera en que esas resoluciones han sido acordes a la parte IV de la Guía que fue aprobada el 12 de diciembre de 2019. El ejercicio es interesante; hace una comparación entre aquellas sentencias de la Corte en las que se resolvió sobre la procedencia o no de la excepción de grave riesgo y las contrasta con lo que se ha establecido como directriz al respecto. Prueba en retrospectiva si antes de que existiera esta etapa IV de la Guía, la Corte se ajustaba a los criterios de lo que ahora es un instrumento de *soft law* que se ha diseñado precisamente para facilitar la labor de las autoridades al tener que decidir sobre si existe o no el grave riesgo en la restitución.

Hasta aquí, la referencia directa a casos contenciosos que han llegado al conocimiento de la Suprema Corte son la materia de estudio de estos primeros trabajos, el análisis sustantivo de los criterios que guían el contenido de la restitución internacional y la prevalencia del interés superior de la niñez en cada uno de ellos ha quedado ilustrado desde diversos supuestos. A partir de este punto, los siguientes trabajos dejan atrás la manera en que la Corte ha resuelto sobre problemas específicos de la restitución internacional y abren paso a posibles nuevos escenarios de conflicto, pero derivados también de casos de solicitud de restitución.

Eileen Matus dibuja un escenario que muestra los límites existentes entre las resoluciones sobre restitución internacional y aquellas que deciden sobre la custodia de niñas, niños y adolescentes. Sabe que las consecuencias de una sustracción internacional invariablemente se tienen que ver desde dos perspectivas: la de la cooperación internacional y la del derecho internacional privado. Muchas veces los derechos de custodia no otorgados pretenden sustituirse por medio de la sustracción; el padre o madre sustractor quiere obtener los derechos de custodia en un país distinto al de residencia habitual y apuesta por la presencia física del menor de edad en ese otro Estado.

Los escenarios sobre custodia y restitución son distintos y Matus muestra las consecuencias que las decisiones en uno y otro caso pueden generar

en los menores de edad. Las autoridades que resuelven sobre restitución tienen que decidir pensando también en temas de custodia y patria potestad; habrá planteamientos de restitución que de fondo estén intrínsecamente relacionadas con la decisión que recaiga al tema de la custodia, pero esto no implica que, al decidir sobre la primera, se deba decidir también sobre esta última.

Finalmente, Miguel Ángel Reyes Moncayo hace un análisis en perspectiva de la restitución frente al asilo; del principio de retorno, frente al principio de permanencia. La suposición de una realidad que eventualmente puede ser expuesta ante las autoridades de nuestro país, es lo que el autor sugiere. Dos figuras tan complejas y delicadas frente a frente a partir de un caso hipotético. Por una parte, la sustracción ocurre en un supuesto contexto de agresiones y amenazas contra el padre de una niña por pertenecer a un grupo étnico y ser de una religión distinta a la de la mayoría, donde la finalidad es que les concedan asilo en México. Por la otra, la madre de la niña solicita la restitución de su hija al país de residencia habitual.

¿El principio de no devolución que considera el asilo puede analizarse desde la perspectiva del grave riesgo como excepción a la restitución? ¿Qué autoridades deben intervenir y cómo lo deben hacer para resolver de la mejor manera el supuesto? ¿Cómo se resuelve la coexistencia de los procedimientos que paralelamente se han iniciado (restitución, por un lado, asilo por otro)? Son algunos de los cuestionamientos a los que Reyes Moncayo intenta dar una respuesta propositiva.

La secuencia de los estudios nos presenta una historia inacabada de la restitución internacional, una historia que se sigue construyendo cada día. Advierte que, para darle un tratamiento adecuado, es necesario que siempre se resuelva con base en el interés superior de la niñez y se deje de lado lo que al principio era el punto central de la restitución: el derecho de los padres sobre sus hijos. Posteriormente, y luego de pensar a la restitución como de aplicación absoluta, se muestra que habrá casos en los

que el principio deba ser superado por una excepción; misma que será aplicable, únicamente, si privilegia el principio que se ha establecido como determinante de las decisiones sobre restitución: el interés superior de la niñez.

Una vez que las excepciones y su aplicación tienden a privilegiar el interés superior de la niñez, se tiene que valorar si los criterios que asumen las autoridades al momento de resolver efectivamente analizan todas las circunstancias que rodean el caso particular, y si en ese sentido, cuentan con los elementos suficientes para tomar la mejor decisión para las personas menores de edad.

Finalmente, y en sintonía con las realidades globales, se deben comenzar a visualizar posibles escenarios que partan de, o sean paralelos, a las solicitudes de restitución internacional. Escenarios que en otros países comienzan a surgir y para los que México y sus autoridades deben estar preparados.

La movilidad humana presenta una serie de retos que requieren de la cooperación internacional entre los Estados, así como de reglas comunes y homogéneas. En el caso de la sustracción de menores de edad, la normativa y la práctica internacionales proveen al juzgador y a las autoridades involucradas de criterios, principios y estándares que deberán de ser tomados en cuenta, en el caso concreto. Desde una perspectiva de derechos humanos, en particular, la aplicación del interés superior del menor como principio rector tanto del ámbito internacional como mandato constitucional.

Sofía del Carmen Treviño Fernández
y Gabriela Rodríguez Huerta

CAPÍTULO 1

Interés superior de niñas, niños y adolescentes y restitución internacional

Gabriela Rodríguez Huerta

Resumen

El interés superior de niñas, niños y adolescentes, principio rector de los derechos humanos de la niñez, permea todo el *corpus iuris* de la normativa internacional y nacional referente a los mismos. Siempre que se legisle, juzgue o se establezca una política pública que haga referencia a las niñas, niños o adolescentes o alguna afectación de sus derechos, dicho acto deberá interpretarse a la luz de dicho principio. Así, el marco normativo de la restitución de niñas, niños y adolescentes, establecido por el Convenio de la Haya del 25 de octubre de 1980, debe de ser interpretado a la luz de dicho principio. Si bien, el Convenio establece la obligación general de la restitución inmediata en caso de sustracción, las excepciones a dicha regla general, como son el grave riesgo, la negativa del menor o las normas de derechos humanos del Estado requerido atienden a dicho principio.

El interés superior deberá guiar la actuación de la Autoridad Central y del juzgador en los requerimientos y procesos judiciales de res-

titución. En cada caso de restitución internacional que conozca, el juez tiene la obligación y prerrogativa de valorar las circunstancias específicas a fin de garantizar los derechos del menor. En el ánimo de la protección de los derechos del menor, el juez tendrá que aplicar de manera armónica: normas de derechos humanos, tratados específicos en materia de restitución de menores, principios de cooperación internacional, e inclusive, criterios jurisprudenciales internacionales.

I. Importancia de los tratados internacionales en la creación de un sistema homogéneo de normas. Restitución e interés superior

Los tratados internacionales se han convertido en la principal fuente de obligaciones para los Estados, pues es a través de éstos que adquieren una serie de obligaciones no sólo frente a la comunidad internacional sino en relación con sus ciudadanos. Los tratados codifican la práctica de los Estados y contribuyen al desarrollo progresivo del derecho internacional. El tráfico jurídico y el movimiento internacional de personas generan una serie de situaciones cuya resolución requiere de la cooperación internacional de los Estados, así como la creación de un marco jurídico homogéneo. Las parejas formadas por personas de distintas nacionalidades o residencias, así como los mayores flujos migratorios, han aumentado de manera exponencial, en los casos en los que hay hijos, la sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes.

Al derecho internacional privado le corresponde la regulación de la sustracción/restitución internacional parental de menores, a través de instrumentos internacionales adoptados por los Estados, principalmente por la adopción y ratificación de tratados internacionales. Existen otros instrumentos como declaraciones, principios, o guías —más del tipo *soft law*—; los cuales, por la práctica de los Estados, pueden transformarse en normas vinculantes para los mismos, a partir de su uso reiterado y su incorporación en los órdenes jurídicos internos.

Así, los tratados multilaterales buscan la defensa de intereses comunes de los Estados o bien la homologación de ciertos procedimientos y normas sustantivas propias del tráfico jurídico internacional. Una de las características fundamentales de éstos es que constituyen una fuente autónoma de obligaciones internacionales, independiente y separada de las demás, cuya principal esencia es el consentimiento mutuo de las partes del tratado en cuestión. *Ex consensu advenit vinculum*, es del consentimiento de donde surge la obligación. Los tratados generan un marco normativo común entre los Estados, el cual no sólo rige sus relaciones mutuas, sino que vincula a sus autoridades nacionales, tanto en la aplicación de los mismos en las relaciones con otros Estados como en la incorporación y armonización de sus disposiciones en el ámbito jurídico interno.

El marco jurídico conceptual de la sustracción/restitución internacional de menores, encuentra su fundamento principal en el Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en donde uno de los aspectos que se destaca es su relación con el interés superior del menor, principio del derecho internacional de los derechos humanos, incorporado en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Los derechos de guarda, custodia y visita son derechos que deben de interpretarse a la luz de los demás derechos de la niñez y es ahí, donde la aplicación del principio del interés superior del menor juega un papel fundamental. Dicho principio dota de una jerarquía especial a los derechos de los niños en caso de conflicto con otros derechos, como serían, en el caso de la restitución de menores, los derechos de los padres.

Así, las normas internacionales sobre restitución de menores, como el Convenio de la Haya de 1980, la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, el *soft law* relativo a la materia y la interpretación de dichas normas por los órganos internacionales de monitoreo forman parte del amplio *corpus iuris* para la protección jurídica de la infancia. El cual debe de ser aplicado a la luz de principios tales como progresividad, universalidad, indivisibilidad e interés superior. Por lo cual,

las autoridades tanto administrativas como judiciales involucradas en un proceso de restitución deben de tomar en cuenta el amplio *corpus iuris* para la protección de la infancia, en la aplicación de la normativa específica de restitución.

La cooperación jurisdiccional internacional es el instrumento clave para asegurar la pronta restitución internacional de niñas y niños ilícitamente sustraídos o retenidos fuera del Estado donde se encuentra su residencia habitual. El interés superior de la infancia es el principio que debe de guiar dicha cooperación sobre los derechos de los Estados y de los progenitores.

II. Interés superior: principio fundamental de protección en el sistema internacional de restitución

El sistema internacional de restitución busca generar un marco protector para los menores que son víctimas de un traslado o retención ilícitos y materializa el esfuerzo de la comunidad internacional para erradicar o, por lo menos, establecer una normativa clara de cooperación internacional para resolver dicha problemática.

La regulación internacional en materia de restitución tiene como eje rector al interés superior del menor, principio rector de la Convención sobre los Derechos del Niño, y parte del derecho internacional general, dicha Convención es el tratado internacional que presenta mayor número de ratificaciones en el mundo, ya que todos los Estados, con excepción de Estados Unidos, lo han ratificado, lo que demuestra el grado amplio y generalizado del reconocimiento y aceptación uniforme de la fuerza obligatoria de las normas de derechos humanos de los niños y un claro indicador de su carácter consuetudinario. Cuando hablamos de interés superior del niño no estamos hablando de lo que nosotros pensamos le conviene al niño, de lo que el juez cree que es mejor para el niño, sino que cuando hablamos del interés primordial del niño, significa decidir sobre sus derechos humanos. El principio exige tomar en cuenta al niño como ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que

deben de ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado (Aguilar Cavallo, Gonzalo, 2008, p. 230).

En México, además posee rango constitucional tanto por disposición expresa del artículo 4o. constitucional que dispone: "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 [...]" (CPEUM, 2020) como por su incorporación por la reforma constitucional en materia de derechos humanos y la interpretación del artículo 1o. constitucional. Así, de acuerdo con el marco constitucional, los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales forman parte del *corpus* de derechos humanos constitucionales.

Dicho principio se encuentra asimismo plasmado en el artículo 2 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: "[...] El interés superior de la niñez deberá de ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes. Cuando se presenten diferentes interpretaciones, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva este principio rector." El interés superior del menor es un principio prioritario y de orden público, que permite delimitar los derechos y obligaciones de las personas adultas en relación con los niños, buscando su mayor bienestar y beneficio posible; su protección se ubica por encima de la que debe darse a los derechos de los adultos.

En el ámbito jurisdiccional, el interés superior del menor orienta la actividad interpretativa respecto de las normas que se aplican a los niños directamente, o aquellas que puedan afectar sus intereses; obliga a una interpretación sistemática entre la norma específica, los tratados internacionales y la normativa interna sobre protección de la niñez. Cuando hay una afectación del interés superior de la niñez, el interés superior demanda por parte del juzgador un escrutinio estricto, en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida en cuestión. El interés superior es una obligación intrínseca para los Estados nacionales, de aplicación

directa e inmediata y que puede invocarse ante los tribunales (Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2018).

En diversas ocasiones el juzgador tendrá que hacer un análisis comparativo entre diversos intereses en conflicto y deberá examinar las circunstancias específicas del caso. "El interés superior de la niñez deberá de ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños, adolescentes"; de ahí que, cuando se tome una decisión que les afecte en lo individual o en lo colectivo se deberá evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales. Al respecto, debe destacarse que el interés superior del menor es un concepto triple, al ser: (I) un derecho sustantivo; (II) un principio jurídico interpretativo fundamental; y (III) una norma de procedimiento. El derecho del interés superior del menor prescribe que se observe "en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño." [Tesis: 2a./J.113/2019 (10a.)].

El Comité de la Convención de Derechos del Niño señala en la Observación General No. 14 (2013), el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, derecho reconocido en el artículo 3o., párrafo 1o., de la Convención. La finalidad del concepto del interés superior del niño consiste en garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos en la Convención, así como el desarrollo holístico del niño. El Comité afirma que el interés superior del niño es un concepto triple: **a) derecho sustantivo**: el niño tiene derecho a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta para tomar una decisión, estableciendo a la Convención como una obligación intrínseca para los Estados, de aplicación directa (aplicabilidad inmediata), e invocable ante los tribunales; **b) principio jurídico interpretativo fundamental**: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo; y **c) norma de procedimiento**, cuando se tenga que tomar una decisión que afecte a

un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá de incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados.

Dentro de sus objetivos, la Observación General No. 14 busca que los Estados den efecto y respeten el interés superior del niño, en particular en las decisiones judiciales y administrativas, velar porque en todas las decisiones judiciales, administrativas, legislativas, etc., relacionadas con los niños, quede patente que el interés superior fue considerado. El Comité entiende que el interés superior del niño es un concepto flexible y adaptable, de modo que en las decisiones particulares se debe de evaluar y determinar en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. Para el Comité, los elementos que deben de estar presentes cuando se evalúa el interés superior del niño son: la opinión del niño, la identidad del niño, la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones, la protección y seguridad del niño, su situación de vulnerabilidad y los derechos de niñas y niños a la salud y a la educación. Asimismo, las garantías procesales que se requieren para que se observe el interés superior del niño deben tener presente: *a)* el derecho del niño a expresar su propia opinión; *b)* la determinación de los hechos; *c)* la percepción del tiempo; *d)* profesionales calificados; *e)* representación jurídica o letrada; *f)* argumentación jurídica; *g)* mecanismos para examinar o revisar decisiones; y *h)* la evaluación del impacto en los derechos de niñas y niños.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha pronunciado en diversas ocasiones, sobre el interés superior del niño; "[...] este principio regulador de la normativa de los derechos de los niños es punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en [la Convención]; el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir 'medidas especiales de protección'." La necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta

su debilidad, inmadurez o inexperiencia. (Corte IDH, Condición Jurídica y derechos humanos del niño, párrs. 59 y 60). El Estado debe de prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad. (Corte IDH, *Caso de la masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, párr. 184; Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, párr. 164).

En la Opinión Consultiva, al respecto de la condición jurídica y los derechos humanos del niño, la Comisión Interamericana solicitó a la Corte que interpretara los artículos 8 (Garantías judiciales) y 25 (Protección judicial), en relación con el artículo 19 (Derechos de los niños). La Corte determinó que en los procedimientos judiciales y administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben de observar los principios y las normas del debido proceso legal. (Corte IDH, *Opinión Consultiva, condición jurídica y derechos humanos del niño*). En el criterio de la Corte IDH, el principio de protección especial para los niños, niñas y adolescentes, implica una protección reforzada, adicional a la que regularmente tiene cualquier persona, por el hecho de ser tal. La Corte IDH vincula la orientación que se le debe dar a las medidas de protección especial con el principio del interés superior del niño. En relación con el artículo 19 de la Convención (Derechos del niño), el Estado debe de asumir con mayor cuidado y responsabilidad su posición especial de garante y tomar medidas orientadas en el principio del interés superior del niño.

El interés superior del niño ha mejorado la condición jurídica de los niños. A partir del mayor reconocimiento de los derechos de los niños y adolescentes y el carácter vinculante de las obligaciones internacionales en la materia avanzamos a una progresiva consolidación del pleno reconocimiento y protección de éstos frente al Estado, la familia y la sociedad en su conjunto.

El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convenio de La Haya), establece en su preámbulo:

Los Estados signatarios del presente Convenio,

Profundamente convencidos que los **intereses del menor** son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia, deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita [...].

El preámbulo del Convenio señala su objeto y fin, así como la *ratio* de su celebración. Es claro que el interés superior del menor determina la interpretación del tratado en su conjunto. De acuerdo con las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin (Artículo 31.1).

El concepto de objeto y fin de un tratado lo encontramos, asimismo, plasmado en el artículo 19(c), de la citada Convención, como una excepción al derecho de los Estados a formular reservas a los tratados. A partir de dicha Convención, el criterio de objeto y fin se entiende como una limitante al derecho de formulación de reservas y como un criterio orientador en la interpretación del derecho de los tratados. La interpretación de un tratado que sea compatible con su objeto y fin implica el respeto de los elementos esenciales del mismo. La mayoría de los tratados sobre derechos humanos establece el objeto y fin del tratado como criterio interpretativo.

En el tema que nos ocupa, el objetivo y fin del tratado es velar primordialmente por el interés del menor en el proceso de restitución, y así debe de ser interpretado el mismo tanto por la Autoridad Central como por los tribunales. Si bien, del preámbulo se desprende la regla general de restitución inmediata, el interés superior del menor es la fuente de las

excepciones establecidas en los artículos 12 (paso del tiempo), 13 a) (condiciones de aplicación del Convenio) 13 b) (grave riesgo de daño físico y psíquico o una situación intolerable, o que el propio menor se opone a la restitución, opinión del menor cuando ha alcanzado una edad y una madurez suficientes), y 20 (cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales) tal como lo señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el Caso Gnahoré contra Francia "[...] Los Estados gozan de un 'margen de apreciación o discrecionalidad' en el ámbito de la sustracción internacional de menores, pero teniendo en cuenta que los intereses del menor son de consideración primordial." (TEDH, Caso Gnahoré contra Francia). Así, la jurisprudencia del TEDH establece que, en cada caso concreto de restitución, el primer elemento a considerar es el interés superior del menor, de esta manera la no restitución de un menor puede estar justificada en razones objetivas que obedezcan al interés del menor en cuestión, lo que explica las excepciones del artículo 13 del Convenio. La restitución por la vulneración de un derecho de custodia no prima en caso de que la restitución genere un grave daño al menor. Para el TEDH el interés superior del menor es un principio subyacente del Convenio de La Haya.

La finalidad central del Convenio de La Haya, así como sus excepciones, está inspirada en el interés superior del niño, y su protección debe de guiar al juzgador en todos los casos. En el escenario actual, en el que actúa el derecho internacional privado, la garantía y protección de los derechos humanos constituye un pilar fundacional y a la vez una exigencia de ineludible cumplimiento. (Scotti Luciana, 2014).

III. Restitución e interés superior en la jurisprudencia mexicana

Las decisiones judiciales en materia de restitución/sustracción de menores han integrado el interés superior de la niñez como principio rector, en la valoración de las circunstancias particulares del caso.

Al inicio del siglo, el tema que provocó la mayoría de los litigios en México era la inexistencia de un procedimiento específico para restituir a los niños a su lugar de residencia habitual, lo cual significó supuestas violaciones al interés superior de la niñez y a los derechos de defensa y garantía de audiencia tanto de quienes eran padres sustractores como de quienes solicitaban la restitución (SCJN, Primera Sala Amparo en Revisión 1576/2006).

Para la solución de dichos conflictos, la Suprema Corte reconoció la constitucionalidad de la Convención de La Haya como un instrumento que prevé las bases para el respeto del derecho de defensa y la garantía de audiencia de las partes, cuya naturaleza obliga a remitir a los Estados parte la definición concreta de esos procedimientos (SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 150/2013).

El principio consagrado por la Convención es la restitución inmediata de las niñas, niños y adolescentes que han sido sustraídos de su lugar de residencia habitual, bajo la premisa de que ello será lo más benéfico para su interés superior. (Asuntos 4465/2014, 1576/2006 y 812/2012).

La Corte dejó claro que es obligación de los juzgadores escuchar a los niños en los procedimientos de restitución, pero ello no es suficiente para resolver pues debe, a partir de pruebas periciales en psicología, identificar si cuentan con la edad y grado de madurez suficientes para expresar su deseo de permanecer en el país (Asuntos 6927/2018, 4102/2015, 6293/2016, 009/2016, 27/2016 y 867/2018).

Una interpretación conjunta con la Convención sobre los Derechos del Niño evidencia que, aunque la separación de los niños de su madre o padre sea necesaria, ello no implica que se pierda el derecho a mantener contacto con ambos, independientemente de que vivan en países distintos. En ese sentido determinó que, salvo aquellos casos en que se pruebe una clara afectación al interés superior de la niñez, se debe procurar el derecho humano de los niños a mantener relación y contacto con su madre

y padre de forma física, y de no ser posible, por medios digitales. (Asuntos 4102/2015, 5669/2015, 6293/2016, 009/2016, 26/2016, 52/2017 y 444/2018).

En el Amparo en Revisión 745/2009, resuelto por la Primera Sala, un hombre presentó una solicitud de restitución internacional en Kansas, Estados Unidos, alegando que la madre se llevó de manera ilegal a su hija a la Ciudad de México. El juez de lo familiar negó la restitución al considerar que la niña ya se había integrado a su nuevo entorno. En tribunal colegiado concedió el amparo al padre para que se ordenara la restitución. La madre presentó un recurso de revisión, alegando la incorrecta interpretación del artículo 4o. constitucional, ya que desconoció el principio fundamental de que los niños pequeños permanezcan con su madre.

De acuerdo con lo decidido por la Primera Sala, el interés superior de la niñez no establece dicho principio; lo que exige la obligación constitucional es considerar los intereses de los niños sobre los derechos de los padres. En cada caso, el juzgador determinará si la separación del menor de alguno de los padres es necesaria para brindarle mayor protección.

El juez tiene la obligación y prerrogativa de valorar, en cada caso, las circunstancias particulares para garantizar el respeto a los derechos del menor (AR 745/2009, pág. 50, último párr.). No existe un principio que privilegie la permanencia del menor con la madre, ambos padres son responsables por igual de satisfacer sus necesidades y brindarle un desarrollo integral, lo que debe siempre privilegiarse es el interés superior del menor.

En el Amparo en Revisión 812/2010, un hombre inició un procedimiento internacional de restitución en Estados Unidos respecto de su hija que había sido traída a México por su madre. La madre acudió al

juicio de amparo indirecto en contra del inicio del procedimiento de restitución. La pregunta del caso que se plantea es si para resolver sobre la procedencia de la restitución de una niña, niño o adolescente el interés superior de la niñez debe de ser tomado en cuenta como una razón independiente de las excepciones establecidas en el Convenio de 1980.

En cuanto a la invocación del interés superior del niño, la Sala resuelve que

del análisis de la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, se advierte que para resolver sobre la procedencia de la restitución de un menor, o para negarla, el Juez respectivo debe atender a los supuestos establecidos en dicha convención, sin necesidad de invocar el interés superior del menor, como motivo distinto o al margen de los supuestos que ahí se establecen, pues debe de considerarse precisamente que, al emitir dicha normativa, la comunidad internacional ya tuvo en cuenta dicho interés superior. [...] también se atendió a dicho interés al establecer los casos en que procede negar la restitución, que como son de excepción deben de interpretarse restrictivamente, pues se refieren a la inexistencia del derecho que se trata de proteger, evitar el peligro psíquico o físico que pueda representar la restitución, la integración del menor al nuevo ambiente, la prueba de su traslado a un Estado distinto, o cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido, en materia de protección a los derechos humanos y libertades. (AR 812/2010, pág. 31, párr. 1).

El criterio sustentado por la Primera Sala en dicha resolución atiende a lo analizado en el presente trabajo; el interés superior de la niñez contemplado en el preámbulo de la Convención de 1980 es parte primordial del objeto y fin del tratado. A partir de dicha premisa es que dicho tratado debe de ser interpretado junto con el texto y contexto de éste, de acuerdo a las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969. Así, las excepciones existen en virtud

del interés superior del menor y deben de ser sometidas a un escrutinio estricto por parte del juzgador, tal y como ha sido señalado también por el TEDH.

En el Amparo Directo en Revisión 903/2014, el padre de dos hijos que nacieron en España, siendo su residencia habitual, solicitó la restitución internacional de los menores, quienes fueron trasladados por la madre a México alegando que vivían una situación de violencia familiar. La restitución fue concedida al padre y la madre impugnó, entre otras cosas, que la solicitud de restitución no había sido analizada a la luz del interés superior de la niñez. La resolución de la Sala establece que el juzgador debe aplicar el principio de interés superior de la niñez dependiendo la situación concreta, se deben de considerar los hechos probados y los derechos involucrados para así determinar lo que sea más conveniente al niño. (ADR 903/2014, pág. 41, párr. 82).

No basta la mera presentación de la solicitud de restitución para que ésta sea procedente, la autoridad auxiliar de la Autoridad Central debe cerciorarse conforme al interés superior del menor y las propias disposiciones de la Convención de la Haya, si la restitución del menor a su habitual lugar de residencia resulta conveniente a sus intereses, ya que si constituye un riesgo o un peligro debe de negarse la restitución, en los términos de las excepciones del propio Convenio que existen en función del interés superior del menor.

De acuerdo con lo resuelto en el Amparo en Revisión 812/2010, se debería de interpretar que las excepciones que contempla el Convenio de 1980, existen en consideración al interés superior del menor, el cual siempre prevalece frente a los derechos de los padres y, en el presente caso, buscan proteger al menor de una situación de riesgo.

El Amparo Directo en Revisión 4465/2014 versó sobre los siguientes hechos: Una pareja tuvo una hija que nació en Estados Unidos, no contra-

ieron matrimonio y al poco tiempo del nacimiento se separaron. Desde el nacimiento, la niña vivió con su madre en California, Estados Unidos. El padre, después de aproximadamente dos años de ausencia y de visitas esporádicas, pide pasar un par de meses con su hija a lo que la madre accedió. Llegado el día en que debía regresar la hija, el padre le informa a la madre que no la devolvería y que ambos se encontraban en México. Un mes después, la madre solicitó la restitución de la menor. Nueve meses después, un juez familiar en México negó la restitución bajo el argumento de que la niña se había adaptado al núcleo familiar en el que se desenvolvía y que había expresado el derecho de quedarse con su padre. El tribunal de amparo revocó la sentencia y ordenó la restitución. El padre alegó, entre otras cosas, que la Convención era contraria al interés superior de los niños al considerar la restitución prioritaria.

"Existe una presunción de que el interés superior de los niños involucrados en una sustracción se ve mayormente protegido y beneficiado mediante el restablecimiento de la situación previa al acto de sustracción, es decir, mediante la restitución inmediata del menor en cuestión. Salvo que se demuestre plenamente que se aplica una de las excepciones previstas para la restitución". (ADR 4465/2014; pág. 34, párr. 2).

El criterio de la Sala refleja la interpretación del Convenio a la luz del objeto y fin de éste, que es la protección del interés del menor sobre cualquier otro derecho. La presunción establecida por la norma internacional de que la restitución inmediata del menor sustraído de su lugar habitual de residencia es lo mejor para sus intereses, a menos que se demuestre fehacientemente que se encuentra en una de las excepciones del Convenio, las cuales buscan proteger el interés superior del menor, es decir, acorde al objeto y fin del tratado.

IV. Conclusiones

Los derechos humanos de fuente internacional tienen cada vez más impacto en los ámbitos internos de los Estados y en la labor jurisdiccional.

Estos derechos se encuentran consagrados tanto en tratados internacionales sobre derechos humanos como en las normas de los tratados que, en principio, parecen pertenecer a otra área del quehacer jurídico. Tal es el caso del derecho internacional privado, en particular del derecho de familia, y en el caso que nos ocupa, el de la restitución/extracción de menores.

Los menores, como sujetos de derechos que son, requieren de una protección reforzada y de la aplicación de principios y criterios orientadores que obligan a todas las autoridades del Estado. Dichas autoridades deben de considerar siempre el interés superior del menor, en sus tres vertientes: *a)* como derecho sustantivo; *b)* como principio interpretativo fundamental; y *c)* como norma de procedimiento.

El objetivo y fin de la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores es la protección del interés superior del menor. Así está expresado en el preámbulo de la Convención, en su regla general de restitución inmediata y en las excepciones a dicha regla general. El interés superior del menor es el faro que debe guiar el actuar de la Autoridad Central al examinar una petición de restitución, así como la actuación de los tribunales cuando dichas solicitudes son impugnadas.

Es por ello, que el juzgador deberá, en el caso concreto, interpretar la Convención de 1980, utilizando las reglas de interpretación de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, es decir de buena fe, atendiendo al objeto y fin del tratado, al sentido corriente de los términos y al contexto de éste. Lo cual, necesariamente, lo llevará a otorgar al menor la protección más adecuada y amplia, favoreciendo sus derechos fundamentales sobre cualesquiera otros.

Las excepciones a la regla general de la restitución inmediata del menor contemplan en sí mismas al interés superior de la niñez, confirmando con

ello que dicho principio es objeto y fin fundamental del sistema de restitución de menores.

El sistema internacional de la restitución de menores está integrado por normas convencionales (Convención de 1980 y Convención Interamericana); por la práctica de los Estados (decisiones de tribunales internos y la práctica de las Autoridades Centrales); por los principios generales del derecho internacional de derechos humanos (interés superior de la niñez, universalidad, interdependencia, progresividad entre otros); la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y por el *soft law* (como la Nueva Guía de Buenas Prácticas acerca del Convenio de 1980 y criterios del Comité de la Convención de Derechos del Niño) que orienta la práctica de los Estados en la aplicación de ciertos aspectos de la Convención y que puede generar obligatoriedad a través de la práctica. Todo este *corpus iuris* debe de ser integrado por el juzgador en el caso concreto de restitución buscando siempre el interés superior del menor.

V. Fuentes

Aguilar Cavallo, G. (2008), "El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales*, año 6, vol. 6, núm. 1, pp. 223-247.

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2020), *Derecho y Familia: restitución internacional de niñas, niños y adolescentes*. Serie Líneas Jurisprudenciales, núm. 1. Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, Observación General No. 14 (2013), Ginebra, Naciones Unidas.

Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (1980), HCCH. «<https://bit.ly/3kWP5FI>».

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados U.N: Doc A/CONF.39/27 (1969, 23 de mayo), Naciones Unidas.«<https://bit.ly/32ajusM>».

González Martín, N. (2015), "International Parental Child Abduction and Mediation", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015, pp. 353-412.

Ibáñez Rivas, J. M. (2010), "Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista IIDH*, vol. 51, pp. 14-54.

Matus Calleros, E. (2013), *México ante la restitución internacional de menores*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Scotti, L. (2014), "La protección de los derechos humanos en la restitución internacional de niños", *Ratio Iuris, Revista de Derecho Privado*, año 11, núm. 2, pp. 141-170.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección 3a.), *Caso Gnahoré contra Francia 19 de septiembre 2000. Requête No. 40031/98*.

VI. Anexo

Selección de tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) sobre restitución internacional de menores, con énfasis en el interés superior del menor.

I. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 745/2009, 17 de junio de 2009.

Ministro ponente: Juan Silva Meza.

Secretario: Rodrigo de la Peza López Figueroa.

Tema: Aplicación de la excepción prevista en el art. 12 de la Convención de la Haya. Interés superior del menor. Alcance del art. 14 constitucional.

Hechos: El cuatro de mayo de dos mil seis, un padre, quien cuenta con la custodia definitiva de su hija, realizó una solicitud a la autoridad competente para conseguir la restitución de su hija a su lugar habitual de origen en Missouri, Kansas City, Estados Unidos de Norteamérica, debido a que su madre la sustrajo de ahí para llevarla al Distrito Federal (hoy Ciudad de México). El juez de lo familiar determinó negar la restitución de la menor a su lugar habitual de origen, pues consideró que se actualizaba la causa de excepción prevista en el artículo 12 de la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, relativa a que la menor ya se hubiera integrado al nuevo medio.

Preguntas constitucionales y fácticas (numeradas)

1. ¿Cuál es el alcance del principio del interés superior del menor en relación con el artículo 4o. constitucional?
2. ¿Es procedente una interpretación conforme del artículo 14 constitucional con relación a los artículos 12 y 13 de la Convención por parte de la Corte?

3. ¿Es un principio fundamental del Estado mexicano dejar a los menores de siete años al lado de su madre?

Decisiones (numeradas con base en las preguntas constitucionales y fácticas)

1. Del artículo 4o. constitucional se desprenden tres cuestiones:

- i. Se consagran los derechos de los niños y niñas a satisfacer sus necesidades para tener un desarrollo integral;
- ii. Se impone una obligación a los particulares (ascendientes, tutores y custodios) de velar para que se preserven los derechos de los menores; y
- iii. Se responsabiliza al Estado para velar por los derechos de la niñez.

2. No es procedente la interpretación conforme.

3. Que un menor de siete años permanezca con su madre no es un principio fundamental del Estado Mexicano.

Razones y/o argumentos de la decisión (numeradas con base en las preguntas constitucionales y fácticas)

1. De la primera cuestión se desprende el derecho del menor a no ser separado de sus padres, excepto cuando tal separación sea necesaria para el interés superior del niño. De las otras dos se infiere el papel obligatorio que tiene el Estado de otorgar facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

2. No es procedente la interpretación conforme del art. 14 por parte de la SCJN pues el agravio correspondiente alude a cuestiones de legalidad ajenas a la *litis* del presente recurso de revisión en amparo directo, porque no se relacionan con la interpretación directa del artículo 4o. constitucional que realizó el Tribunal Colegiado.

3. Si los hombres y mujeres son iguales ante la ley, y en específico, respecto del cuidado y protección de sus hijos, ambos son responsables de velar por su desarrollo integral, resulta claro que el artículo 4o. constitucional no consagra un principio fundamental que privilegie la permanencia de los menores con la madre, sino por el contrario, es claro en responsabilizar a los ascendientes, categoría en la cual se comprende a ambos padres del menor.

Votación: 4/5.

Tesis de jurisprudencia generadas: Ninguna.

Tesis aisladas generadas: INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. EN CASO DE QUE DEBA SER SEPARADO DE ALGUNO DE SUS PADRES, EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL NO ESTABLECE UN PRINCIPIO FUNDAMENTAL QUE PRIVILEGIE SU PERMANENCIA, EN PRINCIPIO, CON LA MADRE.

Jurisprudencia interamericana aplicada: Ninguna.

Sentencias de la SCJN aplicadas: ADR 949/2006; CT 21/2006-PL.

Tesis de jurisprudencia aplicadas: P./J. 46/95; 1a./J. 56/2007.

Tesis aisladas aplicadas: 1a. CLII/2007; 1a. CXLI/2007.

II. SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 812/2010, 17 de junio de 2009.

Ministro ponente: José Ramón Cossío Díaz.

Secretario: Lorena Goslinga Ramírez.

Tema: Restitución internacional de menores.

Hechos: Un padre inició un procedimiento internacional de restitución respecto de su hija ante la Corte del Condado de Dallas, Estados Unidos de América. El Juez Quinto Familiar del Distrito Judicial de Morelia, Michoacán, dio inicio al procedimiento solicitado en aplicación de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. La madre de la niña interpuso juicio de amparo indirecto en contra del inicio del procedimiento de restitución, la actuación desarrollada por las autoridades que intervinieron y la aplicación de la Convención.

Preguntas constitucionales y fácticas (numeradas):

1. ¿Es violatorio de los derechos a la defensa y de la garantía de audiencia que el artículo 7 de la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores no establezca un procedimiento específico para llevar a cabo la restitución?
2. ¿El artículo 16 de la Convención, que prevé la suspensión de los procedimientos de custodia, transgrede el principio de seguridad jurídica y establece una sanción excesiva o desproporcional prohibida constitucionalmente?
3. ¿El interés superior del menor debe ser tomado en cuenta como una razón independiente para resolver sobre la restitución internacional de un menor?

Decisiones (numeradas con base en las preguntas constitucionales y fácticas):

1. El artículo 7 de la Convención no es violatorio del derecho de defensa ni de la garantía de audiencia en tanto remite de manera expresa al tipo de procedimiento que deberá llevarse a cabo.
2. El artículo 16 de la Convención no establece una sanción excesiva o transgrede el principio de seguridad jurídica en tanto defiende un interés válido y cuenta con límites temporales para llevarse a cabo.

3. Para resolver sobre la procedencia de la restitución de un menor, el Juez debe atender a los supuestos establecidos en la Convención sin necesidad de invocar el interés superior del menor, como motivo distinto de los supuestos establecidos.

Razones y/o argumentos de la decisión (numeradas con base en las preguntas constitucionales y fácticas):

1. Por la naturaleza de los tratados internacionales y, por la diversidad de los sistemas jurídicos a los que les es aplicable, resulta prácticamente imposible fijar de manera particularizada la forma en que deberá desarrollarse el procedimiento. No obstante, la Convención sí establece el procedimiento que deberá observarse, esto es, los procedimientos más expeditos disponibles ("procedimiento de urgencia"), que en el caso de México son los juicios sumarios. Son dichos procedimientos los que establecen las bases para respetar el derecho de audiencia y defensa. Además, la Convención establece algunas medidas adicionales que garantizan esos derechos.

2. El artículo 16 no establece una sanción sino una medida precautoria que es razonable en tanto tiene como fin evitar que un acto ilícito pueda tener consecuencias jurídicas en perjuicio de los menores. No se trata de una medida indefinida pues el propio tratado prevé las formas en que dichos plazos se pueden determinar.

3. La comunidad internacional ya tuvo en cuenta el interés superior del menor al emitir la normativa, por lo que, la mejor forma de proteger ese interés, es decretando la restitución inmediata cuando proceda, y ceñirse a los supuestos de excepción ahí admitidos. Todas las alegaciones que en sentido contrario se hagan por las partes carecen de fundamento.

Votación: Unanimidad de 4 votos.

Tesis de jurisprudencia generadas: No Aplica.

Tesis aisladas generadas: No Aplica.

Jurisprudencia interamericana aplicada: No Aplica.

Sentencias de la SCJN aplicadas: No Aplica.

Tesis de jurisprudencia aplicadas: 2a./J. 88/2007: "AUDIENCIA. PARA DETERMINAR SI LA LEY RECLAMADA RESPETA ESTA GARANTÍA, DEBE EXAMINARSE EL CONTENIDO DE LAS NORMAS APLICABLES."; P/J. 47/95: "FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO."

Tesis aisladas aplicadas: 1a. XXXII/2007: "CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. RESPETA LAS GARANTÍAS DE AUDIENCIA Y DEFENSA"

III. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 903/2014, 2 de julio de 2014.

Ministro ponente: Alfredo Ortiz Mena.

Secretario: Cecilia Armengol Alonso.

Tema: Aplicación del artículo 13 de la Convención de la Haya. Derechos procesales. Interés superior del menor.

Hechos: Una pareja con domicilio en España tiene a dos hijos. El 28 de septiembre de 2011, la madre sustrae a los menores para llevarlos a Tepic, Nayarit, aludiendo a que vivía una situación de violencia doméstica. El 16 de mayo de 2012, se remite al presidente del Tribunal Superior de Justicia de Nayarit la solicitud de restitución internacional de los menores. El juez de lo familiar conoció del asunto el 5 de septiembre de 2012; éste estimó que se actualizaba la excepción prevista en el art. 13 de la Convención debido a que la restitución podía causar un daño a la

salud psicológica de los menores. El padre recurrió al juicio de amparo indirecto en contra de la resolución; el 24 de enero de 2014, el Tribunal Colegiado de Circuito ordenó la restitución de los menores. La madre interpuso recurso de revisión.

Preguntas constitucionales y fácticas (numeradas):

1. ¿Es aplicable la excepción prevista en el art. 13 de la Convención, relativo a que el menor esté en grave riesgo?
2. ¿Se vulnera el derecho al debido proceso al no tener procedimientos "de urgencia" previstos para tal situación?
3. ¿Se vulnera el interés superior del menor a raíz de lo resuelto por el TCC?
4. ¿Se debe aplicar la excepción prevista en el art. 12 de la Convención relativa a la adaptación del menor en su nuevo entorno después de un año de la sustracción?

Decisiones (numeradas con base en las preguntas constitucionales y fácticas):

1. No se resuelve.
2. No se vulnera el debido proceso.
3. Sí se vulnera el interés superior del menor.
4. No se resuelve.

Razones y/o argumentos de la decisión (numeradas con base en las preguntas constitucionales y fácticas):

1. No se resuelve, puesto que el Tribunal Colegiado debió considerar las diversas denuncias por violencia familiar interpuestas por la recurrente y

verificar si dicha situación representaba, a su vez, un riesgo para los menores en el caso de su restitución, o bien debió motivar el porqué la situación alegada de violencia no significaba un escenario que representara un peligro físico o psíquico a los niños sujetos de la solicitud de restitución.

2. Aunque no se tengan previstos "procedimientos de urgencia", de acuerdo con nuestro sistema debe atenderse a los procedimientos más breves o expeditos con que se cuenta en la legislación mexicana en materia civil, los cuales son los procedimientos sumarios; por lo tanto, al remitir a un procedimiento regulado por el ordenamiento nacional, resguarda el derecho de acceso a la justicia, el debido proceso, así como las garantías esenciales del procedimiento, tal como el derecho de audiencia.

3. Al haber sido omiso el Tribunal Colegiado de evaluar y ponderar el interés superior del menor con las argumentaciones del quejoso, se vulneró el derecho de los menores implicados a que se considerara su interés superior como cuestión primordial en la solución de la controversia sobre la restitución internacional solicitada.

4. Si bien la Primera Sala toca el tema y expresa que es necesario tomar en cuenta las diversas dilaciones que hubo en el procedimiento en perjuicio del padre y de la pronta resolución del caso, no se pronuncia sobre la aplicabilidad del art. 12, sino que revoca la sentencia recurrida y la devuelve al TCC.

Votación: 3/5.

Tesis de jurisprudencia generadas: Ninguna.

Tesis aisladas generadas: Ninguna.

Jurisprudencia interamericana aplicadas: Caso Furlan y Familiares vs. Argentina; Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México.

Sentencias de la SCJN aplicadas: Ninguna.

Tesis de jurisprudencia aplicadas: 1a./J. 25/2012 (10a.); 1a. CXXII/2012 (10a.).

Tesis aisladas aplicadas: 1a. CXXVI/2004; 1a. CCLXXXII/2013 (10a.); 1a. CCLXXXI/2013 (10a.); 1a. CXXII/2012 (10a.); 1a. XV/2011; 1a. LXVII/2013 (10a.); 1a. LXVIII/2013 (10a.).

IV. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4465/2014, 14 de enero de 2015.

Ministro ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Secretario: Javier Mijangos y González.

Tema: Aplicabilidad de las excepciones previstas en la Convención de la Haya. Computación del tiempo transcurrido.

Hechos: Una pareja procrea a una hija nacida en California, Estados Unidos de Norteamérica. Al poco tiempo de su nacimiento se separan, quedando la residencia de la menor en California, con su madre. El padre regresa de Miami, Florida para pedirle a la madre pasar tiempo con la menor. La madre acepta, quedando como fecha de devolución de la menor un par de meses después (17 de septiembre de 2008). Llegada la fecha la madre le pide la restitución vía telefónica, a lo que el padre contesta que no la piensa devolver y que ahora se encuentran en México. El 17 de octubre del 2008, un mes después de la fecha en que el padre debía devolver a la menor, la madre presentó oficialmente una solicitud de restitución. El 7 de julio de 2009, el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos recibió la solicitud de restitución de la menor; nueve meses después el juzgado de lo familiar de Morelos admite a trámite el juicio. El 16 de abril de 2012, el juzgado resuelve negar la restitución de la menor a la madre aludiendo a que se encontraba debidamente adaptada al núcleo familiar en que se desenvolvía en ese momento, en tanto que expresó su deseo de permanecer con su padre, por lo que se actua-

lizaban las excepciones previstas en los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya.

Preguntas constitucionales y fácticas (numeradas):

1. ¿Es el sistema previsto por el Convenio acorde con el principio de interés superior del menor previsto en el artículo 4o. de la Constitución Federal?
2. ¿Fue correcta la interpretación del Tribunal Colegiado del artículo 12 del Convenio de La Haya (que se actualice la excepción a la restitución inmediata por haber pasado más de un año desde la sustracción)?

Decisiones (numeradas con base en las preguntas constitucionales y fácticas):

1. Sí es acorde al interés superior del menor.
2. No fue correcta, pues transcurrió menos de un año.

Razones y/o argumentos de la decisión (numeradas con base en las preguntas constitucionales y fácticas):

1. El principio general previsto por el Convenio de La Haya en el sentido de que las autoridades del Estado receptor deben asegurar la restitución inmediata del menor sustraído es acorde al artículo 4o. constitucional y al interés superior del menor en tanto que se busca disuadir a los progenitores de transgredir por la vía de los hechos una situación jurídica creada *ex professo* para salvaguardar el bienestar del menor, evitando que éstos sufran los prejuicios que acarrearán los cambios constantes de residencia habitual y el ser objeto de la disputa entre los progenitores. Así mismo, existe una presunción de que el interés superior de los menores involucrados se ve mayormente protegido y beneficiado mediante el restablecimiento de la situación previa al acto de sustracción, es decir, mediante la restitución inmediata del menor en cuestión.

2. La intención de los Estados contratantes fue que el plazo se contara no hasta que la autoridad judicial o administrativa correspondiente recibiera la solicitud, sino desde el momento mismo de la presentación de la solicitud. En el presente caso, la sustracción de la menor tuvo lugar el 17 de septiembre de 2008, mientras que la solicitud de restitución fue presentada por la madre de la menor el 17 de octubre de 2008, por lo que no se actualizaría la excepción prevista en el art. 12 de la Convención.

Votación: Unanimidad de 5 votos.

Tesis de jurisprudencia generadas:

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. PARA QUE OPERE LA CAUSAL DE EXCEPCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 12 DEL CONVENIO DE LA HAYA ES INDISPENSABLE QUE HAYA TRANSCURRIDO MÁS DE UN AÑO ENTRE LA SUSTRACCIÓN Y LA SOLICITUD DE RESTITUCIÓN.

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

Tesis aisladas generadas:

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. EXISTE UNA PRESUNCIÓN DE QUE EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR SUSTRÁIDO SE VE MAYORMENTE PROTEGIDO CON SU RESTITUCIÓN INMEDIATA AL PAÍS DE ORIGEN.

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. EL SISTEMA PREVISTO POR EL CONVENIO DE LA HAYA BUSCA PROTEGER AL MENOR DE LOS EFECTOS PERJUDICIALES QUE GENERA ESTE TIPO DE CONDUCTAS.

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. PARA QUE OPERE LA CAUSAL DE EXCEPCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 12 DEL CONVENIO DE LA HAYA ES INDISPENSABLE QUE HAYA TRANSCURRIDO MÁS DE UN AÑO ENTRE LA SUSTRACCIÓN Y LA SOLICITUD DE RESTITUCIÓN.

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. LAS EXCEPCIONES A LA RESTITUCIÓN INMEDIATA PREVISTAS EN EL CONVENIO DE LA HAYA DEBEN SER INTERPRETADAS DE MANERA ESTRICTA Y APLICADAS DE FORMA EXTRAORDINARIA.

Jurisprudencia interamericana aplicada: Ninguna.

Sentencias de la SCJN aplicada: ADR 553/2014.

Tesis de jurisprudencia aplicadas: Ninguna.

Tesis aisladas aplicadas: 1a. CCXXII/2014 (10a.).

V. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 151/2015, 8 de julio de 2015 .

Ministro ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Secretario: Ana María Ibarra Olguín.

Tema: Aplicación de la excepción prevista en el art. 12 de la Convención de la Haya. Interés superior del menor.

Hechos: Una pareja procrea una hija nacida en Nevada, Estados Unidos. El acuerdo de custodia, cuando se separaron, fue que pasaría de lunes a viernes con su madre y el fin de semana con su padre. El 12 de febrero de 2011, la madre le entregó su hija al padre. Esa misma noche, según el padre, fue deportado por las autoridades de inmigración a México, situación que no le comunicó a la madre, sino después de tres meses. Después de que el padre no devolviera a la menor, el 10 de abril de 2011

la señora presentó la solicitud de restitución de la menor ante la autoridad central de Estados Unidos. El 21 de febrero de 2012, el Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Chihuahua recibió por parte de la Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior un informe de solicitud de restitución de la menor. El 28 de febrero de 2012, la jueza de lo familiar admitió y ordenó la búsqueda y localización inmediata de la menor. Tres años después de la solicitud, el 7 de marzo de 2014, se encontró a la niña. Se dictó sentencia el 14 de marzo de 2014, en la cual se ordenó la restitución y traslado de la menor a su lugar de origen y entrega inmediata a su madre y la convivencia de la menor con ambos padres. El TCC que conoció del amparo revocó la resolución de primera instancia y decretó improcedente la restitución de la menor ya que ésta se había adaptado a su nuevo entorno. La madre interpuso recurso de revisión, del que conoció la Primera Sala el 9 de marzo de 2015.

Preguntas constitucionales y fácticas (numeradas):

1. ¿Es aplicable la excepción prevista en el art. 12 de la Convención relativa a que el menor puede no ser restituido si ha pasado más de un año de la sustracción y el menor se haya adaptado a su nuevo ambiente?
2. ¿Es aplicable la excepción prevista en el art. 13 de la Convención relativa al grave riesgo del menor o que la persona o institución a cargo del menor no hubieran ejercido efectivamente el derecho de custodia al momento de ser trasladado?

Decisiones (numeradas con base en las preguntas constitucionales y fácticas):

1. No es aplicable la excepción prevista en el art. 12 de la Convención.
2. No es aplicable la excepción prevista en el art. 13.

Razones y/o argumentos de la decisión (numeradas con base en las preguntas constitucionales y fácticas):

1. El plazo se cuenta desde el momento mismo de la presentación de la solicitud y no hasta que la autoridad judicial o administrativa correspondiente reciba la solicitud; además es necesario que el padre que cometió la conducta ilícita pruebe suficientemente la situación de que el menor se encuentra efectivamente integrado a su nuevo ambiente. Después del plazo de un año se deberá determinar qué resulta más benéfico para el menor y evitar que sufra una nueva quiebra en su ambiente familiar que pueda significar un peligro para su correcto desarrollo psicológico. En el caso concreto, la sustracción de la menor tuvo lugar el 12 de febrero de 2011, mientras que la solicitud de restitución fue presentada por la madre de la menor el 10 de abril de 2011, por lo que transcurrió poco menos de dos meses entre la sustracción y la solicitud de la progenitora y, por tanto, en el caso no se actualiza la causal de excepción a la restitución inmediata prevista en el artículo 12 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional.

2. Las excepciones del art. 13 no se encuentran sujetas a una condición temporal de ningún tipo, por lo que pueden ser alegadas en cualquier momento del procedimiento de restitución; en el caso concreto no es aplicable la excepción, en virtud de la suplencia de la queja.

Votación: Unanimidad 5/5.

Tesis de jurisprudencia generadas:

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. PARA QUE OPERE LA CAUSAL DE EXCEPCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 12 DEL CONVENIO DE LA HAYA ES INDISPENSABLE QUE HAYA TRANSCURRIDO MÁS DE UN AÑO ENTRE LA SUSTRACCIÓN Y LA SOLICITUD DE RESTITUCIÓN.

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

Tesis aisladas generadas: Ninguna.

Jurisprudencia interamericana aplicada: Ninguna.

Sentencias de la SCJN aplicadas: ADR 4465/2014; ADR 553/2014.

Tesis de jurisprudencia aplicadas: Ninguna.

Tesis aisladas aplicadas: 1a. LXX/2015 (10a.); 1a. XXXVI/2015 (10a.); 1a. XXXVII/2015 (10a.); 1a. XXXIX/2015 (10a.); 1a. XXXVIII/2015 (10a.); 1a. LXXI/2015 (10a.)

VI. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo de Revisión 4102/2015, 6 de febrero de 2016.

Ministro ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo.

Secretario: Mercedes Verónica Sánchez Miguez.

Tema: Aplicación de las excepciones previstas en los art. 12 y 13 de la Convención de la Haya. (Declaraciones de los menores) Interés superior del menor.

Hechos: Un padre inicia el procedimiento de restitución internacional a través de la Agencia Central de Estados Unidos. La madre había abandonado el domicilio conyugal en ese país, yéndose a México junto con su menor hijo. El padre argumentó violación al derecho de audiencia y legalidad, en tanto que para negar la restitución (considera que) sólo se tomó en cuenta el dicho del niño, de ocho años, de no querer regresar

a casa, el cual alega que se encontraba viciado al no tener contacto con su padre por más de dos años y una situación de alienación por parte de la madre.

Preguntas constitucionales y fácticas (numeradas):

1. En el caso en el que el menor ha permanecido fuera del domicilio de origen por más de cuatro años y no ha tenido contacto con uno de los progenitores (el que radica en el domicilio de origen) por más de dos años, ¿se debe considerar como determinante la declaración del menor en la que expresa su rechazo a la restitución?

Decisiones (numeradas con base en las preguntas constitucionales y fácticas):

1. No necesariamente. Intervienen factores como la edad y el grado de madurez del menor que deben ser considerados a la par de su declaración.

Razones y/o argumentos de la decisión (numeradas con base en las preguntas constitucionales y fácticas):

1. La Corté expresó que se presume que entre mayor edad tienen un menor, mayor es su madurez; y que, por ende, su opinión, cualquiera que sea, deriva de un juicio propio. Asimismo, la Primera Sala determinó que las niñas y los niños, como titulares de derechos humanos, ejercen sus derechos progresivamente, y que, a medida en que se desarrollan van adquiriendo un mayor nivel de autonomía. Este fenómeno se denomina "adquisición progresiva de la autonomía de los niños". En este sentido, no todos los niños y las niñas se desarrollan y adquieren madurez en el mismo grado y medida; por tanto, aun cuando el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho de los menores a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, debe aclararse que su participación en el juicio respectivo, no depende de una edad específica ni puede predeterminarse por una regla

fija. Del mismo modo, para expresar su opinión, el menor no necesariamente debe tener un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto. Es importante destacar que el derecho que tiene el menor a expresar su opinión en aquellos asuntos que le conciernen o le afectan no necesariamente conlleva a que el juzgador acepte sus deseos, o acate indefectiblemente lo expresado por el menor, pues aunque su opinión es de suma importancia en la resolución del asunto, debe destacarse que no tiene fuerza vinculante en la decisión que finalmente se emita.

Votación: Unanimidad de 5 votos.

Tesis de Jurisprudencia generadas: SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. PARA QUE OPERE LA CAUSAL DE EXCEPCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 12 DEL CONVENIO DE LA HAYA ES INDISPENSABLE QUE HAYA TRANSCURRIDO MÁS DE UN AÑO ENTRE LA SUSTRACCIÓN Y LA SOLICITUD DE RESTITUCIÓN.

Tesis aisladas generadas:

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL. EN EL PROCEDIMIENTO SE DEBE EVALUAR LA OPINIÓN DEL MENOR SUSTRÁIDO O RETENIDO.

EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. SE ACTUALIZA CUANDO EL ACTO RECLAMADO DERIVA DE UN PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

Jurisprudencia interamericana aplicada: Ninguna.

Sentencias de la SCJN aplicadas: AR 1134/2000, AR 1576/2006, AR 150/2013 y AR 1318/2014, ADR 4465/2014, AR 30/2008, AR 2548/2014, CT 256/2014.

Tesis de jurisprudencia aplicadas: AR 1134/2000, AR 1576/2006, AR 150/2013 y AR 1318/2014, ADR 4465/2014, AR 30/2008, AR 2548/2014, CT 256/2014.

Tesis aisladas aplicadas: 1a./J. 13/2015 (10a.)

VII. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 5669/2015, 13 de abril de 2016.

Ministro ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo.

Secretario: Mercedes Verónica Sánchez Miguez.

Tema: Violencia familiar. Constitucionalidad de la Convención de la Haya Sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Aplicación de excepciones previstas en art. 13 y 20 de la Convención de la Haya. Interés superior del menor. Derechos procesales.

Hechos: Alrededor del mes de septiembre de 2009, la madre de una menor amenaza con llevársela a México, argumentando violencia doméstica. Ninguno de los dos padres residía legalmente en Estados Unidos, pero la hija sí era ciudadana americana. Tras el divorcio de los padres, al padre se le otorga la custodia total y no compartida de la menor. Dos meses después, éste se contacta a la madre, quien había abandonado el domicilio conyugal previamente al divorcio, la cual expresó que permanecería en México y no tenía intención de restituir a su hija. El padre, residente en Estados Unidos, presenta una solicitud para la restitución de su menor hija. A través de la Autoridad Central de México se remitió la citada solicitud al Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa. La primera instancia recibió la solicitud el 14 de enero de 2014. El caso llegó a la Suprema Corte el 16 de octubre de 2015.

Preguntas constitucionales y fácticas (numeradas):

1. ¿La Convención de la Haya vulnera el derecho de audiencia al tener como sustento un procedimiento de divorcio y custodia no compartida, seguido por el tercero interesado, en el cual no tuvo parte la madre?
2. ¿La Convención de la Haya vulnera el interés superior del menor al permitir que la menor y su madre sean separadas indefinidamente y al no tomar en cuenta las causas que originan la sustracción ilegal de los menores?

Decisiones (numeradas con base en las preguntas constitucionales y fácticas):

1. No, la Convención no vulnera el derecho de audiencia.
2. No, no se vulnera el interés superior del menor.

Razones y/o argumentos de la decisión (numeradas con base en las preguntas constitucionales y fácticas):

1. No se vulnera el derecho de audiencia pues, aunque la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores no hace referencia expresa al medio de comunicación procesal a través del cual se debe informar al sustractor del menor, el procedimiento que se sigue en su contra y las consecuencias del mismo, de ninguna manera ésta niega el derecho de audiencia del sustractor; por el contrario, parte de la base de que el procedimiento en cuestión debe respetar el derecho de acceso a la justicia que tiene el sustractor; y que por ende, antes de tomarse cualquier decisión sobre la restitución del menor, el sustractor debe ser debidamente escuchado. Asimismo, la solicitud de restitución no tiene como base la decisión sobre la custodia y el divorcio, sino el hecho de que, conforme al Código Familiar de California, al momento de la sustracción, el padre y la madre de la menor tenían los mismos derechos de

custodia sobre la menor. Además, la decisión sobre la custodia de la menor sólo es temporal, y no impide que una vez restituida la menor la madre pueda comparecer a la Corte de California, a fin de que se decida de manera definitiva quién y cómo debe ejercer la custodia de la menor.

2. No se vulnera el interés superior del menor pues la finalidad última de la Convención es proteger los intereses del menor quien, al haber sido sustraído de su residencia habitual, resiente en mayor medida los perjuicios de la sustracción.

Además, es mentira que la Convención permita que un menor y el progenitor que realiza la sustracción o retención ilegal sean separados indefinidamente, suprimiendo sus derechos a la convivencia; pues por el contrario, considerando que el menor tiene derecho a convivir con ambos progenitores, cuando se ordena la restitución de un menor, éste generalmente se reintegra con el padre del cual fue separado; y si bien, la restitución necesariamente trae como consecuencia que el menor sea separado del progenitor que lo sustrajo o retuvo ilegalmente, a fin de que el menor sea regresado al Estado que lo reclama, lo cierto es que esa separación no es definitiva, pues ambos progenitores tienen derecho de comparecer ante las autoridades competentes en ese Estado, a fin de que se decida en definitiva quién de ellos debe ejercer la guarda y custodia y quién de ellos debe, en su caso, sujetarse a un régimen de visitas o convivencias.

Votación: Unanimidad de 5 votos.

Tesis de jurisprudencia generadas:

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. PARA QUE OPERE LA CAUSAL DE EXCEPCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 12 DEL CONVENIO DE LA HAYA ES INDISPENSABLE QUE HAYA TRANSCURRIDO MÁS DE UN AÑO ENTRE LA SUSTRACCIÓN Y LA SOLICITUD DE RESTITUCIÓN.

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

Tesis aisladas generadas:

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE UN MENOR. LA SITUACIÓN MIGRATORIA DEL PROGENITOR SUSTRACTOR O RETENEDOR EN EL ESTADO QUE LA SOLICITA, NO ES SUFICIENTE PARA NEGARLA.

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. MEDIDAS CAUTELARES PARA ASEGURAR SU LOCALIZACIÓN.

CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. NO SUPRIME EL DERECHO DE CONVIVENCIA ENTRE EL MENOR Y EL PROGENITOR SUSTRACTOR O RETENEDOR

Jurisprudencia interamericana aplicada: Ninguna.

Sentencias de la SCJN aplicadas: AR 150/2013.

Tesis de jurisprudencia aplicadas: Ninguna.

Tesis aisladas aplicadas: 1a. CCLXXXI/2013 (10a.): 1a. XXXII/2007 (9a.); 1a. XXXII/2007 (9a.).

VIII. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6293/2016, 24 de mayo de 2017.

Ministro ponente: Alfredo Ortiz Mena.

Secretario: Zamir Andrés Fajardo Morales.

Tema: Aplicación de las excepciones previstas en los artículos 12 y 13 del Convenio de la Haya. Interés superior del menor. Valoración de la opinión de niños en procesos de restitución. Contacto transfronterizo.

Hechos: Una pareja formada por una ciudadana mexicana y un ciudadano español contrajo matrimonio en 1996, derivado de esta relación, procrearon dos hijos, nacidos en 2002 y 2008 en Alicante, España. En 2015 decidieron disolver el matrimonio y se determinó en sede judicial que el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia serían ejercidas conjuntamente. El mismo año, los niños salieron de vacaciones con su madre a México y la progenitora comunicó un mes después al padre que no volverían a Alicante; ante ello, el padre promovió una solicitud de restitución. La madre argumentó que la restitución ponía en riesgo la integridad psíquica de sus hijos, mismas afirmaciones que fueron aceptadas por el Tribunal Colegiado de Circuito, el cual determinó que se actualizaba la excepción necesaria para impedir el traslado de los niños a España.

Preguntas constitucionales y fácticas (numeradas):

1. ¿Debe la Primera Sala estudiar el caso concreto si se trata de un tema de legalidad?
2. ¿En el caso se actualiza la excepción consistente en que la restitución constituya un daño psicológico para los niños?
3. ¿Se actualiza la excepción consistente en una oposición del niño a ser restituido?
4. ¿El derecho a las visitas establecido en el Convenio de la Haya de 1980 constituye un derecho humano?

Decisiones (numeradas con base en las preguntas constitucionales y fácticas):

1. A pesar de constituir un tema de legalidad, la Corte debe analizarlo por tratarse de un caso extraordinario que es relevante para garantizar el interés superior de la niñez.
2. La apreciación realizada por el TCC no fue correcta, aunque se actualiza otra de las excepciones contenidas en el Convenio.
3. Sí se actualiza la oposición declarada por los niños de volver a España.
4. Sí existe un derecho humano a las visitas.

Razones y/o argumentos de la decisión (numeradas con base en las preguntas constitucionales y fácticas):

1. Aunque la verificación de las excepciones opuestas en el caso implica el análisis de la valoración probatoria realizada anteriormente en el TCC y por ello, un tema de legalidad, la Primera Sala determina que existen casos extraordinarios donde es necesario realizar este análisis con el propósito de garantizar el interés superior de la niñez, pues lo decidido impacta trascendentalmente sus vidas.
2. De los elementos probatorios, no se encuentra acreditado un riesgo real, serio, actual y directo que pusiera en peligro al adolescente en el caso de ser restituido. Las excepciones deben interpretarse como *numerus clausus*, con el propósito de respetar la regla general de restitución, por ello, la decisión del Tribunal de hacer extensiva la excepción en el caso del hermano, también resulta incorrecta, pues no se cuenta con el acervo probatorio necesario para tal determinación.
3. Para acreditar que existe oposición de los niños a ser restituidos, es necesario identificar si cuentan con la edad y grado de madurez suficientes para expresar sus deseos, si han manifestado sus deseos de permanecer en el país, si expresan sus deseos libremente y si la permanencia en el país no resultaría nociva, todos estos elementos se configuran en el caso.

4. El derecho a las visitas forma parte del derecho humano de las niñas y los niños a las relaciones familiares y, por tanto, forma parte de su derecho a la identidad, dado lo anterior, en el procedimiento de restitución internacional se debe garantizar conjuntamente el derecho humano al contacto transfronterizo y a las visitas; además, corresponde a la Autoridad Central actuar con la diligencia debida para lograr esta garantía, incluso en los casos en los que opera una excepción. Para la garantía de este derecho deben privilegiarse las soluciones amistosas en el procedimiento.

Votación: 3/4.

Tesis de jurisprudencia generadas: Ninguna.

Tesis aisladas generadas: Ninguna.

Jurisprudencia interamericana aplicada: Ninguna.

Sentencias de la SCJN aplicadas: ADR: 1564/2015, 4102/2015 y 5669/2015, 4465/2014, 903/2014, 2931/2012.

Tesis de jurisprudencia aplicadas: 1a./J. 12/2015 (10a.); 1a./J. 13/2015 (10a.).

Tesis aisladas aplicadas: 1a. CCCLXVIII/2014(10a.)y 1a. CCCLXIX/2014 (10a.)1a. CVI/2015, 1a. CVII/2015 (10a.), 1a. CVIII/2015 (10a.).

IX. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 997/2018, 5 de septiembre de 2018.

Ministro ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo.

Secretario: Alejandro Castañón Ramírez.

Tema: Derechos de audiencia y debido proceso. Acreditación de sustracción ilegal. Aplicación de excepciones previstas en la Convención de La Haya (art. 13 - integración a nuevo entorno).

Hechos: Un hombre italiano y una mujer mexicana procrearon a una niña de nacionalidad italiana. El padre declaró que —con su consentimiento— la madre y la menor salieron de Italia el 31 de julio de 2016 hacia México con motivo vacacional. El 28 de agosto era la fecha acordada para el regreso, misma que no se cumplió. Al no regresar en la fecha acordada, el padre presentó solicitud de restitución ante la Autoridad Central de Italia, argumentando que la madre de la menor estaba reteniendo injustificadamente a la menor. Durante la tramitación de la restitución, el padre solicitó la separación legal; el 6 de diciembre de 2016 la Corte de Módena emitió resolución en la que se determinó que los esposos podían vivir separados y otorgó la custodia al padre; asimismo, estableció un régimen de visita para que la madre viera a su hija dos tardes a la semana en el domicilio del padre y prohibió que ésta realizara viajes con la menor. El 8 de febrero de 2017, se presentó en la Oficialía Mayor del TSJ del Estado de Morelos el oficio firmado por la Directora General Adjunta de Derecho Familiar encargada del Despacho de la Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior (Autoridad Central de México), en el que se informó de la solicitud de restitución internacional de una menor de edad, emitida por la Autoridad Central de Italia el 7 de septiembre de 2016. Por auto de 10 de febrero de 2017, la Juez Primero Mixto de Primera Instancia en el Estado de Morelos tuvo por recibida y admitida la solicitud de restitución de la menor. La madre se opuso a la restitución de la menor, alegando que se vulneraron sus derechos de audiencia y debido proceso, así como que ella tenía la custodia legal y efectiva de la menor al momento del traslado, por lo que no se acreditaba la sustracción ilegal y por último, que la menor estaba ya inscrita en el primer año de primaria en un colegio de Morelos, y además no sabía bien el idioma italiano, por lo que su restitución sería perjudicial. La juez estimó que no se habían vulnerado sus derechos de audiencia ni debido proceso, además de que no se acreditó que el padre hubiera consentido a que la menor permaneciera de forma indefinida en México, asimismo consideró que no se actualizaba la excepción del art. 13 de la Convención de la Haya. Por lo anterior, la juez concluyó que se debía restituir inmediatamente a la menor al domicilio de su padre en Italia. El Tribunal Colegiado

confirmó que la menor había sido ilegalmente retenida en México, y estimó que no había vulneración a derechos procesales de la madre.

Preguntas constitucionales y fácticas (numeradas):

1. ¿Se vulneran las formalidades esenciales del procedimiento y por ende el derecho al debido proceso, al no estar previsto un proceso específico para la restitución en la Convención?
2. En los procedimientos de urgencia (como lo es el de restitución), ¿es deber de las autoridades dar a conocer a las partes las etapas del procedimiento que se llevará a cabo?
3. ¿Se acredita la integración a un nuevo entorno de una menor de edad por la inscripción en un colegio?

Decisiones (numeradas con base en las preguntas constitucionales y fácticas):

1. No, el Convenio no vulnera el derecho de audiencia ni de debido proceso.
2. Sí, las Autoridades Centrales y sus auxiliares no sólo deben actuar con rapidez, sino que también tienen un deber de transparencia.
3. No se resuelve esta cuestión, la Corte determinó que la madre nunca opuso alguna de las excepciones de restitución inmediata previstas en los artículos 12 y 13 durante la audiencia.

Razones y/o argumentos de la decisión (numeradas con base en las preguntas constitucionales y fácticas):

1. La Corte consideró que la Convención de la Haya, al ser un tratado multilateral, en donde cada uno de los Estados contratantes tiene su

propia normatividad, resulta conveniente que el procedimiento en cuestión se siga conforme a su propia normatividad, en el entendido de que ésta, debe respetar el derecho de acceso a la justicia a través de un procedimiento en el que se respeten las debidas garantías. En este sentido, si el Estado Mexicano se ha obligado a respetar el derecho de acceso a la justicia a través de un procedimiento en el que se respeten las debidas garantías, de ahí que, al menos por lo que hace al Estado Mexicano, el procedimiento a que alude la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, deberá respetar tales derechos aun cuando en ésta no se haga referencia expresa de los mismos. El que la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores no haga referencia al medio de comunicación procesal a través del cual se debe emplazar o citar al sustractor a efecto de informarle del procedimiento a que ésta alude para la restitución internacional del menor sustraído y las consecuencias del mismo, ni tampoco haga referencia a algún recurso a través del cual puedan impugnarse las decisiones emitidas en el mismo, de ninguna manera implica que ésta resulte violatoria de los derechos de audiencia y de acceso a la justicia a que se refieren los artículos 14, 16 y 17 de la Carta Magna. Además, el derecho de audiencia se encuentra implícitamente reconocido en la Convención de referencia, pues de lo dispuesto en los artículos 7, inciso c), 12, 13 y 20, se desprende que, las bases que se establecen para el desarrollo del procedimiento prevén el deber de dar intervención al sustractor del menor, a efecto de que comparezca a ese procedimiento, para en principio tratar de llegar a una solución amigable que garantice la restitución voluntaria del menor, y en caso de no ser así, pueda oponerse a la restitución del menor, ofreciendo las pruebas conducentes a fin de demostrar que la restitución que se persigue a través de ese procedimiento no es posible.

2. La Primera Sala reconoció que la Convención contempla el principio general en el que las autoridades de los Estados contratantes deben asegurar la restitución inmediata, así como actuar con urgencia para ello. En este sentido, la necesidad y mandato de actuar con urgencia se justifica en su finalidad, pues se pretende evitar el arraigo de los menores, lo

que se traduce en una de las herramientas para proteger el interés superior del menor. De esta forma, los procedimientos expeditos son esenciales en todas las etapas en las que se implemente el trámite de restitución del menor, en términos de la Convención, lo que incluye el proceso que se lleve ante la autoridad auxiliar de naturaleza judicial o administrativa. No obstante, a la par de la obligación de actuar urgentemente, también se prevé el deber de transparencia que tienen las autoridades al momento de dar trámite a los procesos en el Estado parte receptor. Así, la obligación de actuar con transparencia se traduce en generar certeza y confianza para que las partes interesadas conozcan cómo se desahogan estos procedimientos. Esta obligación no sólo se traduce en dar a conocer el contenido de la Convención y las reglas de cooperación entre las Autoridades Centrales, sino que también se debe aportar información clara para que las partes conozcan los procedimientos internos. Por ello, al actuar con celeridad o urgencia, las Autoridades Centrales y sus auxiliares deben satisfacer dos vertientes: (i) los Estados deben usar los procedimientos más rápidos que existan en el propio sistema jurídico, y (ii) dar un tratamiento prioritario, en la medida de lo posible, a las demandas en cuestión. Lo anterior, toda vez que el hecho de actuar con urgencia no es una obligación aislada, sino que debe coexistir con la diversa de transparencia en la que las partes conozcan el plazo que tienen para la etapa de presentación de pruebas y alegatos.

Votación: 4/5.

Tesis de jurisprudencia generadas: Ninguna.

Tesis aisladas generadas: SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. ENTRE LA FECHA EN QUE SE NOTIFICA O CITA AL SUSTRADOR AL INICIO DEL PROCEDIMIENTO RELATIVO Y LA DATA QUE SE FIJE PARA LA AUDIENCIA, DEBE EXISTIR UN PLAZO RAZONABLE.

Jurisprudencia interamericana aplicada: Ninguna.

Sentencias de la SCJN aplicadas: AR. 1576/2006; AR 150/2013; ADR 4465/2014.

Tesis de jurisprudencia aplicadas: P./J. 47/9; 1a./J. 11/2014 (10a.); 2a./J. 88/2007.

Tesis aisladas aplicadas: P. XXXV/98; 1a. XXXVII/2015 (10a.).

X. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión ADR 867/2018, 3 de junio de 2019.

Ministro ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo.

Secretario: Mercedes Verónica Sánchez Miguez.

Tema: Aplicación de las excepciones previstas en los art. 12 y 13 de la Convención de la Haya. (Declaraciones de los menores). Interés superior del menor.

Hechos: Un hombre de nacionalidad canadiense y una mujer de nacionalidad mexicana contrajeron matrimonio en el estado de Nuevo León, México. Esta pareja procreó dos hijos, ambos con nacionalidad mexicana. Después de tres años en México, establecieron su domicilio conyugal en Canadá. En diciembre de 2015 la pareja decidió separarse. Ambos padres acordaron que los menores vivirían de miércoles a sábado con el padre y el resto de los días de la semana con la madre. A partir de entonces, la familia vivió en casas separadas hasta mayo de 2016, cuando los menores y su madre viajaron a Cancún, México, para pasar una semana de vacaciones, sin que hubieran regresado en la fecha que se acordó su regreso. El 23 de septiembre de 2016 se remitió al Juzgado Segundo de Primera Instancia en Tuxpan, Veracruz el oficio de 12 de septiembre de 2016, firmado por el Director General de Protección a Mexicanos en el Exterior, sobre la solicitud de restitución internacional de los dos menores. A dicho de los menores, ellos preferían estar más con su mamá que con su papá.

Preguntas constitucionales y fácticas (numeradas):

1. ¿Bajo qué estándares se debe valorar la opinión de los menores que en una situación de sustracción ilegal, en la que ha transcurrido un tiempo considerable de estar separados de uno de sus progenitores, manifiestan su preferencia por quién los sustrajo?
2. ¿A partir de qué momento debe contabilizarse el plazo de un año para que opere el análisis de la excepción de integración al nuevo ambiente del menor?

Decisiones (numeradas con base en las preguntas constitucionales y fácticas):

1. Se debe tomar en cuenta la opinión del menor, mas no es vinculante. La opinión del menor debe ser ponderada tomando a consideración factores como su edad y grado de madurez.
2. El plazo de un año debe contarse a partir de que el progenitor que pretende la restitución presenta la solicitud o demanda ante la Autoridad Central.

Razones y/o argumentos de la decisión (numeradas con base en las preguntas constitucionales y fácticas):

1. La Primera Sala, en concordancia con el Tribunal Colegiado que conoció del amparo, determinó que el derecho que tiene el menor a expresar su opinión en aquellos asuntos que le conciernen o le afectan, no necesariamente conlleva a que el juzgador acepte sus deseos o acate indefectiblemente lo expresado por él, pues aunque su opinión es de suma importancia en la resolución del asunto, no tiene fuerza vinculante en la decisión que finalmente se emita. En este sentido, se puede considerar la evaluación psicológica ordenada por el juez como información que refuerza la ponderación respecto de hasta qué punto se puede tomar en cuenta

la opinión vertida por el menor; ésta será tomada en cuenta cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

2. La Primera Sala señaló que el plazo de un año debe contar a partir de que el progenitor que pretende la restitución presenta la solicitud o demanda ante la Autoridad Central, pues el posible retraso en la acción de las autoridades competentes no debe perjudicar los intereses de las partes amparadas por la Convención. Al no estar en el supuesto de temporalidad, queda excluida la excepción prevista en el numeral 12 de la Convención.

Votación: 4/5.

Tesis de jurisprudencia generadas: Ninguna.

Tesis aisladas generadas: Ninguna.

Jurisprudencia interamericana aplicada: Ninguna.

Sentencias de la SCJN aplicadas: ADR 4465/2014; ADR 4102/2015; ADR 2548/2014.

Tesis de jurisprudencia aplicadas: 1a./J. 7/2018; 1a. /J. 13/2015 (10a.); 1a. /J. 13/2015 (10a.).

Tesis aisladas aplicadas: 1a. XXXVIII/2015 (10a.); 1a. CXXX/2017 (10a.); 1a. CVII/2015 (10a.).

CAPÍTULO 2

La excepción de integración al nuevo ambiente en la SCJN. Interpretación del plazo a la luz de la Convención de Viena

Sofía del Carmen Treviño Fernández
Andrea de la Brena Meléndez

Resumen

La Suprema Corte de México ha desarrollado un cuerpo importante de jurisprudencia sobre la interpretación del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. En este capítulo, realizaremos un análisis de los precedentes de la SCJN sobre la interpretación del artículo 12 del Convenio que tratan la excepción a la restitución por el paso del tiempo y la integración del menor a su nuevo ambiente bajo las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En nuestra opinión, el proceso interpretativo no se ciñó a las reglas de interpretación de la Convención de Viena que en primera instancia llaman a la interpretación literal del Convenio en su contexto y conforme al objeto y fin del tratado. Estimamos que esto se debe a la naturaleza del fenómeno de la sustracción internacional y la necesidad de integrar a su interpretación el interés

superior de la infancia dificultan el desarrollo de una única interpretación. En este caso, la SCJN ha optado por dar una interpretación que priorice la restitución inmediata y la operatividad del sistema internacional en atención a las posibles actitudes dilatorias que pudieran presentarse.

I. Introducción

El trabajo jurisprudencial de la Suprema Corte de México (SCJN) sobre tratados internacionales ha sido considerable en los últimos diez años. Particularmente, la reforma constitucional de 2011 detonó un gran número de casos en los que se aplican e interpretan tratados internacionales en materia de derechos humanos, dentro de los que destacan: la Convención de los Derechos del Niño o la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

En cuanto a la interpretación de instrumentos internacionales que no se clasifican necesariamente como tratados de derechos humanos, el trabajo respecto del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante, Convenio) es uno de los más extensos con 24 sentencias dictadas hasta ahora. La SCJN ha emitido criterios respecto de los puntos más importantes de este tratado entre los que destacan, por su puesto, la interpretación de aspectos problemáticos tales como los relacionados con las excepciones a la restitución.

El nuevo trabajo de aplicación e interpretación directa de tratados internacionales —por la SCJN y por todos los jueces nacionales— exige una evaluación no solo con base en los mecanismos de análisis de sentencias tradicionales a nivel nacional (buena argumentación y cita de precedentes, por ejemplo), sino también a partir de estándares internacionales que permitan calificar una resolución como un criterio correcto y apegado a los objetivos del sistema internacional del que surge. En este capítulo, realizaremos un análisis de los precedentes de la SCJN sobre la

interpretación del artículo 12 del Convenio¹ que tratan la excepción a la restitución por el paso del tiempo y la integración del menor a su nuevo ambiente.

El paso del tiempo resulta crucial para esta excepción, pues permite o prohíbe a los operadores evaluar si se causará un mayor daño a la niña, niño o adolescente ordenando su regreso al país de origen. De acuerdo con el Convenio, cuando se hubiere acreditado el traslado o la retención ilícita de una persona menor de 16 años y entre la fecha del traslado y el inicio del procedimiento de restitución hubiera transcurrido menos de un año, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. No obstante, el Convenio también prevé que cuando hubiere expirado el plazo de un año, se ordenará la restitución inmediata salvo que quede demostrado que el menor se ha integrado a su nuevo ambiente.

El trabajo jurisprudencial y académico sobre la interpretación del artículo 12(2) del Convenio ha estado concentrado mayoritariamente en la discusión sobre cómo determinar la integración de una niña o niño a su nuevo ambiente, por ejemplo, si la integración implica el mero ajuste físico al entorno o si es necesario un elemento emocional adicional relacionado con el grado de estabilidad en la que se encuentra la persona menor de edad (ver, por ejemplo, Schuz, 2008 y Beaumont, 1999). Por otra parte, se ha escrito también sobre si es posible que aun cuando se demuestra que el periodo de un año ha pasado y el niño se ha integrado

¹ "Artículo 12 del Convenio.

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."

a su nuevo entorno, se ordene la restitución en atención a las circunstancias bajo las cuales transcurrió el plazo previsto, bajo lo dispuesto por el artículo 18 del Convenio: "Las disposiciones del presente Capítulo no limitarán las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento". En esta reflexión, nos concentramos en un aspecto más concreto de esta discusión pero que necesariamente tiene un impacto en las consideraciones sobre la evaluación del interés superior en casos en los que se alegue la integración al nuevo ambiente.

El presente capítulo tiene como propósito analizar los casos en los que la SCJN ha interpretado este plazo y si en dichos casos lo ha hecho a la luz de las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena). Para lograr este propósito, en la primera parte del capítulo, haremos un estudio de la línea jurisprudencial sobre la interpretación del artículo 12 del Convenio. En la segunda parte indicaremos la relevancia de las reglas de interpretación de la Convención de Viena, las cuales son reflejo de los estándares de interpretación más aceptados a nivel internacional para la interpretación de los tratados. Finalmente, en la tercera parte haremos un análisis sobre la interpretación realizada por la SCJN en relación con el plazo indicado en el artículo 12. Sin embargo, el objeto de este capítulo no será determinar si la conclusión a la que ha llegado la SCJN es correcta, únicamente nos enfocaremos en problematizar las razones adoptadas por la SCJN para justificar su interpretación y si las mismas se apegan a estándares de interpretación internacionalmente aceptados.

II. Criterios de la SCJN sobre la interpretación de la excepción prevista en artículo 12 del Convenio: la importancia de disuadir los retrasos procesales

En al menos nueve casos, la SCJN ha desarrollado y confirmado su interpretación sobre la excepción a la restitución relacionada con la integración al nuevo ambiente del menor trasladado. Podría decirse que lo

resuelto en este tema configura una línea jurisprudencial firme y coherente para interpretar a partir de cuándo es posible evaluar que un menor trasladado o retenido de manera ilegal en un país distinto al de su residencia habitual se ha integrado a un nuevo ambiente y, por lo tanto, puede resultar en mayor beneficio para él o ella permanecer en el lugar de traslado. Además, en estos casos, la SCJN definió cómo debe valorarse el interés superior de la niñez bajo el sistema que configura el Convenio. En este apartado, realizaremos una descripción de los aspectos más importantes de esta jurisprudencia poniendo énfasis en las consideraciones de la SCJN respecto al plazo indicado en el artículo 12.

1. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4465/2014, 14 de enero de 2015

El primer caso es el amparo directo en revisión 4465/2014² resuelto por la Primera Sala en el 2015. La resolución derivó de un conflicto entre los padres de una niña que nació en Estados Unidos y residía en el estado de California con su madre. Los padres se separaron al poco tiempo del nacimiento de la niña y, de acuerdo con los argumentos de la madre, solo después de visitas esporádicas a la niña, el padre solicitó a la madre que le permitiera pasar unos meses con su hija. Terminado el tiempo acordado, la madre afirma que se comunicó con el padre quien negó devolver a la niña y le informó haberse trasladado con ella a México. Ese mismo día (17 de septiembre de 2008), la madre reportó ante la Fiscalía del Condado de Los Ángeles la sustracción internacional de su hija.

Un mes después (17 de octubre de 2008), la madre presentó oficialmente una solicitud de restitución conforme al Convenio y señaló que el padre sustractor residía ahora en Cuernavaca, Morelos. La Autoridad Central de los Estados Unidos remitió la solicitud de restitución a la Secretaría de Relaciones Exteriores de México. Nueve meses después (7 de

² SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4465/2014, 14 de enero de 2015.

julio 2009), el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos recibió la solicitud de restitución. Casi tres años después (abril 2012), el juez de primera instancia dictó una primera sentencia en la que negó la restitución de la niña a Estados Unidos.

Después de diversas apelaciones, el asunto llegó nuevamente a juicio de amparo. Entre los temas planteados por la madre, se reclamó una incorrecta interpretación del artículo 12 del Convenio bajo el cual —argumentó ésta— debe restituirse de manera inmediata a la niña toda vez que el procedimiento se inició en un periodo menor a un año desde la sustracción. El tribunal que conoció del juicio determinó conceder el amparo. Bajo la interpretación del tribunal, no se actualizaban las excepciones del Convenio. Los magistrados estimaron que el artículo 12 señala que de iniciarse el procedimiento de restitución antes de que transcurra un año de la sustracción, el Estado debe restituir al menor de manera inmediata. Se consideró también que, incluso cuando el procedimiento hubiera iniciado después de la expiración del plazo de un año, la autoridad debe ordenar la restitución —salvo que se demuestre que el menor se ha integrado a su nuevo ambiente—.

En el caso, el padre habría argumentado que toda vez que el procedimiento de restitución ante el juez familiar fue repuesto en amparo por violaciones procesales, entre el traslado y el inicio del procedimiento de restitución (entendido como el proceso judicial ante el juez familiar), el plazo indicado en el artículo 12 de un año había transcurrido. El tribunal le negó la razón y resolvió que la retención ilegal de la niña se llevó a cabo el 17 de septiembre de 2008 y fue el 7 de julio de 2009 cuando el juez de primera instancia recibió formalmente la solicitud de restitución, por lo que transcurrieron nueve meses y quince días desde el traslado ilegal. Por lo tanto —concluyó— el procedimiento de restitución de la niña sí se inició antes de que transcurriese un año del traslado, por lo que procede su restitución inmediata, con independencia de las apelaciones y amparo que hubieran ordenado la reposición del procedimiento. El tribunal también argumentó por qué no era justificado tomar

el interés superior del menor como fundamento para negar la solicitud de restitución, toda vez que dicho principio se encuentra inmerso ya en el Convenio, en el cual la regla general es la devolución inmediata.

El padre impugnó la resolución en recurso de revisión ante la SCJN e insistió en que toda vez que se había ordenado al juez familiar la reposición del procedimiento, fue hasta el 29 de febrero de 2013 cuando legalmente inició el procedimiento de restitución. Argumentó que, con base en el interés superior, tenía que tomarse en cuenta que la niña llevaba ya más de seis años viviendo en México, por lo que se había integrado a su nuevo ambiente y regresarla a su lugar de origen afectaría su desarrollo educativo, social y sentimental.³

La Primera Sala de la SCJN debía resolver dos puntos independientes. Por un lado, debía interpretar el artículo 12 del Convenio para determinar cuándo termina el plazo de un año al que se refiere esta disposición; esto es, cuándo se entiende que inicia el procedimiento de restitución. Por otro lado, debía pronunciarse sobre si el Convenio, al prever que sólo en el caso de que hubiera transcurrido el plazo referido puede evaluarse la integración del menor a su nuevo ambiente, resulta violatorio del interés superior del menor.

Finalmente, la Primera Sala confirmó la sentencia y negó el amparo. Para resolver, primero subrayó la obligación de realizar una interpretación "lo más" restringida de las excepciones con el propósito de hacer operativo el Convenio y no menoscabar los objetivos del tratado internacional. En cuanto al artículo 12, se precisó que era evidente que la "hipótesis de excepción sólo puede actualizarse en aquellos casos en los que haya

³ El 29 de septiembre de 2014, en cumplimiento de la sentencia de amparo, el señor de manera voluntaria entregó a su hija a los representantes de la Secretaría de Relaciones Exteriores. El 2 de octubre de 2014 (más de seis años después de la sustracción), la delegada de la Secretaría de Relaciones Exteriores en el Estado de Morelos comunicó a la Segunda Sala del Tribunal Superior de Justicia en el Estado de Morelos que había sido informada por la Fiscalía del Estado de California, que la niña regresó a Estados Unidos.

transcurrido el mencionado plazo de un año, pues una interpretación distinta haría nugatorios los objetivos del Convenio." (ADR 4465/2014, p. 24). Se agregó que, además, era necesario que el padre que hubiera realizado la retención ilegal probara suficientemente que, en efecto, el niño se encontraba integrado a su nuevo ambiente. Por último, distinguió que mientras la excepción prevista en el artículo 12 está sujeta a la actualización de esa condición (el transcurso de más de un año entre el traslado y el inicio del procedimiento), el análisis de las excepciones previstas en el artículo 13 del Convenio no se encuentra condicionado a algún límite temporal.

En cuanto a las preguntas planteadas, la Primera Sala consideró, por un lado, que el artículo 12 del Convenio no viola el interés superior del menor, sino que tiene como propósito evitar dilaciones injustificadas en miras, precisamente, del respeto a ese principio. En cuanto al cálculo del plazo, la SCJN estableció que, con base en el informe explicativo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: "la intención de los Estados contratantes fue que dicho plazo se contará no hasta que la autoridad judicial o administrativa correspondiente en el país donde se encuentre el menor recibiera la solicitud, sino desde el momento mismo de la presentación de la solicitud." (p. 38).⁴

Este criterio, se reiteró con algunos matices en las sentencias de los asuntos: ADR 151/2015; ADR 4102/2015; ADR 5669/2015; ADR 4833/2016; AD 9/2016; AD 27/2016; AD 52/2017 y, ADR 867/2018.

En el amparo directo en revisión 151/2015 (8 de julio de 2015) se insistió en que la temporalidad prevista en el artículo 12 se justifica desde el interés superior del menor pues lo más adecuado para los niños es su inmediata restitución. La condición —a decir de la Sala— tiene, además,

⁴ En la sentencia se cita el punto 108 del Informe Explicativo de la doctora Elisa Pérez-Vera de la Conferencia de La Haya en Derecho Internacional Privado.

como propósito el de: "disuadir a aquellas personas que cometen esta acción de trasladar o retener ilícitamente" (p. 41)⁵ y evitar dilaciones indebidas.

En el amparo directo en revisión 4833/2016 (21 de junio de 2017), entre otros, se reiteró y precisó que debe tomarse en consideración como fecha de inicio del procedimiento de restitución aquella en la que se hubiera hecho la solicitud de restitución en el *país de origen*, con independencia del tiempo efectivo que el menor hubiera permanecido fuera del lugar de su residencia habitual.⁶ Mientras que en la sentencia del amparo directo en revisión 4102/2015 (10 de febrero de 2016), se estimó que resultaba plausible realizar el análisis de integración al nuevo ambiente porque entre la retención ilegal y la presentación de la solicitud de restitución había transcurrido más de un año.

Una sentencia que llama la atención es la que resolvió el amparo directo 9/2016 (6 de septiembre de 2017). En este caso, se insistió en el criterio de la imposibilidad de evaluar la integración del menor al nuevo entorno cuando no hubiera transcurrido más de un año entre la sustracción y la presentación de la solicitud. No obstante, en los razonamientos de la sentencia se abunda en que además no resulta aplicable la excepción prevista en el artículo 12 del Convenio porque de las pruebas realizadas, en el caso una pericial en trabajo social, no permitía concluir con un grado de convicción suficiente que la niña efectivamente se encontraba integrada a su nuevo ambiente y que de ordenar la restitución se le causaría un daño mayor. Esta sentencia resulta excepcional pues a pesar de que no se cumplía con la condición temporal del artículo 12, la SCJN se pronunció también sobre el nivel de convicción necesario para hacer efectiva esa excepción.⁷

⁵ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 151/2015, 8 de julio de 2015, p. 41.

⁶ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4833/2016, 21 de junio de 2017. Ver también, los amparos directos 9/2016, 27/2016 y 52/2017.

⁷ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 9/2016, 6 de septiembre de 2017.

En general, las sentencias tienen en común que la SCJN tomó como fin del plazo previsto como condición para poder evaluar la integración la fecha de presentación de la solicitud de restitución ante la autoridad del país de origen (*i.e.* el lugar de residencia habitual del menor) en lugar de la fecha de inicio del procedimiento en el lugar donde el niño se encuentra retenido. Asimismo, se insistió en la constitucionalidad de la condición para evaluar la integración del niño en su nuevo entorno con independencia del número de años que hubieran transcurrido desde el traslado o retención ilegal. Destacan las razones basadas en tres aspectos: 1) la protección del interés superior de la infancia que se cumple con la restitución inmediata; 2) en la importancia de la celeridad de los procedimientos para el efectivo funcionamiento del sistema de restitución internacional; y, 3) el efecto disuasorio que tiene la medida hacia todos los involucrados. En la mayoría de los casos vale destacar que, desde el momento en el que se alegaba se había realizado la sustracción y la resolución de la Primera Sala habían transcurrido entre tres a seis años.

Conforme a las decisiones analizadas podemos concluir que no obstante el texto del artículo 12 se refiere a: "la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor", la SCJN ha determinado que, con base en el informe explicativo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, para lograr disuadir dilaciones procesales, el plazo ahí contemplado comienza en la fecha de la retención ilegal del menor y debe entenderse que termina al momento de presentar la solicitud de restitución en el país de origen.

III. La importancia de las reglas de interpretación de la Convención de Viena

La interpretación de tratados internacionales es un tema fundamental en la efectiva aplicación de sus disposiciones. La elección de los términos utilizados en un tratado implica largas negociaciones y una revisión escrupulosa por los Estados parte para garantizar la protección de los

valores en juego. Sin embargo, la protección efectiva de derechos no está sólo en manos de los redactores de las reglas sino también en los encargados de su aplicación. Las reglas de interpretación de los sistemas nacionales y el poder discrecional de los jueces en la aplicación de estas reglas pueden variar. Estas diferencias pueden poner en riesgo la aplicación homogénea de los tratados, lo cual incrementaría el grado de incertidumbre jurídica y vulneraría la protección efectiva de derechos. Conscientes de estos riesgos, los redactores de la Convención de Viena se dieron a la tarea de crear reglas objetivas para la interpretación de tratados internacionales. Estas reglas se encuentran establecidas en los artículos 31 al 33.

Este criterio objetivo da prioridad al texto y no pretende, salvo en casos excepcionales, investigar cuál ha sido la voluntad de las partes (Troya Jaramillo, 2005, p. 116). Algunos autores han considerado que incluso para el caso de la interpretación en materia de recursos humanos el criterio objetivo es preferible (Lauterpacht y Bethlehem, 2001, p. 17).

El artículo 31 establece la regla general de interpretación. Específicamente, este artículo pone como base de la interpretación la buena fe, el sentido corriente de sus términos, el contexto de los términos y el objeto y fin del tratado. El artículo no ordena una jerarquía entre estos elementos (Novak Talavera 2013, p. 75). El contexto conforme a este artículo incluye el preámbulo y los anexos del tratado, y cualquier instrumento o acuerdo posterior suscrito por todas las partes en relación con el mismo. Además, junto con el contexto se deben tomar en cuenta cualquier acuerdo o práctica subsecuente realizada por todas las partes del tratado o norma de derecho internacional aplicable a las mismas.

El artículo 32 establece la regla complementaria. Por ejemplo, menciona que los trabajos preparatorios de un tratado pueden servir como criterios interpretativos si la interpretación realizada con los elementos del artículo 31 sea ambigua, oscura, manifiestamente absurda o irrazonable. Finalmente, el artículo 33 establece las reglas para la interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas.

La Comisión de Derecho Internacional encargada de guiar la redacción de la Convención estableció que con estos artículos lo que se busca es contar con principios que permitan determinar de forma objetiva la intención de las partes del tratado y así evitar determinaciones subjetivas (II YbILC 1966, pp. 218-220). Como lo indicó Vattel "*parties cannot be allowed to interpret the treaty according to their fancy and thus render treaty obligations illusory.*" (1916, p. 200).

Las reglas de interpretación de la Convención de Viena han tenido tal aceptación que incluso se ha considerado que son la codificación del derecho internacional consuetudinario en esta materia.⁸ Lo anterior, quiere decir que prácticamente todos los países han reconocido su importancia y están vinculados a su aplicación. (Linderfalk, 2007, p. 3).

Por tanto, cumplir con las reglas de interpretación permite entender o predecir los elementos que las autoridades, incluyendo los jueces de cualquier país, van a tomar en cuenta al momento de interpretar una disposición del tratado. Esto es incluso más importante en casos en los que la aplicación de los operadores se aleja de la literalidad del texto. Cumplir con las reglas justifica la decisión y reduce el riesgo del ejercicio discrecional e impredecible del tratado.

IV. La interpretación de la SCJN a la luz de la Convención de Viena

En diversas ocasiones, la SCJN ha reconocido en la aplicación que las reglas de interpretación de la Convención de Viena son el instrumento idóneo para la interpretación de los tratados. En el amparo directo

⁸ Report of the International: Sixty-eighth session (2 May-10 June and 4 July-12 August 2016), A/71/10, pág. 120; En el caso asunto territorial de Libia y Chad, la Corte Internacional de Justicia indicó que el Artículo 31 de la Convención de Viena refleja reglas de costumbre internacional sobre interpretación de tratados. *Conflicto Territorial (Libia v. Chad)*, Juicio, I.C.J. Reports 1994, p. 21. Ver también, *Caso Le Grand (Alemania c Estados Unidos)*, Fondo, Juicio, 27 de junio de 2001, I.C.J. Reports 2001, pág. 466 y *Kasikili/Sedudu (Botsuana v. Namibia)*, Juicio, 13 diciembre 1999, Lista General No. 98, párr. 18.

4465/2014 (p. XII), como se describió anteriormente, la SCJN por primera vez se pronunció sobre la interpretación del inicio y fin del plazo indicado en el artículo 12 del Convenio. La SCJN resolvió que el término del plazo debe leerse apartándose de la literalidad del texto e interpretarse en el sentido de que el plazo va de la fecha del traslado o retención hasta el momento de la presentación de la solicitud en el país de origen. Lo anterior es así, en tanto que el posible retraso en la acción de las autoridades competentes no debe perjudicar los intereses de las partes amparadas por el Convenio. Como se indicó más arriba, esta determinación ha sido replicada en múltiples decisiones posteriores.

El elemento principal en el que la SCJN se basó para llegar a dicha conclusión fue el Informe Explicativo del Convenio (Pérez-Vera, 1980, p. 108). Además, la SCJN indicó que esta conclusión era razonable ya que, en muchos casos, la actividad procesal se ve afectada por las tácticas dilatorias de las partes o la ocultación del sustractor lo que puede retrasar el inicio del procedimiento (AD 4465/2014, p. X).

Respecto al Informe Explicativo, éste es una guía para la aplicación del Convenio, pero no tiene por sí mismo fuerza modificatoria del texto del Convenio. La parte conducente del informe en español establece que: "el artículo [12] consagra el momento de la **presentación de la demanda**, en lugar de la fecha de la resolución, ya que el posible retraso en la acción de las autoridades competentes no debe perjudicar los intereses de las partes amparadas por el Convenio." (Pérez-Vera, 1980). La SCJN señaló que, conforme a esta parte del informe se podía concluir que, la intención de los Estados contratantes fue que dicho plazo se calcule no hasta que la autoridad judicial o administrativa correspondiente en el país donde se encuentra retenido el menor recibiera la solicitud, sino desde el momento mismo de la solicitud en el país de origen.

La misma parte del informe en la versión en inglés establece: "*the article has retained the date on **which proceedings** were commenced, instead of the date of decree, so that potential delays in acting on the part of the competent*

authorities will not harm the interests of parties protected by the Convention." El artículo 12 en idioma inglés de igual forma establece en la parte conducente "*at the date of the commencement of the proceedings before the judicial or administrative authority of the Contracting State where the child is [...]*". (Pérez-Vera, 1980). Los textos del Convenio, en idioma inglés y francés, son los únicos textos autenticados del mismo. Por tanto, conforme al artículo 33 de la Convención de Viena los textos autenticados en estos idiomas deben prevalecer sobre la traducción al español.⁹

Derivado de lo anterior, resulta difícil concluir que la intención del informe era afirmar que el momento del término del plazo debía ser la presentación de la solicitud en el país de origen y no el inicio del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante en donde se encuentre el menor, tal y como lo indica el Convenio. En realidad, el informe sólo explica por qué en el texto se acordó que el término del plazo fuera el momento del inicio del procedimiento y no la resolución final del mismo.

Si bien la razón subyacente es la misma, *i.e.* evitar que el actuar de las autoridades afecte los intereses de las partes protegidas por el tratado, alejarse del texto de un tratado internacional puede tener múltiples implicaciones por lo que su justificación debe cuidarse. Si un Estado considera necesario alejarse del texto de un tratado porque el mismo es confuso o considera que no va de acuerdo con el contexto de los términos o el objeto y fin del tratado es preferible que lo haga basado en reglas universalmente aceptadas que brinden certidumbre jurídica, tanto a nivel nacional como internacional. Como se indicó en la parte dos, estas reglas están contenidas en la Convención de Viena.

Conforme a las reglas de la Convención de Viena, si se quisiera interpretar en qué momento termina el plazo indicado en el artículo 12, se

⁹ Artículo 33 (2): "Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen."

debe observar de buena fe el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del artículo 12 en el contexto de estos y teniendo en cuenta el objeto y fin del Convenio.

El sentido corriente de los términos del artículo ciertamente no deja mucho lugar a la interpretación. El texto establece que el término del plazo es: "la fecha de la **iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa** del Estado contratante **donde se halle el menor.**" (Énfasis añadido). Quizá esta claridad es precisamente la razón por la que la SCJN se alejó del texto del artículo sin apoyo de un análisis exhaustivo de las reglas de interpretación de la Convención de Viena. No obstante, fuera de las reservas y cuestiones de orden público o de seguridad nacional, el ejercicio interpretativo parece ser la única manera en la que un Estado contratante puede justificar apartarse de la literalidad del texto de un tratado.

Podría considerarse que la interpretación de la SCJN facilita la restitución inmediata del menor puesto que excluye, en la mayoría de los casos, el análisis de adaptación del menor al nuevo entorno. La restitución inmediata se presume es un medio para proteger el interés superior del menor.

Sin embargo, también es posible argumentar que interpretar el artículo 12 sin desviarse de su texto no necesariamente va en contra del objeto y fin primordial del tratado que es la protección del interés superior del menor. Lo anterior puesto que el plazo de un año se estableció por decisión de los Estados como un estándar objetivo para considerar que después de dicho plazo puede existir una sospecha de adaptación del menor a su nuevo entorno que debe analizarse. Como lo establece Schuz (2008, p. 236), el artículo 12(2) del Convenio reconoce que si el procedimiento de restitución se retrasa, el objetivo del retorno inmediato se pierde y ya no es posible presumir que la restitución necesariamente protege el interés superior del menor. A partir de ese momento se debe hacer un

estudio cualitativo de su integración al nuevo ambiente (ver también, Re C (Abduction:Settlement) [2004], EWHC, p. 105, 1245 (Fam)).

Aplicar el texto del Convenio no premia las dilaciones procesales puesto que el plazo de un año no impide la restitución inmediata sólo agrega a su estudio el análisis de la adaptación del menor. Además, apegarse al texto del Convenio tampoco necesariamente pugna contra la restitución inmediata ya que podría incluso promover la celeridad de las actuaciones de las autoridades entre el país de origen y el país donde el menor se encuentra.

Como lo estableció el juez Miller en el caso Robinson c Robinson: "[i]t would seem that, just as it is harmful to wrongfully remove the children from their habitual residence, it may also be harmful to remove them again if they have become connected to or 'settled' in the new environment." (Robinson c Robinson 983 F Supp 1339 [D Colo 1997], p. 5).

Adicionalmente, Schuz indica que la historia detrás de la elaboración del artículo 12 deja ver que los redactores rechazaron que el hecho de que la ubicación exacta del menor no se conociera desde el inicio, no debía ser un impedimento para suspender o extender el plazo de un año (Schuz, 2008, p. 237).

Es importante hacer notar que, en la mayoría de los casos analizados, la solicitud de restitución se presentó dentro del plazo de un año. Sería raro el caso en el que el padre o madre que busca la restitución se esperara más de ese tiempo para presentar la solicitud. Por tanto, la excepción del artículo 12 se volvería casi letra muerta si se considera que la fecha de terminación es la fecha de la solicitud.

Analizando la práctica internacional, encontramos que diversos Estados interpretan el inicio y fin del plazo de forma distinta. Algunos Estados parecen apagarse más al razonamiento de la SCJN. Por ejemplo, en *Furnes v. Reeves* el tribunal de apelaciones en Estados Unidos determinó que el

plazo de un año no inicia al momento de la retención ilícita sino hasta que el menor haya sido localizado con el fin de evitar premiar tácticas dilatorias.¹⁰

Sin embargo, en otros casos, se ha preferido apearse a la literalidad del Convenio. Por ejemplo, en *Robinson c. Robinson*, el juez determinó que la excepción del artículo 12 aplica cuando más de un año ha transcurrido entre la retención y la fecha de inicio del procedimiento, entendiéndose éste el inicio del procedimiento judicial para la restitución (p.4).

De igual forma, la Corte de apelación de Nueva Zelanda determinó, conforme al texto del Convenio, que el plazo terminaba no al momento en el que la autoridad central del país donde se hallare el menor recibiera la solicitud, sino hasta el momento en el que el procedimiento judicial de restitución comenzaba formalmente.¹¹ De acuerdo con la corte de apelación, la referencia al comienzo del procedimiento ante la autoridad administrativa era sólo para aquellos países en los que el procedimiento de restitución era resuelto por autoridades administrativas y no judiciales.¹²

Por tanto, no existe una práctica internacional uniforme que apoye o contradiga la interpretación de la SCJN.

Al existir más de una posible interpretación, se vuelve de mayor relevancia justificar el resultado de la interpretación elegida. Por tanto, sin hacer un pronunciamiento sobre la idoneidad de la interpretación realizada por la SCJN, pareciera que las bases de su razonamiento no se ciñen expresamente a las reglas más aceptadas de interpretación y podrían sentar un precedente indeseable para futuras interpretaciones. En cambio, promover un ejercicio interpretativo conforme a estándares internacional-

¹⁰ *Furnes c. Reeves*, 362 F.3d 702 (11th Cir. 2004), p. 15. En contradicción a esta decisión ver *Yaman c. Yaman*, 730 F.3d 1 (1st Cir. 2013), pp. 23-24.

¹¹ *V.B.M. c. D.L.J.* [2004] N.J. No. 321; 2004 NLCA 56, pp. 4, 5.

¹² *Ibidem*.

mente aceptados reforzaría las conclusiones de la SCJN y fomentaría una aplicación uniforme del Convenio, lo cual se traduciría en un mayor grado de certeza jurídica en beneficio de los usuarios de la Convención.

V. Conclusión

Al resolver el primer caso sobre la interpretación del artículo 12 del Convenio, algunos ministros manifestaron¹³ su preocupación de establecer una prohibición absoluta para considerar la posible integración del menor que hubiera sido ilegalmente trasladado o retenido en el nuevo entorno del que forma parte. Para algunos, la interpretación del artículo 12 debía reconocer que existe la posibilidad de que se valore si el menor está o no adaptado a su nuevo ambiente en casos en los que las circunstancias especiales obligaran a los jueces a valorar la situación particular de cada menor. Bajo esta idea, podría haber casos en los que a pesar de que la solicitud de restitución internacional se hubiera presentado dentro del término de un año al hecho de la sustracción, si se pudiera demostrar que por ciertas circunstancias atípicas el niño o niña hubiera permanecido durante años en el nuevo país, el análisis de integración en el nuevo ambiente estaría justificado en aras de favorecer la estabilidad de los niños a la luz del interés superior del menor.

En términos generales, esta propuesta de interpretación no prosperó pues en los siguientes casos se insistió en que, únicamente, cuando hubiera transcurrido el plazo de un año entre la sustracción y la presentación de la solicitud sería procedente el estudio sobre la posible integración del menor a su nuevo entorno. No sólo eso, la interpretación que prevaleció sobre cómo se contabiliza el año también es bastante restrictiva y las bases de su justificación no están apoyadas en reglas de interpretación internacionalmente aceptadas.

¹³ Ver el voto particular formulado por la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas y el voto concurrente del Ministro Gutiérrez Ortiz Mena en SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4465/2014, 14 de enero de 2015.

En la mayoría de los casos, la solicitud de restitución se presentará dentro del año después del traslado o retención, por lo que parecería que la posibilidad de evaluar la integración es muy poco probable, pues independientemente de que transcurran años de procedimiento, la interpretación de la SCJN prohibiría tomar en cuenta esas circunstancias para hacer operar la excepción. En muchos casos, los problemas derivados de la sustracción ilegal derivan de la dificultad de ubicar al menor trasladado; por lo que algunos han sugerido¹⁴ que, el inicio del cómputo debe realizarse a partir del momento en el que se ubica al menor sustraído y hasta el inicio de los procedimientos, con el propósito de evitar que sea precisamente el proceso ante la judicatura lo que retrase la restitución, pero sin dejar de considerar que pueden haber situaciones extraordinarias que justifiquen un plazo mayor a un año.

Nosotros hemos expuesto que la base sobre la cual se construye la interpretación de la SCJN es un informe explicativo y razones de celeridad procesal valiosas. Sin embargo, pareciera que el proceso interpretativo no se ciñó a las reglas de interpretación de la Convención de Viena que en primera instancia llaman a la interpretación literal del Convenio en su contexto y conforme al objeto y fin del tratado. Sin duda, la naturaleza del fenómeno de la sustracción internacional y la necesidad de integrar a su interpretación el interés superior de la infancia dificultan el desarrollo de una única interpretación. En este caso, la SCJN ha optado por dar una interpretación que priorice la restitución inmediata y la operatividad del sistema internacional en atención a las posibles actitudes dilatorias que pudieran presentarse. Para la SCJN, el principio de restitución inmediata tiene como propósito salvaguardar el interés superior del menor por lo que la prevalencia del sistema que lo establece tiene un peso específico en la delimitación de las excepciones previstas en el Convenio. Esta conclusión podría ser correcta. No obstante, su legitimación podría

¹⁴ *Vid.*, por ejemplo, el capítulo 10, de Eileen Matus Calleros, "Excepciones en la sustracción internacional de menores que pueden afectar cuestiones de fondo", de esta misma obra.

ser mayor si la interpretación siguiera estándares internacionalmente aceptados. Lo anterior, en especial debido a que la restricción interpretativa de la excepción de integración al nuevo ambiente podría dar lugar a reclamos relacionados con las bases de la interpretación o en su defecto podría causar que dicha excepción, por adaptación al nuevo ambiente, se vuelva a encaminar con base en otras excepciones como la de grave riesgo.

VI. Fuentes

Beaumont, PR. (1999), "Article 12(2): The Child is Now Settled in its New Environment", en Beaumont, PR y McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*. Oxford Private International Law, Oxford University Press, Oxford, pp. 203-210.

Linderfalk, Ulf (2007), *On The Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Alemania, Springer.

Novak Talavera, F. (2013), "Los criterios para la interpretación de los tratados", THEMIS. Revista de Derecho, núm. 63, p. 71-88. «<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8991>».

Pérez-Vera, E. (1980), *Explanatory Report of the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*. vol. III, Actes et Documents of the XIVth Session. «<https://bit.ly/3fhKOL1>».

Schuz, R. (2008), "In Search of a Settled Interpretation of Article 12(2) of the Hague Child Abduction Convention", en *Child and Family Law Quarterly*, vol. 20, núm. 1, pp. 64-80.

Troya Jaramillo, J.V. ((2005), "La Interpretación y Aplicación de los Tratados en Materia Tributaria", FORO *Revista de Derecho UASB-Ecuador*, núm. 4, p. 113-128.

Vattel, E. (1916), *The Law of Nations or the Principles of Natural Law applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns*, vol. 3, Washington, D.C.: Carnegie Institution of Washington.

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Amparo Directo en Revisión 151/2015, 8 de julio de 2015.

Amparo Directo en Revisión 4833/2016, 21 de junio de 2017.

II YbILC 1966, pp. 218-220.

CAPÍTULO 3
Convenio de La Haya de 1980
sobre los aspectos civiles de la sustracción
internacional de menores: excepción
de grave riesgo a través de la
jurisprudencia mexicana

Nuria González Martín

Resumen

A lo largo de la presente contribución abordaremos distintos retos que la sustracción internacional parental de menores representa en México, siendo nuestro enfoque la correcta interpretación jurisprudencial y el desarrollo de buenas prácticas para aplicar la excepción de grave riesgo ante una orden de restitución inmediata, con atención al principio del interés superior del menor. Para efectos de lo anterior, presentamos un breve marco jurídico-conceptual necesario para sentar bases necesarias para el entendimiento de la materia en sí y en concreto el abordaje de la excepción de la restitución internacional de menores por grave riesgo, instaurada en el artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Para efectos de lo anterior, estudiamos siete casos derivados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los cuales se ponen en práctica las disposiciones y excepciones del referido artículo 13(1)(b), permitiendo poner de relieve las buenas prácticas internacionales y las decisiones judiciales en México.

I. Introducción

Las niñas, niños y adolescentes, este sector poblacional vulnerable por antonomasia, pareciera que nunca cobran el protagonismo necesario para que se pueda atender y proteger sus derechos de una manera íntegra en su interés superior.

El interés superior del menor, es el sustento del sistema jurídico de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; una población que adolece de una mayor vulnerabilidad con respecto a los demás sectores y que tiene necesidades específicas. Por ende, en aquellas decisiones en los que se encuentran involucrados, no pueden considerarse otros intereses que prevalezcan, disminuyan o sean contrarios al interés superior del menor. Este principio debe regir las resoluciones de las autoridades judiciales, asegurando así que sea privilegiado frente a otros intereses, realizando el análisis y ponderación de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso.

Los crecientes movimientos migratorios, la permeabilidad de las fronteras, el desarrollo de las comunicaciones y, en general, el fenómeno de la globalización de los últimos tiempos, han contribuido a la unión de parejas de distintas nacionalidades y/o el establecimiento de la residencia de parejas de la misma nacionalidad en terceros países, a los que emigran buscando mejores condiciones de vida. Los conflictos y rupturas que en ocasiones se generan en estas uniones y en las que existen hijos menores ha ocasionado a su vez, entre otros fenómenos, el de la sustracción internacional parental de menores.

La sustracción internacional de menores presenta un problema complejo, en el que uno de los padres traslada o retiene ilícitamente al menor hijo en otro Estado distinto al de su residencia habitual, en infracción a los derechos de custodia legítimamente atribuidos o reconocidos del otro padre sin su consentimiento. Las causas para que uno de los padres actúe

sustrayendo internacionalmente al menor son de diferente naturaleza y calado, así, a veces obedece a motivos económicos, diferencias en las percepciones y concepciones, e incluso motivos tan graves como la violencia doméstica que pudiera estar sufriendo el progenitor sustractor (Lowe, 2015).

La regulación de la sustracción internacional de menores y su restitución es abordada por el derecho internacional privado a través de instrumentos internacionales adoptados por los Estados, que se fundamentan en la idea y la necesidad de la cooperación internacional como presupuesto para su pronta resolución.

El Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores es uno de los instrumentos a los que hacemos referencia, adoptado con los objetivos de (i) proteger al menor en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle su traslado o retención ilícitos; (ii) establecer los procedimientos para garantizar la restitución inmediata del menor trasladado o retenido ilícitamente, al Estado de su residencia habitual; y, (iii) garantizar la protección del derecho de visita y custodia del menor, a través de la cooperación entre las autoridades competentes de los Estados involucrados. Así, los objetivos descritos se encuentran encaminados a la protección del interés superior del menor y bajo esta finalidad, se consagra la idea de la restitución inmediata de éste.

En definitiva, el interés superior del menor en un caso de restitución internacional iría encaminado, con el cuidado debido que amerita semejante aseveración, en el derecho del niño de volver o retornar al lugar de su última residencia habitual, el lugar donde acude a su escuela y convive con sus familiares y amigos, para que una autoridad judicial decida dónde va a vivir y que no sean los padres, quienes de manera unilateral tomen dicha decisión.

Sin embargo, el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores estipula ciertas excepciones a la obligación de los Estados parte de garantizar la restitución inmediata del menor trasladado o retenido de forma ilícita, con base en el multicitado interés superior del menor que se busca proteger. Dichas excepciones, aun cuando no son de aplicación automática, posibilitan a los Estados parte del Convenio a no conceder el retorno del menor en determinadas circunstancias. En el presente trabajo, nos enfocaremos a la excepción consagrada en el artículo 13(1)(b) del Convenio, consistente en la existencia de un grave riesgo para el menor cuya restitución internacional lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o lo ponga en una situación intolerable.

Para abarcar lo descrito con anterioridad, el lector o lectora encontrará que, tras esta breve introducción (I), se analizará el marco jurídico-conceptual de la sustracción/restitución internacional parental de menores en donde se asientan las bases de la normativa internacional que regula la materia, y concretamente, aterrizado en el mencionado Convenio de La Haya de 1980, poniendo especial hincapié en los conceptos de los que se parte: menores/niñas, niños y adolescentes; derecho de guarda o custodia; derecho de visita; sustracción/restitución y el interés superior del menor (II). Una vez planteadas estas bases en general, se prosigue con el abordaje del tema elegido en sí, es decir, la excepción de la restitución internacional de menores por grave riesgo, instaurada en el artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya de 1980 (III). Se asientan los principios torales en torno a la restitución y se aterriza, concretamente, en el ámbito doméstico (IV). Se prosigue con un análisis de la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en torno a la restitución internacional de menores en México, en donde se invoca la excepción de "grave riesgo" y con ello un acercamiento a la interpretación y manejo de esta (V). Se finaliza con una serie de conclusiones que van de lo general a lo particular (VI).

II. Marco jurídico-conceptual de la sustracción/restitución internacional parental de menores

Actualmente, como expresamos, las uniones y los conflictos suscitados entre parejas de distintas nacionalidades o residentes en Estados distintos a los de su nacionalidad de origen, fruto de los crecientes movimientos migratorios, han desencadenado, en los casos donde hay hijos, un aumento exponencial de la denominada sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes por parte de uno de sus padres o progenitores. De esta manera, la sustracción internacional parental de menores se convierte en un problema complejo, en el que, ante las rupturas de estas uniones, uno de los padres traslada o retiene ilícitamente a su hijo o hijos menor/es en otro Estado distinto al de su residencia habitual, en infracción a los derechos de guarda, custodia y visitas legítimamente atribuidos o reconocidos del otro padre.

Al derecho internacional privado le corresponde la regulación de la sustracción internacional parental de menores, a través de instrumentos adoptados por los Estados, en este momento nos basamos en el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (Convenio de La Haya de 1980),¹ y que se encuentran encaminados a restituir de forma inmediata al menor a su Estado de residencia habitual, con la finalidad de procurar la menor afectación a su persona, estableciendo procedimientos expresos que atiendan a la urgencia de la materia, sobre la base de la cooperación y el intercambio de información entre las autoridades competentes de dichos Estados.

¹ México ha firmado y ratificado, además del mencionado Convenio de La Haya de 1980, procedente de un foro de codificación universal como es la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH); el Convenio Interamericano sobre Restitución Internacional de Menores de 1994, procedente del foro de codificación regional que representa la Organización de Estados Americanos (OEA). En esta oportunidad sólo nos estamos refiriendo al gestado en el seno de La Haya. Para un mayor abundamiento sobre la materia remitimos, de nuestra autoría, a González Martín, 2009.

De esta manera, a efectos de determinar cuándo estamos ante un traslado o retención ilícita, el cual determina la sustracción y sus aspectos civiles —que no secuestro—, el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980 expresa que se dará: 1) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente a una persona, una institución o 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 2) 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 Convenio de La Haya de 1980 cubre una serie de sectores constitutivos del derecho internacional privado,² y por ello, no sobra decir, en este momento, el extraordinario contenido referido a la competencia judicial internacional de este Convenio, es decir, cuál es el juez nacional competente internacionalmente. Ello es así al determinar que hay dos jueces competentes: aquél que decidirá sobre la restitución o no del menor —juez del lugar donde fue trasladado o retenido ilícitamente el menor— y el juez competente para decidir sobre los asuntos de fondo, como es el caso de la patria potestad, guarda, custodia, alimentos, entre otros —juez del lugar de la última residencia habitual del menor antes del traslado o retención ilícita—.

Como vemos, el tema que abordamos es complejo y de ahí el cuidado debido desde la nomenclatura y conceptualización de términos específicos de la materia, el cual amerita que nos detengamos, aunque sea de manera muy sucinta o somera, pero esperamos que eficientemente, en torno a conceptos como: menores/niñas, niños, adolescentes; sustracción/restitución internacional; derechos de guarda y custodia, derechos de visita e interés superior del menor.

² Sobre los sectores constitutivos del contenido del derecho internacional privado, en general, *Vid.* (Dreyzin de Klor, 2017, *passim*).

Cuando hablamos de menor o menores y no usamos, de manera frecuente, el término relativo a niñas, niños y adolescentes, lo hacemos con el respeto y el cuidado debido a un sector poblacional vulnerable que merece la máxima protección, aquella a la que denominamos integral. El término "menor" es el acuñado por el derecho internacional privado, usado en todos y cada uno de los instrumentos internacionales gestados o creados tanto en el foro de codificación universal como regional; tanto en instrumentos de *hard law* como de *soft law*. Un término, el de menor/es, incluso utilizado por nuestra Suprema Corte, que no es obsoleto ni está abandonado por los derechos humanos, que no es peyorativo ni discriminatorio, pero que sí es utilizado por otras áreas del conocimiento jurídico. Para el derecho internacional privado tiene significado y aplicabilidad absoluta, en donde el valor o debate semántico se vuelca en la protección de cada minoridad, según su edad y grado de madurez y según sus circunstancias y especificidades; con ello tan sólo solicitamos que se nos permita el uso de una terminología inclusiva donde podamos nombrarlos desde la niñez que representan nuestros niños, niñas y adolescentes, nuestros menores objeto de estudio (González Martín y Rodríguez Jiménez, 2011). Al hablar de los sujetos víctimas de la sustracción internacional parental nos referimos a todos aquellos niños, niñas y adolescentes que no tienen más de 16 años.³

Igualmente, tenemos que traer a colación otra cuestión conceptual y así, al referirnos a la sustracción internacional estamos haciendo mención, como expresamos, al caso de un menor de 16 años cuya residencia habitual se encontraba en un Estado y fue traslado ilícitamente a otro diferente o fue retenido ilícitamente en ese otro Estado; es decir, es el acto que realiza y materializa uno de los progenitores en violación de los mencionados derechos de guarda, custodia y/o visita; la internacionalización de

³ De conformidad con el artículo 2 del Convenio de La Haya de 1980, este instrumento es aplicable a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado Contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o visita, y dejará de tener aplicación cuando el menor alcance la edad de 16 años.

la misma viene originada por la implicación de dos o más Estados (el de origen y el de destino) cuando se da dicho acto ilícito del traslado o retención.

Por lo tanto, cuando hablamos de una restitución internacional nos referimos a la consecuencia lógica y esperada de la acción de sustracción y/o retención ilícita de un menor; una acción esperada y deseada ante la comisión de los actos descritos. La restitución es el objetivo, la regla, marcada en el Convenio de La Haya de 1980.

El acto es el hecho del traslado y/o retención ilícita y, por tanto, sustracción y la reacción es la restitución, como consecuencia lógico-jurídica que se deriva del proceso mismo y con la finalidad de restablecer el *statu quo* anterior. Si el término acuñado correcto es el de sustracción o restitución internacional de menores, es realmente una cuestión de nomenclatura para darle nombre al acto y a la reacción, sin sustracción no se puede dar una restitución (Rodríguez Jiménez, 2006; González Martín y Rodríguez Jiménez, 2011, *passim*; Matus, 2019, p. 54).

Por otra parte, y trayendo a colación otros conceptos, tenemos que en la normativa convencional el derecho de guarda o custodia encuentra uniformidad conceptual y, con ello, se contribuye a la certeza, eficacia y celeridad requeridas para el tema dedicado a la sustracción/restitución de menores. De acuerdo con el artículo 5 a), de la Convención de La Haya de 1980 es: "El derecho relativo al cuidado del menor y, en particular, el de decidir su lugar de residencia"; en el artículo 3, inciso a), de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores encontramos una definición absolutamente similar y, en ese sentido, se considera que una prohibición de salida de la jurisdicción no respetada por quien traslada al niño permite accionar los mecanismos convencionales. Se abre así una interpretación amplia del concepto de custodia convencional al punto de borrar fronteras entre los derechos de custodia y de visita; algo que la norma interna o doméstica tiende a realizar.

El Informe de Pérez-Vera del Convenio de La Haya de 1980 expresa que: "en el derecho de custodia, el Convenio se limita a señalar que incluye el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, al margen de los posibles mecanismos de protección de sus bienes." (Pérez-Vera, 1980, p. 34).

El propio artículo 3 *in fine* del Convenio de La Haya de 1980, señala que: "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". La expresión de "pleno derecho", se refiere a aquellos casos en que la conducta infractora se produce antes de que haya habido una decisión de la autoridad judicial o administrativa acerca de la custodia y también incluirá el caso de los acuerdos concluidos entre los padres sin homologación o decisión judicial." (González Pedrouzo, 2000).

Igualmente, cuando nos referimos al derecho de visita, en la normativa convencional hay unidad de criterios y así, tanto en el artículo 5 *b*), como en el artículo 3 *b*) del Convenio de La Haya de 1980 y en la Convención Interamericana sobre restitución, respectivamente, se entiende como el "derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual, (Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, 1980, Art. 5)". El mismo informe de Pérez-Vera expresa que la intención del Convenio no es, por supuesto, excluir todas las demás modalidades del derecho de visita; simplemente, se ha querido subrayar que este concepto se extiende también al derecho denominado de alojamiento, una modalidad del derecho de visita que la persona que tiene la custodia del menor ostenta de manera especial. Además, dado que esta nota explicativa no califica en absoluto ese "otro lugar diferente" al que se puede llevar al niño, hay que concluir que el derecho de visita, de acuerdo con el Convenio, incluye también el derecho de visita transfronterizo (Pérez-Vera, 1980), y éste se debe llevar a cabo si se prestan determinadas "garantías previas judiciales o administrativas", tales como a través de la obtención del *exequatur*

o la obtención de garantía consular del retorno, un tema resbaladizo (Lorente Martínez, 2019, p. 168). Por todo ello, se podría decir que el derecho de visita es la "contracara" del derecho de guarda o custodia, derechos que se visualizan legalmente como más estables y duraderos frente a de visitas, como un derecho de carácter transitorio; es decir, un derecho temporal que conllevará a quien no tenga atribuida la guarda del menor a reclamar el derecho de visita.

Llegados a este punto, es interesante expresar que ante una ruptura de pareja, dos son los generadores de falta de acuerdos más comunes: que las partes no alcancen un acuerdo respecto al reparto de dichos derechos generando un traslado ilícito del menor, fuera de su Estado de residencia habitual; y que el detonante sea la falta de acuerdo sobre el traslado del menor generando la falta de acuerdo en los progenitores (Rodríguez Jiménez, 2006, p. 28). En definitiva, de lo que se trata es de afianzar, entre sus derechos alienables, el contacto y acceso con ambos progenitores, en su interés superior, como se desprende de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, la Carta Magna de la niñez, base fundamental de donde derivan el resto de los derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes. Los derechos de guarda, custodia y visita no son derechos que pertenezcan a la esfera de la propiedad de los progenitores; el menor es el único recipiente de ese derecho.

Por último, pero no menos importante, el principio toral que cubre o debería de amparar sin restricción alguna la protección internacional e integral de la minoridad global es el principio del interés superior del menor, el cual tiene su origen en la Sentencia Blissets de 1774 (Eng. Rep. 899, 1774). Dos siglos más tarde, la mencionada Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 supuso un gran avance al incorporar el Interés Superior de la Niñez para la concepción, interpretación y aplicación de cuantas medidas pudieran afectarles, estipulado en su artículo 3 (Torrecuadrada García-Lozano, 2016 y 2020). En la actualidad, es un principio que inspira el reconocimiento jurídico de los dere-

chos de los niños y los dota de una especial jerarquía en caso de conflicto con otros derechos (Hierro Sánchez-Pescador, 2015, p. 24).

El interés superior de la niñez no nos aporta soluciones generales, sino que proporciona un instrumento de ponderación, tal y como expresamos en la introducción, de las circunstancias relevantes en presencia, lo que nos puede conducir a una solución u otra diferente, en función de cuál sea el contexto en cada caso y del niño concreto en relación con el cual se vaya a adoptar la medida. Es un concepto jurídicamente indeterminado, lo que deriva de su volatilidad, ya que hay que dotar de contenido ponderando las circunstancias concretas del caso en presencia, pero además es un principio dinámico, en el que la solución es adaptable a las necesidades actuales del niño, por lo que han de ser medidas revisables o reajustables a la modificación de las necesidades, pero manteniendo la necesaria estabilidad que requiere el menor (González Martín y Rodríguez Jiménez, 2011, p. 22; Rodríguez Jiménez, 2013, p. 5). Nada fácil pero imprescindible para proteger, en este caso, a nuestros hijos de quienes decimos incluso tenerles amor incondicional.

III. Excepción de la restitución internacional de menores por grave riesgo: artículo 13(1)(b) Convenio de La Haya de 1980

Con el panorama definitivo más importante esbozado y ante un supuesto jurídico de esta naturaleza, se inicia un proceso en donde la parte afectada, progenitor perjudicado, presenta la solicitud de restitución del menor ante la autoridad competente, autoridad central, del Estado de su última residencia habitual y se invoca la aplicación del instrumento internacional correspondiente, con la finalidad de obtener la restitución inmediata de dicho menor. Tenemos, entonces, una regla que es la localización inmediata del menor trasladado o retenido ilícitamente y su restitución al lugar de su última residencia habitual, para dirimir los asuntos de fondo que corresponda.

Un proceso que no está falto de dificultades ante la existencia de ciertas excepciones que se encuentran basadas,⁴ precisamente, en el principio del interés superior del menor que, de ser invocadas y demostradas, pueden ocasionar que las autoridades judiciales o administrativas ante las que se tramita el procedimiento de restitución del menor nieguen el retorno al Estado de su última residencia habitual (Schuz, 2014). Una de estas excepciones es la estipulada en el artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya de 1980, basada en la existencia de un "grave riesgo", consistente en que la restitución del menor pudiera exponerlo a un peligro grave físico o psíquico, o que de cualquier otra manera lo pusiera en una situación intolerable (Graiewski, 2014, p. 110).

La ausencia de criterios uniformes en la normativa internacional sobre la excepción de grave riesgo a la restitución inmediata del menor origina que quede a consideración de las autoridades judiciales o administrativas de los Estados parte su conceptualización y supuestos de acreditación, lo cual provoca serias diferencias en los procedimientos de restitución en los que se ven involucrados dichos Estados y más aún, la afectación en el interés superior del menor. Es aquí donde las sentencias, y en su caso la jurisprudencia que emiten los órganos jurisdiccionales de los Estados aboga, o deberían abogar, por decisiones claras que eviten un uso y sobre todo un abuso de los criterios de excepcionalidad que solo derivarían en una situación que iría en contra, a todas luces, del reiterado principio del interés superior de la niñez.

Como decimos, dentro del Convenio se establecen los procedimientos que garantizan la restitución de menores de manera inmediata, toda vez que impacta directamente en el interés superior del menor, que puede derivar en afectaciones tanto físicas como psicológicas, debido a la incer-

⁴ Excepciones a la restitución tales como: artículo 12 Convenio de la Haya de 1980 (integración en el nuevo ambiente); artículo 13.1.a) (aceptación de traslado o retención); artículo 13.1.b) (grave riesgo); artículo 13, párrafo último (oposición a la restitución); artículo 20 (protección de derechos humanos y libertades fundamentales) del Convenio de La Haya de 1980.

tidumbre —por decir lo menos— a la que se enfrentan los niños ante la pérdida de su estabilidad familiar, aunado a la separación del progenitor con quien ha convivido, la necesidad de aprender un nuevo idioma —en algunos casos—, una familia —extensa— desconocida a veces, entre otros (SCJN, 2017, p. 6).

Como consecuencia de lo anterior, el retorno o la restitución de un menor a su *statu quo* anterior es el ideal u objeto al cual el progenitor sustractor busca o acaba por romper, adquiriendo una ventaja injusta al atraer una jurisdicción que le permita obtener la custodia de una manera favorable (Pérez-Vera, 1980, p. 429).

Es importante recordar que la restitución internacional de menores no es más que una respuesta ante su sustracción, con la intención de retornar al menor a su ambiente de desarrollo con el progenitor perjudicado que goza del reconocimiento legal original para incorporar al menor a su domicilio, es decir, restaurar el *statu quo* previo a la sustracción.

Aun cuando la restitución es la regla general, el traslado de un niño puede estar justificado por cuestiones relacionadas con su persona o con el entorno que le era más próximo. Por ende, como decimos, el instrumento internacional reconoce determinadas excepciones extraordinarias; sin embargo, el margen de discrecionalidad de los Estados receptores de la solicitud debe reducirse a su mínima expresión.

En resumidas cuentas, el interés superior debe girar en torno a la localización inmediata y la pronta restitución al lugar de su última residencia habitual previo al traslado o retención ilícita, a menos de que se demuestre alguno de los supuestos de excepción, los cuales deben interpretarse por operadores jurídicos, de la forma más restringida posible, para garantizar la correcta aplicación del ordenamiento internacional y no hacer nugatorios sus objetivos (SCJN, 2017).

Como se dispone en el artículo 12 del Convenio, cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente, la autoridad competente deberá ordenar su restitución inmediata; sin embargo, una de las excepciones más estudiadas y controvertidas se encuentra prevista en el mencionado artículo 13(1)(b) del Convenio, el cual establece a la letra lo siguiente:

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:

[...]

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

[...]

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.

Si bien pareciera que el artículo es bastante claro, la definición de los términos de "grave riesgo", "peligro grave físico", "peligro grave psíquico" o "situación intolerable" no se aborda dentro del Convenio, y justamente su ausencia, crea dificultades de interpretación para los tribunales en todo el mundo. Así que, dicha falta de objetividad en el criterio se puede prestar al uso y, como sostenemos, al abuso de este supuesto para evitar la aplicación del derecho y que el progenitor sustractor logre su cometido; dejando con poca credibilidad, la más de las veces, a aquellas víctimas reales de este tipo de violencia y, por ende, creando reticencia e indefensión. Motivos como la violencia física, psíquica o sexual del padre solici-

tante de la restitución, son comúnmente alegados como factor de posible daño a los menores en el supuesto de su restitución, colocando a los jueces del caso en una situación delicada al momento de la decisión sobre la restitución y planteando controversias y discrepancias en la interpretación de esta excepción.

Como consecuencia de todo ello, durante la Séptima Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980, celebrada en octubre de 2017, se expresó que el incremento, especialmente desde 1990, de la alegación de dicha excepción, es el resultado de una serie de factores como: la manera como afecta la violencia doméstica; el cambio en el perfil del sustractor (no necesariamente el progenitor sustractor es el cuidador principal), y la división entre custodia y visita (González Martín, 2019, p. 465).

Debemos tener en cuenta que la fórmula original contenida en el Convenio no busca determinar quién tendrá la custodia legal del menor, sino permitir que el Estado de la última residencia del menor tenga la jurisdicción para determinar dicha custodia. Sin embargo, derivado de la multiplicidad de hipótesis en las que un solo caso pudiera derivar y la relevancia que esto podría tener en la salud física y mental, forzosamente es importante abordar con cuidado esta excepción (Rodríguez Pineau, 2018, p. 24).

Aunado a lo anterior, y de nuevo en conformidad con el Informe Explicativo Pérez-Vera del Convenio, mismo que es un fundamento importante en este tipo de disputas junto con las Guías de Buenas Prácticas, y en especial el borrador de Guía Práctica sobre el artículo 13(1)(b) presentado en octubre de 2017, se argumentó y defendió la interpretación restrictiva propuesta para la aplicación de dicha excepción de grave riesgo, así como las otras excepciones. El fundamento principal de lo anterior es prevenir que la estructura derivada del Convenio no se sature, y por tanto contravenir el espíritu de confianza bilateral entre los Estados involucrados (Pérez-Vera, 1980, p. 34). En ese sentido, se expresa lo

siguiente: "parece necesario subrayar que las excepciones, de los tres tipos examinados, al retorno del menor deben ser aplicadas como tales. Esto implica, ante todo, que deben ser interpretadas de forma restrictiva si se quiere evitar que el Convenio se convierta en papel mojado." (Pérez-Vera, 1980, p. 34).

Asimismo, en el Informe Explicativo se busca aclarar que el supuesto de grave riesgo se refiere a situaciones en las que la sustracción internacional de un menor ha tenido realmente lugar (The Hague Conference on Private International Law, 2017); y si bien no se hace un juicio de valor o legalidad de entrada a tal hecho, sí se evalúa que en el caso de que su retorno se facilitara, el interés superior del menor sería transgredido al ignorar los posibles eventos a los que se pudiera afrontar el mismo y las consecuencias en su salud y cuidado (Pérez-Vera, 1980, p. 121).

En relación con lo anterior, en la mencionada Séptima Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980, se destacaron tres apreciaciones significativas con respecto al borrador de la Guía a integrarse, ya hoy, en la futura Nueva Guía del artículo 13(1)(b). Primero, durante la reunión se expresó la necesidad de realizar esta Guía del artículo 13(1)(b) de manera más concisa y coherente, así como hacerla del conocimiento de los jueces. Después, igualmente, se abordó una inquietud que derivaba del borrador en su parte IV "casos o hechos más frecuentes", la cual parece un inventario de motivos para no retornar al menor y así alentar a los padres sustractores a seguir los argumentos contenidos en dicha Guía; por lo que se sugirió suprimir dicho apartado (IV); y, por último, se expresó que la idea de alegar violencia doméstica, de manera infundada, es algo nocivo y grave, y sólo de manera excepcional puede generar en uno de los padres la necesidad de salir de su residencia habitual. Dicha excepción, cuando se utiliza con la intención de demorar o ralentizar el proceso, se torna en contra de la idea primigenia que es proteger ante una situación palpable de riesgo; no obstante, se ha convertido en habitual y peligroso por el abuso patente, como decimos, dejando en la indefensión situaciones claras de

riesgo grave que se descartan ante la falta de credibilidad por parte de quien recibe sistemáticamente la solicitud de excepción del artículo 13(1)(b), o incluso, cuando la excepción se interpreta de manera amplia o banal (Pérez-Vera, 1980).

El uso o abuso de la invocación de excepciones que buscan omitir la obligación de restituir está permitiendo desvirtuar completamente la naturaleza de la norma internacional de protección a los más vulnerables, además de saturar un sistema de tanta relevancia, pudiendo provocar una especie de retraso en aquellos casos más graves. Así, debemos apuntar que la invocación de la excepción contenida en el artículo 13(1)(b) del Convenio, destinada a obtener su interpretación amplia, se aleja profundamente de los objetivos de este instrumento.⁵ Debido a esto, nos encontramos con supuestos como los siguientes:

1. Los padres pueden buscar dilaciones indebidas a través de la regla de excepcionalidad del plazo de un año y así invocar la adaptabilidad del menor a su nuevo entorno o la manipulación o falsedad de un grave riesgo, como la violencia doméstica, dejando indefensos, como ya expresamos, aquellos casos que sí ameritan dicha invocación y protección (González Martín, 2015, pp. 23-33; De la Rosa Cortina, 2010, *passim*).
2. Los órganos judiciales competentes para resolver sobre la restitución, se decantan por aceptar excepciones a "destajo", quizás con una tendencia o inercia hacia la protección de quienes sustraen o son sustraídos al coincidir, en un número importante de casos,

⁵ En este sentido, el Informe Explicativo del Convenio se pronunciaba ya sobre la amenaza que la interpretación amplia podía representar sobre los alcances de la excepción de grave riesgo: "146. De acuerdo con los principios generales en los que se inspira el Convenio y sobre la base de la experiencia de otros Convenios de la Conferencia de La Haya, este artículo admite la posibilidad de que dos o varios Estados contratantes acuerden derogar en sus relaciones mutuas las disposiciones del Convenio que puedan implicar restricciones al retorno de los menores, especialmente las contempladas en los artículos 13 y 20. [...] Si tales convenios complementarios se celebran, habría que evitar un eventual efecto negativo, temido por ciertas delegaciones: el de que fuera del ámbito de aplicación geográficamente restringido de tales acuerdos, los Estados partes tengan la tentación de hacer una interpretación amplia de las restricciones incluidas en este Convenio, debilitando su alcance."

con sus orígenes nacionales; es decir, quienes sustraen lo suelen hacer al territorio del cual se consideran connacionales, con la idea de que un tribunal nacional emitirá una decisión a su favor (González Martín, 2014, pp. 319-350; González Martín, 2015).

El tema de la invocación de excepciones supone un motivo de preocupación para la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado —y para los operadores en general— de ahí que, en su tarea de actualizar y visualizar el funcionamiento práctico de sus convenciones— no olvidemos que hablamos de una Convención que data de 1980—, a través de sus comisiones especiales, pueden invocar el estudio e implementación de guías prácticas en temas de violencia doméstica o sobre la implementación de la mediación familiar internacional, entre otros.

Finalmente, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado publicó el 9 de marzo del 2020 la *Nueva Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Parte VI. Artículo 13(1)(b)*,⁶ (HCCH, 2020). Con la misma idea primigenia, esta Nueva Guía pretende orientar a jueces, Autoridades Centrales, abogados y, en general, a los operadores jurídicos, que deben trabajar con la aplicación del artículo 13(1)(b), procurando promover a nivel global la aplicación apropiada, coherente y uniforme de la excepción de grave riesgo en el marco del Convenio (Albornoz, 2020).

⁶ Porque el objeto de esta contribución no es el análisis de la mediación familiar internacional en casos de sustracción y en concreto cuando se alega la excepción de grave riesgo, creemos conveniente apuntar que la Nueva Guía, en su tercera parte, se refiere a las buenas prácticas para los tribunales y entre ellas propone el uso de la resolución amistosa, algo que aplaudimos al estar absolutamente convencidos de la viabilidad, factibilidad y necesidad de mediar en casos de violencia doméstica, un tema complejo, que amerita no solo un buen análisis teórico sino una buena y seria práctica. No obsta decir que, igualmente, el Convenio de La Haya de 1980, en sus artículos 7 y 10, cuando prevé y promueve la resolución amigable y derivada de los mismos. Igualmente, destacamos la implementación de la Guía de Buenas Prácticas en Mediación (HCCH, 2012).

La Nueva Guía antes referida, de manera acertada, comienza precisamente con la motivación de la excepción de grave riesgo con base en el mencionado Informe Explicativo: "[la excepción de grave riesgo] está basada en el interés primario de que ninguna persona esté expuesta a un peligro físico o psicológico o que lo posicione en una situación intolerable." (Pérez-Vera, 1980).

El grado de riesgo físico se asocia, entre otras cosas, a las hipótesis que dispararían su retorno, por ejemplo, que al regresar el menor se encontrará en una situación de peligro inminente como hambruna, enfermedades o situaciones de guerra o alta inseguridad. De igual manera, el grave riesgo psíquico se asocia a una seria negligencia, abuso o dependencia emocional al restituirlo, mismo que pudiera causar un daño en la salud mental del menor, y por las cuales los adultos responsables del menor son incapaces para proteger y tratar adecuadamente al menor (González Martín, 2019).

Recordemos que las excepciones a la restitución conforman una lista corta de hipótesis, *numerus clausus*, la cual debe ser interpretada de manera restrictiva. La Nueva Guía sugiere que la interpretación de grave riesgo no tiene que ser necesariamente un daño provocado directamente contra el menor, sino que pudiera ser provocado a algún progenitor, e indirectamente exponer a un peligro o daño al menor (HCCH, 2020, p. 24). De esta forma, no se requiere que sea el menor la víctima principal de daño físico o psíquico, si hay evidencia suficiente de que, debido a un riesgo de daño a un padre, existe un grave riesgo para el menor.

Por otro lado, un elemento de relevancia es la relación de contrapesos entre la gravedad del daño y el riesgo. El término "grave", de acuerdo con la Nueva Guía, debe ser analizado en cuanto a la calificación del riesgo y no del daño al menor; por lo tanto, el riesgo debe ser real y de tal nivel de seriedad que pueda ser considerado como grave. En lo que se refiere al nivel de daño, éste debe ser equivalente a una situación intolerable, es decir, una situación que un menor en su individualidad no debería tolerar.

En este sentido, el riesgo necesario para conformar un riesgo grave variará de acuerdo con la naturaleza y la seriedad del daño potencial al menor.

El estudio de caso por caso pudiera residir precisamente en probar que, entre mayor sea el riesgo potencial pudiera haber mayor daño y viceversa. Al respecto, la Nueva Guía propone que antes de una interpretación al posible daño vivido, resulta más eficaz una interpretación que atienda al posible futuro y los potenciales escenarios que pudiera vivir el menor en caso de que la restitución fuera ordenada (HCCH, 2020, p. 27). El rango de situaciones consiste principalmente en aquellos riesgos que resulten de los siguientes supuestos:

1. Abuso físico, sexual o de cualquier otro tipo, así como la exposición del menor a la violencia doméstica provocada por el padre del cual el menor fue separado;
2. Que la imposibilidad de regresar al Estado de habitual residencia del menor sea por causas de inviabilidad debido a seguridad, salud, economía o algún procedimiento penal o impedimento migratorio en el país de habitual residencia;
3. La separación del menor del padre perjudicado, así como de sus hermanos o hermanas;
4. Problemas graves económicos, educacionales, de salud o de seguridad relacionados con el menor en el país habitual de residencia.

Recordemos que el Estado de la última residencia del menor es el que tiene competencia para determinar asuntos de fondo; sin embargo, como expresamos, derivado de la multiplicidad de hipótesis en las que un solo caso pudiera derivar y la relevancia que esto podría tener en la salud física y mental, forzosamente se tenía que abordar la excepción estudiada.

En ese sentido, dentro de la Nueva Guía se proponen de manera más detallada perspectivas de estudio con base en casos reales. Así, se sugiere que los procesos se dividan en etapas: la primera etapa requiere concentrarse en la naturaleza de las alegaciones de quien se opone a la restitución,

particularmente, si lo son de tal naturaleza y suficientemente detalladas y fundadas como para poder constituir un riesgo grave. Si avanza a la segunda etapa, el tribunal debe determinar si la excepción de grave riesgo para el menor al momento de su retorno está establecida, para ello, tendrá que valorar todas las pruebas y circunstancias del caso, incluyendo las medidas de protección existentes o que se puedan implementar en el Estado de residencia habitual para proteger al menor del grave riesgo o la situación intolerable. Luego de este examen, si no está convencido de que las pruebas e informaciones presentadas —incluyendo las relativas a medidas de protección— permiten establecer la existencia de un riesgo grave, ordenará la restitución del menor; por el contrario, si entiende que tales elementos permiten establecer la existencia de un riesgo grave, el tribunal no estará obligado a ordenar la restitución. Al respecto, es importante destacar que, incluso cuando el juez considera que es posible establecer la existencia de un grave riesgo, dispone del poder discrecional de ordenar o no ordenar la restitución del menor al Estado de su residencia habitual (Albornoz, 2020).

IV. Restitución internacional de menores en México

Como vemos, el desarrollo normativo internacional, a nivel global, se mantiene constante y vigente, ya sea a través de los instrumentos tradicionales como son los Convenios o Tratados (*hard law*) complementándose y actualizándose a través de las recomendaciones, las conclusiones emitidas en una comisión especial para el funcionamiento práctico de un convenio, Leyes Modelos o Guías Prácticas como la relativa, en esta ocasión, a la excepción de grave riesgo (*soft law*). Otra cuestión es la inercia o la frecuencia en la que cada Estado ha delimitado el derecho internacional, subordinándolo a su derecho constitucional y todo su derecho interno. Tratados y decisiones judiciales se han enfocado sobre este tema, restitución, interés superior del menor, derecho de visita, "grave riesgo", entre otros tantos.

En el caso de las decisiones judiciales se ha llegado a sostener dos tesis diversas: la supremacía constitucional sobre el derecho internacional o la supremacía del derecho internacional sobre el derecho de cada Estado. En esta última vertiente, dos son las teorías o corrientes sostenidas: la supremacía del derecho internacional sobre el derecho derivado de una Constitución (no admite la supremacía sobre la propia Constitución); así como la supremacía del derecho internacional sobre la propia Constitución.

Los derechos humanos han jugado una gran importancia en el desarrollo de estas teorías. Podría decirse que desde 1648, con la Paz de Westfalia, se le dio a cada Estado una soberanía y no había nada por encima de él. El derecho convencional internacional contemporáneo admite la superioridad respecto al derecho de un Estado, pero aún quedan objeciones entre la Constitución política de un Estado y el derecho internacional. México, desde la denominada reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, ha admitido la supremacía del derecho convencional sobre el derecho interno y, tratándose de derechos humanos, estos se interpretarán de conformidad con la Constitución y tratados internacionales de la materia, favoreciendo a las personas la protección más amplia (arts. 1o. y 133 constitucionales).

Actualmente, en el caso objeto de estudio, para garantizar el interés superior de los menores, las autoridades jurisdiccionales y administrativas facultadas para ello, procurarán su restitución con la persona que legalmente ejerce su guarda y custodia; no obstante, invariablemente deberá asegurarse de que el menor involucrado haya recibido información — comprensible y adecuada para su edad, grado de madurez y características particulares— sobre las implicaciones de los procesos, y se le haya permitido ejercer el derecho a expresar su opinión (CNDH, 2018).

A pesar de que México ha tenido una evolución en el número de casos en los que interviene, tanto como país requirente, como país requerido y, aunque, la Autoridad Central mexicana ha tenido más actividad al

intervenir buscando el retorno de menores trasladados ilícitamente a México, no se ha resuelto totalmente la problemática que encierra la aplicación del Convenio (Vázquez Ramírez, 2017, p. 51).

El Estado de la República Mexicana con mayor desarrollo en la materia es el Estado de México, el cual, en su Código de Procedimientos Civiles, regula en el capítulo octavo la restitución internacional de menores; sin embargo, la carencia de regulación es patente en el resto de las entidades federativas. Ello genera inestabilidad e inseguridad jurídica para los que intervienen en un procedimiento de restitución, a saber: el solicitante, el solicitado, el menor, y por supuesto el juez y la fiscalía como representante-protector del menor (Vázquez Ramírez, 2017).

No obstante, las regulaciones estatales carecen de relevancia al ser este tema uno que requiere una regulación armoniosa y de carácter federal, ya que estamos ante problemáticas internacionales. Al no existir este instrumento legal en México donde se establezcan procedimientos o normas que regulen el procedimiento de restitución, la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 resulta la norma, eficaz y con carácter vinculante.

En la misma línea, los países que suscribieron el Convenio de La Haya, por la cooperación que caracteriza a dicha convención, se comprometieron a designar una Autoridad Central,⁷ con la finalidad de la cooperación y colaboración entre sí y la adopción de las medidas necesarias para lograr una restitución inmediata, pudiendo ser auxiliadas por autoridades judiciales o administrativas que inicien procedimientos de urgencia disponibles. Debido a que el factor tiempo resulta ser fundamental en los procesos de restitución para la debida protección del interés del menor, es muy importante que la solicitud de restitución se presente lo más pronto posible, derivado de los supuestos de excepción que el mismo

⁷ En México, la autoridad central designada es la Secretaría de Relaciones Exteriores, la Dirección General de Protección del Mexicano en el Exterior y la Dirección de Familia.

Convenio prevé en su aplicación y que pudieran implicar que el menor corra peligro (CNDH, 2018).

Si bien en México no tenemos "un procedimiento de urgencia", resulta claro que lo procedente es, como antes mencionamos, los procesos reconocidos como juicios sumarios o de naturaleza análoga a éstos, al ser los procedimientos más expeditos o breves de los que se dispone en el orden jurídico mexicano atendiendo a las reglas que cada legislación procesal establezca (González Martín, 2017).⁸

Por otro lado, dentro de los objetivos del Convenio no se encuentra el dotar de facultades a la autoridad judicial del Estado a donde ha sido trasladado o retenido ilícitamente el menor, para juzgar sobre una custodia concedida, ni tampoco el de otorgar dicha custodia a los que se encuentran ejerciendo la patria potestad, sino simplemente restituir el menor de manera inmediata y urgente al Estado de residencia habitual.

En México, se ha apoyado la determinación de que se desahoguen pruebas periciales en materia de psicología, trabajo social y también en medicina, con la finalidad de que el juez conozca la situación particular del menor, lo que consideramos que sólo se permita en los casos en que exista oposición del presunto sustractor, en la hipótesis de que se encontrara en los casos de excepción previstos por el Convenio. Además, para cumplir con el desahogo de esas pruebas periciales, se deberá contar con los peritos suficientes para atender oportunamente el llamado, lo que generalmente no acontece. La recepción de estas pruebas evidencia que son tendentes a influir sobre la custodia o la conveniencia de la restitución.

En nuestro país, ante la inexistencia de un procedimiento específico uniforme y, por ende, una variedad de criterios en las Entidades Federativas

⁸ Consideramos pertinente expresar en este momento que, en la Ciudad de México, su Tribunal Superior de Justicia tiene cinco tribunales especializados en la materia de sustracción, los juzgados familiares del número 6 al 10.

donde no hay normativa se da pie a juicios a nivel constitucional. Estos se centran en la actualización de los supuestos donde se deben desahogar pruebas periciales cuando exista una oposición hecha valer por el presunto sustractor, en los casos de excepción previstos en el Convenio; asimismo, se reciben alegatos o alegaciones y se dicta sentencia, la que, por su carácter de definitiva, puede y admite el recurso de apelación. En aquellas Entidades donde no hay disposición específica de la norma, puede entenderse que su admisión será con efecto suspensivo, lo que evidentemente resulta ocioso y contrario al espíritu de los objetivos del Convenio, que es impedir la retención ilícita del menor y ordenar su restitución de una manera urgente e inmediata y dentro de los plazos previstos en el propio Convenio.

V. Sentencias relevantes en México: Grave riesgo⁹

En relación con la aplicación de los principios y buenas prácticas antes mencionadas y en paralelo con ello, es importante la creación de líneas a través de la actividad jurisdiccional mexicana, que en esta ocasión estará acotada a los criterios emitidos por la SCJN, abundando en el análisis de sentencias que han establecido un camino importante en la tarea de los juzgadores dentro del sistema jurídico mexicano desde la influencia del Convenio de La Haya de 1980. De esta manera, por el tema que nos interesa, nos detendremos en aquellas que se refieren al grave riesgo como excepción a la restitución del menor.

⁹ *Vid.* El cuaderno de jurisprudencia *Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes* (Treviño, Roldán y Quintero, 2020), en donde se estructura y concentran las sentencias referidas a los principales temas que versan sobre la restitución internacional de niños y en el referido a las excepciones a la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, al grave riesgo (artículo 13.1.b), se presentan los casos más relevantes, con hechos sintetizados, preguntas guía y algunos de los argumentos que sustentan la decisión. Dado lo cual, para un panorama más amplio de los siete casos planteados hasta 2019, de los supuestos de hechos y las decisiones en sí, remitimos al lector a ese apartado perfectamente estructurado en caso de alguna duda en lo planteado en el presente apartado.

1. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 903/2014, 2 de julio de 2014

La presente controversia se centra en un matrimonio que residió durante un tiempo en España, país en donde tuvieron dos hijos. Años después, la madre denunció problemas de violencia psicológica, incluso llegando a un incidente físico; sin embargo, nunca se le logró imputar al padre. La madre decidió mudarse con los niños a México derivado de la situación causada por su esposo. La restitución solicitada por el padre fue concedida e impugnada por la madre alegando la actualización de grave riesgo, ya que la restitución podía causar daño psicológico en los niños.

El juez competente ordenó de manera oficiosa una valoración psicológica urgente a la madre y a los hijos para determinar si era sano proceder con la restitución. Finalmente, el juez determinó que se actualizó la excepción prevista en el artículo 13(1)(b) del Convenio, debido a que la restitución podía causar un daño en la salud psicológica de los niños.

Dentro de la historia procesal del caso, como decimos, el padre logra la sentencia de restitución bajo el argumento de violación a la urgencia y a la presunción de restitución inmediata.

La Primera Sala establece en la sentencia que se analiza, que la Convención de La Haya de 1980 no crea un nuevo procedimiento para cumplir con sus fines, sino que determina que dichos asuntos se tramitarán por medio de los procedimientos más expeditos disponibles y que en el caso de México, se trata de aquellos reconocidos en la legislación mexicana como juicios sumarios o de naturaleza análoga a éstos. Por lo anterior, la Primera Sala de la SCJN resolvió que, en efecto, se vulneró la directriz de solventar los procedimientos de restitución de los menores de una forma pronta y breve, ya que dos años después de la solicitud no se había logrado una resolución definitiva y, en consecuencia, el procedimiento de restitución respectivo no había cumplido cabalmente con los lineamientos establecidos para resguardar el interés superior del menor.

Asimismo, la Primera Sala explica que cualquier juzgador, dentro del territorio nacional, deberá estudiar cada caso desde la perspectiva del interés superior del menor en aquellos casos donde se actualice la excepción de grave riesgo, tomando en cuenta la opinión de los menores. En el caso de análisis, se encontró que existió una omisión en la valoración determinada de la totalidad de las circunstancias del caso, a fin de determinar si se actualizaba un grave riesgo que comprometiera la salud física, psicológica o el estado emocional de los menores con su restitución inmediata o los expondría a un peligro físico o psíquico. A pesar de que se desahogó una pericial psicológica, se omitió su valoración con la finalidad de verificar el grado de riesgo que la restitución inmediata de los menores podía representar, así como la existencia de violencia familiar.

La omisión de dicho análisis es, entonces, una vulneración directa, además del contenido del Convenio, al principio del interés superior de la niñez. En todos y cada uno de los casos se debe estudiar la situación particular de los niños, los antecedentes y causas del abandono del hogar conyugal, evaluando y ponderando en todo momento sus intereses sobre los de terceros, a fin de concluir, con razones suficientes, si en el caso queda comprobado o no el grave riesgo contenido en el artículo 13(1)(b). La Primera Sala remarca así la necesidad del escrutinio judicial estricto en los asuntos en los que se controviertan derechos de los menores, para determinar el grado de afectación a sus intereses y la forma en la que deben armonizarse.

Después de reconocer las deficiencias en el estudio y la falta de prontitud del juez de origen, la Primera Sala determinó que, aunque el objetivo principal del Convenio es lograr una restitución benéfica; en caso de existir violencia doméstica, necesariamente debe analizarse este hecho previamente a la determinación de restitución para cuidar el bienestar integral del menor y escuchar su opinión de manera directa o por medio de representantes imparciales diferentes a sus padres.

Además, acertadamente, la sentencia resalta el deber que tienen los jueces de tomar en cuenta que la violencia familiar por lo regular se encuentra asociada a la violencia de género, lo que implica que ésta no necesariamente debe ser ejercida en contra de un infante para afectarle profundamente. Lo anterior deriva que las acciones de los adultos que conviven en un mismo núcleo familiar tienen una influencia primordial en el crecimiento de los menores; por lo anterior, la violencia doméstica afecta la perspectiva sana sobre los roles de género, normalizando la violencia y afectando el desarrollo de los menores y su visión de la dinámica social.

De suerte que, la directriz de impartir justicia con perspectiva de género no se contrapone con el principio del interés superior del menor, sino que, por el contrario, ambos principios persiguen un mismo propósito: el respeto a los derechos humanos de las personas involucradas en la controversia, de ahí que al advertir una situación de violencia de género, el juzgador está obligado a tomarla en cuenta en toda resolución que emita (SCJN, Primera Sala, ADR 903/2014, 2 de julio de 2014).

Igualmente, la Primera Sala determina que se debe ponderar expresamente la situación particular de los niños, los antecedentes y causas del abandono del hogar conyugal, a fin de determinar aquello que sea más benéfico y cause menor perjuicio para los niños. El juzgador debe aplicar el principio de interés superior de la niñez dependiendo de la situación concreta, considerando los hechos probados y los derechos involucrados para así determinar lo que sea más conveniente para el niño. Medir el grado de afectación con base en las necesidades básicas del niño, como alimentación, cuidado, salud y atención afectiva; especialmente velar por la estabilidad del bienestar del menor. En ese sentido, "no basta la mera presentación de la solicitud de restitución internacional de menores para que ésta sea procedente, sino que, la autoridad auxiliar de la Autoridad Central debe cerciorarse conforme al interés superior del menor y las propias disposiciones de la Convención de La Haya, si la restitución del menor a su lugar habitual de residencia resulta conveniente a sus intereses." (ADR 903/2014).

En atención a las razones antes expuestas, la Primera Sala concluyó que no se estudiaron la totalidad de las circunstancias y elementos para valorar debidamente, y conforme al interés superior del menor, sí se actualizó un riesgo grave en la restitución inmediata de los infantes, así como no consideró la situación de la alegada violencia familiar por parte de la madre, ni tampoco si los niños están o no ya integrados en su nuevo ambiente, al igual que omitió considerar que en el caso es imprescindible que los menores ejerzan su derecho de participación en el procedimiento de forma directa o mediante un representante imparcial, por lo que lo procedente es revocar la sentencia recurrida y devolver el asunto para su correcto estudio. (ADR 903/2014).

2. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1564/2015, 2 de diciembre de 2015

En este caso nos encontramos frente a una pareja con dos hijos, con residencia habitual en Estados Unidos, quienes decidieron ir de vacaciones a México. La madre de los menores presenta una denuncia por violencia intrafamiliar ante autoridades mexicanas y niega al padre tener contacto con sus dos hijos menores. Dado que el padre solicitó la restitución de sus hijos al lugar donde tenían establecida su residencia habitual, la madre se opone a regresar a los Estados Unidos, debido a la existencia de un procedimiento penal en contra de su esposo en aquel país. La existencia de un procedimiento penal, aún cuando en el tiempo del estudio del caso no tenía sentencia, justificaba la existencia de un grave riesgo en caso de regresar con el padre.

En el particular, se analiza la necesidad de ponderar si, a pesar del principio de presunción de inocencia, la existencia de un proceso penal en el cual no existe una condena específica es suficiente para considerar que se actualiza la excepción de grave riesgo contenida en el artículo 13(1)(b) del Convenio. La excepción de grave riesgo debe considerarse de carácter extraordinario y debe probarse plenamente su actualización, carga que recae en quien se opone a la restitución del menor al

amparo de esas excepciones, lo cual no es suficiente por un proceso sin resolución.

En definitiva, al no ser exclusivos, tenemos que son dos los supuestos que se deben contemplar al resolver el caso concreto; por un lado, el principio de presunción de inocencia deberá permanecer mientras no exista una sentencia que demuestre lo contrario y, por otra parte, que la excepción que se presume actualizada exige prueba plena del riesgo que provocaría la restitución.

Se debe evitar que la sola existencia de un procedimiento penal sea motivo suficiente para acreditar la existencia de grave riesgo y no restituir a los niños, pues ello podría incentivar a que se realicen las "gestiones necesarias" para que se inicie un procedimiento en contra de quien solicita la restitución, y así anular el propósito que se persigue con el Convenio (ADR 1564/2015).

Si no fuera así, sería debido a que el juez a cargo de este tipo de casos tiene pleno conocimiento sobre el procedimiento penal que se sigue contra la persona que solicita la restitución, para ponderar directamente el delito que se le imputa y la trascendencia o impacto que podría generar en el niño; de hecho se expresa que no sería lo mismo, por ejemplo, un proceso penal por fraude que un delito de violación o abuso sexual contra los hijos menores.

Dentro del análisis de la Primera Sala se dispone que, a pesar de lo anterior y sin desconocer el principio de presunción de inocencia, es importante que el juzgador valore cada caso, a fin de precisar hipotéticamente cuál sería el escenario en que se encontrarían los menores si se concede la restitución y aquel que la solicita es considerado culpable del delito que se le imputa. Ello, con el fin de determinar, si fuera el caso, que los menores realmente se podrían encontrar en grave riesgo de ser expuestos a un peligro o ser colocados en una situación intolerable, pues si bien el juzgador no puede negar la restitución del menor al país de su origen

con base en una situación meramente hipotética, sí puede comunicar esa situación a la autoridad requirente a fin de que, al momento de la restitución, se tomen las providencias necesarias para proteger de manera efectiva al menor (ADR 1564/2015).

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Primera Sala estimó incorrecto negar la restitución del menor por actualizarse la excepción de grave riesgo, con base en la mera existencia de un proceso penal en el que no ha existido una condena.

Finalmente, la Primera Sala revoca la sentencia con el fin de que se emita una nueva en la que se realice un estudio integral donde se determine si, en efecto, se actualiza la excepción de grave riesgo prevista en el artículo 13(1)(b) del Convenio.

3. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 5669/2015, 13 de abril de 2016

Como antecedentes tenemos a una pareja con una hija nacida en Estados Unidos de América. Tiempo después, la madre comentó al papá que tenía otra pareja y que quería llevarse a la menor del lugar de su residencia, hecho que aconteció posteriormente.

Tras la denuncia realizada por el padre sobre los hechos, la madre argumentó la falsedad del alegato del padre respecto a su falta de consentimiento en el abandono del domicilio conyugal con la menor, debido a que éste había aceptado e incluso ofrecido aportar la venta de un automóvil para sufragar los gastos de dicho actuar. Asimismo, la madre alegó problemas de conducta, consumo de drogas, amenazas e insultos por parte del padre, incluyendo el ejercicio de la prostitución a la cual éste la obligaba, teniendo temor por su propia vida y ocasionando en ella trastornos de tipo emocional.

El padre solicitó la restitución de la menor y le fue concedida. Inconforme con la resolución del juez de primera instancia, así como la dictada en el recurso de apelación promovido confirmando dicho fallo, la madre promovió demanda de amparo directo, cuya sentencia negó el amparo solicitado. Los autos del juicio de amparo y el recurso de revisión interpuesto posteriormente, fueron remitidos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Los conceptos de violación esgrimidos por la madre apuntaron la existencia de un grave riesgo para la niña si era retornada a su lugar de residencia habitual, debido a factores como la condición ilegal, la drogadicción y violencia del padre, que fundamentaban un peligro inminente para el desarrollo y bienestar de la menor.

Sobre el particular, la Primera Sala señala el carácter no absoluto de la presunción en el sentido de que el interés superior del menor se encuentra mayormente protegido con su restitución inmediata, habida cuenta de las excepciones a ésta contenidas en el Convenio de La Haya. Dichas excepciones son de carácter extraordinario y debe probarse plenamente su actualización, recayendo la carga en quien se opone a la restitución del menor.

La Primera Sala resaltó que en aquellos casos en los que la solicitud de restitución es presentada después de un año de que se produjo el traslado o retención ilícitas, resulta improcedente la restitución inmediata. En estos supuestos, la restitución se encontrará sujeta a un análisis de ponderación sobre la adaptación del menor a su nuevo ambiente, con la finalidad de determinar si podría resultar en su perjuicio. De esta forma, desestima la procedencia de una restitución inmediata, procediendo al análisis del interés superior del menor desde los hechos del caso concreto.

De igual manera, la Primera Sala determinó que, durante el tiempo transcurrido desde la sustracción, la menor no tuvo la posibilidad de adaptarse en un nuevo ambiente, no fue inscrita en una institución educativa

y presentó indicadores de ansiedad, desvalorización y angustia. Además, se determinó que, si bien la madre se opuso por una cuestión de grave riesgo, no exhibió prueba alguna que confirmara lo dicho.

Aunado a lo anterior, la situación migratoria de los padres en el Estado de residencia habitual no es considerada por la Primera Sala como una causal suficiente para negar la restitución del menor, persona sobre la cual ejercen jurisdicción las autoridades del Estado que solicita su restitución.

Cabe destacar que, ante el potencial riesgo, se realizaron estudios psicológicos y toxicológicos al padre, los cuales resultaron negativos y no se encontró razón para que no pudiera ejercer la custodia de la menor. Ante la omisión en la presentación de medios de prueba de lo manifestado, la Primera Sala resolvió que la madre no cumplió con la carga de acreditar alguna de las excepciones en las que podía sustentarse la negativa a la restitución de la menor.

Merece especial importancia el señalamiento que realiza la Primera Sala, en cuanto a las medidas cautelares que la autoridad encargada del proceso de restitución se encuentra facultada a dictar, que son necesarias para impedir el ocultamiento del menor o el traslado a otro lugar, apuntando que deberán ser idóneas, razonables y proporcionales a las circunstancias del caso.

La Primera Sala confirmó la sentencia recurrida por la madre, encontrando que al igual que el caso anterior (ADR 1564/2015), las simples acusaciones sobre una persona no son suficientes para definir la culpabilidad y generar consecuencias de derecho que puedan influir a un menor derivado de una simple presunción, "considerar que basta la existencia de una acusación o procedimiento penal en contra de aquel que solicita la restitución de un menor, para suponer en automático que, de otorgarse la restitución, existe grave riesgo de poner al menor en una situación intolerable o exponerlo a un peligro físico o psíquico, también

implicaría desconocer que el riesgo en cuestión debe ser probado." (AD 5669/2015).

4. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 29/2016, 15 de febrero de 2017

En el presente caso, una pareja casada en México, con una niña nacida al año del matrimonio y con residencia habitual en Estados Unidos, deciden divorciarse cinco años después. Derivado de su separación legal y en virtud del convenio denominado "Plan Temporal de Crianza", acordaron compartir el tiempo de residencia con la menor, quien pasaría algunos meses con la madre en Seattle y otros con el padre en México, hasta en tanto la niña ingresara a la escuela. Una vez realizada la inscripción escolar de la menor, debería residir con su madre.

El acuerdo de custodia fue incumplido por el padre, quien no regresó a la niña en la fecha acordada a Seattle, por lo que las autoridades judiciales competentes de Estados Unidos ordenaron, en consecuencia, medidas de apremio para la ejecución forzosa del Plan Temporal de Crianza acordado, así como la suspensión de la convivencia con la menor fuera del estado de Washington.

La madre inició el procedimiento de solicitud de restitución alegando la infracción a sus derechos de custodia. El juez de la causa decretó la medida provisional consistente en la custodia a cargo de la madre y ordenó la entrega de la menor al personal actuante en la diligencia de emplazamiento.

Habría que hacer notar que el padre se opuso a la restitución de la menor, señalando la falta absoluta de cuidado de niña por parte de la madre, la vida de promiscuidad, fiestas y alcohol de ésta y su estado de embarazo de un hombre diferente a él, así como la plena adaptación de la menor a su entorno social en México (SCJN, Primera Sala, ADR 29/2006, 15 de febrero de 2017).

La sentencia de primera instancia declaró procedente la solicitud de restitución de la menor a Estados Unidos. Inconforme con esta resolución, el padre interpuso recurso de apelación, confirmando la sentencia de segunda instancia el fallo recurrido. En contra de la sentencia recaída al recurso de apelación interpuesto, el padre promovió juicio de amparo, ejerciendo la SCJN su facultad de atracción.

En el caso de estudio, las alegaciones fueron sobre el estilo de vida de la madre para que se acreditara la existencia de grave riesgo para la niña; no olvidemos que la demostración de la actualización de las excepciones a la restitución previstas en el artículo 13 del Convenio corresponde a aquél que se opone al retorno, al existir una presunción de que el interés superior del menor es protegido mediante la restitución a su residencia habitual y además, en caso de ser necesario, el juzgador debiera allegarse de las pruebas necesarias, situación que no ocurre en el caso concreto.

Tomando en cuenta que la autoridad debe resolver conforme al interés superior de la niña, se debe entender que su protección se cristaliza mediante la restitución a su residencia habitual.

En ese sentido, no basta con acreditar que, quien se opone a la restitución es suficientemente apto para cuidar a la niña y que ha procurado su salud, esparcimiento y educación, sino que se debe también comprobar que la restitución causaría mayor perjuicio que beneficio para la niña, pues el conflicto se centra en resolver si hubo o no un traslado o retención ilícita, situación que efectivamente aconteció. (AD 29/2006).

Considerando que la excepción prevista en el artículo 13(b) del Convenio debe interpretarse restrictivamente, se desestima el alegato sobre el estilo de vida del progenitor solicitante y cuyo impacto en el menor no ha sido referido, como un peligro grave físico psíquico o una situación intolerable para aquel, de conformidad con dicho instrumento internacional.

Finalmente, la Primera Sala estimó que el amparo no era procedente al no existir elemento probatorio que acreditara plenamente que la restitución de la menor implicaba un riesgo grave para su integridad física o psíquica, por lo que la restitución fue correctamente determinada.

5. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4833/2016, 21 de junio de 2017

El presente caso aborda el proceso de restitución internacional de dos menores nacidas y residentes en Estados Unidos, cuyos progenitores son originarios de Honduras y México, los cuales sostuvieron una relación sentimental por varios años sin contraer matrimonio.

La madre argumentó que ella era la titular de la custodia, ya que las menores vivían con ella y no con el padre. En un viaje a Honduras, país de origen de la madre, el padre se hizo cargo de las menores, firmando un documento notarial que le otorgaba la guarda y custodia temporal durante la ausencia de la madre. Sin embargo, a su regreso a los Estados Unidos de América, la madre fue informada del traslado del padre con las menores a México días antes.

Siete meses después de la sustracción, la madre presentó la solicitud de restitución de las menores, misma que le fue concedida. Los alegatos del padre en contra de la restitución se enfocaron en: (i) la negativa en la ilegalidad de la sustracción, traslado o retención de las menores, debido a su condición de padre biológico; (ii) la situación migratoria ilegal de la madre en Estados Unidos y la consecuente inestabilidad emocional; así como (iii) la adaptación de las menores a su nuevo ambiente en México.

El juez de primera instancia que conoció la causa determinó la restitución de las menores a su residencia habitual en Estados Unidos con la madre, al desestimar los alegatos vertidos por el padre y considerar que

en el caso en estudio no se acreditaban las excepciones a dicha restitución contenidas en los artículos 12 y 13 del Convenio.

No conforme con la resolución anterior emitida, el padre promovió juicio de amparo directo, proceso en el cual se emitió sentencia negándole la protección constitucional y confirmando el fallo recurrido. Contra la sentencia de amparo directo así emitida, se interpuso recurso de revisión.

Al respecto, la Primera Sala reiteró que las excepciones contenidas en el artículo 13 del Convenio de La Haya son de aplicación estricta, so pena de poner en riesgo el cumplimiento de los objetivos de dicho instrumento, así como la necesidad de que queden fehacientemente demostradas por el padre sustractor. En el caso particular de la excepción contenida en el inciso b) del mencionado artículo, la Primera Sala apunta que no debe flexibilizarse su aplicación, para dar cabida en los supuestos de dicha norma, a situaciones que no revistan el carácter de gravedad que se encuentra implícito en ella. En el presente caso, la actualización de la excepción de grave riesgo bajo el criterio de la Primera Sala se configura siempre que el peligro físico o psíquico a los menores, o bien, la situación intolerable en que pudiera colocárseles con su restitución sea indudable o con un alto grado de probabilidad y los hechos aducidos sean acreditados fehacientemente por quien se opone a la restitución. Para lo anterior, los juzgadores tendrán facultades de valoración de prueba y ponderación de los hechos, de conformidad con el interés superior del menor.

De manera interesante, el análisis de la Primera Sala concluye que la condición migratoria del solicitante de la restitución, cuando no es residente legal en el país al que se pide la restitución de los menores, no es causa apta y suficiente para actualizar una excepción extraordinaria a la restitución; de hecho, si se admitiera como causa de excepción a la restitución, la situación migratoria del solicitante implicaría convalidar toda sustracción ilícita que pudiera darse según el caso, contrario absolutamente al objeto de la Convención de La Haya de 1980. Al efecto, la Primera Sala

considera que, al no compartir las menores la misma condición jurídica y fáctica de su progenitor, la condición migratoria del solicitante no es causa bastante, *per se*, para negar su restitución.

Además, el riesgo de una detención y consecuente expulsión o deportación del país del padre o madre solicitante, no puede considerarse como una hipótesis de excepción a la restitución de las menores, pues tal hecho "no tiene la nota de gravedad para estimar que exista peligro de daño a su integridad psíquica o que se someta al menor a una situación intolerable de ordenarse la restitución, pues el precepto convencional se propone proteger al menor de edad de actos o situaciones dañosas excepcionales, que se presenten con motivo y en el contexto del desarrollo de su relación particular con el solicitante y la apuntada, por su naturaleza, en tanto deriva de una situación externa a dicha relación y cuya solución no depende de la decisión o voluntad del progenitor, no encuadra en ese propósito de la norma." (SCJN, Primera Sala, ADR 4833/2016, 21 de junio de 2017).

Más allá, la Primera Sala interpreta que una eventual situación de vulnerabilidad del solicitante de la restitución, derivada de su condición migratoria, en todo caso, tendría que ser planteada ante la autoridad competente en el lugar de residencia del menor y no estudiada como una excepción a la restitución por grave riesgo. Por las razones antes expuestas, se determinó confirmar la restitución de las menores a Estados Unidos.

6. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 9/2016, 6 de septiembre de 2017

En el caso que se analiza, una pareja que contrajo matrimonio en Estados Unidos tuvo una hija nacida en dicho país. Posteriormente, se divorciaron y celebraron un convenio de custodia para su hija, donde ambos acordaron que la niña viviría con la madre y convinieron los días de visitas establecidos para el padre. Durante una de las visitas, el padre susstrajo a su hija y la trasladó a México. La madre inició el procedimiento

de restitución, mismo que fue determinado improcedente en un primer momento. El recurso de apelación presentado en contra de la sentencia emitida por el juez de primera instancia revocó dicho fallo y ordenó la restitución de la menor.

No conforme con la resolución emitida en el recurso de apelación, el padre promovió juicio de amparo directo, argumentando que la madre no brindaba los cuidados necesarios para el desarrollo integral de su hija, pues daba más importancia al trabajo que a la niña y que ello la exponía a ser víctima de violencia por parte de la pareja de la madre, al ser él quien cuidaba a la niña y era conocido por tener actividades relacionadas con el narcotráfico.

En primera instancia, la Primera Sala reconoció que era la madre quien ejercía la custodia sobre la menor y que ésta, efectivamente, vivía con ella y daba los cuidados necesarios a la menor.

En consonancia con los casos que hemos estudiado hasta ahora, el grave riesgo a que alude el artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya, debe ser serio, real, actual y directo, determinando que el padre, a quien le correspondía la carga de la prueba de los hechos o situaciones que actualizaban la existencia de esta causal de excepción, no aportó ninguna prueba sobre la existencia de la situación generadora de un riesgo.

Sin embargo, la Primera Sala consideró que aún y cuando el dicho del menor que alega haber sido víctima de violencia debe ser tenido en cuenta presumiendo su veracidad, es cierto que, dentro del marco fáctico y probatorio, se advirtieron inconsistencias en los relatos de la menor, además de que comentó que no se acuerda de nada de su vida junto a su madre en la época en la refirió haber sido víctima de maltrato, pudiéndose prestar a una manipulación imputable a su padre. Es así como, con respecto a la excepción por grave riesgo, esta se determinó inoperante por falta de prueba que generara convicción en la Primera Sala con respecto a la existencia real de la violencia imputable a la madre, así como las supuestas

actividades de narcotráfico de la pareja sentimental de ésta y que pudieran generar un grave riesgo para la menor.

7. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 27/2016, 10 de enero de 2018

El presente caso versa sobre la solicitud de restitución internacional de un menor nacido de un matrimonio celebrado en Estados Unidos, el cual posteriormente obtuvo el divorcio. La madre del menor había procreado a su primer hijo de una relación anterior y al segundo, menor involucrado en la solicitud de restitución, del matrimonio referido.

En el trámite de divorcio se estableció que la madre sería quien estaría encargada del menor nacido del matrimonio y el padre únicamente tendría derecho de visita. La madre y sus dos hijos abandonaron su residencia habitual en Estados Unidos y se trasladaron a México, alegando la violencia doméstica provocada por su excónyuge, así como el temor de que éste pudiera privarla de la vida o abusar sexualmente de alguno de sus hijos, debido al registro de éste como agresor sexual en el estado de California.

El padre del menor, residente en Estados Unidos, solicitó la restitución internacional de su hijo siete meses después de la sustracción, oponiéndose la madre a ella, al considerar que se actualizaba la excepción de grave riesgo de conformidad con el artículo 13(b) del Convenio de La Haya.

El juez de primera instancia resolvió negar la restitución del menor, toda vez que su traslado había sido realizado por la madre en ejercicio del derecho de custodia que le correspondía en su totalidad, quedando acreditada la situación de riesgo para el menor derivado de la conducta agresiva del padre y sus antecedentes referidos a actos sexuales delictivos en contra de menores, situación que actualizaba la posibilidad de que el menor involucrado sufriera daño físico o psicológico con su restitución.

La madre narró que, durante su matrimonio con el padre de su segundo hijo, tanto ella como sus dos hijos vivieron un entorno de violencia familiar y que, aún después del divorcio, el padre de su hijo los violentaba de manera física, verbal, sexual y económica al no contribuir con el pago de alimentos del menor.

No conforme con la resolución anterior, el padre interpuso recurso de apelación alegando la incorrecta evaluación del derecho de custodia de la madre, la inexistencia de evidencia de grave riesgo para el menor con su restitución, la no acreditación fehaciente de la integración de dicho menor a su nuevo ambiente y la improcedencia de la oposición del menor a su restitución. La sentencia recaída a la apelación ordenó la modificación al fallo recurrido, para el efecto de determinar un régimen de convivencia con el menor y confirmó la negativa a su restitución. Contra esta sentencia, fue promovido juicio de amparo.

En el presente caso se tomó en consideración que la madre presentó diversas pruebas para evidenciar las características psicológicas del padre y el grave riesgo que podría sufrir el menor en caso de que se concretara la restitución, exhibiendo una carta de un especialista dejando fe de que la madre y los dos hijos permanecieron en un centro para mujeres debido a la situación de violencia que enfrentaban por parte del excónyuge, así como el registro del padre del menor como ofensor sexual en el estado de California y el testimonio del primogénito de la madre manifestando haber sido testigo de la violencia intrafamiliar a la que habían estado sometidos por parte del padre del menor.

Por lo anterior, la Primera Sala determinó que: "es innegable que existe un riesgo serio, real, actual y directo, porque las agresiones físicas, psicológicas, sexuales y económicas que presenciaron los niños se traducen en un impacto significativo en su salud emocional y psicológica, que logran calificarse como realmente preocupantes. De ordenarse la restitución, se generaría verdaderamente una situación intolerable, derivada de la violencia doméstica que ejercía el padre, del alto riesgo de no ser acom-

pañado por su cuidadora principal (su madre), y ante la difícil situación que enfrentaría al ser separado de su hermano." (SCJN, Primera Sala, AD 27/2016, 10 de enero de 2018).

De igual forma, la Primera Sala determinó que la violencia doméstica sufrida por la madre como víctima primaria, produce prácticamente en los niños que están expuestos a ella los mismos efectos emocionales y psicológicos que el de una víctima primaria, constituyendo así una forma de abuso en su contra, al sufrir directamente las consecuencias físicas, emocionales y las derivadas de haber vivido y formado su personalidad en un ambiente de desigualdad de poder y sometimiento de la madre a la conducta violenta de un hombre. En consecuencia, la exposición de los hijos a la violencia que se comete contra su madre en una relación de pareja fue considerada por la Primera Sala como un factor de riesgo para el bienestar y desarrollo de los niños.

En este caso, la madre logró acreditar la excepción de grave riesgo y de esta manera se justificó negar la restitución al considerar el mayor beneficio para la integridad física y emocional del menor, siendo además que el retorno implicaba la separación de su medio hermano con el que ha convivido toda su vida e intolerable quebrar el lazo emocional con su hermano por una posible restitución.

VI. Conclusiones

La restitución del menor a su última residencia habitual es la regla sobre la que se basa la normativa internacional en casos de sustracción internacional parental de menores; las excepciones estipuladas para la no restitución deben ser consideradas con el cuidado debido, siempre en el interés superior de la minoridad.

El Convenio de La Haya de 1980, sin lugar a dudas, busca lograr la mayor eficacia y aplicabilidad en el espectro más amplio de derechos, ya sea para lograr la restitución del menor o para evitar que sea retornado a un lugar

de residencia que le genere daño o grave riesgo, por lo cual no se debe buscar en especial la aplicación de una situación u otra, sino que habrá que hacer un análisis por cada caso para determinar si de los detalles de la controversia se actualiza alguna excepción, en interés superior del menor, y así proveer de todos los argumentos y pruebas necesarias para determinar lo conducente.

En este sentido, la excepción de grave riesgo a la restitución internacional permite al juez competente decidir, una vez más en interés superior del menor, sobre el no retorno o restitución. En estos casos, en materia probatoria no hay disposiciones acerca de cuáles son las pruebas que pueden ser admitidas en el proceso; quedará a la discrecionalidad de los jueces determinar la admisibilidad de éstas y su valoración.

Como decimos, si la solicitud de no restitución se basa en el supuesto de grave riesgo, es decir, un supuesto de peligro físico o psíquico del menor, o que se le ponga en una situación intolerable, artículo 13(1)(b), la dificultad estriba en la determinación de la veracidad de los hechos alegados, en donde la interpretación e implementación de las mismas se vuelve en un elemento que distorsiona la naturaleza propia, cooperativa además, del texto de la propia convención en comento.

Precisamente, tal y como hemos hecho público en diversas contribuciones, el uso y sobre todo el abuso de excepciones, no tan excepcionales, como la que conlleva el artículo 13(1)(b), ha provocado que se analice y actualice la realidad concebida en la normativa convencional de 1980, aterrizando los problemas contemporáneos y así, con la nueva Guía de buenas prácticas referida al artículo 13(1)(b) del Convenio, tenemos una herramienta más eficiente que dé seguridad, certidumbre o reflexión a las prácticas de los países, así como luz a supuestos que implican decisiones trascendentales.

La actividad jurisdiccional mexicana se beneficiará, sin lugar a duda, para un entendimiento, a carta cabal, de lo que implica admitir la excepción, confirmando o desechando supuestos en el futuro.

En esta ocasión, tomamos la jurisprudencia de la Corte, lo que ha determinado su Primera Sala, en las siete decisiones en las que se oponía la restitución bajo la excepción de "grave riesgo" hasta 2019. La violencia de género marca la pauta —como patrón, podríamos decir— para solicitar la no restitución, un tema que no nos deja impasibles por dos motivos: el incremento de este tipo de violencia, generado entre progenitores, y que se focaliza, directa o directamente, en los hijos que forman parte del vínculo familiar.

Del conjunto de los criterios asumidos por la Suprema Corte y de las prácticas recomendadas por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a través de la Nueva Guía práctica del artículo 13(1) (b), se concluye que hay una misma línea interpretativa limitando su utilización, que nos lleva a separar aquellos casos donde la excepción es invocada con la finalidad protectora de origen, de aquellos casos donde se utiliza como instrumento dilatorio o como recurso para ganar una pretensión infundada que no va en el interés superior de los hijos menores, sino en interés del progenitor sustractor. Un mal uso, abusivo, al alegar tal excepción permite crear incredulidad y, por ende, deja al descubierto, bajo la indefensión, a muchos otros casos que tienen más que justificado el temor al retorno por un riesgo grave de violencia familiar.

En definitiva, tener criterios jurisprudenciales claros y actualizados a través de los instrumentos internacionales —ya sean de *hard law* y sobre todo de *soft law* a través de guías prácticas— permite cooperar, colaborar y confiar en que todos los interlocutores que participan en un tema de restitución internacional parental de menores, realizarán un buen trabajo con una mirada objetiva de protección internacional e integral de los hijos menores sustraídos, respetando los aspectos civiles que conlleva la misma; desde los abogados que asesoran, ética y responsablemente, los progenitores inmersos en estas situaciones, hasta las autoridades centrales designadas y autoridades judiciales competentes.

Todo ello en conjunto —es decir, la Nueva Guía de buenas prácticas—, los estudios de casos de restitución internacional en los cuales se argu-

mentan excepciones de grave riesgo conforman una base necesaria para evitar que el Convenio de La Haya de 1980 sea superado por la realidad y resulte inoperable ante la proliferación de casos.

VII. Bibliografía

Albornoz, M. M., (2020), "Nueva Guía de buenas prácticas: la excepción de grave riesgo en la restitución internacional de menores", Blog *Derecho en Acción*, CIDE, 17 de marzo de 2020.

CNDH (2018), "Sustracción y retención de niñas, niños y adolescentes", Tríptico, julio 2018/1VG/ECTP, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos. «<https://bit.ly/3nJJqUp>».

COHADIP (1980), *Convenio de la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, Países Bajos, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado-COHADIP. «<https://bit.ly/3kOASd6>».

De la Rosa Cortina, J. M. (2010), *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Dreyzin de Klor, A. (2017), *La aplicación judicial del derecho internacional privado*, Costa Rica, Jurídica Continental.

García Presas, I. (2013), *La Patria Potestad*, Madrid, Dykinson.

González Martín, N. (2009), *Familia internacional en México: adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata*, México, Porrúa.

González Martín, N. (2014) "International Parental Child Abduction and Mediation: An Overview", *Family Law Quarterly*, vol. 48, pp. 319-350.

- González Martín, N. (2015), "Non Exceptional Exceptions: The latest on the United States of America and Mexico Supreme Courts' Hague Abduction Decisions (Lozano and Direct Amparo under Revision 903/2014)", *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 19, pp. 23-33. «<http://www.sybil.es/archive/vol-19-2015/>».
- González Martín, N. (2017), "Medios Alternativos de resolución de disputas. A. La mediación en los procesos de restitución internacional de menores", en: Godínez, T. Lázaro, R. y Nieve y Castro, F. (coords.), *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, México, Porrúa.
- González Martín, N. (2019) "Capítulo 10. Mediación ante el 'grave riesgo' en la sustracción internacional parental de menores", en Quicios Molina, M. S. y Álvarez Medina, S. (dir.), *El derecho frente a la violencia dentro de la familia un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, España, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 255-274.
- González Martín, N. *Relatoría de la Séptima Reunión de la Comisión Especial sobre el Funcionamiento Práctico del Convenio de la Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y del convenio de la Haya del 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*, en *La Haya, Holanda, 10-17 de octubre de 2017*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Volumen XIX, 2019.
- González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S. (2011), *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano*, México, UNAM.
- González Pedrouzo, C., *Aproximación al Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, Revista de la Facultad de Derecho, Uruguay, núm. 18, 2000.

- Graiewski, M.,(2014), "Restitución internacional de menores. Excepciones de la Convención de La Haya de 1980", *Ratio Iuris, Revista de Derecho Privado*, año 2, núm. 2, pp. 110-140. «<https://bit.ly/2UQ4BYg>».
- HCCH (2012), *Guide to Good Practice under The Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation*. Países Bajos, The Hague Conference on Private International Law-HCCH, Permanent Bureau [versión en español: «<https://bit.ly/2Hp5mVm>»].
- HCCH (2017), *Draft Guide to Good Practice on Article 13(1)(b) of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, 7a. ed., Países Bajos, The Hague Conference on Private International Law-HCCH.
- HCCH (2020), *Guide to Good Practice under the Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Part VI. Article 13(1)(b)*, Países Bajos, The Hague Conference on Private International Law-HCCH.
- Hierro Sánchez-Pescador, L., *Los derechos del niño en el sistema universal de los Derechos Humanos*, en *Los derechos del menor en el ordenamiento jurídico. Casos prácticos (AA.VV.)*, Unicef-AECID, Madrid, 2015.
- Lorente Martínez, I. (2019), "La integración europea en el derecho de familia. Sustracción internacional de menores: el caso Juana Rivas", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 7, núm. 2, pp. 159-206.
- Lowe, N. (2015), "Some Moot Points on the 1980 Hague Abduction Convention", *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 46, pp. 683-704.

- Matus Calleros, E. (2019), *Competencia Judicial, Conflicto de Leyes, Cooperación, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en la Sustracción Internacional de Menores*, México, Tirant lo Blanch.
- Pérez Contreras, M., *La filiación en la legislación familiar para el Distrito Federal: comentarios en torno a las reformas*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 2002.
- Pérez-Vera, E. (1980), *Explanatory Report of the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*. vol. III, Actes et Documents of the XIVth Session. «<https://bit.ly/3fhKOL1>».
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, (2017), "Sustracción Internacional de Menores. Análisis de las Excepciones Previstas en el Convenio de la Haya Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", Primera Sala, SCJN, pp. 1-15. «<https://bit.ly/36ZLLNK>».
- Robles Cruz, M. K., *Proceso de restitución internacional de la niñez en México*, Revista de Derecho Privado, II(4), 2013.
- Rodríguez Jiménez, S., *El principio del interés superior del niño*, Letras Jurídicas, Primavera, No. 16, 2014.
- Rodríguez Jiménez, S. (2006), *La protección de los menores en el derecho internacional privado mexicano*, México, UNAM.
- Rodríguez Pineau, E. (2018), "La oposición al retorno del menor secuestrado: Movimientos en Bruselas y la Haya", *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 35, pp. 1-31.
- Schuz, R. (2014), "The Doctrine of Comity in the Age of Globalization: Between International Child Abduction and Cross-border Insolvency", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 40. «<https://bit.ly/2IZA33D>».

Soto Rodríguez, M. L., *La Mediación en la Sustracción Internacional de Menores en la Unión Europea*, Revista de Estudios Europeos, Vol. 71, 2018.

TorreCuadrada García-Lozano, S. (2016), "El interés superior del niño", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 16, núm. 1, pp. 131-157.

TorreCuadrada García-Lozano, S. (2020), "Capítulo Octavo. Aproximación crítica al interés superior del niño", en González Martín, N. (ed.), *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior del menor. Perspectivas de derecho comparado*, México, IIJ-UNAM (en prensa).

Vázquez Ramírez, J. L. (2017), *Sustracción y Restitución de Menores en el Derecho Internacional y en el Derecho Constitucional Mexicano*, Ciudad de México, Universidad Autónoma del Estado de México.

Treviño Fernández, S., Roldán Orozco, G., y Quintero, P. (2020), *Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes*. Cuadernos de Jurisprudencia, serie Derecho y familia, núm. 1, México, SCJN.

Tribunales Colegiados de Circuito (2011), *Menores De Edad. Tienen Interés Jurídico Para Ejercitar Las Acciones Relacionadas Con La Guarda Y Custodia, Por Medio De Quien Ejerza La Patria Potestad Cuando Sobre Aquélla Exista Disputa Entre Sus Padres*, Tesis I.5o.C.145 C, número 161040, Tomo XXXIV, septiembre.

Jurisprudencia

Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo Directo en Revisión 903/2014, 2 de julio de 2014 .

Amparo Directo 27/2016, 10 de enero de 2018.

Amparo Directo 5669/2015, 13 de abril de 2016.

Amparo Directo en Revisión 1564/2015, 2 de diciembre de 2015 .

Amparo Directo en Revisión 9/2016, 6 de septiembre de 2017.

Amparo Directo en Revisión 29/2016, 15 de febrero de 2017.

Amparo Directo en Revisión 4833/2016, 21 de junio de 2017.

CAPÍTULO 4

La jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana relativa a la excepción de grave riesgo, a la luz de la nueva Guía de Buenas Prácticas del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

María Mercedes Albornoz

Resumen

La excepción de grave riesgo a la restitución internacional de niñas y niños en el marco del Convenio de 1980 —artículo 13(1) (b)— ha sido una figura problemática. Su aplicación incorrecta afecta el normal funcionamiento del sistema diseñado para la protección de la infancia garantizando la restitución inmediata al Estado de residencia habitual. Consciente de esto, la Conferencia de La Haya elaboró una Guía de Buenas Prácticas sobre el tema. El presente capítulo es una reacción, desde México, a la invitación que la Guía hace a los Estados parte del Convenio para revisar sus propias prácticas en la aplicación del artículo 13(1)(b).

Se parte de la hipótesis de que, en términos generales, la actividad jurisdiccional mexicana relativa a la excepción de grave riesgo en casos de sustracción regulados por el Convenio se ajusta a las buenas prácticas contenidas en la Guía y se considera que debe continuar en esa línea, tomándolas en cuenta en resoluciones futuras. El análisis comparativo efectuado entre la jurisprudencia

de la Suprema Corte en materia de grave riesgo y las buenas prácticas plasmadas en la Guía permite confirmar la hipótesis inicial. La Guía será una aliada para mantenerlas, mejorarlas y contribuir a la uniformidad global de soluciones.

1. Introducción

El traslado o la retención ilícitos de niños de un país a otro, normalmente por parte de uno de sus progenitores, es una realidad frecuente de las familias multiculturales (González Martín, 2012, p. 72). Tanto uno como otra son situaciones irregulares que pueden afectar muy negativamente a las personas menores de 16 años y que, por lo mismo, requieren ser solucionadas con carácter urgente, "en muy breve tiempo, pero no de cualquier manera" (Najurieta, 2017, p. 283). Además de generar seguridad jurídica, las respuestas a estos conflictos siempre deben ser elaboradas respetando el interés superior de la niñez (Rubaja, 2017), en atención a la obligación de tomarlo como consideración primordial, que el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989 (Organización de las Naciones Unidas, 1989) impone a los Estados parte. Es preciso tener en cuenta que esta convención es vinculante para México, Estado que depositó el instrumento de ratificación el 21 de septiembre de 1990 (*United Nations Treaty Collection*, 2020).

Con la finalidad de coordinar esfuerzos para la protección de la infancia en estos casos internacionales, instaurando mecanismos de cooperación tendientes a garantizar la restitución inmediata de la niña o el niño al Estado donde residía habitualmente antes de la sustracción, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (Conferencia) propició la negociación de un instrumento jurídico internacional en la materia. Gracias al impulso de este foro codificador, el 25 de octubre de 1980 se firmó el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (Conferencia de La Haya, 1980) (Convenio). México, obligado por el Convenio desde el 1o. de septiembre de 1991, es uno de los 101 Estados contratantes (Convenio: estado actual, 2020) que

integran un sistema cuyo funcionamiento se va perfeccionando en conjunto a lo largo del tiempo (Goicoechea, 2017, p. 320).

Aunque garantizar la restitución inmediata es el objetivo de este tratado internacional y, por consiguiente, la regla general, el mismo instrumento contempla algunas excepciones. Una de ellas es la existencia de un grave riesgo de que el regreso del niño al Estado de su residencia habitual "lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable" [Convenio, 1980, artículo 13(1)(b)].

En octubre del presente año —2020— el Convenio cumple 40 años de vida. Durante todo ese tiempo, la excepción de grave riesgo ha sido problemática y hoy continúa habiendo "grandes dificultades para alcanzar una interpretación y aplicación consistente[s]" (Trecca, 2019, p. 544). En cualquier Estado parte, el empleo equivocado o indebido de la excepción en cuestión estremece los cimientos mismos del sistema convencional que fue diseñado para la protección de la infancia a través de, por un lado, la restitución inmediata de la persona menor de edad y, por el otro, la atribución de competencia en cuanto al fondo de la custodia al tribunal del Estado de su residencia habitual. Además, si se toma en cuenta que los progenitores sustractores tienden a abusar de la excepción de grave riesgo invocándola de manera general e incluso sin aportar pruebas (González Martín, 2015, p. 395), se advierte fácilmente el carácter crucial de la labor judicial al decidir si procede o no aplicar esta excepción a la restitución.

La Conferencia, consciente de la importancia de la excepción de grave riesgo y de que no siempre se la implementa adecuadamente, decidió abocarse al estudio del tema, en el marco de las actividades post-convenio que ha venido desarrollando. El fruto del trabajo realizado, con el apoyo de un grupo internacional de expertos, es una nueva parte de la Guía de Buenas Prácticas sobre el Convenio. En efecto, el 12 de diciembre de 2019 fue aprobada la Parte VI de la Guía de Buenas Prácticas, referida al ar-

título 13(1)(b) (Guía). El reciente instrumento de *soft law* (o derecho blando) fue difundido al público a través del sitio de internet de la Conferencia, el pasado mes de marzo (*Publication of the Guide to Good Practice under the Child Abduction Convention: Part VI — Article 13(1)(b)*, 2020).

El presente capítulo es una primera reacción, desde México, a la invitación formulada en la Guía a los Estados parte del Convenio para revisar sus propias prácticas en la aplicación del artículo 13(1)(b) y, cuando corresponda y sea factible, mejorarlas (Guía, 2020, p. 17, párr. 9). Se parte de la hipótesis de que, en términos generales, la actividad jurisdiccional mexicana relativa a la excepción de grave riesgo en casos de sustracción internacional de niñas o niños regulados por el Convenio se ajusta a las buenas prácticas contenidas en la Guía y se considera que debe continuar en esa línea, tomándolas en cuenta en resoluciones futuras.

Para comprobarlo, se lleva a cabo un análisis comparativo entre la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en materia de grave riesgo y aquellas prácticas que el nuevo instrumento considera positivas, merecedoras de imitación. La elección del más alto tribunal no implica ignorar que, eventualmente, en instancias inferiores puede hacerse una aplicación no apropiada del artículo 13(1)(b) del Convenio. Sin embargo, en la medida en que es factible acceder a la SCJN, ésta puede enmendar o reorientar la interpretación de dicha norma.

Con respecto a las sentencias de la SCJN utilizadas en este estudio, se hace un corte temporal en el año 2019, por lo que no se incluyen aquellas dictadas o a dictarse en el transcurso del 2020. Según un informe elaborado por el Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN (*Derecho y Familia: restitución internacional de niñas, niños y adolescentes*, 2020), son veinticuatro las sentencias sobre restitución internacional en las que el más alto tribunal aplicó el Convenio y, entre ellas, siete las que analizan el grave riesgo como posible excepción a la restitución de niñas o niños ilícitamente sustraídos o retenidos en México. Los criterios adoptados en estas siete sentencias —consideradas como representativas de

la actividad jurisdiccional mexicana en materia de grave riesgo— son comparados con las buenas prácticas de la Guía.

Sin embargo, antes de realizar el referido análisis, es necesario presentar el contenido de la Guía. Es lo que se hace en la siguiente sección, enfatizando y comentando algunas aristas de dicho instrumento particularmente relevantes.

2. La Guía

El nuevo instrumento de *soft law* publicado por la Conferencia está dirigido a los operadores jurídicos que deben trabajar con la aplicación del artículo 13(1)(b) del Convenio. Su finalidad es la de orientar, especialmente, a jueces, Autoridades Centrales y profesionales del derecho que asesoran a las partes en conflictos de sustracción o restitución internacional de niñas y niños. La Guía pretende promover a nivel global la correcta utilización de la excepción de grave riesgo en el marco del Convenio, cuidando la coherencia y aspirando a la uniformidad de las soluciones (Guía, 2020, p. 15, párr. 3).

Ahora bien, debido a su propia naturaleza de instrumento de derecho blando, la Guía carece de carácter vinculante (Boyle, 1999, p. 901). En consecuencia, su aplicabilidad por parte de las autoridades de un Estado "dependerá —en buen grado— de lo que dispongan sus leyes procesales internas y las competencias asignadas a cada una de las autoridades involucradas por el derecho de cada Estado" (Trecca, 2019, p. 546). La aplicación de la Guía como parámetro de interpretación del contenido del Convenio ilustrará una de las maneras en las que opera la función complementaria del *soft law* con respecto al *hard law* (Shaffer y Pollack, 2010, pp. 722-721).

La Guía contiene información y consejos para interpretar y aplicar la excepción de grave riesgo, así como buenas prácticas de diversos Estados (Guía, 2020, p. 15, párr. 3). Naturalmente, este instrumento de *soft law*

desarrolla el tema de forma más detallada que el propio Convenio. En este sentido, incorpora referencias a sentencias de distintos países que reflejan buenas prácticas. Una de ellas proviene de México (Guía, 2020, p. 41, nota 88): se trata de la única decisión mexicana incluida en el documento. Sin embargo, la contribución de México no se limita a una sentencia que puede ser tomada como ejemplar, sino que también comprende la participación del magistrado Óscar Gregorio Cervera Rivero en la elaboración de la Guía (Guía, 2020, p. 18, nota 20).

Al inicio de la Guía se ofrece al lector un glosario. Asimismo, el instrumento cuenta con una introducción, cinco partes o capítulos y, finalmente, un índice de jurisprudencia. La primera parte analiza el artículo 13(1) (b) en el contexto del Convenio. La segunda, examina esa norma en la práctica. La tercera parte se enfoca en buenas prácticas para los tribunales. La cuarta, presenta buenas prácticas para las Autoridades Centrales. La quinta y última de las partes se refiere a otros recursos útiles, que contribuyen a lograr la finalidad perseguida por la Guía.

a) Primera parte: la restitución como principio y el grave riesgo como excepción

Esta parte se encuentra dividida en dos secciones. La primera de ellas sienta el *principio de restitución* o regreso de la niña o el niño al Estado de su residencia habitual. Dicho principio es acompañado por la presunción de que la restitución corresponde al interés superior de la niñez. Por eso, los tribunales deben utilizar el procedimiento más expedito disponible (Guía, 2020, p. 23, párr. 17). Sin embargo, tal presunción no es absoluta: puede ser rebatida en casos específicos que se encuadren en alguno de los supuestos que el Convenio prevé como excepciones a la restitución (Guía, 2020, p. 21, párr. 14). Las excepciones a la restitución son limitadas (sólo las de los artículos 12(2), 13(1)(a), 13(1)(b), 13(2) y 12) y se las debe interpretar de manera restrictiva (Guía, 2020, p. 24, párr. 24-25). Además, se establece que, si bien las mismas se fundan en el interés superior de la niñez, el proceso de restitución no debe inmiscuirse en cuestiones de custodia ni debe llevarse a cabo en esta instancia una evaluación

completa, a fondo, del interés superior del niño o niña de quien se trate (Guía, 2020, p. 25, párr. 26).

La excepción a la restitución en la que la Guía se concentra está formulada en el artículo 13 del Convenio en los siguientes términos:

(1) 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:

[...]

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

La segunda sección ofrece varias *pautas para comprender mejor la excepción de grave riesgo*. Para empezar, explica que la norma contempla tres tipos de grave riesgo. ¿Grave riesgo de qué? De que la restitución exponga al menor a un peligro físico o a un peligro psíquico, o lo ponga de cualquier otra manera en una situación intolerable (Guía, 2020, p. 25, párr. 30). La Guía señala que, si bien cada tipo puede ser invocado independientemente, se los suele emplear juntos y las decisiones judiciales no siempre los distinguen de manera precisa (Guía, 2020, pp. 25-26, párr. 30).

También se aclara que no es indispensable que la niña o el niño sean las víctimas primarias de agresiones físicas o psicológicas. En este sentido, si el progenitor sustractor es la víctima directa, la excepción puede actualizarse si hay evidencia suficiente de que, debido al riesgo de peligro para la persona adulta, existe asimismo un grave riesgo para el niño o la niña en cuestión, de que la restitución lo exponga a un peligro grave físico o psíquico, o lo ponga en una situación intolerable (Guía, 2020, p. 26, párr. 33).

La Guía indica, además, que la exigencia de gravedad del riesgo implica que éste debe ser real y tener un alto grado de seriedad, el cual podrá variar de un caso a otro (Guía, 2020, p. 26, párr. 34). Desde una perspectiva hispanohablante, puede llamar la atención la afirmación de que: "el término 'grave' califica el riesgo y no el daño al niño" (Guía, 2020, p. 26, párr. 34), dado que la traducción oficial al español del Convenio —a diferencia de las versiones en inglés y en francés— repite el adjetivo "grave" para referirse al peligro físico o psíquico, en clara alusión al posible daño a la niña o al niño. Esto permite concluir que tanto el riesgo como el daño temido deben ser graves. En efecto, "[e]l riesgo debe ser grave, pero también lo debe ser el daño amenazado, siendo insuficiente que exista un grave riesgo de un daño leve o leve riesgo de un daño grave" (Hooft, 2019, p. 584).

Finalmente, es necesario considerar la excepción de grave riesgo hacia el futuro. El *quid* de la cuestión reside en decidir si existe un grave riesgo de que, en caso de que se ordenara la restitución, desde que ésta tuviera lugar, el menor restituido se vea expuesto a un peligro grave físico o psíquico, o encuentre en una situación intolerable (Guía, 2020, p. 27, párr. 35). Es importante procurar no concentrarse únicamente en el pasado: aunque los incidentes de violencia previos pueden servir como antecedentes al evaluar el riesgo futuro, adicionalmente se debería tomar en cuenta la disponibilidad de medidas adecuadas y efectivas de protección para el niño o la niña en el Estado donde tiene su residencia habitual (Guía, 2020, p. 27, párr. 36).

b) Segunda parte: la excepción de grave riesgo en la práctica

Esta parte de la Guía consta de dos secciones. La primera sección se refiere al *examen de la excepción de grave riesgo* y comienza recorriendo paso a paso el análisis que el juez del Estado de recepción debe llevar a cabo (Guía, 2020, pp. 31-33, párrs. 38-42). Posteriormente, aborda las medidas de protección, algunas disposiciones prácticas que tienden a facilitar el

retorno del menor al Estado de su residencia habitual y algunas reglas de procedimiento y de prueba. (Guía, 2020, p. 34-37, párrs. 43-54).

Al analizar las alegaciones de la parte que se opone a que el menor sea restituido al Estado de su residencia habitual, lo primero que el juez debe hacer es examinar su naturaleza. En particular, debe apreciar si son lo suficientemente detalladas y fundadas como para poder constituir un riesgo grave (Guía, 2020, p. 31, párr. 40). Si concluye que no lo son, debe ordenar la restitución.

Sólo si el juez decide que las alegaciones pueden constituir grave riesgo, pasa a la segunda etapa, en la cual debe valorar todas las pruebas y circunstancias específicas del caso. Se debe incluir la consideración de las medidas de protección disponibles en el Estado de residencia habitual o que sea posible implementar allí. La valoración en conjunto de la totalidad de estos elementos debe permitirle al juez lograr el objetivo de esta segunda etapa: determinar si está establecido el grave riesgo para la niña o el niño al momento de su retorno al Estado de residencia habitual (Guía, 2020, p. 31, párr. 41). Si luego de este examen llega a la conclusión de que no está establecido el grave riesgo, debe ordenar la restitución.

En cambio, si el juez entiende que tales elementos permiten establecer que existe un riesgo grave, se abren ante él dos caminos posibles: ordenar o no ordenar la restitución (Guía, 2020, p. 32, párr. 42). Nótese que, incluso cuando entiende que está acreditado el riesgo grave, el tribunal puede no disponer que la niña o el niño sea restituido al Estado de su residencia habitual. Es decir que no está obligado a ordenar la restitución. Sin embargo, hay que recordar que el juez debe fundar y motivar su decisión, tomando como consideración primordial el interés superior de la niñez. La Guía precisa que la decisión de ordenar la restitución o de no hacerlo cae en la esfera del poder discrecional del juez (Guía, 2020, p. 32, párr. 42). Se aprecia de esta manera que el referido interés superior reduce el margen de discrecionalidad judicial.

En cuanto al momento propicio para valorar la disponibilidad y eficacia de medidas de protección en el Estado de residencia habitual —simultáneamente o después de examinar las alegaciones de grave riesgo, o antes, lo que puede llevar a no examinarlas—, no existe uniformidad de criterios entre los Estados parte (Guía, 2020: 34, párr. 45). Si bien argumentos de peso apoyan la preferencia por considerar las medidas de protección después de haber determinado la existencia de un grave riesgo tras la restitución (Momoh, 2019), la preocupación por la celeridad en este proceso de naturaleza precautoria inclina la balanza hacia la consideración simultánea de ambos extremos (Goicoechea, 2017, pp. 332-335). Esta última es la solución recomendada por la Guía, en tanto señala que: "dado que cualquier retraso podría frustrar los objetivos del Convenio, idealmente, la cuestión de las potenciales medidas de protección debe plantearse pronto en el proceso" (Guía, 2020, p. 34, párr. 45).

Entre las buenas prácticas en materia de prueba, se destacan dos: que la carga de probar pese sobre quien se opone a la restitución y que el objeto de la prueba se limite a cuestiones directamente relevantes para la restitución, sin distraerse en cuestiones de fondo vinculadas con la custodia (Guía, 2020, p. 36, párrs. 51-52), para lo cual es útil dar instrucciones precisas a los peritos (Forcada Miranda, 2017, p. 313).

La sección II.2 de la Guía contiene *ejemplos de alegaciones* susceptibles de ser presentadas en el ámbito del artículo 13(1)(b) del Convenio. Se trata de una lista de supuestos tomados de casos reales, que no tiene pretensión de exhaustividad (Guía, 2020, p. 37, párr. 56). Uno de los ejemplos es la violencia doméstica contra la niña o el niño y/o contra el progenitor sustractor, quien, con frecuencia, es actualmente la madre y cuidadora primaria (Ripley, 2015, pp. 454-455). Al respecto, se indica que la mera alegación de violencia doméstica no resulta por sí misma suficiente; se requiere que el efecto de dicha violencia alcance el elevado umbral de grave riesgo exigido para activar la excepción (Guía, 2020, p. 38, párr. 58). Otro ejemplo es la alegación de desventajas económicas o educativas para la niña o el niño al momento del retorno. Dado que no se está decidiendo

sobre la custodia, sino sobre la procedencia de la restitución al Estado de residencia habitual, debe entenderse que se trata tan solo de saber si las necesidades básicas, tanto en el plano económico como en el plano educativo, podrán ser satisfechas en caso de ordenarse la restitución, y no de "embarcarse en una comparación entre las condiciones de vida que cada padre (o cada Estado) puede ofrecer" (Guía, 2020, p. 40, párr. 60).

Un ejemplo más es el referido a los riesgos asociados a las circunstancias del Estado de residencia habitual. Es preciso enfocarse en el impacto que esas circunstancias —políticas, económicas, de seguridad— pueden tener en la persona concreta y en si ese nivel de impacto es lo suficientemente grave como para desencadenar la excepción de grave riesgo (Guía, 2020, p. 41, párr. 61). Al explicar este ejemplo, la Guía cita como buena práctica, entre otras sentencias de diferentes Estados, una resolución mexicana (Guía, 2020, p. 41, nota 88) que ordenó la restitución de una niña y un niño a Venezuela, al considerar que las marchas en ese país —en esa época— no implicaban un grave riesgo para los hermanos (sentencia recaída al toca 2926/2008, Tercera Sala Familiar del H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Ponente: Magistrada Adriana Canales Pérez, 16 de febrero de 2009).

Los demás ejemplos que incluye la Guía son alegaciones vinculadas: con riesgos asociados a la salud de la niña o el niño —la cuestión fundamental es si el tratamiento necesario está disponible y es accesible en el Estado de residencia habitual (Guía, 2020, p. 42, párr. 62) y ahora debería incluirse el riesgo de contraer COVID-19 por desplazarse internacionalmente y por hacerlo de un Estado donde el número de contagiados es menor, hacia otro donde más personas se han contagiado—; con su separación con respecto al progenitor sustractor cuando éste no puede o no desea entrar al Estado de residencia habitual —el foco debe ponerse en los efectos que la posible separación tendría en el menor y en la gravedad de los mismos y también debe explorarse si es posible remover la causa que obstaculiza el regreso de la madre o el padre (Guía, 2020, p. 43, párr. 64-65)—; finalmente, con la separación con respecto a sus hermanos,

hombres o mujeres. En el último supuesto, el análisis debe efectuarse para cada niño o niña individualmente y apuntar a los efectos que para él o ella tendría dicha separación, evaluando si revisten una entidad suficiente como para constituir grave riesgo y dar pie a la excepción prevista en el artículo 13(1)(b) del Convenio (Guía, 2020, p. 48, párr. 74).

c) Tercera parte: tribunales

En el apartado III, la Guía contiene buenas prácticas para los tribunales en casos en los cuales podría aplicarse el artículo 13(1)(b) del Convenio. Desde un inicio se hace la advertencia de que se las deberá considerar sólo en la medida en que estén autorizadas por las leyes y los procedimientos pertinentes del Estado parte del Convenio del que se trate, y si el tribunal las estima apropiadas para el caso concreto (Guía, 2020, p. 53, párr. 77).

El instrumento de *soft law* en análisis presenta como principio global la gestión efectiva de los casos, con una doble finalidad. Por un lado, que el procedimiento de restitución se concentre en la cuestión de la restitución —incluyendo, por supuesto, la excepción de grave riesgo—. Por el otro lado, que se llegue a una solución con celeridad (Guía, 2020, p. 22-23, párr. 17, 53, párr. 78 y 23, párr. 21).

Las buenas prácticas de gestión de casos propuestas con respecto a los tribunales abordan las siguientes cuestiones: identificación temprana de las cuestiones relevantes, resolución amistosa, participación de las partes en el procedimiento, participación de la niña o el niño en el procedimiento, pruebas —en general—, pruebas de expertos —en particular— y, por último, asistencia de las Autoridades Centrales y comunicaciones judiciales directas (Guía, 2020, pp. 54-59, párrs. 82-92).

d) Cuarta parte: Autoridades Centrales

Las buenas prácticas para las Autoridades Centrales son tratadas en la sección IV de la Guía, que comienza con una advertencia similar a la formu-

lada al inicio de la tercera parte. En efecto, se indica que las buenas prácticas contenidas aquí sólo deben ser consideradas si están autorizadas por las leyes y procedimientos del Estado parte del convenio del que se trate y que no deben ser interpretadas como una imposición de nuevas obligaciones a las Autoridades Centrales, adicionales a las establecidas en el artículo 15 del Convenio (Guía, 2020, p. 63, párr. 93).

Con respecto al contenido de esta parte del instrumento que atañe las obligaciones generales de cooperación y comunicación de informaciones de las Autoridades Centrales en el marco del Convenio, se señala que la función de incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo para conseguir la restitución, garantizando que ésta se lleve a cabo sin peligro para la niña o el niño, se cumple de diverso modo en distintos Estados parte: mientras en algunos el procedimiento de restitución se inicia con una demanda interpuesta ante un tribunal por la Autoridad Central o por el ministerio público, en otros la interpone el progenitor solicitante (Guía, 2020, p. 63, párr. 94).

Además, se subraya la importancia de la obligación de las Autoridades Centrales de promover la cooperación entre las autoridades competentes en sus Estados para lograr los objetivos del Convenio. Dicha cooperación permite que la Autoridad Central del Estado de residencia habitual de la niña o el niño responda rápidamente la consulta formulada por el juez del Estado de recepción, acerca de la disponibilidad de medidas de protección en caso de que se ordenara la restitución internacional (Guía, 2020, p. 63, párr. 95).

Asimismo, se precisa que el papel de las Autoridades Centrales en cuanto a la excepción de grave riesgo es restringido o limitado. En este sentido, la Guía pone el acento en la necesidad de deslindar cuidadosamente las funciones de cooperación de las Autoridades Centrales y la labor judicial. De manera que la decisión de restituir o no, así como el análisis de las alegaciones formuladas en el marco del artículo 13(1)(b), competen exclusivamente al tribunal del Estado requerido y no a las Autoridades

Centrales. Por lo tanto, estas últimas deben abstenerse de dilatar el proceso tomando iniciativas innecesarias (Guía, 2020, pp. 63-64, párr. 96).

Posteriormente, se presentan buenas prácticas de las Autoridades Centrales, tanto del Estado requirente como del Estado requerido (Guía, 2020, p. 64, párrs. 97-98). Los rasgos comunes a las prácticas específicas son la colaboración, la transmisión de información y el deber de actuar con la mayor celeridad posible.

e) Quinta parte: recursos complementarios

La última parte de la Guía (V) tiene el mérito de concentrar en un solo espacio la referencia a diversos recursos desarrollados por la Conferencia para fortalecer la difusión y la correcta implementación del Convenio en los diferentes Estados parte. Se trata del Informe explicativo del Convenio, las Actas y documentos de la decimocuarta sesión (1980), la base de datos INCADAT, las Guías de buenas prácticas relativas al Convenio publicadas por la Conferencia de La Haya (Partes I a V y Guía de contacto transfronterizo relativo a los niños), la Red Internacional de Jueces de La Haya y el material de sus reuniones, el Boletín de los jueces sobre la protección internacional del niño y documentos sobre el tema preparados por autoridades nacionales (Guía, 2020, p. 67-69, párrs. 100-106).

Si en el marco del Convenio se considera particularmente la excepción de grave riesgo, así como las dificultades que surgen en cuanto a su aplicación, estos recursos se complementan y pueden contribuir a que se conozca y se comprenda mejor el artículo 13(1)(b). Se estima que la nueva Guía está llamada a tener un impacto positivo en la protección de las familias y de las niñas y los niños sustraídos o retenidos ilícitamente en el extranjero, fuera del Estado donde se ubica su residencia habitual (Albornoz, 2020).

3. La jurisprudencia de la SCJN y su comparación con la Guía

Las sentencias del más alto tribunal de México en materia de grave riesgo como excepción a la restitución internacional de niñas y niños en el marco

del Convenio permiten apreciar cómo opera esta figura en el país. Asimismo, es interesante analizarlas a la luz de la nueva Guía, comparando sus criterios con los que este instrumento de *soft law* presenta como buenas prácticas que recomienda seguir.

En seis de los siete casos sobre los cuales recayeron las sentencias dictadas por la SCJN acerca de la excepción de grave riesgo se invocó la existencia de violencia familiar. Ahora bien, el entramado fáctico de los casos es complejo, por lo que las alegaciones de las partes para sustentar sus respectivas pretensiones suelen ser múltiples. Sin embargo, para los fines de la comparación a efectuar, las sentencias son agrupadas en torno a cinco aspectos salientes en cada una de ellas y serán analizadas en una sola ocasión, aunque estrictamente pudieran figurar en más de un apartado. El primero de los aspectos que se trata es la obligatoriedad de analizar el grave riesgo (a). El segundo, la alegación de descuido (b). El tercero, la alegación de violencia familiar (c). El cuarto, la existencia de un proceso penal contra el progenitor solicitante de la restitución (d). El quinto, finalmente, la condición migratoria irregular del progenitor solicitante de la restitución (e).

a) La obligatoriedad de analizar el grave riesgo

La Primera Sala de la SCJN se pronunció sobre la obligatoriedad para el juez de analizar, con base en el interés superior de la niñez, si la excepción de grave riesgo a la restitución se actualiza en un caso concreto en el que existen pruebas de violencia familiar anterior a la sustracción.

i. La sentencia

La sentencia de la Primera Sala fue dictada el 2 de julio de 2014, al resolver el Amparo Directo en Revisión 903/2014, relativo a la restitución de dos niños a España solicitada por el padre, luego de que la madre, alegando violencia familiar, los sustrajo trasladándolos a México. La restitución fue concedida, decisión que la madre impugnó por varias razones, una

de las cuales era que, a su entender, procedía emplear la excepción de grave riesgo.

La Primera Sala estuvo de acuerdo con la quejosa en cuanto a que el Tribunal Colegiado "fue omiso en valorar detenidamente la totalidad de las circunstancias del caso, a fin de verificar si en efecto se estaba frente a la actualización de un grave riesgo" de afectación a los niños (ADR 903/2014, p. 30, párr. 62): estaba obligado a hacerlo; pero no cumplió dicha obligación. En efecto, la Sala indicó que el Colegiado debió haber analizado "las diversas denuncias por violencia familiar interpuestas por la recurrente y [debió haber verificado] si dicha situación representaba a su vez un riesgo para los menores en el caso de su restitución" (ADR 903/2014, p. 43, párr. 93).

Igualmente, consideró que la omisión de estudiar si en este caso en particular existía un grave riesgo de que la restitución expusiera a los niños a un peligro grave o los pusiera en una situación intolerable, se traducía en una vulneración directa no solamente del contenido del Convenio, sino también del principio del interés superior de la niñez (ADR 903/2014, p. 30, párr. 64). Como consecuencia de ésta y otras omisiones en las que incurrió el Tribunal Colegiado, se decidió revocar la sentencia recurrida y devolverle el asunto para que lo resolviera de acuerdo con los lineamientos establecidos en el fallo (ADR 903/2014: 55, párr. 124).

ii. Comparación con la Guía

El criterio de que el juez competente en un caso de restitución internacional en el cual hay pruebas de violencia está obligado a analizar si se actualiza la excepción de grave riesgo concuerda con la Guía. Ello es así en atención al interés superior de la niñez que inspira tanto al Convenio—desde el preámbulo se plantea el deseo de proteger a la niñez, "en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos"— como, por supuesto, al nuevo instrumento de buenas prácticas. La Guía retoma esa idea y establece que,

salvo las limitadas excepciones previstas en el Convenio, el interés superior de la niña o del niño consiste en retornar al Estado de su residencia habitual (Guía, 2020, p. 21, párr. 14). En los supuestos excepcionales, como el de grave riesgo del artículo 13(1)(b), el referido interés superior se materializa denegando la restitución solicitada.

Por otra parte, señala la Guía que el deber de actuar con urgencia en los procedimientos de restitución en modo alguno significa que el tribunal deba desatender el examen apropiado de las cuestiones planteadas, especialmente la excepción de grave riesgo (Guía, 2020, p. 24, párr. 22). En la misma línea, indica que "las alegaciones de grave riesgo deben ser examinadas rápidamente, en la medida requerida por la excepción" (Guía, 2020, p. 25, párr. 27). Por consiguiente, cuando la parte que se opone a la restitución afirma la existencia de grave riesgo, el juez debe considerarla —aunque en su análisis no pase de la primera etapa por entender que la afirmación es demasiado amplia o general (Guía, 2020, p. 31, párr. 40)—, más aún cuando, como sucedió en el caso del ADR 903/2014, la violencia ha sido acreditada con pruebas suficientes.

b) La alegación de descuido

Este apartado se enfoca en el descuido de la niñez o falta de cuidados, que es también una forma de violencia. El supuesto aquí contemplado se refiere a la afirmación, por parte de quien se opone a la restitución, de que ésta expondría al menor en cuestión a una situación de descuido por parte del progenitor que lo recibiría y con quien conviviría en el Estado de residencia habitual. Dos sentencias de la Primera Sala de la SCJN pueden ser encuadradas en esta hipótesis.

i. Las sentencias

Se trata de la sentencia del 6 de septiembre de 2017, pronunciada en el Amparo Directo 9/2016 y la del 15 de febrero de ese mismo año, en el Amparo Directo 29/2016. Ambos casos tienen muchos elementos en común,

entre los cuales se encuentran los siguientes: familia residente en Estados Unidos, el padre sustrajo a la hija a territorio mexicano, la madre solicitó la restitución internacional, el padre se opuso alegando —sustancialmente— el grave riesgo de que la madre descuide a la niña, afectando su integridad física y psíquica.

En el primero de los dos casos mencionados, según el padre sustractor, la progenitora no le daba a la niña los cuidados necesarios para su desarrollo integral, puesto que "anteponía su trabajo a los cuidados de la niña y la exponía a ser víctima de violencia [física o sexual] por la actual pareja de la madre, quien era la persona que cuidaba a la niña cuando la madre iba a trabajar" (AD 9/2016, p. 114, párr. 319) y que, además, se dedicaba al narcotráfico (AD 9/2016, p. 114, párr. 320). Ante estas afirmaciones, la Primera Sala recalcó que para que se actualice la aplicación del artículo 13(b)(1) del Convenio, el grave riesgo debe ser serio, real, actual y directo —requisitos, en principio, acumulativos— y que la carga de la prueba recae exclusivamente sobre quien invoca la existencia de la causal de excepción a la restitución (AD 9/2016, p. 115, párr. 323).

Sin embargo, no solamente el padre no logró probar ninguna de estas afirmaciones, sino que, con respecto a la más importante, se probó lo contrario: la madre cuidaba a su hija y cuando salía a trabajar la dejaba al cuidado de una *babysitter*, no de su pareja sentimental (AD 9/2016, p. 116, párr. 326). Por lo tanto, la sentencia confirmó la orden de restitución internacional de la niña a Estados Unidos (AD 9/2016: 121, párr. 342).

En el segundo caso, de acuerdo con lo afirmado por el progenitor sustractor, la madre era "una persona adúltera, que la abandonó [a la niña] en reiteradas ocasiones por sus conductas promiscuas" (AD 29/2016, p. 20, párr. 31.7), que seguía "una vida de promiscuidad, fiestas y alcohol y que se embarazó de tercera persona" (AD 29/2016, p. 47, párr. 83). Basándose en estos dichos, que implicaban descuido de la niña por parte de la madre, él sostuvo que la restitución al Estado de residencia habitual conllevaba un grave riesgo para la integridad física y psíquica de su hija.

Al analizar estas alegaciones del padre, la Sala se refirió a la cuestión de la prueba. Lo que había que demostrar era la existencia de grave riesgo para la niña si se la restituía a Estados Unidos. La carga de probarlo le correspondía al sustractor quien, sin embargo, no aportó elementos probatorios de sus afirmaciones. No bastaba con que demostrara ser apto para cuidar a su hija, ya que en el proceso de restitución no debe haber un pronunciamiento sobre el fondo de la guarda y custodia (AD 29/2016, p. 50, párr. 82). Igualmente, de manera muy atinada, la Sala estimó que, más allá de que lo narrado por el padre, en términos generales, no fue probado y que, incluso si lo hubiera sido, tal circunstancia del estilo de vida de la madre "no puede ser considerada como una situación de grave riesgo" (AD 29/2016, p. 50, párr. 83). En consecuencia, se resolvió no conceder el amparo contra la sentencia que había ordenado la restitución.

ii. Comparación con la Guía

Las razones que justifican la resolución tomada en ambas sentencias de la SCJN en relación con las alegaciones de descuido son perfectamente compatibles con las buenas prácticas contenidas en Guía de la Conferencia. En efecto, dado que la interpretación de las excepciones a la restitución debe ser restrictiva (Guía, 2020: 24-25, párr. 25) y que el umbral del grave riesgo es elevado, toda alegación de grave riesgo debe ser seria, sustancial, precisa y estar respaldada con evidencia suficiente (Guía, 2020, p. 31, párr. 40-41), lo que no sucedió en estos dos casos. Las simples afirmaciones generales de que las madres descuidarían a las niñas y eso podría afectar a las menores a nivel físico o psíquico no alcanzan para que se llegue a actualizar la excepción de grave riesgo.

Asimismo, las sentencias aquí referidas reafirman el criterio de que la carga de la prueba le corresponde a quien se opone a la restitución —en ambos casos, los padres que sustrajeron a sus hijas—. Esto también está previsto expresamente en la Guía (Guía, 2020, p. 36, párr. 51). De conformidad con el nuevo instrumento de *soft law*, es preciso recalcar que el

proceso de restitución no es un proceso sobre el fondo —guarda y custodia— (Guía, 2020, p. 22, párr. 16), por lo que las pruebas a producir deben ceñirse a cuestiones directamente vinculadas con la restitución, sin invadir la materia que le compete al juez del Estado de residencia habitual de las niñas (Guía, 2020, p. 36, párr. 52).

c) La alegación de violencia familiar

Es muy frecuente que la violencia familiar sea una de las situaciones que la persona que se opone a la restitución alegue al intentar que se aplique la excepción de grave riesgo. Según se mencionó más arriba, esta alegación, que suele combinarse con otras, fue formulada en todos los casos resueltos por la SCJN y estudiados en esta tercera sección del capítulo. Dicho esto, el presente apartado se enfoca en dos sentencias de la Primera Sala de la SCJN en las cuales se analizó la alegación de violencia.

i. Las sentencias

Las vicisitudes propias de cada caso y las pruebas presentadas tuvieron como resultado soluciones distintas. La sentencia del 10 de enero de 2018 en el Amparo Directo 27/2016 consideró acreditada la violencia familiar, mientras que la del 13 de abril de 2016 en el Amparo Directo en Revisión 5669/2015, tuvo por no acreditada la violencia alegada.

El primer caso trata acerca de la solicitud de restitución de un niño a Estados Unidos formulada por el padre, divorciado de la madre del menor. Ella, huyendo de la violencia familiar generada por su exmarido, temiendo que pudiera privarla de la vida o que abusara sexualmente de alguno de sus dos hijos, se trasladó a México con ambos: el niño cuya restitución fue requerida y su medio hermano, mayor que él (AD 27/2016, p. 35, párr. 4).

La madre pretendía que no se ordenara la restitución porque el padre del niño era un hombre violento y tenía antecedentes de abuso sexual,

configurándose el grave riesgo de que, en caso de ser restituido al Estado de su residencia habitual, el menor estuviera expuesto a un peligro grave físico o psíquico, o se lo pusiera en una situación intolerable. Durante el matrimonio, ella era víctima de violencia intrafamiliar: su esposo la agredía física, psicológica y sexualmente, incluso en presencia de los niños. Una vez divorciados, él "continuaba acosándola, ofendiéndola y amenazándola con quitarle a su menor hijo" (AD 27/2016, p. 36, párr. 1), al maltrato físico, verbal y sexual se sumó el económico, pues no pagaba la pensión alimenticia (AD 27/2016, p. 35, párr. 3). Además, el exmarido y solicitante de la restitución estaba registrado con el estatus de ofensor sexual en el Estado de California, por haber realizado actos sexuales delictivos contra menores (AD 27/2016, p. 7, párr. 2).

Las pruebas presentadas por la madre, así como las manifestaciones realizadas por los niños, fueron suficientes para que la Primera Sala considerara acreditado el grave riesgo necesario para implementar la excepción prevista en el artículo 13(1)(b) del Convenio. En la sentencia se tuvo en cuenta que los hijos eran víctimas secundarias, al ser testigos de la violencia perpetrada directamente contra su madre (AD 27/2016, p. 39, párr. 1) y se estableció que:

[...] a pesar de que el progenitor se encuentra sometido a un programa de asistencia para el seguimiento a su estatus de ofensor sexual, es *innegable* que existe un riesgo serio, real, actual y directo, porque las agresiones físicas, psicológicas, sexuales y económicas que presenciaron los niños se traducen en un impacto significativo en su salud emocional y psicológica, que logran calificarse como realmente preocupantes. (AD 27/2016, p. 41, párr. 3).

Asimismo, se tuvo en cuenta que, dadas las circunstancias, existía un alto riesgo de que, en caso de ser restituido, el niño no fuese acompañado por su madre —cuidadora principal— ni por su hermano, con quien siempre había convivido (AD 27/2016, p. 47, párr. 2). Todo esto lo pondría en una situación intolerable. Por lo tanto, se aplicó la excepción de grave riesgo.

El segundo caso se refiere a la solicitud de restitución de una niña a Estados Unidos realizada por el padre, luego de que la madre, escapando de la violencia ejercida por él, se trasladara a México con su hija. La madre se opuso a la restitución internacional invocando —entre otros— el artículo 13(1)(b) del Convenio, por ser el solicitante una persona violenta, rasgo que se incrementó cuando ella descubrió que él consumía drogas. La mujer refirió también que él la obligaba, bajo amenazas, a prostituirse. Según sus afirmaciones, la violencia del padre generaría un grave riesgo para la niña si fuese restituida, riesgo que se incrementaría debido a la calidad de ilegal de aquel en Estados Unidos y la consiguiente posibilidad de ser deportado, teniendo que dejar a su hija en manos de las autoridades de ese país (ADR 5669/2015, pp. 3-5).

La Primera Sala reiteró lo ya señalado en otras oportunidades, en cuanto a la presunción de que el interés superior de la niña se protege mediante la restitución, que las excepciones son extraordinarias y su actualización debe probarse de manera plena, carga que recae sobre la persona que se opone a la restitución (ADR 5669/2015, p. 54, párr. 5). Asimismo, resolvió que el estatus migratorio de indocumentado del padre, por sí solo, es insuficiente para negar la restitución (ADR 5669/2015, p. 56, párr. 5) y que, en cuanto a lo demás, la madre no ofreció ningún medio de prueba con respecto a sus manifestaciones, por lo que "no cumplió con la carga de acreditar alguna de las excepciones" (ADR 5669/2015, p. 60, párr. 3) por la que pudiera negarse la restitución. Con respecto al uso de drogas, el señor no dio positivo en los exámenes que le fueron practicados (ADR 5669/2015, p. 57, párr. 2). En lo atinente a la acusación de haber obligado a la madre a prostituirse, se reconoció que el juzgador no había recabado testimonios; pero la Primera Sala no consideró conveniente reponer el procedimiento para hacerlo, porque habría implicado un retraso en el procedimiento en perjuicio de la propia niña, quien había sido ingresada a la Casa Cuna y estaba sufriendo afectaciones psicológicas (ADR 5669/2015, pp. 62-63).

ii. Comparación con la Guía

En las dos sentencias se aprecia la implementación de buenas prácticas contenidas en la Guía. Efectivamente, en ambas se reafirma el carácter extraordinario de las excepciones (Guía, 2020, p. 24, párr. 23), que su interpretación debe ser restrictiva (Guía, 2020, p. 24, párr. 25), y que la carga de la prueba recae sobre quien se opone a la restitución (Guía, 2020, p. 36, párr. 51). Sólo que en uno de los casos la madre sustractora logró acreditar su alegación de violencia familiar y, en el otro, no.

En la primera sentencia se hizo hincapié en que el riesgo existente para el niño, en caso de ser restituido, era "serio, real, actual y directo" (AD 27/2016, p. 41, párr. 3). Dichas exigencias van en la misma línea del análisis pormenorizado efectuado en la segunda sección de la primera parte de la Guía para contribuir a una mejor comprensión de la excepción de grave riesgo (Guía, 2020, p. 25-27).

El requisito de que el grave riesgo se refiera al niño no impide que se configure la excepción cuando el menor es víctima secundaria; es decir, cuando debido al riesgo de que la madre sufra un daño hay, a la vez, un grave riesgo para el niño (Guía, 2020, p. 26, párr. 33 y 37, párr. 57). La Primera Sala de la SCJN aplicó este criterio, entendiendo que "la exposición de los hijos a la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja se considera, por sí misma, un factor de riesgo para su bienestar y desarrollo que influye de manera directa en la vida normal y en el estado de salud general de los hijos" (AD 27/2016, p. 40, párr. 2). Se debe valorar, además, el efecto que esa violencia familiar ejercida sobre la madre tendría sobre el niño en caso de que fuera restituido y si tal efecto alcanza el umbral de gravedad requerido para que pueda actualizarse la excepción (Guía, 2020, p. 38, párr. 58). En este sentido, la sentencia calificó de "innegable" (AD 27/2016, p. 41, párr. 3) la existencia de un riesgo con las características exigidas para aplicar la excepción del artículo 13(1)(b) del Convenio. Finalmente, también tuvo en cuenta la alta probabilidad de que ni la madre ni el hermano pudieran acompañar al niño al Estado

de residencia habitual (AD 27/2016, p. 47, párr. 2), supuestos que también están previstos en la Guía (Guía, 2020, p. 43, párr. 63 y 48, párr. 74).

En atención a lo mencionado tres párrafos más arriba, de la segunda sentencia sólo resta subrayar la preocupación por no afectar la celeridad en el proceso de restitución internacional, a fin de no agravar la situación de la niña (ADR 5669/2015, pp. 62-63). La Guía se refiere a la obligación de las autoridades intervinientes en procesos de restitución internacional de actuar con urgencia, de manera expedita (Guía, 2020, pp. 22-23, párr. 17, 23, párr. 21 y 53, párr. 78) y, por supuesto, de hacerlo siempre buscando proteger el interés superior de la niñez (Guía, 2020, pp. 21, párr. 14).

d) La existencia de un proceso penal contra el progenitor solicitante de la restitución

En este apartado se presenta una sola sentencia de la Primera Sala de la SCJN.

i. La sentencia

Se trata de la sentencia del 2 de diciembre de 2015, recaída en el Amparo Directo en Revisión 1564/2015. Los hechos del caso se originan en el contexto del viaje que una familia de Estados Unidos —madre, padre y dos hijos menores— hizo a México, para pasar sus vacaciones en Puerto Aventura, Quintana Roo. Durante su estancia en México se desató un conflicto entre los adultos, lo que motivó que la madre denunciara penalmente al padre por el delito de violencia intrafamiliar y que, a partir de ese momento, le negara todo contacto con sus hijos (ADR 1564/2015, p. 49, párr. 4). Además, la madre decidió unilateralmente quedarse a vivir en México junto con los niños (ADR 1564/2015, p. 8, párr. 2), lo que habría constituido una retención ilícita y motivado la solicitud del padre de que se ordenara la restitución de los niños a Estados Unidos, donde residían habitualmente.

El primer juez de grado negó la restitución, decisión que fue avalada por el Tribunal Colegiado (ADR 1564/2015, pp. 29-30). Para resolver de este modo la controversia, se tuvo por demostrado que, en caso de ordenarse la restitución, se podría exponer a los niños a un peligro físico o psíquico, "por el solo hecho de que el quejoso y padre de los menores se encuentra sujeto a una causa penal por el delito de violencia intrafamiliar" (ADR 1564/2015, p. 30, párr. 1). Nótese que el Tribunal Colegiado consideró que, para decidir como lo hizo, no era necesario que existiese una condena con respecto a ese delito (ADR 1564/2015, p. 30, párr. 2) para que se actualizara la excepción del artículo 13(1)(b) del Convenio. Sin embargo, estaba pasando por alto la presunción de inocencia establecida a nivel constitucional: en el proceso penal, toda persona imputada tiene derecho "a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa" (artículo 20, B, I de la Constitución Federal). La Primera Sala de la SCJN observó que:

la decisión del caso implicaba ponderar si, a pesar del principio de presunción de inocencia [...] la mera existencia de una denuncia penal por la comisión de un delito respecto del cual aún no existe una condena específica, es suficiente para considerar que se actualiza el supuesto previsto en el artículo 13, inciso b), de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. (ADR 1564/2015, p. 30, párr. 3).

Sin embargo, el Tribunal Colegiado omitió hacer la ponderación necesaria, omisión que justificó la procedencia del recurso (ADR 1564/2015, p. 31, párr. 2).

En consecuencia, fue la Primera Sala la que se planteó la pregunta de si el solo hecho de que existiera un proceso penal en curso, sin condena, contra el solicitante de la restitución internacional, era suficiente para entender acreditado el grave riesgo de que, en caso de ser restituidos, los niños estuvieran expuestos a un peligro grave físico o psíquico, o se los pusiera en una situación intolerable. La respuesta fue negativa (ADR 1564/2015, p. 46, párr. 2).

La Primera Sala consideró que la existencia de una denuncia penal contra el solicitante de la restitución "no es por sí sola determinante para negar la solicitud" (ADR 1564/2015, p. 47, párr. 3) en virtud del artículo 13(1)(b) del Convenio. Sostener lo contrario significaría pasar por alto el principio de presunción de inocencia (ADR 1564/2015: 46, párr. 4) y podría incentivar a quien se opone a la restitución a dar los pasos necesarios para iniciar un procedimiento penal contra el solicitante, lo que a todas luces resulta indebido y anula el propósito del Convenio (ADR 1564/2015, p. 47, párr. 4).

Asimismo, como la decisión debe perseguir primordialmente el interés superior de la infancia, el juzgador tiene la obligación de considerar que existe un proceso penal en contra de quien solicitó la restitución,

a fin de ponderar cuál es el delito que se le imputa y qué trascendencia podría tener en el menor respecto del cual se solicita la restitución, que en el proceso penal se encuentre culpable a quien solicita la restitución, pues no es lo mismo por ejemplo que el proceso penal se siga por un delito de fraude o lesiones en contra de un tercero, a que el delito se siga por violación o abuso sexual en contra de los propios menores. (Énfasis en el original) (ADR 1564/2015, p. 48, párr. 1).

Por lo tanto, la Primera Sala resolvió revocar la sentencia impugnada y devolver los autos al Tribunal Colegiado de origen para que emita una nueva sentencia, tomando en cuenta los lineamientos fijados con respecto al artículo 13(1)(b) del Convenio (ADR 1564/2015, p. 50, párr. 2).

ii. Comparación con la Guía

La interpretación del artículo 13(1)(b) establecida por la Primera Sala de la SCJN en la sentencia recaída en el ADR 1564/2015 es compatible con la Guía. Ello es así a pesar de que el nuevo instrumento no incluye entre los ejemplos de la segunda sección de la segunda parte la existencia de un proceso penal contra la persona que solicita la restitución de una

niña o un niño. En relación con el ámbito penal, sí contempla, en cambio, el riesgo de que se entable un proceso penal —o la existencia de dicho proceso— contra la madre sustractora o el padre sustractor, por la sustracción, en el Estado de residencia habitual del menor —lo que podría dificultar u obstaculizar el retorno— (Guía, 2020, p. 44-45, párr. 67). Sin embargo, como se indica al inicio de la referida sección de la Guía, el análisis del artículo 13(1)(b) del Convenio depende, en gran medida, de los hechos y debe hacerse cuidadosamente, paso a paso (Guía, 2020, p. 37, párr. 55). Se comprende entonces que los casos incluidos en la Guía son tan solo ejemplos y que no conforman una lista cerrada (Guía, 2020, p. 37, párr. 56).

Se entiende que la sentencia de la Primera Sala de la SCJN se ajusta a las buenas prácticas de la Guía, dado que retomó y aplicó los principios contenidos en ésta y en el Convenio. En particular, el interés superior de los niños, el carácter limitado y la interpretación restrictiva de la excepción de grave riesgo, así como la necesidad de que la prueba del grave riesgo sea fehaciente (ADR 1564/2015, p. 46, párr. 3; Guía, 2020, p. 21, párr. 14, 24-25).

Además, un criterio implícito en la sentencia que corresponde destacar y que permite especialmente apreciar la concordancia entre ésta y la Guía es el que requiere vincular la posible causa de grave riesgo con el impacto que la misma podría tener en la vida cotidiana del niño en concreto a futuro, en caso de ser restituido al Estado de su residencia habitual, y con el nivel de gravedad suficiente para que se actualice la excepción. Dicho criterio está plasmado en la Guía en varios casos; por ejemplo, con respecto a la violencia doméstica (Guía, 2020, p. 38, párr. 58), a las circunstancias del Estado de residencia habitual (Guía, 2020, p. 41: párr. 61), o a la separación del niño y el padre sustractor o la madre sustractora (Guía, 2020, p. 43, párr. 64-65). La sentencia se ubica en la misma dirección, pues, más allá de negarle relevancia para efectos de la excepción de grave riesgo a la sola existencia de un proceso penal contra el padre solicitante,

estableció que se debe considerar cuál es el delito que se le imputa y cómo podría afectar al niño la eventual declaración de culpabilidad del padre, si la restitución tuviera lugar (ADR 1564/2015, p. 48, párr. 1).

e) La condición migratoria irregular del progenitor solicitante de la restitución

El estatus migratorio irregular de las personas que tienen hijos menores de edad puede ser invocado en algunos casos por el progenitor sustractor, con la pretensión de que funcione para actualizar la excepción de grave riesgo a la restitución internacional de niñas o niños sustraídos o retenidos ilícitamente en un Estado diferente de aquel donde tenían su residencia habitual. La carencia de título migratorio para residir legalmente podría referirse al propio sustractor, o bien, al progenitor solicitante de la restitución. En este apartado se hace alusión al segundo supuesto.

Entre las sentencias de la SCJN objeto del presente capítulo, se encuentran dos en las cuales se alegó la condición migratoria irregular del solicitante.

i. Las sentencias

En una de las sentencias, la cuestión migratoria iba acompañada por alegaciones de violencia, que opacaron la importancia de la primera en cuanto a la extensión del desarrollo argumentativo de la Primera Sala. Dicha decisión fue comentada en el apartado c) precedente. Basta aquí recordar que resolvió que el estatus migratorio de indocumentado del padre, por sí solo, es insuficiente para negar la restitución (ADR 5669/2015, p. 56, párr. 5).

En cambio, en la otra sentencia de la Primera Sala (Amparo Directo en Revisión 4833/2016, 21 de junio de 2017), que se estudia a continuación, debido a las circunstancias del caso, se efectuó un análisis específico para ponderar la residencia irregular del solicitante:

en relación con el derecho a la restitución y el interés superior del niño, lo que [dio] la pauta a un criterio novedoso y de relevancia para el orden jurídico nacional, a efecto de continuar estableciendo los alcances del artículo 13 de la Convención [...] (ADR 4833/2016, p. 38, párr. 1).

Los hechos de este caso son los siguientes: en Estados Unidos, una mujer de nacionalidad hondureña y un hombre mexicano, ambos en condición migratoria irregular, no convivientes, procrearon dos niñas. Las niñas, por haber nacido allí, eran de nacionalidad estadounidense. A causa de una emergencia familiar en Honduras, la madre debía regresar a su país de origen por un tiempo, por lo que otorgó al padre la guarda y custodia temporal de sus hijas, que recuperaría a su regreso. Sin embargo, cuando un mes y medio después volvió a Estados Unidos, se enteró de que unos pocos días antes el padre se había llevado las niñas a México. Como no regresaban, unos meses después, ella interpuso una solicitud de restitución internacional para que las niñas regresaran a su Estado de residencia habitual (ADR 4833/2016, p. 6-8), solicitud que le fue concedida.

El padre, por su parte, afirmaba haberse trasladado a su país de origen con las niñas porque su condición migratoria irregular le impedía acceder a un buen empleo en Estados Unidos. Asimismo, se opuso a la restitución alegando que la madre, también migrante irregular, "presentaba una inadecuada estabilidad emocional, por los constantes hostigamientos de las autoridades migratorias" (ADR 4833/2016, p. 9, párr. 2). Nótese que no alegó violencia familiar de ningún tipo de la madre para con las niñas (ADR 4822/2016, p. 53, párr. 60). El sustractor consideraba que la mera condición migratoria de la madre solicitante era suficiente para que pudiera aplicarse la excepción a la restitución prevista en el artículo 13(1)(b) del Convenio. No obstante, su posición no fue compartida por la Primera Sala de la SCJN, que decidió confirmar la sentencia recurrida (ADR 4833/2016, p. 70, párr. 3).

En efecto, la Primera Sala partió del importante dato de que las niñas eran residentes legales en Estados Unidos (ADR 4833/2016, p. 45, párr. 44)

y entendió que, en esas circunstancias, la sola condición migratoria irregular de la madre solicitante de la restitución "no es causa bastante, *per se*, para negar la restitución" (ADR 4833/2016, p. 46, párr. 45). Añadió que no se derivaba estrictamente de tal condición migratoria de la madre un peligro físico o psíquico cierto para las menores y tampoco era aceptable que dicha condición las colocara en una situación intolerable (ADR 4833/2016, p. 46, párr. 45). En su calidad de nacionales del Estado de residencia habitual, las niñas no necesariamente tendrán que sufrir las circunstancias que soporte la madre como consecuencia de no tener residencia legal en ese país (ADR 4833/2016, p. 46, párr. 46).

Además, señaló que, aunque el riesgo y la eventual actualización de una detención y una subsiguiente deportación de la madre tendrían un impacto en la vida de las menores, no entrañan la gravedad exigible para que se configure la excepción del artículo 13(1)(b) del Convenio (ADR 4833/2016, p. 49, párr. 51).

[...] pues el precepto convencional se propone proteger al menor de edad de *actos o situaciones dañosas excepcionales*, que se presenten con motivo y en el contexto del desarrollo de su relación particular con el solicitante, y la apuntada [condición migratoria irregular], por su naturaleza, en tanto deriva de una situación externa a dicha relación y cuya solución no depende de la decisión o voluntad del progenitor, no encuadra en ese propósito de la norma. (ADR 4833/2016, p. 49, párr. 52)

Adicionalmente, la Primera Sala sostuvo que admitir la sola situación migratoria irregular del solicitante como causa de excepción a la restitución bajo el supuesto de sometimiento de las niñas —que tienen residencia legal en el Estado de restitución— a una situación intolerable, "*implicaría convalidar (...) toda sustracción ilícita que se diere en esta situación, haciendo nugatorio el propio procedimiento de restitución en tales casos*", lo que sería contrario a la finalidad del Convenio, establecida en el inciso a) de su artículo 1 ("garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante"). (ADR

4833/2016, p. 50, párr. 54). En realidad, la discusión acerca de "*una eventual situación de vulnerabilidad del solicitante de la restitución, derivada de su condición migratoria*" atañe al fondo de la guarda y custodia y por consiguiente debería plantearse ante el juez del Estado de residencia habitual de las niñas (ADR 4833/2016, p. 52, párr. 56) y queda fuera del ámbito material acotado del proceso de restitución internacional.

ii. Comparación con la Guía

Al igual que en el apartado inmediatamente anterior, sobre la existencia de un proceso penal contra el progenitor solicitante de la restitución, el caso de la condición migratoria irregular del mismo, invocada como causal de la excepción de grave riesgo del artículo 13(1)(b) del Convenio, no figura entre los ejemplos ofrecidos por la Guía. Los casos que allí vienen, en relación con la calidad ilegal de los migrantes, se refieren al progenitor sustractor (Guía, 2020, p. 45, párr. 68). Tal como ya se explicó, los ejemplos provistos por la Guía carecen de toda pretensión de exhaustividad.

Se considera que el criterio interpretativo del artículo 13(1)(b) del Convenio establecido en la sentencia desarrollada en el presente apartado guarda una relación de coherencia con el contenido de la Guía, por las siguientes razones:

1. La Primera Sala construyó su argumento sobre la base de sus decisiones previas que ya se ajustaban al Convenio, acerca de, por ejemplo, los objetivos de éste (Guía, 2020, p. 21, párr. 11), el interés superior de la niñez en materia de sustracción (Guía, 2020: 32, párr. 14), el carácter extraordinario de los supuestos de excepción a la restitución contemplados el artículo 13(1)(b) (Guía, 2020, p. 24, párrs. 23-24), así como la necesidad de interpretarlos de manera estricta (Guía, 2020, p. 24-25, párrs. 25).
2. Se enfocó en el análisis de riesgo para las niñas (Guía, 2020, p. 26, párr. 32), cuya residencia en Estados Unidos era legal, y analizó la gravedad del riesgo invocado (Guía, 2020, p. 26, párr. 34),

concluyendo que el solo hecho de que la madre solicitante tuviese una situación migratoria irregular, no es suficiente para poner a las hijas en una situación intolerable en caso de ser restituidas.

3. Mantuvo claridad en cuanto a la naturaleza del procedimiento sumario de restitución internacional y su objetivo, evitando caer en una confusión que acabara transformándolo en un proceso de guarda y custodia para el cual, además, el Convenio le atribuye competencia a otro juez —el del Estado de residencia habitual de las niñas— (Guía, 2020, p. 25, párr. 26).
4. Respetó el rechazo al traslado internacional ilícito de niñas y niños (Convenio, 1980: preámbulo y artículo 1) y procuró no incentivarlo indirectamente, a través de su sentencia, en otros casos con el mismo sustrato fáctico que éste —progenitor solicitante de la restitución en condición migratoria irregular en el Estado de residencia habitual del menor, menor con residencia legal en ese Estado, sustracción o retención ilícita a México, por parte del otro progenitor—.

4. Conclusiones

La excepción de grave riesgo a la restitución internacional es un recurso trascendental del que dispone el juez para asegurarse de que la decisión que tome en un proceso de restitución garantiza el interés superior de la niñez. En efecto, el esquema de cooperación instaurado por el Convenio reposa sobre la regla de que lo que más beneficia a una niña o a un niño sustraído o retenido ilícitamente en el extranjero, fuera del país donde vivía, es regresar allí. Por eso, en principio, se debe ordenar la restitución inmediata a su Estado de residencia habitual. No obstante, el mismo instrumento reconoce que, en ciertas ocasiones excepcionales, la solución más adecuada para preservar el interés superior de una niña o un niño en concreto consiste en no regresar a aquel Estado.

Entre la lista cerrada de casos de excepción a la regla general, se destaca el supuesto de grave riesgo de un peligro —también grave— físico o psí-

quico para la persona menor de edad, o de que se la ponga en una situación intolerable, si se materializa la restitución. La aplicación de la excepción de grave riesgo, prevista en el artículo 13(1)(b) del Convenio, ha sido compleja. Los errores en su interpretación e implementación, sumados a la propensión de los progenitores sustractores a invocar esta norma incluso sin aportar pruebas, pueden desnaturalizar la excepción y desvirtuar por completo el sistema convencional.

En este contexto, es bienvenida la reciente publicación de la nueva Guía de Buenas Prácticas referida al artículo 13(1)(b) del Convenio (Albornoz, 2020), que invita a los Estados a reflexionar sobre sus propias prácticas. Como una primera reacción a esta propuesta, en el presente capítulo se examinó la actividad jurisdiccional mexicana y se la apreció a la luz de la Guía, a fin de poder confirmar o desechar hipótesis de que, en términos generales, la primera se ajusta a la segunda. La acotación "en términos generales" se debe a que se trabajó únicamente con jurisprudencia de la SCJN. Las sentencias empleadas son las siete que, hasta el año 2019 inclusive, emitió la Primera Sala del más alto tribunal de México en casos en los cuales la parte que se oponía a la restitución internacional pretendió que se aplicara la excepción de grave riesgo para impedir el regreso de niñas o niños a sus Estados de residencia habitual.

No sorprende que en seis de las siete sentencias consideradas se haya alegado la existencia de violencia familiar. En efecto, es común que tanto las sustracciones como las retenciones ilícitas de menores de edad se produzcan para huir de ambientes domésticos hostiles, donde la agresión física y/o psicológica ejercida por uno de los progenitores sobre el otro y/o sobre los menores es constante o al menos frecuente. De todos modos, fue posible distinguirlas entre sí, en virtud de que ciertos aspectos sobresalían en unas u otras. En cuanto a la sentencia restante, estudió la invocación de una causal diferente de grave riesgo, de gran relevancia para las familias mexicano-estadounidenses: la condición migratoria irregular de la persona que solicita la restitución.

Del análisis comparativo efectuado entre los criterios adoptados en las sentencias de la Primera Sala de la SCJN y la Guía, se concluye que, en general, la actividad jurisdiccional mexicana en materia de grave riesgo como excepción a la restitución internacional de niñas y niños concuerda con las buenas prácticas recomendadas por la Conferencia. De modo que la hipótesis resulta confirmada. Ello demuestra que México, en su calidad de Estado parte del Convenio, se ha venido preocupando por interpretarlo y aplicarlo respetando su finalidad, limitando la utilización de la excepción de grave riesgo a casos extraordinarios donde hay pruebas fehacientes y se alcanza el alto umbral de gravedad exigido.

Sin embargo, un tema tan delicado como éste —crucial para salvaguardar el interés superior de niñas y niños y facilitar su desarrollo integral— requiere mantener un estado permanente de reflexión y conciencia acerca de las propias prácticas, especialmente cuando se trata de aplicar el artículo 13(1)(b) del Convenio. Así, en México se podrá dar continuidad a las prácticas positivas y procurar que permeen en los tribunales de fondo. Se estima que el nuevo instrumento de *soft law* de la Conferencia será un aliado en esta labor, al igual que en el reto de mejorar las prácticas propias cuando se identifique algún área de oportunidad en la implementación del Convenio. Si los Estados parte de éste toman la Guía como referente en sus sentencias futuras, contribuirán a avanzar rumbo a la uniformidad global de soluciones con respecto a la excepción de grave riesgo y, en última instancia, a ofrecer rápidamente respuestas jurídicas justas: aquellas que mejor materialicen, en cada caso concreto, el interés superior de la niñez.

Fuentes

Albornoz, M. M. (2020), "Nueva Guía de Buenas Prácticas: la excepción de grave riesgo en la restitución internacional de menores", blog *Derecho en Acción*, División de Estudios Jurídicos del CIDE, 17 de marzo de 2020, disponible en: «<http://derechoenaccion.cide.edu/nueva-guia-de-buenas-practicas-la-excepcion-de-grave-riesgo-en-la-restitucion-internacional-de-menores/>» [visitado el 15 de abril de 2020].

Boyle, A. E. (1999), "Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law", *The International Law Quarterly*, vol. 48, núm. 4, pp. 901-913.

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2020), *Derecho y Familia: restitución internacional de niñas, niños y adolescentes*. Serie Líneas Jurisprudenciales, núm. 1. Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1980), *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, 25 de octubre de 1980, disponible en: «<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24>» [visitado el 15 de abril de 2020].

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1982), *Actas y documentos de la decimocuarta sesión, del 6 al 25 de octubre de 1980*, tomo III, Sustracción de niños, La Haya, Oficina Permanente de la Conferencia, disponible en francés y en inglés en: «<https://assets.hcch.net/docs/05998e0c-af56-4977-839a-e7db3f0ea6a9.pdf>» [visitado el 15 de abril de 2020].

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2010), *Guía de contacto transfronterizo relativo a los niños*, disponible en: «<https://assets.hcch.net/docs/230b60d3-0418-4cc0-a2f1-fdcb6add9605.pdf>» [visitado el 15 de abril de 2020].

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2020), *Boletín de los jueces sobre la protección internacional del niño*, números de 1999 en adelante, algunos números en español y otros en inglés, disponibles a partir de: «<https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/publications2/judges-newsletter/>» [visitado el 15 de abril de 2020].

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1989), Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: estado actual, disponible en: «<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>» [visitado el 15 de abril de 2020].

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2020), *Guías de buenas prácticas, Partes I a V*, disponibles a partir de: «<https://www.hcch.net/es/instruments/specialised-sections/child-abduction>» [visitado el 15 de abril de 2020].

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2020), *Guía de Buenas Prácticas sobre el Convenio del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores —Parte VI— Artículo 13(1)(b)*, disponible en inglés en: «<https://assets.hcch.net/docs/225b44d3-5c6b-4a14-8f5b-57cb370c497f.pdf>» [visitado el 15 de abril de 2020] y en francés en: «<https://assets.hcch.net/docs/843d1604-e3af-4b79-9797-10e3cf51c35a.pdf>» [visitado el 15 de abril de 2020].

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2020), INCADAT, disponible en: «<https://www.incadat.com/es>» [visitado el 15 de abril de 2020].

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2020), *Publication of the Guide to Good Practice under the Child Abduction Convention: Part VI — Article 13(1)(b)*, 9 de marzo de 2020, disponible en inglés en: «<https://www.hcch.net/es/news-archive/details/?varevent=725>» [visitado el 15 de abril de 2020].

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2020), Red Internacional de Jueces de La Haya, disponible en: «<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction/ihnj>» [visitado el 15 de abril de 2020].

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2020), disponible en: «http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_060320.pdf» [visitado el 15 de abril de 2020].

Forcada Miranda, F. J. (2017), "Cuestiones complejas en la interpretación y aplicación de la excepción 13(1) B) 'Grave riesgo': La prueba del 'grave riesgo': importancia de la determinación del objeto de las pericias", en Tenorio Godínez, L., Rubaja, N. y Castro, F. (coords.), *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, Ciudad de México, Editorial Porrúa, pp. 307-319.

Goicoechea, I. (2017), "Cuestiones complejas en la interpretación y aplicación de la excepción 13(1) B) 'Grave riesgo': El 'regreso seguro del niño' en el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de niños", en Tenorio Godínez, L., Rubaja, N. y Castro, F. (coords.), *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, Ciudad de México, Editorial Porrúa, pp. 320-336.

González Martín, N. (2012), "Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística", en Carbonell, J., Carbonell, M. y González Martín, N., *Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el Derecho*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 57-112, disponible en: «<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3174/4.pdf>» [visitado el 15 de abril de 2020].

González Martín, N. (2015), "International Parental Child Abduction and Mediation", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, pp. 353-412, disponible en: «<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/493/754>» [visitado el 15 de abril de 2020].

Hooft, E. R. (2019), "El interés superior del niño como guía en la interpretación del art. 13 (1) B) del Convenio de La Haya sobre sustracción de niños", en Fresnedo de Aguirre, C. y Lorenzo de Idiarte, G. A. (coords.), *130 aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889. Legado y Futuro de sus Soluciones en el Concierto Internacional Actual*, Jornadas organizadas por el Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, Universidad de la República, 5 y 6 de junio de 2019, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, pp. 579-594.

Momoh, O. (2019), "The interpretation and application of Article 13(1) b) of the Hague Child Abduction Convention in cases involving domestic violence: Revisiting *X v Latvia* and the principle of 'effective examination'", *Journal of Private International Law*, vol. 15, núm. 3, pp. 626-657.

Najurieta, M. S. (2017), "Cuestiones complejas en la interpretación y aplicación de la excepción 13(1) B) 'Grave riesgo': Introducción. Breve panorama de los dilemas que presenta esta excepción", en Tenorio Godínez, L., Rubaja, N. y Castro, F. (coords.), *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, Ciudad de México, Editorial Porrúa, pp. 261-289.

Organización de las Naciones Unidas (1989), *Convención sobre los Derechos del Niño*, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, disponible en: «<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>» [visitado el 15 de abril de 2020].

Organización de las Naciones Unidas (2020), *United Nations Treaty Collection*, disponible en inglés en: «https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en» [visitado el 15 de abril de 2020].

Pérez-Vera, E. (1981), *Informe explicativo del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, disponible en: «<https://assets.hcch.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf>» [visitado el 15 de abril de 2020].

Ripley, P. (2008), "A Defence of the Established Approach to the Grave Risk Exception in the Hague Child Abduction Convention", *Journal of Private International Law*, vol. 4, núm. 3, pp. 443-477.

Rubaja, N. (2017), "Sustracción internacional de niños y derechos humanos: El interés superior del niño en el contexto de los procesos de restitución internacional de niños", en Tenorio Godínez, L., Rubaja, N. y Castro, F. (coords.), *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, Ciudad de México, Editorial Porrúa, pp. 19-37.

Sentencia recaída al Amparo Directo 27/2016, Primera Sala de la SCJN, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 10 de enero de 2018.

Sentencia recaída al Amparo Directo 29/2016, Primera Sala de la SCJN, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 15 de febrero de 2017.

Sentencia recaída al Amparo Directo 9/2016, Primera Sala de la SCJN, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 6 de septiembre de 2017.

Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 1564/2015, Primera Sala de la SCJN, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 2 de diciembre de 2015.

Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 4833/2016, Primera Sala de la SCJN, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 21 de junio de 2017.

Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 5669/2015, Primera Sala de la SCJN, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 13 de abril de 2016.

Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 903/2014, Primera Sala de la SCJN, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 2 de julio de 2014.

Sentencia recaída al Toca 2926/2008, Tercera Sala Familiar del H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Ponente: Magistrada Adriana Canales Pérez, 16 de febrero de 2009.

Shaffer, G. C. y Pollack, M. A. (2010), "Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance", *Minnesota Law Review*, vol. 94, núm. 3, pp. 706-799.

Trecca, D. (2019), "Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores — Parte V — artículo 13(1)(B)", en Fresnedo de Aguirre, C. y Lorenzo de Idiarte, G. A. (coords.), *130 aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889. Legado y Futuro de sus Soluciones en el Concierto Internacional Actual*, Jornadas organizadas por el Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, Universidad de la República, 5 y 6 de junio de 2019, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, pp. 541-561.

CAPÍTULO 5

Excepciones en la sustracción internacional de menores que pueden afectar cuestiones de fondo

Eileen Matus Calleros

Resumen

Estudiamos la problemática que se da en la sustracción internacional de menores, cuando partimos de que debe existir una separación entre la sustracción y el proceso sobre la custodia, y en la práctica observamos que los operadores jurídicos evalúan cuestiones de fondo —que afectan primordialmente los derechos de custodia— al fallar un proceso de sustracción. De ahí que se analicen las consecuencias de la sustracción del menor sobre la competencia de los tribunales que conocerán sobre el fondo y el impacto del derecho de custodia en los procesos de restitución, y su relación con los procesos de fondo cuando se actualiza alguna de las excepciones previstas en el Convenio de La Haya de 1980. A partir del examen comparativo de la jurisprudencia, el derecho autónomo y el convencional es que contestamos interrogantes que nos permiten hacer las siguientes afirmaciones: convencionalmente se establece una separación entre la restitución y el fondo. No obstante, en el ejercicio comparado se muestra que: la separación entre el proceso de restitución y la competencia

judicial es relativa; la decisión sobre la restitución incide en los tribunales que resolverán el fondo; y que existe una vinculación entre las excepciones a la restitución y el fondo de la custodia.

I. La sustracción internacional de menores

La sustracción internacional de menores (en adelante la SIM) es un supuesto de hecho que en los últimos años se ha materializado más frecuentemente. Si bien el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores data de 1980 (en adelante CLH), pareciera que este tema es una cuestión más de este siglo que del siglo XX. Desde nuestra perspectiva, eso se debe principalmente a dos razones: en primer lugar, al territorialismo existente en la mayoría de los países el siglo pasado y, en segundo lugar, al alcance internacional que ha adquirido el derecho de familia a partir de la globalización.

México es parte de otro instrumento sobre la materia, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (DOF, 1994); sin embargo, éste tiene un ámbito de aplicación limitado¹ al continente americano. El acierto de este instrumento es que regula el sector de la competencia judicial internacional al unificar el derecho entre los Estados parte. No obstante, en México dicho ordenamiento está casi en desuso. Por esta razón, en el presente trabajo nos detendremos solamente a estudiar el CLH de 1980 (DOF, 1992) y no el convenio interamericano.

Consideramos que actualmente la SIM no se puede analizar únicamente desde la perspectiva de la cooperación internacional sin tomar en cuenta a otros sectores del derecho internacional privado (en adelante DIPr),² sobre todo el que se refiere a la competencia judicial. Para nosotros existen elementos que juegan un papel fundamental y que no pueden ser estu-

¹ Aunque el convenio está abierto a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (art. 28), se puede adherir cualquier otro Estado (art. 30).

² Nos referimos a la competencia judicial internacional, al derecho aplicable, al reconocimiento y ejecución de sentencias.

diados de manera aislada en la SIM; como son el derecho de custodia, la sustracción ilícita, la competencia judicial y el proceso sobre restitución.

En las siguientes líneas analizaremos cómo es que la frontera que separa el procedimiento de restitución de las cuestiones del fondo no siempre es tan estricta. En la práctica, cuando se invocan las excepciones del CLH, los temas que normalmente se analizan cuando se deciden las cuestiones de fondo se tornan relevantes en el proceso de restitución.

Ahora bien, por ningún motivo estamos en contra de lo establecido en los artículos 17 y 19 del CLH, sino que queremos resaltar de qué manera "los derechos de custodia" impactan el proceso de restitución internacional, sobre todo, cuando se trata de determinar el rechazo o la restitución internacional del menor. En este sentido debemos contemplar, en primer lugar, cómo afecta el concepto de "derecho de custodia" a los procesos de la SIM, y en segundo, la posibilidad de que se lleve a cabo un proceso sobre el fondo posterior al proceso de restitución.³

II. Objetivos de la restitución del menor en el Convenio de La Haya de 1980

Para empezar a estudiar el alcance del "derecho de custodia" en los procesos de la SIM en el ámbito del CLH haremos un breve examen del derecho autónomo y el convencional, de la jurisprudencia de algunos Estados parte, así como de la jurisprudencia mexicana en lo que se refiere a los objetivos del CLH y su aplicación en los tribunales mexicanos.

La compleja relación entre el derecho de custodia y el proceso de restitución sólo puede entenderse desde las vertientes en las que se manifiesta la propia relación. En este sentido, los objetivos del CLH son: el man-

³ Imaginemos el caso donde el Estado de origen emite una sentencia que atribuye los derechos de custodia al sustractor, o que la sentencia de éste, no se reconozca en el Estado de sustracción, o evaluemos la oposición del menor a su retorno.

tenimiento del *statu quo* anterior a partir de garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita; el respeto de los derechos de custodia y visita preestablecidos, y defender que: "existe una especie de competencia natural de los tribunales de la residencia habitual del menor en un litigio sobre la custodia" (Pérez-Vera, 1980, párr. 60). Derivado de lo anterior, podemos deducir que el espíritu del CLH es que no se alteren las normas de competencia judicial que operaron antes del traslado a pesar de que la sustracción se hubiere producido (Jiménez, 2008, pp. 10-13). La premisa subyacente en el CLH es que las autoridades que están en condiciones de decidir sobre el fondo de la cuestión son las que pueden hacer un examen exhaustivo del "interés superior", puesto que son las que tienen acceso a todas las pruebas pertinentes (GBP13, párr. 85).⁴

Lo que se intenta lograr al exigir el respeto del derecho de custodia del Estado de origen es prevenir que el sustractor legalice su acción en el Estado de destino. De ahí que los artículos 16 y 17 del CLH establezcan dos competencias negativas: una que señala que las autoridades del Estado de destino del menor no decidirán sobre las cuestiones de fondo de los derechos de custodia, y otra que señala que el solo hecho de que se dicte una decisión relativa a la custodia del menor o se pueda reconocer en el Estado requerido, no puede justificar la negativa para restituir a un menor. Lo anterior significa que los tribunales del Estado requerido no deben vincular su decisión de restituir (o no) a las decisiones sobre el fondo.⁵

De lo anterior se desprende que otro de los objetivos del CLH es desalentar las sustracciones de menores a partir de la rápida restitución y establecer una regla de competencia negativa en el artículo 16. Un punto sobre el que debemos reflexionar está íntimamente ligado con el hecho

⁴ Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980.

⁵ En el caso mexicano, la tramitación de los casos de restitución en virtud del CLH le corresponden al poder judicial. Informe de la Parte II de la Sexta Reunión de la Comisión Especial, párr. 49.

de que al CLH no le interesa que el sustractor se beneficie del acto de sustraer al menor, sino que por el contrario le importa que el carácter fáctico de la "residencia habitual" no se diluya con este acto.⁶

La realidad es que desde un aspecto práctico, el CLH se queda corto con respecto a los diferentes planteamientos que pueden darse actualmente, a partir de un caso de sustracción de menores. Pensemos, por ejemplo, que la restitución de un menor se logra según los objetivos de CLH, es decir, un menor es sustraído y posteriormente restituido respetando los derechos de custodia vigentes en el Estado de origen. Si bien este escenario suena optimista, la realidad es que la mayoría de los supuestos no se desarrollan de esta manera. Existe una complejidad que no está contemplada por el CLH, y tiene que ver con la posibilidad de que exista un proceso posterior a la decisión de no restitución en los tribunales del Estado de destino o a que se restituya al menor a su Estado de origen, y se lleve a cabo después un proceso en los tribunales de la residencia habitual.

Si uno de los fines del CLH al buscar la restitución del menor es mantener la vigencia y eficacia de los derechos de custodia o visita previamente establecidos, ¿qué sucede cuando el sustractor es quien tiene atribuido el derecho de custodia y, además, según el artículo 5o. de la CLH, este derecho se puede interpretar como el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor? ¿En este caso cómo se calificaría el traslado? ¿Qué pasaría si no hay una coincidencia entre el derecho de custodia "vigente" en un Estado y el contenido del derecho en un determinado ordenamiento estatal o jurisprudencia? ¿Qué acontecería si se rechaza la restitución y en los tribunales de destino se presentan dos vertientes, una procesal y otra material? ¿Cómo resolveríamos un caso en el que la sustracción misma pone en evidencia la inconveniencia del derecho de custodia atribuido en los tribunales de la residencia habitual? Como podemos observar, se

⁶ Tomar como referencia el sistema estadounidense de *continuing jurisdiction* el cual tiene como finalidad privar de consecuencias prácticas a la sustracción.

pueden dar un sinnúmero de casos en los cuales la separación entre el procedimiento de restitución y la decisión sobre el fondo del asunto se pueden poner en riesgo. Es precisamente en estos supuestos en los que se requiere un mayor análisis para que no se ponga en riesgo el funcionamiento y se prive de eficacia el CLH.⁷

III. El "derecho de custodia" en el Convenio de La Haya de 1980 y la jurisprudencia mexicana

El "derecho de custodia", es una construcción jurídica fundamental en lo referente a cualquier cuestión de responsabilidad parental. Establecer un entendimiento uniforme acerca de lo que significa "derecho de custodia" es una de las dificultades más frecuentes en la aplicación de este instrumento. Como hemos visto, los derechos de custodia son el eje del sistema establecido en el CLH, así como el aspecto determinante del ámbito de aplicación material de éste.⁸ Sin embargo, el CLH no define los derechos de custodia y visita, salvo lo establecido en el artículo 5o., y el hecho de que para calificar como ilícito un traslado o una retención éste (el traslado o retención) debió violar un: "derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cual-

⁷ La situación descrita nos habla de que existe gran complejidad en lo que se refiere al establecimiento de respuestas a los sectores del DIPr, cuando se presenta una sustracción internacional de menores. Por lo que se sugiere la lectura y posible firma y ratificación del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en la materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (BOE 2 de diciembre de 2010. En vigor desde el 1 de enero de 2011). La participación en este convenio vendría a uniformar varios aspectos del derecho de familia que aún se encuentran esparcidos en el sistema plurilegislativo mexicano. Consideramos que, en comparación con los países europeos, tenemos una desventaja normativa en esta materia. Estos Estados no sólo pertenecen a un sistema de regulación comunitaria, sino que además han adoptado el reglamento 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que contiene disposiciones que complementan el CLH de 1980. Tanto el Reglamento como el CLH de 1996 complementan el CLH de 1980, ya que este último sigue siendo el instrumento central en materia de sustracción y restitución internacional de menores.

⁸ "Fiel a una larga tradición de la Conferencia de La Haya, el Convenio ha evitado definir los términos utilizados, con excepción de los contenidos en el artículo 5 sobre los conceptos de derecho de custodia y derecho de visita, indispensables para determinar el ámbito de aplicación material del Convenio" (Pérez-Vera; párr. 53).

quier 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, cuando el derecho se ejercía de forma efectiva en el momento del traslado o la retención o se habría ejercido de no haberse producido la sustracción." (Art. 3o.).⁹

La coincidencia entre los "derechos de custodia" convencionales y los "derechos de custodia" estatales no siempre es evidente. Mientras que en México se utilizan distintos conceptos jurídicos [SCJN. 1a. CCCVI/2013 (10a.)] en los que no siempre están delimitados sus contrastes (guarda, custodia, tutela, convivencia provisional, patria potestad o cuidado), hay otros países como Islandia que sólo prevén una *joint custody* o una *sole custody* (*Iceland: Law No. 20 of 1992 in Respect of Children*, 1 July 1992). Si bien muchos Estados se han adherido al convenio, esto no quiere decir que no existan interpretaciones heterogéneas sobre los conceptos que generan mayor conflicto.¹⁰ En este sentido, se emitió una jurisprudencia que establece cuáles pueden ser las fuentes del derecho de custodia tutelado por el artículo 3o. de la CLH. Esta decisión señala que: "las fuentes de las que puede proceder el derecho de custodia son todas aquellas que puedan fundamentar una reclamación en el marco del sistema jurídico del Estado del que proviene una solicitud de restitución". En resumen, lo que establece esta doctrina es que hay tres fuentes: "[la primera] fuente es la ley, lo que resulta relevante en tanto que en la mayoría de los casos en los que un menor es trasladado, aún no se ha dictado una resolución respecto de su custodia, lo cual no quiere decir que el progenitor desposeído no encuentre protección a su derecho". La segunda es una resolución judicial o administrativa en sentido amplio y que puede ser dictada

⁹ Esto quiere decir que: "según el CLH los derechos de custodia únicamente son tenidos en cuenta para determinar si el traslado o retención del menor fueron ilícitos" (arts. 3 y 5). *Vid.* la Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13 (1)(b) del Convenio de La Haya, 886.

¹⁰ *Vid.* la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Guía de Buenas Prácticas sobre el CLH de 1980, Parte II: Medidas de aplicación (GBPII), en particular las secciones 1.4 Coherencia en la aplicación e interpretación del Convenio; 3.4 que señala que el buen funcionamiento del Convenio depende de la aplicación coherente por todos los Estados parte, y 8.1 sobre el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

por los tribunales del Estado de residencia habitual del menor, o por un tercer Estado. Lo que es fundamental es que contenga las características mínimas para poner en marcha un procedimiento para su homologación o reconocimiento; y la tercera, "el derecho de custodia puede resultar de un acuerdo vigente según el derecho del Estado requirente, lo que puede consistir en una simple transacción privada, mientras que no esté prohibida por dicho orden jurídico" [SCJN. 1a. CCCXX/2018 (10a.)].

En el caso mexicano, los derechos de guarda y custodia son figuras que se desprenden de la filiación y el parentesco, que a su vez están contempladas dentro de la patria potestad. Ahora bien, "una de las características esenciales de la institución de la patria potestad es la de conformar un complejo funcional de derechos y obligaciones, dirigido a lograr la formación integral del menor a partir de la intervención de los padres que ejercen su derecho derivado de la relación natural paterno-filial, de proteger y educar a sus descendientes directos [...]" (SCJN. 1a. XCII/2005). De manera general, en México, los progenitores ejercen la patria potestad de manera conjunta sin que sea impedimento que se encuentren separados. Sin embargo, esta regla es diferente para la custodia. Respecto a esta última, lo común es que, tomando como referencia el interés superior del menor, la guarda y la custodia se otorguen a uno solo de ellos (Cossío, 2009, p. 7).¹¹ Desde una perspectiva práctica, lo planteado por el doctor Cossío sigue siendo actual. Los jueces, en la mayoría de los casos, siguen otorgando la custodia a uno de los progenitores. No obstante, a partir de las reformas hechas en 2004 al Código Civil para el Distrito Federal en materia de custodia, el análisis e interpretación de este tema han cobrado relevancia (*Gaceta Oficial DF*: 2004, 6 de septiembre). La doctrina jurisprudencial ha generado una serie de decisiones que resaltan la importancia y mayor beneficio de la custodia compartida [SCJN. II.1o.11 C (10a.); II.1o.13 C (10a.); VI.2o.C. J/16 (10a.)].

¹¹ Actualmente, dar preferencia automática a la madre o a cualquiera de los progenitores bajo argumentos de orden natural o de género en la custodia de los hijos es violatoria de los artículos 1o. y 4o. constitucionales. Por otro lado, tomar la edad del menor o el sexo de los hijos como criterio para atribuir la custodia refleja violaciones a derechos humanos y garantías fundamentales, que llevan implícitas prácticas discriminatorias.

Ahora bien, la decisión de la guarda y custodia puede hacerse de común acuerdo¹² y, en caso de que los progenitores no lleguen a un arreglo, será el poder judicial quien lo decida. Al decretar la guarda y la custodia a favor de uno de los progenitores, "el juzgador deberá contar con los elementos que le permitan advertir que el lugar donde se ejerza sea lo más favorable posible para el mejor desarrollo de los derechos y obligaciones de cuidado, corrección, formación física y espiritual de los menores, debiendo procurar que se ejerza en un lugar donde la persona a quien se decretó goce de las atribuciones, respeto y autoridad para llevar a cabo las acciones orientadas a lograr mejor esos fines" (SCJN. I.7o.C.123 C). En este sentido, el juzgador atenderá a lo establecido en la ley, en los tratados internacionales, en la jurisprudencia, pero, sobre todo, atendiendo al interés superior del menor.

Se entiende que cualquier institución pública en México que esté facultada para resolver cuestiones de responsabilidad parental (incluidas la guarda y la custodia),¹³ está obligada a adoptar medidas que beneficien el interés superior del menor [SCJN. 1a./J. 31/2014 (10a.)]. Es así como: "la protección integral del menor constituye un mandato constitucional que se impone a los padres y a los poderes públicos" [SCJN. 1a./J. 42/2015 (10a.)].

Como hemos descrito anteriormente, no siempre el contenido mínimo dado al derecho de custodia en el texto convencional coincide con las interpretaciones de los Estados parte.¹⁴ En el caso mexicano, la atribución del derecho de custodia a uno solo de los progenitores no significa, nece-

¹² El derecho a la vida privada familiar es una garantía frente al Estado y terceros para que no puedan intervenir injustificadamente en las decisiones que deben ser primordiales en el núcleo familiar, tales como las relativas al cuidado, custodia y control del menor [SCJN. 1a. III/2019 (10a.)].

¹³ A pesar de que en nuestro derecho no se utiliza y reconoce jurídicamente el concepto de responsabilidad parental, hacemos uso de él, ya que es el concepto que refleja mejor las responsabilidades, deberes y derechos de los padres con los hijos, así como evidencia la noción de coparentalidad y no un sesgo patriarcal como la "patria potestad".

¹⁴ Hacer una interpretación coherente de las figuras establecidas en el CLH es fundamental para alcanzar los objetivos del instrumento, es por ello que, los conceptos clave sobre los que se circunscribe el ámbito de aplicación de éste, no pueden depender de su significado en un sistema jurídico en particular. Guía de Buenas Prácticas sobre el CLH de 1980, Parte I: Práctica de Autoridades Centrales, sección 1.4.3. Coherencia en la interpretación de las palabras.

sariamente, que su derecho comprende, particularmente, el de decidir sobre su lugar de residencia (artículo 5a).¹⁵

Por lo tanto, en México: "no es suficiente tener los derechos de custodia para poder fijar la residencia del menor, si ambos padres conservan el ejercicio de la patria potestad. Es así como esta decisión forzosamente debe ser autorizada por vía judicial y debe contener el consentimiento del progenitor que ostenta los derechos de visita" (Matus, 2019, p. 32). Por esta razón: "el progenitor que detenta la guarda y custodia sobre el menor no puede cambiar unilateralmente el domicilio de éste, ya que la titularidad de esos derechos no implica un poder omnímodo y exclusivo para determinar el lugar en que debe vivir el infante, porque tratándose de esa decisión tan importante debe intervenir también el otro progenitor, ya que al estar en pleno ejercicio de la patria potestad, conserva el derecho de convivir con su hijo [...]" (SCJN. I.3o.C.381 C). Es tan delicado el hecho de que se pueda decidir unilateralmente el cambio de domicilio del menor, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, la Corte) ha establecido que la custodia atribuida por convenio a uno de los progenitores será elevada a cosa juzgada, lo que implica que cualquier cambio a lo establecido en el convenio, por ejemplo, el cambio de domicilio tendría que solicitarse por un juicio autónomo (SCJN. I.6o.C.25 C.).

Señala Pérez-Vera, en su Informe Explicativo, que se presentaron propuestas destinadas a suprimir de la definición de traslado o retención ilícita cualquier referencia al ejercicio efectivo de la custodia, ya que se le imponía al demandante la carga de la prueba. Sin embargo, sí se incluyó dicha referencia junto con las excepciones del artículo 13 del CLH que

¹⁵ Como podemos observar, el significado del "derecho de custodia" en el derecho convencional y en el derecho autónomo no forzosamente es el mismo. Sin embargo, los Estados deben hacer un esfuerzo para que el CLH sea interpretado en su contexto internacional, y que las disposiciones de éste no sean modificadas al grado de que la aplicación de la normativa interna sea incompatible con la del convenio. Guía de Buenas Prácticas sobre el CLH de 1980, Parte II: Medidas de aplicación (GBPII), sección 3.3.2 Implicaciones del enfoque de transformación.

exigen al sustractor probar que la persona desposeída no ejercía efectivamente la custodia que ahora reclama (§73). Las excepciones establecidas en el artículo 13 del CLH son claramente extraordinarias, pues existe una presunción de que el interés superior del menor es protegido mediante la restitución a su lugar de origen, es por ello por lo que, la carga de la prueba recae, exclusivamente en quien se opone a la restitución del menor [SCJN. 1a./J. 6/2018 (10a.)].

En el caso *Abbott v. Abbott* [130 S. Ct. 1983 (2010)] se hace un análisis interesante sobre cómo debe calificarse el derecho de custodia. Primero se analiza el significado de "derechos de custodia" dentro del CLH y cuál es la finalidad del instrumento, y, en segundo lugar, se estudia la ley chilena, la postura y las decisiones dictadas por otros Estados parte¹⁶ sobre todo lo referido a la interpretación del derecho *ne exeat*.¹⁷ Es relevante el método interpretativo que plantea este caso para resolver sobre el significado de los derechos de custodia. Además de que establece que el derecho de *ne exeat* conferido al progenitor debe entenderse como un derecho de custodia conferido al padre.

La doctrina que ha desarrollado la Corte es clara en establecer la importancia no sólo del derecho de custodia, sino también del derecho de visita o convivencia. Se ha establecido que: "para tomar decisiones respecto a la guarda y custodia —y en general respecto a las convivencias de los menores con sus padres—, debe utilizarse un estándar de riesgo, según el cual, debe tomarse la decisión que genere la menor probabilidad de que los menores sufran daños". Al grado de que se considere que la falta absoluta de contacto con alguno de los progenitores pueda generar un cambio de la guarda y la custodia [SCJN. 1a. CLIII/2018 (10a.)].

¹⁶ El texto original establece "*This Court's inquiry is shaped by the text of the Convention; the views of the United States Department of State; decisions addressing the meaning of 'rights of custody' in courts of other contracting states; and the purposes of the Convention*".

¹⁷ En este caso, se observa como existe una gran cantidad de jurisprudencia internacional que confirma una amplia aceptación de la regla de los derechos *ne exeat* (de prohibición de salida del país) como derechos de custodia (Garbolino, 2010, p. 1161).

Está determinado que es un derecho fundamental del menor convivir con ambos progenitores [SCJN. 1a. CCCLXVIII/2014 (10a.)], independientemente de que uno u otro progenitor tenga éste o aquel derecho, y no sólo eso, sino que, además, ese derecho se extiende a la familia cercana.¹⁸

Tomando como referencia la relevancia que han alcanzado los derechos de visita o convivencias de los menores con sus progenitores en la jurisprudencia mexicana, no podemos pasar por alto la importancia que estos derechos han adquirido en territorio mexicano. Por regla general, la SIM y los problemas derivados de la restitución internacional de menores han sido básicamente analizados desde la perspectiva de los derechos de custodia. Pero si nos arriesgamos un poco y le robamos algunas líneas a este análisis, podemos pensar que la calificación de la ilicitud del traslado o retención no sólo puede derivar de la infracción de un derecho de custodia, sino también de la violación del derecho de visita. Esto es así, ya que, en la mayoría de los casos, la existencia de un derecho de visita implica la atribución de un derecho de custodia. Además de que la finalidad del CLH no es sólo velar porque se respeten los derechos de custodia, sino también los de visita (art. 1b).

El objetivo: "velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados contratantes", presenta un carácter autónomo, que se relaciona evidentemente con el "retorno del menor". En este sentido, se podría casi afirmar que el objetivo es uno considerado en dos momentos distintos: cuando se atribuyen y ejercen los derechos y cuando se viola el ejercicio de esos derechos a partir de la sustracción.¹⁹

¹⁸ Esto quiere decir que: "cuando uno de los progenitores tiene asignada la guarda y custodia sobre su hijo y el otro sólo ejerce la convivencia, y algún miembro de la familia de este último también la solicita pero de modo particularizado, ese derecho debe ejercerse concomitantemente con el del progenitor que ya la tiene asignada y no por separado [...] pues si bien el derecho de convivencia es individual, su ejercicio debe hacerse de manera nuclear, esto es, conjuntamente con el de los miembros que conforman el mismo núcleo familiar." [SCJN. II.2o.C.23 C (10a.)].

¹⁹ El derecho de visita, en específico el artículo 21 de la CLH ha sido durante muchos años motivo de preocupación para la Conferencia de La Haya. "De hecho, los redactores del Convenio de 1980

Una sentencia que parece regresarnos a una cuestión tan básica como que todo derecho tiene como correlativo una obligación (Kelsen, 1934, p. 42) es la tesis: "Derecho de visitas y convivencias. Su caracterización como derecho-deber." [SCJN. 1a. CCCLXIX/2014 (10a.)]. Lo interesante de este análisis está en que es a partir de la atribución del derecho de custodia a uno de los progenitores que nace el derecho de visita y el de convivencia del otro, y viceversa. Si uno de los padres tiene el derecho de convivencia, el otro tiene la custodia; de no ser así, podríamos deducir que ambos tendrían la custodia compartida o en todo caso alguna institución podría tener la custodia y ambos progenitores los derechos de visita. Es así como no sólo con la infracción a un derecho de custodia se pone en riesgo el interés superior del menor, sino que también se viola el derecho del menor a convivir con el progenitor que ostenta el derecho de visita. La regulación del derecho de visita es un reflejo de la preocupación que existe por brindarle a los menores de edad un desarrollo más completo.²⁰

Es un hecho que existen contrastes entre una y otra figura, es decir, que los derechos y obligaciones del progenitor que tiene la custodia son diferentes a aquellos que tiene el que ostenta los derechos de visita (Pérez-Vera, párr. 79). Empezando porque cuando hablamos de custodia no podemos desvincularla de la posesión material de los hijos, ya que por medio de esa posesión es que se les puede guardar, educar y procurar la satisfacción de sus necesidades ([TA]; 8a. Época; 3a. Sala; Gaceta

reconocían que, a pesar de que uno de los objetivos del Convenio consistía en: "asegurar la protección del derecho de visita. 2, las disposiciones del Convenio al respecto eran limitadas." [publicado únicamente en francés e inglés] *Actes et documents de la Quatorzième Session*, Tome III, Enlèvement d'enfants, La Haya, SDU, 1980, p. 426. *Vid.*, Contacto transfronterizo relativo a los niños. Principios generales y Guía de Buenas Prácticas; 2008, p. 21.

²⁰ Como se menciona en el párrafo 26 del Informe Explicativo, no todas las opiniones fueron unánimes sobre este punto. Hubo quien sostuvo: "que es preferible para el niño no tener contactos con los dos padres cuando la pareja está separada de jure o de facto. Sobre este punto, la Conferencia ha sido consciente del hecho de que esta solución puede resultar a veces la más aconsejable. Sin embargo, salvaguardando en todo caso el margen de apreciación de las circunstancias concretas inherente a la función judicial, la Conferencia ha preferido sin embargo la otra opción y el Convenio hace prevalecer claramente la idea que el derecho de visita es la contrapartida natural del derecho de custodia; una contrapartida que, por consiguiente, debe en principio ser reconocida al progenitor que no tiene la custodia del menor".

S.J.F.; Tomo I; Primera Parte 1, Enero-Junio de 1988; Pág. 299). Es así que debemos tener presente que el derecho de visitas y convivencias es un derecho fundamental de los menores, consagrado en el artículo 4o. constitucional y en el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, toda vez que está relacionado directamente con el interés superior del menor, que la jurisprudencia ha establecido que las normas de derechos humanos contenidas en instrumentos internacionales y en la Constitución no se relacionan en términos jerárquicos, pues integran el catálogo de derechos [SCJN. 1a./J29/2015 (10a.)]. Además del hecho de que los tratados sobre derechos humanos se encuentran al mismo nivel de la Constitución y, de acuerdo con su artículo 133, las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que en ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo con su ámbito competencial (SCJN. XI.1o.A.T.45 K.).

Por lo tanto, si tomamos en cuenta lo anteriormente dicho y hacemos una interpretación conjunta y amplia de los artículos 4o. constitucional y 21 del CLH, tendríamos que la protección consagrada en este instrumento se extiende asimismo a un derecho de visita eventualmente infringido. Como podemos ver, el análisis del artículo 21 plantea algunos problemas de interpretación (González, 2004, pp. 80-115). El artículo 21 a la letra dice que: "una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades Centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor".

De la interpretación de este artículo pueden darse dos posibilidades: la primera es que las reglas para alcanzar los objetivos del CLH se deben garantizar de la misma manera cuando se viola un derecho de visitas o, en segundo lugar, que la regla que establece el retorno inmediato del menor no se activa de la misma manera como cuando se viola un derecho de visita. En un principio esta regla está diseñada para que se restituya al menor sin que se tomen en cuenta los hechos del caso (Clarkson

y Hill, 2011, p. 340). Desde nuestra perspectiva, la línea interpretativa del artículo 21 está más cercana a la segunda propuesta. Esto lo deducimos a partir del análisis de cómo se resuelven los derechos de visita entre los países europeos que son Estados parte del CLH a la vez de que siguen el Reglamento 2201/2003 (DOUE, núm. 338, de 23-XII-2003).

En palabras de Calvo Caravaca y Carrascosa González, existe una: "acción directa de restitución del menor" (2017, pp. 622-626), eso quiere decir que la finalidad del convenio es que, el menor sea restituido al país de su residencia habitual y no de decidir quien de los progenitores tiene qué derecho (AAP Madrid 5 de septiembre 2005). En este sentido, se ordena el retorno al país de la residencia habitual y no el retorno del menor a un progenitor en concreto (Family Court of Australia at Melbourne 6 agosto 2004). Con esta normativa en mente, podríamos estimar que el CLH no da una respuesta directa a la situación de los derechos de visita y por esta razón es que suele utilizarse el Reglamento 2201/2003 para resolverlo, ya que éste brinda ejecutividad directa a las resoluciones judiciales de un Estado a otro sin la necesidad del reconocimiento y *exequatur*.

Por último, nos interesa resaltar que un poco del pensamiento detrás de la inclusión del derecho de visitas en el CLH atendía a una realidad que hoy en día ha cambiado. La idea durante la construcción de este instrumento de terminar con las sustracciones realizadas por el progenitor (que tenía los derechos de visita) durante los periodos de visita, ya no es actual. Basta con ver las estadísticas de los casos de sustracción para darnos cuenta de que la mayoría son materializados por la madre que tiene atribuidos los derechos de custodia o en todo caso había una custodia compartida. Este dato supone un cambio radical respecto al pasado y respecto a los objetivos del convenio. Específicamente, el CLH fue diseñado para restaurar el "derecho de custodia", esto significa que este instrumento ya no da soluciones actuales a estos supuestos, ya que no se actualiza el espíritu del convenio. Esto quiere decir que, en la nueva realidad de la sustracción,

no existe un progenitor con un derecho de custodia vulnerado, sino más bien un progenitor con un derecho de visita infringido, excepto cuando la custodia fuera compartida.²¹

Es precisamente en este punto donde las visitas transfronterizas toman relevancia y la doctrina jurisprudencial mexicana en materia de visitas y convivencias se torna relevante. Sobre esta cuestión y otras que se refieren a la heterogeneidad de los sectores del DIPr en la SIM, parece inevitable replantearse si el CLH se ha vuelto obsoleto, y la necesidad de buscar otra normativa convencional como lo es el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños.

IV. Interpretaciones ajustadas al convenio

La sustracción de un menor de un Estado a otro representa un cambio dramático que puede justificar la revisión del otorgamiento de la custodia a fin de proteger el interés superior del menor (*W. (V.) v. S. (D.)*, (1996) 2 SCR 108, (1996) 134 DLR 4th 481). Esta revisión puede impactar la decisión sobre la restitución del menor y, posteriormente, podría implicar un cambio en la custodia. Analizaremos el caso de *M. v. K.* (20/06/2000; Tribunal Supremo de Islandia. INCADAT: HC/E/IS 363) en el que la legislación y jurisprudencia son similares a la mexicana para uno de los Estados.

Hechos del caso: una familia vivía en España, después de la separación y el divorcio de los padres, los dos menores se quedaron a vivir con la madre. Se le habían atribuido a la madre la "custodia" y el "cuidado" (equi-

²¹ En este sentido: "a efectos de las solicitudes mencionadas en el artículo 21, debería considerarse en general que el derecho de custodia incluye un derecho de visita/derecho a mantener el contacto". Contacto transfronterizo relativo a los niños. Principios generales y Guía de Buenas Prácticas, sección 9.5. El derecho de custodia incluye el derecho de visita/derecho a mantener el contacto.

valente a la guarda y custodia mexicanas) y la patria potestad era compartida por ambos progenitores (como sucede en la mayoría de los casos en México). La madre, tiempo después, se llevó a los niños a Islandia y el padre solicitó la restitución de los menores a través de la Autoridad Central de España. El *District Court* (Tribunal de Distrito) de Reykjanes se negó a ordenar la restitución de los menores, ya que la madre expresó que tenía la custodia exclusiva y esto la autorizaba a decidir dónde residirían los menores. Como mencionamos en un principio hay Estados en los cuales existen diferentes conceptos para definir supuestos que, aunque no son iguales, son similares a los derechos de custodia (como sucede en el caso mexicano). Una vez que llegó el caso a la Suprema Corte de Islandia —por apelación del padre—, el tribunal falló que la patria potestad de que gozaba el padre ciertamente equivalía a los derechos de custodia a los fines del Convenio, y que el traslado unilateral de los menores había infringido este derecho y por lo tanto fue ilícito. Este caso ejemplifica, primero, de qué manera se puede reinterpretar el ejercicio o no del derecho de custodia, a partir de que cada Estado contiene conceptos diferentes en relación con la responsabilidad parental y a la protección de los niños. Segundo, cómo los tribunales de Islandia tuvieron que borrar la línea divisoria entre las cuestiones de fondo y el proceso de restitución para resolver. Tercero, de qué manera influirá dicha restitución en el ulterior proceso sobre la atribución de derechos y, por último, el enorme parecido a los casos mexicanos en los que se atribuye la guarda y la custodia a alguno de los progenitores y ambos progenitores conservan la patria potestad.

Es importante que tengamos en mente que existen fallos (independientemente de que estemos de acuerdo con ellos o no) que contemplan que la patria potestad equivale al derecho de custodia a los fines del CLH. En estos casos es cuando adquieren más valor todas las jurisprudencias mexicanas que marcan una diferencia respecto al hecho de que: la atribución de la custodia no le da el derecho al progenitor que la ostenta, la posibilidad de cambiar la residencia del menor unilateralmente y mucho menos si esta custodia es compartida o ambos progenitores conservan

la patria potestad. De ahí que la atribución de la custodia, compartida o individual, no le dé al tenedor la posibilidad de decidir la residencia habitual del menor sin el consentimiento del otro progenitor (Matus, 2019).²²

Como mencionamos en un inicio, la custodia es una figura derivada de la filiación y el parentesco, y que se encuentra regulada dentro de la institución de la patria potestad. Es así como, al ser la "patria potestad" una categoría jurídica más amplia se configuran deberes y derechos destinados al beneficio de los hijos [SCJN. 1a./J. 42/2015 (10a.)]. Si comparamos el siguiente caso podremos observar las grandes similitudes que existen entre el derecho español y el mexicano en lo que se refiere a la interpretación del concepto patria potestad derivado de lo establecido en el caso *M. v. K* del 20 de junio de 2000. En este proceso el Tribunal Supremo de Islandia a partir de la información enviada por la Autoridad Central española sobre la naturaleza de los derechos de custodia determinó que: "la patria potestad del padre era equivalente al derecho de custodia a los fines del Convenio puesto que en España cuando el padre no custodio conserva la patria potestad, tiene la custodia en el sentido del Convenio".²³

Ahora bien, nunca debemos de olvidar que si uno de los objetivos del CLH es proteger los derechos de custodia atribuidos en el Estado de origen por medio de crear una separación entre el proceso de restitución y el fondo del asunto. En este sentido, se justifica que "la patria potestad" merezca un mayor nivel de protección, precisamente por lo que implica. Si hacemos un estudio de la patria potestad tomando como fuente la jurisprudencia y normatividad mexicana queda claro que para el sistema jurídico mexicano la patria potestad no es equivalente a los derechos de custodia. Esto es así ya que la "patria potestad" es la categoría jurídica que cobra vida con

²² En México está contemplado que la patria potestad se puede perder por decisión judicial cuando el menor es sustraído o retenido ilícitamente por quien la ejerce (artículo 444 CCDF igualmente se encuentra regulado en todas las Entidades Federativas (DOF, 1928).

²³ Haciendo una interpretación histórica de la evolución de la "patria potestad" en el derecho español tenemos que antes del Código Civil de 1981, la patria potestad era un poder del padre sobre los hijos y que sólo subsidiariamente le correspondía a la madre. Fue después que se concibió como un derecho y una obligación de ambos (Ley 11/1891: BOE 19/05/1981).

la custodia a partir de la filiación. Lo cual quiere decir que los derechos y obligaciones que prevé la guarda y custodia están contenidos dentro de la patria potestad, pero no inversamente. Los derechos y obligaciones establecidos por la patria potestad son más amplios y por ello se encuentran divididos entre la guarda, custodia y visita, y otros espacios jurídicos que se generan para alcanzar el mayor beneficio del menor. Derivado de lo anterior, es que nos preguntamos cuál es el alcance de estas interpretaciones y si pueden caer dentro de la clasificación de derechos de custodia "imperfectos".

V. Derechos de custodia "imperfectos"

En el apartado anterior, hablábamos de si la "patria potestad" podría estar considerada un derecho de custodia imperfecto, en el entendido de que uno de los progenitores tiene atribuido los derechos de guarda y custodia; mientras que el otro tiene los derechos de visita, pero también se encarga del cuidado activo del menor, su educación y bienestar, aunque no viva físicamente con él. Es importante que estos casos los imaginemos como aquellos en donde uno de los progenitores, el que carece de los derechos de custodia legales está presente en la vida de los hijos. Tal como se muestra en el caso *Re B.*, en el que se establece que: "los derechos de custodia, en el contexto del Convenio, debía interpretarse en el sentido más amplio posible. En particular, debía extenderse hasta abarcar los 'derechos incoados', es decir, los derechos de custodia no reconocidos por ley pero que un tribunal con probabilidad podría confirmar en interés de cada menor" (*A Minor Abduction* [1994] 2 FLR 249, [1994] Fam Law 606). A esta decisión se le sumaron otras, algunas de ellas con una interpretación más amplia como es el caso de *Re O.* En este caso, la madre sustrae a la menor y son los abuelos maternos quienes solicitan la restitución, alegando que ellos habían sido los responsables del cuidado del menor los últimos meses antes del traslado, a pesar de no tener derechos "legales" de custodia. En este caso se ordenó la restitución y se determinó que el papel desempeñado por los abuelos en el cuidado de la menor era suficiente

para investirlos de derechos de custodia (Child Abduction: Custody Rights [1997] 2 FLR 702, [1997] Fam Law 781).

De la misma manera que hubieron Estados parte que apoyaron esta interpretación hubo otros que no la aprobaron, tal es el caso de *H.I. v. M.G.* en donde el juzgador Keane J., sostuvo que, si bien se le debería de dar una interpretación flexible al convenio: "sería ir demasiado lejos aceptar que hay una zona indefinida de derechos de custodia incipientes no atribuidos de ninguna manera por la ley del Estado solicitante a la parte que los hace valer o al tribunal mismo, pero que el tribunal del Estado al que se hace la petición considera que se pueden proteger conforme a los términos del Convenio" ([1999] 2 ILRM 1; [2000] 1 IR 110).

En este sentido, la flexibilidad en la interpretación y el nivel de alcance de los derechos de custodia van a depender no sólo del caso específico sino también de la apertura del juzgador y del sistema jurídico.²⁴ En el caso *J. McB. v. L. E.*, surge una situación que aún sigue siendo imperativa en muchos Estados, esto es, que esté establecido que la madre tiene automáticamente los derechos de custodia. En este caso, el padre del menor, al no estar casado con la madre tendría que haber solicitado y obtenido una resolución que le confiriera derechos sobre su hijo, ya que a diferencia de la madre que tiene un derecho de custodia automático por ser la madre, el padre lo debió solicitar al tribunal.

Como podemos observar, hay resoluciones que son restrictivas con respecto a la interpretación de los derechos de custodia contenidos en el CLH; mientras que otras son muy flexibles. Por lo que respecta al derecho mexicano tenemos que, por muchos años, también se mantuvo que la custodia le debía corresponder automáticamente a la madre. Sin embargo, el año

²⁴ Una de las razones por las cuales se crean las Guías de Buenas Prácticas es para promover una aplicación del instrumento a nivel mundial lo más uniforme posible. "La jurisprudencia de los distintos países pone de manifiesto que la aplicación de la disposición puede variar de un Estado a otro, así como también puede haber diferencias entre la jurisprudencia de las distintas autoridades competentes de un mismo Estado". (Vid. GBP13, §5).

2019 la Primera Sala señaló que no era sostenible que la atribución de la custodia se fundara en una distinción del sexo que sólo reafirmaba estereotipos de género impidiendo erradicar la concepción de la feminidad tradicional y el rol de mujer-madre (AR 331/2019).

En este sentido, y regresando a la interrogante de este apartado, consideramos que las dimensiones de lo que implica la patria potestad en el contexto mexicano podría ser considerado un derecho de custodia "imperfecto" para fines interpretativos del alcance de los objetivos del CLH. Ahora bien, esto no quiere decir que consideremos que existe una equivalencia entre la patria potestad y los derechos de custodia. Tan sencillo como que, la patria potestad surge con el parentesco, es decir, nada la atribuye más que el nacimiento o adopción de un hijo. Además de que no se puede perder salvo por la muerte, la emancipación, la adopción del hijo por alguien más o por sentencia judicial.

VI. El proceso de la custodia frente a la decisión sobre la restitución internacional de menores

Si hay algo que repetidas veces nos ha dicho el CLH es que debe existir una separación entre la decisión de restitución y el proceso de custodia (SCJN. II.3o.C.80 C.). Los artículos 16, 17 y 19 del convenio son claros al establecer estos límites. No obstante, iremos viendo como la frontera divisoria entre ambas se va desdibujando en algunos casos. Sin entrar en un ejemplo específico, partimos de que en cualquier caso de SIM los tribunales del Estado sustractor deben estudiar —por lo menos—, la ilicitud del traslado o la retención, es decir, la atribución y ejercicio efectivo del derecho de custodia antes de restituir al menor. Una primera cuestión se refiere al hecho de que para poder calificar como ilícito un traslado o una retención se requiere, de inicio, la existencia de un derecho. El artículo 14 de la CLH señala que, la autoridad judicial del Estado requerido puede tener como referencia la legislación y decisiones judiciales del Estado de la residencia habitual para probar la vigencia y ejercicio del de-

recho de custodia.²⁵ En esta misma línea, el artículo 15 establece que: "los tribunales o la autoridad central antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito". En sí es el mismo derecho de custodia el que se modifica y se pretende evitar con la sustracción (Pérez-Vera, párr. 9).

Ahora bien, ¿por qué es tan importante no modificar las reglas sobre las normas de competencia judicial? Lo implícitamente relevante en esta inalterabilidad tiene que ver con las consecuencias jurídicas que produce este traslado, esto es: los niños, niñas y adolescentes pasan de estar sometidos al derecho y tribunales de su residencia habitual a estar sujetos, en principio, al derecho y tribunales del Estado de destino.

Si lo analizamos detenidamente, la existencia o inexistencia de un derecho de custodia vigente impacta directamente la calificación acerca de la ilicitud en un traslado y por lo tanto la decisión de restituir o no. Sin embargo, cuando no se restituye y no se regresa a la situación anterior, el contexto cambia. La decisión de no restitución puede generar la necesidad de una nueva disposición sobre la custodia, así como que la valoración hecha para fundar esa sentencia, por necesidad, tendrá que considerarse posteriormente en el proceso sobre el fondo (Jiménez, 2008, pp. 19-23).

Por regla general, el menor debe ser restituido [SCJN. 1a. LXXI/2015 (10a.)], salvo que con ello se pueda perjudicar su interés. Ahora bien, las

²⁵ El artículo 14 de manera general establece que para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del artículo 3o., las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en cuenta la legislación y las decisiones judiciales o administrativas del Estado de la residencia habitual del menor, para probar la vigencia de la legislación y/o el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables. De lo anterior, podemos deducir que la idea que subyace el estudio, comprobación y reconocimiento de las decisiones extranjeras tiene como finalidad acreditar la existencia y vigencia de un derecho de custodia atribuido separada o conjuntamente, y que dicho derecho se ejercía de manera efectiva o se hubiera ejercido de no haber sido por la sustracción.

razones contempladas en el CLH como posibles supuestos de excepción a la regla general, forzosamente requieren de una discusión más profunda. La valoración realizada para decidir la no restitución no es aséptica, necesariamente tiene que partir de la realidad que luego va a considerarse en el proceso del fondo (Jiménez, 2008, p. 22).

Uno de los primeros puntos a discutir es si ha transcurrido menos de un año desde el momento que se produjo el traslado o la retención ilícita (artículo 12). El computo del plazo comienza a correr desde que se produjo la sustracción o la retención ilícita. Sobre este punto es importante reflexionar lo siguiente: ¿qué tanto se puede considerar que el transcurso de ese año es suficiente para determinar la nueva residencia del menor, así como la competencia de los tribunales del Estado sustractor?

Sobre este punto se pueden hacer las siguientes observaciones: en primer lugar, consideramos que el computo del tiempo debiera de comenzar a partir de la localización del menor como se establece en el artículo 7.1b del Convenio de La Haya de 1996 (BOE, 2010, 2 de diciembre) y no a partir del traslado o retención del menor; en segundo, consideramos que aun pasado el año es indispensable que se compruebe que el menor se ha integrado a su nuevo medio. En este caso, aun cuando no se hace ningún comentario al respecto, pensamos que la carga de la prueba de si está integrado el menor al nuevo entorno, le correspondería al sustractor.

Jurisprudencialmente, la Corte estableció que para que opere la causal de excepción prevista en el artículo 12 es indispensable que haya transcurrido más de un año entre la sustracción y la solicitud. Este artículo prevé dos hipótesis para "la procedencia de la excepción relativa a la integración a un nuevo ambiente: la primera, relativa a que la solicitud de restitución hubiera sido presentada dentro del año siguiente contado a partir de la sustracción; y la segunda, que hubiera sido presentada después de dicho periodo de tiempo". Lo relevante en esta tesis es que el objetivo primario del CLH se mantiene, sólo con la condición de que

pasado un año ya no será inmediato el retorno, sino que estará sujeta a un examen de ponderación para determinar la adaptación del menor a su nuevo ambiente, es decir, la línea divisoria entre el proceso de restitución y de custodia se desdibuja.²⁶

Además de que los tribunales mexicanos comienzan, *ad litteram*, a preocuparse por analizar el futuro del menor. Sobre este punto cabe mencionar, brevemente, que en muchos casos el proceso de restitución puede exceder el plazo debido a que la actividad procesal de las partes tiene como finalidad retardar el procedimiento para poder argumentar la integración del menor a su nuevo entorno. Es por ello por lo que, la excepción de que: "pasado un año ya no será inmediato el retorno", debe ser analizada cuidadosamente, ya que la acción de las autoridades no debe de perjudicar los intereses de las partes amparadas por el convenio [SCJN. 1a. XXXIX/2015 (10a.)].

Exceder el plazo de un año o materializar el supuesto establecido en el artículo 12, promueve que la denegación del retorno del menor sea el escenario más probable, y esto a su vez origina que se analice cuál será la situación del menor después de que se decida la no restitución del menor al país de su residencia habitual. Lo que seguramente acontecerá a partir de esta resolución es que habrá un replanteamiento de los derechos de custodia [Duarte vs. Bardales, 526 F.3d 563 (9th Cir. 2008)]. Como acertadamente señala Jiménez Blanco, la necesidad de "plantear un proceso ulterior sobre la custodia presenta una consecuencia: el carácter 'provisional' que generalmente va a asumir la decisión de no restitución dictada por las autoridades de la sustracción". "Dado que la decisión sobre el retorno no puede afectar a la cuestión de fondo, la decisión de no res-

²⁶ Si bien el primer párrafo del art. 12 establece las situaciones en que las autoridades del Estado requerido están obligadas a ordenar la restitución del niño, el segundo párrafo prevé una excepción a esta obligación. La disposición señala que si ha transcurrido un periodo largo y el niño se ha adaptado al Estado requerido, la restitución al Estado de residencia habitual y el restablecimiento del *statu quo* no tendería al objetivo de proteger el interés superior del menor, sino que le provocaría más sufrimiento (Schuz, 2013).

titución dictada por las autoridades de la sustracción será confirmada o reemplazada por la sentencia de custodia una vez reconocida. En este sentido, toda decisión de no restitución asume un carácter provisional, entendida esta provisionalidad en sentido material." (2008, p. 19).

VII. Vinculación entre las excepciones a la restitución y resolución sobre los derechos de custodia

Al CLH no le interesa determinar a quién de los dos progenitores en el futuro le corresponderá la custodia ni si es necesario modificarla. Sencillamente, trata de evitar que la resolución posterior se vea condicionada por un cambio de las condiciones introducido unilateralmente por una de las partes (Pérez-Vera, 1982, p. 71).

Además de lo establecido en el artículo 12, el CLH contempla otras excepciones que pueden activar la discrecionalidad del tribunal de la sustracción para valorar elementos que incidirán en el futuro proceso sobre el fondo, y que pueden vincular el proceso de restitución y la determinación de la competencia judicial internacional.²⁷ Estas excepciones son: 1) que se demuestre que la custodia no era ejercida de hecho o que el traslado fue consentido por el progenitor custodio; 2) que el menor que se oponga a su restitución; 3) que la restitución del menor implique una vulneración de los principios fundamentales consagrados en el Estado sustractor en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 20); y 4) que existe grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un daño físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable (art. 13b) [SCJN. I.13o.C.3 C (10a.)]. Como podemos observar todas estas prerrogativas son herramientas que tiene el sustractor para argumentar el no

²⁷ "El CLH establece un número limitado de excepciones o "defensas" que pueden oponerse a la restitución. Si se prueban, satisfactoriamente, la autoridad competente del Estado requerido no tendrá la obligación de ordenar la restitución el menor" (GBP13: §42).

retorno del menor. Es por ello que la acreditación de estas excepciones corren por su cuenta [SCJN. 1a. XXXVIII/2015 (10a.)].

Por esta razón, y porque es una garantía consagrada en la Constitución, "antes de tomar cualquier decisión sobre la restitución del menor, el sustractor debe ser escuchado, no sólo por respeto al derecho de referencia, sino porque, además, es atendiendo al interés superior del menor". De esta manera, el sustractor debe ser emplazado "haciéndole de su conocimiento el alcance de ese procedimiento, la posibilidad que tiene de llegar a una solución amigable en la que puede permitir la restitución voluntaria del menor y, en su caso, las causas por las cuales puede negarse a su restitución inmediata, así como la posibilidad que tiene de ofrecer las pruebas necesarias para acreditarlas" [SCJN. 1a. CCLXXXI/2013 (10a.)].

Antes de empezar el análisis de cómo se vinculan las excepciones del proceso de restitución con determinación de la competencia judicial, nos interesa resaltar que la Corte ha considerado que estas excepciones "deben ser interpretadas por los operadores jurídicos de la forma más restringida para garantizar su correcta aplicación y no hacer nugatorios los objetivos del Convenio", ya que el interés superior del menor gira en principio en torno a su restitución inmediata [SCJN. 1a. XXXVII/2015 (10a.)].

En esta misma línea de ideas, a diferencia de la excepción establecida en el artículo 12 que se refiere al plazo de menos de un año desde el traslado, las razones para negar la restitución del artículo 13 "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, la Primera Sala de la Corte 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" [SCJN. 1a. LXXI/2015 (10a.)].

La primera excepción que vamos a estudiar es la relacionada con demostrar que no se ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido el menor. Como explicamos anteriormente, esta prerrogativa se explica desde que si no existe el derecho de custodia no hay derecho que proteger por el convenio. "La efectividad del ejercicio de ese derecho conferido por la ley, hace referencia a la situación real existente entre el niño y quienes deben custodiarlo, en el momento anterior al traslado o retención ilícitas, por la que se aprecie el interés de estos últimos por el menor, manifestado en las conductas necesarias para su desarrollo en general [...] lo cual se puede lograr viviendo bajo el mismo techo o, como en el caso de padres separados, aunque se viva en distinto domicilio del menor. Por tanto, el concepto de custodia efectiva no está relacionado con la formalidad de contar con alguna declaración judicial de su existencia" (SCJN. I.4o.C.234 C.).

De esta manera, la comprobación de que la persona encargada de la custodia no ejercía efectivamente este derecho tiene como consecuencia una presunción *iuris tantum* de la existencia de tal ejercicio a favor de quien solicita la restitución, que puede desvirtuarse con prueba en contrario (Matus, 2019; SCJN. I.4o.C.225 C.).

Como hemos dicho repetidas veces, la calificación de la ilicitud del traslado nace a partir de la violación a un derecho de custodia que da contenido jurídico a la materialización de la sustracción. Cada ordenamiento jurídico tiene un desarrollo conceptual e interpretativo sobre lo que localmente debe entenderse por "derechos de custodia", y México no es la excepción. Aquí el reto está en resolver los conflictos interpretativos que surgen en los casos difíciles; que rompen la división formal sobre la separación entre el derecho de custodia y el proceso sobre restitución cuando son analizados. Así como lograr que aun cuando se revise lo decidido respecto a la custodia en el Estado de origen, el traslado o retención por sí mismos no determinen un cambio en el titular de la custodia. Además de que si lo que se está alegando es el uso del artículo 13 de la CLH, lo más probable es que vaya a iniciar un proceso ulterior en el que se tendrá

que tomar en cuenta lo analizado durante el proceso de restitución, que al final influirá en la determinación de la competencia judicial y el fondo.²⁸

Para resolver de qué manera la calificación de la ilicitud del traslado o retención impactan la decisión de restitución y determinación de la competencia, debemos revisar la jurisprudencia generada sobre cómo debemos interpretar las limitaciones al traslado del menor establecidas en una decisión judicial, en la normativa del Estado, o como un derecho de veto atribuido al otro progenitor (Garbolino, 2010, p. 1166). Básicamente, nos preguntamos cuáles son las dimensiones del derecho de custodia según las diversas interpretaciones dadas al convenio por cada uno de los Estados.

Una gran cantidad de Estados adheridos al CLH ha interpretado que el derecho de oponerse al traslado de un menor es paralelo a un derecho de custodia atribuido a fines del convenio. En el caso *Thomson v. Thomson* ([1994] 3 SCR 551, 6 RFL (4th) 290),²⁹ la Suprema Corte estableció que cuando existe una cláusula de no traslado en una orden de custodia definitiva, ésta es equivalente a un derecho de custodia. Como podremos observar la problemática en estos casos no existe cuando quien solicita el retorno del menor es quien tenía atribuido el derecho de guarda y custodia del menor o —en palabras de la Baronesa Hale— *the parent with whom it has been determined that the child is to live*. El problema está en la materialización de los derechos del otro progenitor; es decir, el que no tiene el derecho de custodia, pero ha establecido "restricciones de viaje", ya sea por orden judicial, convenio entre las partes o por un "derecho de veto"; este último consiste en que el otro progenitor no puede retirar al

²⁸ En este sentido, la Guía de Buenas Prácticas Séptima Parte, Artículo 13(1)(b) establece que: "Con respecto a la excepción del artículo del artículo 13(1)(b), otro riesgo que se corre es que el tribunal aplique la excepción de manera que el procedimiento sobre la restitución se convierta en un procedimiento contradictorio sobre el fondo del asunto de la custodia del menor [...]. El tribunal debe evitar atribuirse competencia que le permita tratar cuestiones que corresponde sean decididas en el Estado de residencia habitual" (§45).

²⁹ Consulte la Base de Datos de Sustracción Internacional de Niños (INCADAT) disponible en www.incadat.com

menor de su país de origen sin su consentimiento o por medio de una resolución judicial.

Un caso similar es *C. v. C.*, en el cual se estableció que: "cualquiera, ya sea una persona física o el tribunal u otra institución u órgano, tiene un derecho a objetar el traslado del menor fuera de la jurisdicción y si no es consultado o se niega a prestar el consentimiento, el traslado será ilícito en el marco del significado del Convenio" (*Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad* [1989] 1 WLR 654).³⁰ Esta interpretación es relevante por la posibilidad que existe de que una institución pública o el propio tribunal tengan los derechos de custodia provisionalmente durante el proceso a lo relativo a la guarda de un menor. En relación con esto, resaltamos que la CLH preveía esta posibilidad desde su inicio y lo podemos confirmar en los artículos 5o. y 8o. del mencionado instrumento.

Los supuestos en los que se decretan medidas cautelares son relevantes, ya que existen casos en los que el progenitor que sabe que perderá los derechos de custodia sustrae al menor, o hay otros supuestos en los que simplemente durante el proceso uno de ellos lo retiene, y aún peor que durante un proceso de restitución ocurra otro traslado durante su curso. En esta situación, para evitar un traslado posterior, es que se prevé como medida cautelar que se encomiende a la Administración Pública o a otra persona la protección integral del menor [SCJN. 1a. CXXIII/2014 (10a.)]. Sin embargo, esta situación no es obligatoria y no debe llevarse a cabo en todos los supuestos. En el derecho mexicano, se prevé la figura de la tutela definitiva o provisional. Ahora bien, la tutela no debe confundirse con la patria potestad; la primera es una institución sustituta de la segunda. La tutela no es producto de un parentesco con el menor, mientras que, en la patria potestad, sí.

En la propia dinámica de los procesos sobre la custodia se contempla la prohibición de la salida del menor. De esta manera, el tribunal pre-

³⁰ *Ibidem*

viene una sustracción, un fraude a ley, al mismo tiempo de que protege su competencia hasta que se tome la decisión final. No está de más que recordemos cuál es el contexto en el que se desarrollan estos procesos, y que la información que antecede a la adopción de medidas cautelares puede ser escasa o en vías de ser probada. Es precisamente en esta situación que el juez trata de garantizar la mayor seguridad al menor, estableciendo restricciones respecto a la convivencia de él con uno o ambos progenitores.

Ahora bien, la mayoría de los Estados coincidieron en que sí se podía entender la prohibición de salida como un derecho de custodia.³¹ Sin embargo, los disidentes (*Croll v. Croll*, 229 F.3d 133 [2d Cir. September 20, 2000 cert. den. Oct. 9, 2001]) consideraron que el establecimiento de la prohibición de salida en una decisión definitiva sobre derechos de custodia tiene grandes implicaciones para la libertad de circulación del progenitor que ejerce la guarda del menor (Tribunal fédéral suisse, 29 marzo 1999, 5P.1/1999). En este sentido, se observa que hay países que dan una interpretación amplia al derecho de custodia para alcanzar los fines del convenio; mientras que otros se inclinan por una interpretación más estricta, en la cual se muestra un mayor territorialismo.

Un aspecto que podría alterar el procedimiento de restitución aun y cuando se hubiera decretado la ilicitud del traslado o retención, es si quien ejercía los derechos de custodia consiente el traslado o la retención que inicial-

³¹ "La jurisprudencia dominante respalda la idea de que un derecho de visita combinado con el derecho de veto al traslado de un niño fuera de la jurisdicción constituye un derecho de custodia a efectos del Convenio de 1980" (GBP Contacto transfronterizo relativo a los niños, sección 9.3). El veto al traslado: ¿un derecho de custodia en virtud del convenio de 1980? Esta tendencia se ve confirmada por diversas decisiones en las que el derecho de veto surgió, no por orden de un tribunal, sino por atribución de pleno derecho. *Vid.*, por ejemplo, 2 BvR 1126/97, Bundesverfassungsgericht, 18 de julio de 1997 (Alemania) [Ref. INCADAT: HC/E/DE 338]; Secretary for Justice contra Abrahams, ex parte Brown, Tribunal de Familia de Taupo, 15 de agosto de 2001 (Nueva Zelanda) [Ref. INCADAT: HC/E/NZ 492]; TR 132/1999, Tribunal civil de l'Arrondissement de la Sarine, 17 de mayo de 1999 (Suiza) [Ref. INCADAT: HC/E/CH 442]; DG contra EG, Judicial Register, CA 5532/93 (Tribunal Supremo de Israel); Thorne contra Dryden Hall (1997) 28 RFL (4th) 297 (Tribunal de Apelación de Columbia Británica) [Ref. INCADAT: HC/E/CA 12]; Furnes contra Reeves 362 F3d 102 (11th Cir 2004) (EE.UU.) [Ref. INCADAT: HC/E/Usf 578]. Para consultar el punto de vista contrario, *Vid.* Fawcett contra McRoberts 326F3d 491 (4th Cir. 2003) (EE. UU.) [Ref. INCADAT: HC/E/USf 494].

mente era ilícita (artículo 13a). Pareciera que el consentimiento posterior al traslado o retención es suficiente para cambiar la calificación de la ilicitud del acto, y, en este sentido, dejaría de existir el derecho de custodia infringido que le da contenido jurídico al objetivo del convenio (Murphy v. Murphy 1994 GWD 32-1893).³² Con relación a lo establecido en el artículo 13a respecto a la custodia no ejercida o el traslado consentido, es importante resaltar que ambas deben ser probadas por la parte que las invoca y/o se niega a la restitución. En el caso del consentimiento, éste se puede manifestar de manera expresa o implícita (dar la autorización para emitir una visa, por ejemplo), pero lo que no queda a discusión es que debe ser cierto.

Ahora bien, es importante que en estos casos se tomen en cuenta o se valoren otros aspectos que beneficien el desarrollo del menor, además del consentimiento del progenitor.³³ Hay una tesis que señala que debe privilegiarse el derecho de los menores para convivir con sus padres atendiendo el interés superior del menor. Lo que significa que se deben ponderar los derechos de convivencia con los derechos del progenitor custodio al decidir el lugar de residencia, el juzgador no puede resolver en automático, sino que debe valorar las particularidades del caso, gestionando la posibilidad de conciliar los intereses en conflicto y, en todo caso, procurando el mayor beneficio para los menores [SCJN. 1a. CXCIV/2015 (10a.)].

Un aspecto relevante que analizar es qué decisiones puede tomar el juez cuando se acredita el consentimiento del traslado o retención del menor. Tomando como referente la tesis anterior, el operador jurídico podría, con base en la conciliación de los intereses en conflicto, declararse incompetente para conocer sobre el proceso de fondo y restituir al menor. Ya que tal vez le puede ser insuficiente tomar como fundamento el consentimiento

³² Consulte la Base de Datos de Sustracción Internacional de Niños (INCADAT) disponible en: «www.incadat.com».

³³ Un caso común es que uno de los progenitores consiente el traslado del menor al extranjero por un periodo limitado y, pasado dicho tiempo, el otro progenitor retiene y no restituye al menor.

otorgado por el otro progenitor para determinar su competencia. Si así sucediera estaríamos ante una ausencia de correlación entre la decisión de restitución y la competencia judicial internacional. De este modo, se expondría que ni la no restitución determina forzosamente la competencia judicial de los tribunales del Estado de destino, ni que la decisión de restitución impide a los tribunales del Estado sustractor que sean competentes y puedan conocer sobre el fondo.

De hecho podríamos afirmar que la competencia sobre el fondo le debería seguir correspondiendo a los tribunales de origen (esencialmente, por la *continuing jurisdiction* inherente a la existencia del traslado ilícito) cuando la restitución es rechazada por las excepciones del CLH que no tienen como característica una cuestión temporal, estas son: vulneración de los principios fundamentales del Estado requerido en materia de derechos humanos (artículo 20); oposición del menor (artículo 13); y grave riesgo de un daño físico o psíquico al menor (artículo 13b). Las otras causas de denegación de la restitución, esto es: la integración del menor cuando la demanda de retorno se presentó pasado el plazo de un año y la custodia no ejercida de hecho o el consentimiento al traslado (artículo 13a), parecieran ser contundentes para la determinación de la competencia de los tribunales de la sustracción. No obstante, ni en las primeras excepciones ni en los que contienen una cuestión temporal es la decisión de restitución la que determina la competencia judicial internacional, sino el que se compruebe que el menor ha adquirido su residencia habitual en el nuevo Estado.

Por otro lado, el juez también podría negar la restitución y declararse competente ya que se haya actualizado alguna de las excepciones contenidas en el convenio. Ahora bien, el retorno del menor a su residencia habitual y la determinación de la competencia judicial de sus tribunales, así como el rechazo al retorno y el establecimiento de la competencia en el Estado sustractor, explican la mayor parte de las acciones que se toman con relación a la restitución y la decisión sobre el fondo. No obstante, estas no son las únicas opciones, ya que pueden darse otros supuestos,

como, por ejemplo: la restitución del menor y la competencia judicial del Estado de la sustracción; la no restitución y la competencia judicial del Estado de origen; la restitución a un tercer Estado y la competencia judicial del Estado de origen o del de sustracción. Si bien estas actuaciones son las menos frecuentes esto no quiere decir que no puedan concretarse. Cabe mencionar que estos supuestos se dan mayormente entre los Estados parte del CLH de 1996, ya que su contenido junto con la interpretación del Reglamento 2201/2003 contemplan estas actuaciones.

En el caso del CLH de 1980 no se prevén literalmente estas acciones, y más aún pareciera que su materialización podría ir en contra del objetivo del convenio, que es: restituir al menor a su residencia habitual para garantizar la competencia de los tribunales del Estado de origen, así como que se respeten los derechos vigentes en el país de origen. Sin embargo, la idea de que hay un vínculo entre que el menor debe estar presente y el ejercicio de la competencia sobre el fondo no es estrictamente necesaria, y en ocasiones podría ser contraria al mayor interés del menor. Porque, imaginemos qué pasaría si se restituye al menor y el tribunal del Estado de residencia habitual decide atribuir la custodia al sustractor. En ese caso tendríamos que regresar al menor al Estado sustractor para que se establezca con el padre custodio. Si bien con el retorno del menor el objetivo del CLH es garantizar la competencia de los tribunales de origen, ésta no se mantiene obligatoriamente con la presencia física del menor, ya que la información necesaria la puede adquirir el juzgador con o sin la presencia del menor, y así se pueden evitar idas y venidas de un país a otro.

La apropiada separación entre el proceso de restitución y el fondo de la custodia establece una problemática peculiar cuando se aplica el artículo 13(b).³⁴ Recordemos que esta disposición permite invocar, para denegar

³⁴ Los expertos en la Tercera Reunión de la Comisión Especial para examinar el funcionamiento del Convenio de 1980 señalaron que el artículo 13(1)(b) "es una disposición muy delicada". *Vid.* el Informe de la Tercera Reunión de la Comisión Especial para examinar el funcionamiento del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (17 a 21 de marzo de 1997).

la restitución del menor, la existencia: "de un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable". La denegación de la restitución por estas razones es muy diferente a cuando se niega por las otras excepciones, puesto que el juez debe analizar para tomar una decisión aspectos no sólo del pasado, sino también del futuro. En primer lugar, debe comprobarse el "peligro grave físico y psíquico o de cualquier otra índole". El "grave riesgo", debe consistir en un peligro real para el menor,³⁵ y para comprobarlo el juez del Estado suscriptor se puede basar en denuncias presentadas en el Estado de origen. Esto nos lleva al siguiente punto: el riesgo debe ser actual y no sólo potencial; es decir, el juez debe analizar un contexto prospectivo que se actualizará si se restituye al menor.

Como podemos observar hay dos momentos: uno para comprobar que el peligro grave existe, ya que se tiene que demostrar de alguna manera y considerar que ese peligro no va a cesar.³⁶ Por lo tanto, en segundo lugar, se debe de evitar su retorno, ya que es "la restitución" lo que podría provocar un daño o una situación intolerable. Hay un tercer factor que está enfocado en una clase de rectoría sobre los alcances de protección en el Estado de origen. Esto quiere decir que la "situación intolerable" en la que podría quedar el menor si es restituido, se analiza desde la óptica de las autoridades del Estado de la residencia habitual, ya que es ahí donde, en todo caso, se llevará a cabo el proceso sobre el fondo, así

³⁵ Debemos recordar que la CLH tiene como objetivo la protección del menor y no de otras personas. Por ello en estos casos no es suficiente comprobar que un daño es dirigido a la madre o hermanos, salvo que se compruebe que estos actos provocan un gran daño psicológico al menor [*N.P. v. A.B.P.*, [1999] *R.D.F.* 38 (*Que. C.A.*)].

³⁶ Sobre este punto la Guía de Buenas Prácticas Séptima Parte- Artículo 13(1)(b) señala que: "En cuanto a la prueba pericial en los procedimientos de restitución, es importante tener en cuenta que el tribunal ante el que tramita el procedimiento solo decide sobre la restitución del menor y no sobre el fondo de las cuestiones relativas a la custodia o los derechos de visita. Por lo tanto, lo usual es que no se necesite prueba pericial, pero si se estimare necesaria, debería centrarse en la restitución del menor y no en las cuestiones de fondo de la custodia u otras cuestiones relacionadas que corresponden al tribunal del Estado de residencia habitual. En general, los jueces deben ser conscientes de que el alcance de la prueba pericial en los procedimientos de restitución es considerablemente distinto del de la brindada en los casos que versan sobre los derechos de custodia" (§175).

como donde se materializarán las garantías (*undertakings*) a favor del menor (*Achakzad v. Zetaryalai*, [2011] W.D.F.L. 2).³⁷

Como mencionamos anteriormente, el aumento de casos en los que la madre custodio sustrae al menor por razones de violencia nos hace cuestionarnos la alta probabilidad de que la restitución del menor separe al hijo y la madre, y que se materialice un proceso justo en el Estado de origen [*N.P. v. A.B.P.*, [1999] R.D.F. 38 (*Que. C.A.*)].³⁸ En el caso de que el sustractor se niegue a regresar al Estado de origen, la decisión de restitución se tendrá que supeditar a la existencia de garantías suficientes de un "proceso justo" en el Estado de origen (Jiménez, 2008, p. 104).

Sobre este mismo tema tenemos que hay otros casos en los cuales la interpretación del artículo 13(b) es dudosa y dividida. Me refiero a los supuestos en los que la denegación del retorno esta asociada a la situación actual del Estado de origen. Como se puede corroborar en la jurisprudencia hay diferentes posturas sobre este tema. Por ello es necesario que se haga una evaluación caso por caso, ya que la distancia entre lo que puede ser un riesgo o no es muy variado (SCJN. II.3o.C.79 C.). En el caso *Janine Claire Genish-Grant and Director-General Department of Community Services* ([2002] FamCA 346) se niega el retorno de los menores a Israel porque se demuestra que la situación política y social de este país los exponía a un grave riesgo. Mientras que en el caso *CA Rennes* (28 juin 2011, *No de RG 11/02685*) se restituye a los menores a México ya que se demuestra que la contaminación, la inseguridad de la ciudad y los terremotos no constituían prueba suficiente de riesgo grave.

³⁷ Sobre este punto, la Guía de Buenas Prácticas establece que los tribunales deben prestar mayor atención a los peligros que el niño puede enfrentar tras su restitución. Sin embargo, para ello no deben comenzar un estudio social pormenorizado, ya que con procedimientos de esta índole se corre el riesgo de que deriven en una decisión sobre el fondo del asunto (GBP13: §25).

³⁸ En el cual se niega la restitución porque los hechos eran excepcionales. El padre amenaza a la madre, y le genera temor regresar a Israel. La madre fue engañada y llevada a Israel, vendida a la mafia rusa y revendida al padre, quien la forzó a prostituirse. Fue encerrada, golpeada por el padre, violada y amenazada. Con estos antecedentes, habría sido totalmente inapropiado enviar al niño de regreso sin su madre a un padre que evidentemente era un tratante de personas.

Tomando en cuenta lo anteriormente dicho reforzamos la idea, antes mencionada, de que la decisión de no retorno por riesgo no acreditaría en sí misma un cambio de residencia. No obstante, "sería inoperante pensar que el sustractor tuviera que regresar a los Tribunales de origen para iniciar un procedimiento sobre el fondo. De tal manera, podríamos afirmar que en este caso la competencia la asumirían los Tribunales del Estado sustractor, por la naturaleza en que se basa la negativa de restitución" (Matus, 2019, p. 277).

El artículo 20 es una disposición que difumina aún más la línea divisoria entre el proceso de restitución y las cuestiones de fondo. Recordemos que este artículo señala que la vulneración de los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y libertades fundamentales puede ser causa de la denegación de restitución. Afortunadamente, lo establecido en esta disposición es poco habitual en los instrumentos internacionales de derecho privado, ya que su interpretación es compleja. En coherencia con el Informe Explicativo, el contenido del artículo 20 fue resultado de un compromiso entre países que estaban en contra de la inclusión de una cláusula de orden público (Pérez párr. 31 y ss.).³⁹ Si bien esta es una excepción que no es popular, en los casos que se ha utilizado ha sido para examinar el derecho del Estado de origen. Como referencia tenemos el caso AP de Barcelona 1997 (Re S., Auto de 21 abril de 1997, Audiencia Provincial Barcelona, Sección 1a.) en el cual se desestima la apelación y se rechaza la restitución, ya que era contraria a los principios básicos de la ley española referida a la protección de los derechos humanos y las libertades básicas.

El caso AP de Barcelona de 1997 trata de un menor trasladado a España por su madre. Al momento de la sustracción los padres tenían los derechos de custodia compartidos conforme a ley israelí. El padre presentó una denuncia al tribunal, y éste otorgó al padre la competencia exclusiva del

³⁹ Sobre este punto es importante mencionar que algunos países tienen reservas sobre la incorporación de este precepto como, por ejemplo, el Reino Unido.

menor, justificando que ella era una *moredet* y por ello habría que castigarla por su "rebelión". Fue así como el tribunal español "estableció que esto equivalía no solo una negación de la custodia natural de la menor en Israel, sino que además era en sí misma era contraria a los principios básicos de la ley española. Aparte de que el tribunal español señaló que declarar "rebelde" a una esposa (*moredet*), no es razón suficiente para que la madre pierda sus derechos con respecto al menor, así como es una discriminación por cuestiones de género.

Derivado de lo anterior, podemos pensar que las decisiones procedentes de la aplicación del artículo 20 en las que se deniega el retorno, no sólo ponen bajo la lupa, para determinar el retorno del menor, el derecho del Estado de origen, sino que además se intuye que las decisiones sobre el fondo de la custodia tomadas por los tribunales de la residencia habitual no van a ser reconocidas en el Estado de destino. Si esto fuera el caso (que la atribución de la custodia esté basada en criterios discriminatorios) sería imposible reconocer una resolución de este tipo, lo cual justificaría la competencia judicial internacional de los tribunales del Estado sustractor.

A diferencia del supuesto anterior, la oposición del menor a su restitución (artículo 13. II) constituye una de las razones más utilizadas para denegar el retorno. Para materializar el uso de esta excepción se debe comprobar que el menor ha alcanzado una edad y madurez en la que resulta esencial tener en cuenta sus opiniones, y siempre que su sentir esté libre de presiones por parte del secuestrador.⁴⁰ Ahora bien, debemos estudiar cuál será la pregunta principal que debe hacerse al menor y sobre la que se debe examinar su voluntad. Ya que si queremos mantener la línea divisoria entre el proceso de restitución y la competencia judicial, debemos contemplar que se deben hacer cuestionamientos distintos: el primero

⁴⁰ El Estado mexicano está obligado a velar por el interés superior del menor garantizando su derecho a expresar su opinión tomando como referencia su edad y madurez. Por ello el juzgador debe tener cuidado al analizar el material probatorio y su opinión, ya que en ocasiones éstos expresan una opinión que puede estar manipulada o alienada [SCJN. 1a. CVII/2015 (10a.)].

debe estar dirigido a cuestionar la voluntad del menor a ser restituido, en este caso, la negativa a ser restituido, y en el segundo, se debe evitar preguntar si su voluntad es permanecer con el sustractor o con el progenitor que detenta la custodia, ya que, esto no es objeto del CLH. Esta última pregunta recae directamente sobre cuestiones de fondo que no están contempladas por el convenio. Además de que esta consulta pone en desventaja al progenitor con quien perdió contacto el menor, "pues cuando un menor es separado de uno de sus progenitores y pierde todo contacto con él, por un largo tiempo, es natural que presente más apego con el progenitor con quien convive" [SCJN. 1a. CXXX/2017 (10a.)]. Una vez más la excepción puede afectar el proceso de restitución o el fondo de la custodia. Y aunque podemos ver que son dos preguntas con dimensiones distintas, el impacto en la realidad es más teórico que práctico.

Respecto a cómo se determina si el menor ha alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta tener en cuenta sus opiniones, no es homogénea en México. Lo anterior dependerá del caso y de cada uno de los tribunales. Habrá quienes se muestren más abiertos a escuchar niños y niñas de corta edad y habrá otros más estrictos. Ahora bien, esta heterogeneidad tiene como fundamento una jurisprudencia que establece que su "participación en un procedimiento jurisdiccional no puede estar pre-determinada por una regla fija en razón de su edad, ni aun cuando esté prevista en ley. Atendiendo al principio de autonomía progresiva, la edad biológica no guarda necesaria correlación con la madurez y la posibilidad de formarse un juicio o criterio propio" [SCJN. 1a./J. 13/2015 (10a.)].

En este sentido, no pueden "establecerse edades fijas o condiciones preestablecidas para determinar el grado de autonomía del menor, pues el proceso de madurez no es un proceso lineal y aplicable a todos los niños por igual". De tal manera que los juzgadores deberán realizar una "ponderación entre la evaluación de las características propias del menor (edad, nivel de madurez, medio social y cultural, etc.) y las particularidades de la decisión (tipo de derechos que implica, los riesgos que

asumirá el menor, consecuencias a corto y largo plazo, entre otras" [SCJN. 1a. CCLXVII/2015 (10a.)].

VIII. Consideraciones finales

A partir del análisis realizado en el cuerpo del trabajo hacemos los siguientes comentarios:

1. La SIM no se debe analizar solamente desde la perspectiva de la cooperación internacional sin tomar en cuenta los otros sectores del derecho internacional privado: competencia judicial internacional, derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias.
2. Resultado de la práctica comparada, pensamos que existe una cierta relación entre el procedimiento de restitución y el fondo de la custodia, y más aún, cuando se actualizan las excepciones del convenio.
3. Debemos alcanzar un efecto uniformador de los conceptos que tienen una dimensión similar a los "derechos de custodia", de modo que se integre una interpretación más amplia y adecuada para lograr los objetivos del convenio.
4. Las dificultades experimentadas en la aplicación del CLH por los operadores jurídicos pueden disminuir con la clarificación de los conceptos analizados. Pero es imprescindible, además, que se generalice una interpretación autónoma de los alcances de los conceptos utilizados en el convenio, así como establecer cuáles son los contenidos mínimos y máximos de los derechos de custodia para identificar los espacios concurrentes dentro de la patria potestad.
5. La fórmula "guarda y custodia" puede plantear dificultades en el plano internacional, a pesar de ser una expresión reiterativa, pues no cabe duda de que en el sistema mexicano "guarda" y "custodia" son sinónimas.
6. A partir de la firma y ratificación de la Convención de los Derechos del Niño (DOF: 1991), y la constitucionalización del derecho de familia se pone de manifiesto que tenemos una deuda pendiente: la de adecuar nuestras leyes a la luz de los derechos del niño.

7. Ante la "democratización de las relaciones familiares", y tomando como fundamento principios constitucionales-internacionales tales como el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho, el principio del interés superior del niño y la autonomía progresiva de niños y adolescentes, es que el vínculo entre padres e hijos deja de girar en torno a la noción de "potestad" o "poder" para que empecemos a hablar de "responsabilidad".
8. Urge un reemplazo del antiguo concepto de "patria potestad" que lleva implícita la idea de los hijos como objeto de protección y no como sujetos de derecho en desarrollo. Proponemos el reemplazo de esta noción por el de "responsabilidad parental", en conformidad con el art. 5o. CDN y el artículo 4o. constitucional en el ámbito nacional.
9. No existe una correspondencia literal entre los alcances del derecho de custodia convencionales y la interpretación de la normativa mexicana. A diferencia de lo establecido en el convenio, la jurisprudencia mexicana señala que el progenitor que detenta la guarda y custodia sobre el menor no puede cambiar unilateralmente el domicilio de éste. Por lo tanto, en México "no es suficiente tener los derechos de custodia para poder fijar la residencia del menor, si ambos padres conservan el ejercicio de la patria potestad".
10. Si implícitamente el CLH tiene como objetivo el interés superior del menor, consideramos que entre más flexible sea la interpretación de este instrumento, será más fácil alcanzar el cumplimiento de este interés. Es así como, respecto al derecho *ne exeat*, consideramos que éste sí debe ser valorado como un elemento que puede fundar la ilicitud del traslado o retención, ya que coincidimos en que debe entenderse como un derecho de custodia conferido al otro progenitor.
11. Consideramos que las dimensiones de lo que implica la patria potestad en el contexto mexicano podría ser considerado un derecho de custodia "imperfecto" para fines interpretativos del alcance de los objetivos del CLH. Ahora bien, esto no quiere decir que pensemos que existe una equivalencia entre la patria potestad y los derechos de custodia.

12. Tomando con fundamento el interés superior del menor y el beneficio que alcanza cuando convive con ambos progenitores, consideramos que la calificación de la ilicitud del traslado o retención no solo puede derivar de la infracción de un derecho de custodia, sino también de la violación de un derecho de visita. Sobre todo, porque, actualmente, muchos de los casos de sustracción son concretados por el padre custodio. No obstante, cuando se presenta un derecho de custodia imperfecto se deben analizar todos los recursos que se tengan a la mano para determinar la extensión del derecho; esto es, caso por caso y siempre poniendo en primer lugar el interés superior del menor.
13. Afirmamos que la mayoría de las veces, la decisión de restituir o no a un menor al lugar de su residencia habitual generará la necesidad de una nueva disposición sobre la custodia, así como que la valoración hecha para fundar esa sentencia necesariamente tendrá que considerarse en el proceso ulterior sobre el fondo.
14. Se debe considerar el restablecimiento de la competencia de los tribunales del Estado de origen cuando se dicte y ejecute una decisión de restitución.
15. El análisis que se realiza para determinar la denegación del retorno del menor a partir del uso de las excepciones contempladas en el CLH no es puro, necesariamente tiene que partir de la realidad que luego va a considerarse en el proceso del fondo.
16. Como pudimos observar, en algunos supuestos, la frontera divisoria entre ambos procesos se va a ir desdibujando. Por regla general, el menor debe ser restituido salvo que con ello se perjudique su interés superior. Es por ello que, las razones contempladas en el CLH como excepciones a la regla general, forzosamente requieren de una discusión y análisis más profundo.
17. Respecto al artículo 12 sobre el computo del plazo, pensamos que el computo del tiempo debiera de comenzar a partir de la localización del menor, y no a partir del traslado o retención del menor. Consideramos que la idea de que pasado el año ya no será inmediato el retorno, sólo se justifica para hacer un examen de

ponderación para determinar la adaptación del menor a su nuevo ambiente.

18. Con la finalidad de ampliar y mejorar la protección de las niñas y los niños en las situaciones de carácter internacional y para solucionar conflictos en materia de competencia, derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de medidas de protección a menores, afirmamos que es necesaria la firma y ratificación del CLH de 1996.
19. La división establecida en el CLH entre el procedimiento de restitución y la cuestión de fondo de la custodia no es absoluta. Lo anterior se comprueba cuando hay que resolver los conflictos interpretativos que surgen en los casos difíciles, y sobre todo si se materializa alguna de las excepciones.
20. Afirmamos que la competencia sobre el fondo le debe corresponder a los tribunales de origen (esencialmente, por la *continuing jurisdiction* inherente a la existencia del traslado ilícito). Especialmente, cuando la restitución es rechazada por las excepciones del CLH que no tienen como característica una cuestión de temporalidad y adaptación a una nueva residencia.
21. De manera general, consideramos que no debe de ser la decisión de restitución la que determine la competencia judicial internacional, sino que se compruebe que el menor ha adquirido en el nuevo Estado su residencia habitual.
22. La presencia física del menor no es siempre necesaria para que actúe el tribunal de la residencia habitual. En ese sentido, ni la sustracción ni la denegación de retorno significan que los tribunales de origen pierdan su competencia para decidir las cuestiones de fondo.
23. Afirmamos que, en general, las decisiones que resultan de los casos en los cuales se niega la restitución incidirán en el futuro proceso sobre el fondo. De esta manera, se vinculan el proceso de restitución y la determinación de la competencia judicial internacional, ya que lo más probable es que se dé un replanteamiento de los derechos de custodia.

24. La invocación del artículo 20 como causa de no retorno está destinada a generar consecuencias jurídicas más allá de la propia restitución, así como podrá incidir en el reconocimiento de decisiones posteriores dictadas por el tribunal de origen.
25. Una última aclaración es que, por regla general, los niños deben ser escuchados a cualquier edad, independientemente de que, para tomar en cuenta sus opiniones, se tenga que evaluar su edad y madurez.

Referencias

- Adam Muñoz, M. D. y García Cano, S. (dirs.) (2004), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex.
- C.M.V. Clarkson/J. Hill (2011), *The Conflicts of Laws* (4th ed.), Reino Unido, Oxford University Press.
- Calvo Caravaca A. L. y Carrascosa González, J. (2017), "Protección de menores", en A. L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17a. ed., Granada, Comares.
- Cossío Díaz, J. R. (2009), "Pérdida de la patria potestad y proporcionalidad de las sanciones", en *Lex Difusión y Análisis*, México, año XII, núm. 164.
- Garbolino, H. J., (2010), "The United States Supreme Court Settles the ne exeat Controversy in America: *Abbott v. Abbott*", en *ICLQ*, vol. 59.
- González Beilfuss, C. (2004), "Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita", en *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Colex, Madrid, pp. 80-115.
- Jiménez Blanco, P. (2008), *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, Marcial Pons.

Matus Calleros, E. (2019), *Competencia judicial, conflicto de leyes, cooperación, reconocimiento y ejecución de sentencias en la sustracción internacional del menor*, Madrid, Tirant lo Blanch.

Pérez Vera, E. (1982), *Informe Explicativo*, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Schuz, R. (2013), *The Hague Child Abduction Convention — A Critical Analysis*, Oxford-Portland, Óregon, Hart Publishing.

Instrumentos convencionales

Actes et documents de la Quatorzième Session, Tome III, Enlèvement d'enfants, La Haya, SDU, 1980.

Convenio sobre los Derechos del Niño.

Convenio del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores del 15 de julio de 1989 procedente de la CIDIP IV.

Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.

Contacto transfronterizo relativo a los niños - Principios generales y Guía de buenas prácticas; 2008.

Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Séptima Parte- Artículo 13(1)(b); 2020.

Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Cuarta parte - Ejecución.

Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Tercera Parte — Medidas de prevención; 2005.

Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Segunda Parte - Medidas de aplicación; 2003.

Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Primera Parte — Práctica de las Autoridades centrales; 2003.

Informe de la Tercera Reunión de la Comisión Especial para examinar el funcionamiento del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (17 a 21 de marzo de 1997).

Reglamento (CE) núm. 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Instrumentos normativos

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal.

Jurisprudencia mexicana

DERECHO A LA VIDA PRIVADA FAMILIAR. AUTONOMÍA DE LOS PADRES PARA TOMAR DECISIONES SOBRE SUS HIJOS MENORES DE EDAD. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 63, Febrero de 2019; Tomo I; Pág. 716. 1a. III/2019 (10a.).

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. FUENTES DEL DERECHO DE CUSTODIA TUTELADO POR EL ARTÍCULO 3 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES EN ESA MATERIA. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 61, Diciembre de 2018; Tomo I; Pág. 419. 1a. CCCXX/2018 (10a.).

GUARDA Y CUSTODIA. CUANDO UNO DE LOS PROGENITORES HA INCUMPLIDO SISTEMÁTICAMENTE CON EL RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS, ES CONFORME AL INTERÉS DEL MENOR MODIFICARLA. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 61, Diciembre de 2018; Tomo I; Pág. 317. 1a. CLIII/2018 (10a.).

RÉGIMEN DE CONVIVENCIA ENTRE EL MENOR Y SU FAMILIA AMPLIADA. DEBE FIJARSE DE FORMA CONCOMITANTE CON LA DEL PROGENITOR QUE NO TIENE LA GUARDA Y CUSTODIA. Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 60, Noviembre de 2018; Tomo III; Pág. 2405. II.2o.C.23 C (10a.).

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

10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 52, Marzo de 2018; Tomo I; Pág. 807. 1a./J. 6/2018 (10a.).

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. FUENTES DEL DERECHO DE CUSTODIA TUTELADO POR EL ARTÍCULO 3 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES EN ESA MATERIA. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 61, Diciembre de 2018; Tomo I; Pág. 419. 1a. CCCXX/2018 (10a.).

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL. EN EL PROCEDIMIENTO SE DEBE EVALUAR LA OPINIÓN DEL MENOR SUSTRÁIDO O RETENIDO. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 46, Septiembre de 2017; Tomo I; Pág. 245. 1a. CXXX/2017 (10a.).

EVOLUCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LOS MENORES. LINEAMIENTOS PARA DETERMINAR SU GRADO. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 22, Septiembre de 2015; Tomo I; Pág. 306. 1a. CCLXVII/2015 (10a.).

VISITA Y CONVIVENCIA DE LOS MENORES CON SUS PROGENITORES. ES UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE TIENDE A PROTEGER EL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS SIENDO, POR TANTO, DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Localización: [J]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 17, Abril de 2015; Tomo II; Pág. 1651. VI.2o.C. J/16 (10a.).

PATRIA POTESTAD. SU CONFIGURACIÓN COMO UNA INSTITUCIÓN ESTABLECIDA EN BENEFICIO DE LOS HIJOS. Localización: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 19, Junio de 2015; Tomo I; Pág. 563. 1a./J. 42/2015 (10a.).

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. AL PONDERAR SUS DERECHOS DE CONVIVENCIA CON LOS DEL PROGENITOR CUSTODIO A DECIDIR EL LUGAR DE RESIDENCIA, EL JUZGADOR DEBE GESTIONAR LA POSIBILIDAD DE CONCILIAR LOS INTERESES EN CONFLICTO Y PROCURAR EL MAYOR BENEFICIO DE AQUÉL. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 19, Junio de 2015; Tomo I; Pág. 591. 1a. CXCIV/2015 (10a.).

PATRIA POTESTAD. SU CONFIGURACIÓN COMO UNA INSTITUCIÓN ESTABLECIDA EN BENEFICIO DE LOS HIJOS. Localización: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 19, Junio de 2015; Tomo I; Pág. 563. 1a./J. 42/2015 (10a.).

DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS TANTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. PARA DETERMINAR SU CONTENIDO Y ALCANCE DEBE ACUDIRSE A AMBAS FUENTES, FAVORECIENDO A LAS PERSONAS LA PROTECCIÓN MÁS AMPLIA. Localización: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 17, Abril de 2015; Tomo I; Pág. 240. 1a./J29/2015 (10a.).

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. LA OPINIÓN DE UN MENOR EXPRESADA EN UN PROCESO JURISDICCIONAL DEBE SER CUIDADOSAMENTE VALORADA A FIN DE EVITAR QUE SEA MANIPULADA. Localización: [TA] ; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 16, Marzo de 2015; Tomo II ; Pág. 1100. 1a. CVII/2015 (10a.).

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. EL DERECHO DE LOS MENORES A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA NO PUEDE ESTAR PREDETERMINADO POR UNA REGLA FIJA EN RAZÓN DE SU EDAD. Localización: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 18, Mayo de 2015; Tomo I; Pág. 382. 1a./J. 13/2015 (10a.).

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. EXISTE UNA PRESUNCIÓN DE QUE EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR SUSTRÁIDO SE VE MAYORMENTE PROTEGIDO CON SU RESTITUCIÓN INMEDIATA AL PAÍS DE ORIGEN. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 15, Febrero de 2015; Tomo II; Pág. 1418. 1a. LXXI/2015 (10a.).

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. PARA QUE OPERE LA CAUSAL DE EXCEPCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 12 DEL CONVENIO DE LA HAYA ES INDISPENSABLE QUE HAYA TRANSCURRIDO MÁS DE UN AÑO ENTRE LA SUSTRACCIÓN Y LA SOLICITUD DE RESTITUCIÓN. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 15, Febrero de 2015; Tomo II; Pág. 1422. 1a. XXXIX/2015 (10a.).

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 SUSTRACTOR PROBAR PLENAMENTE SU ACTUALIZACIÓN. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 15, Febrero de 2015; Tomo II; Pág. 1421. 1a. XXXVIII/2015 (10a.).

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. LAS EXCEPCIONES A LA RESTITUCIÓN INMEDIATA PREVISTAS EN EL CONVENIO DE LA HAYA DEBEN SER INTERPRETADAS DE MANERA ETRICTA Y APLICADAS DE FORMA EXTRAORDINARIA. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 15, Febrero de 2015; Tomo II; Pág. 1420. 1a. XXXVII/2015 (10a.).

DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. ES UN DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS MENORES DE EDAD. Localización: [TA];

10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 11, Octubre de 2014; Tomo I; Pág. 600. 1a. CCCLXVIII/2014 (10a.).

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. SU NATURALEZA JURÍDICA Y MODALIDADES. Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 10, Septiembre de 2014; Tomo III; Pág. 2426. II.1o.11 C (10a.).

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. PROTECCIÓN MÁS AMPLIA DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES. Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 10, Septiembre de 2014; Tomo III; Pág. 2425. II.1o.13 C (10a.).

INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA Localización: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 5, Abril de 2014; Tomo I; Pág. 451. 1a./J. 31/2014 (10a.).

DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. SU CARACTERIZACIÓN COMO UN DERECHO-DEBER. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 11, Octubre de 2014; Tomo I; Pág. 601. 1a. CCCLXIX/2014 (10a.).

TUTELA DE LOS MENORES DE EDAD. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ENCOMIENDA A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SU PROTECCIÓN INTEGRAL. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 4, Marzo de 2014; Tomo I; Pág. 561. 1a. CXXIII/2014 (10a.).

GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE EDAD Y RÉGIMEN DE CONVIVENCIA SON INSTITUCIONES PARALELAS Y COMPLEMENTARIAS DIRIGIDAS A SALVAGUARDAR EL DERECHO

DE LOS MENORES DE EDAD A LA CONVIVENCIA FAMILIAR EN CONTEXTOS DE CRISIS INTRAFAMILIAR. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XXV, Octubre de 2013; Tomo 2; Pág. 1051. 1a. CCCVI/2013 (10a.).

CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. NO VULNERA EL DERECHO FUNDAMENTAL DE AUDIENCIA. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XXV, Octubre de 2013; Tomo 2; Pág. 1045. 1a. CCLXXXI/2013 (10a.).

CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. CÓMO OPERA EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN DE ÉSTOS. Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro VIII, Mayo de 2012; Tomo 2; Pág. 1827. I.13o.C.3 C (10a.).

TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN. Localización: [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Mayo de 2010; Pág. 2079. XI.1o.A.T.45 K .

CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. EN EL PROCEDIMIENTO DE SOLICITUD DE RESTITUCIÓN DE UN MENOR, LAS AUTORIDADES DEL ESTADO REFUGIO SÓLO SE PRONUNCIARÁN SOBRE EL FONDO CUANDO PREVIAMENTE SE HAYA ESTABLECIDO QUE NO SE DAN LAS CONDICIONES FIJADAS EN AQUÉLLA. Localización: [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Marzo de 2010; Pág. 2959. II.3o.C.80 C.

CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. EL JUEZ NATURAL

PUEDE RECABAR OFICIOSAMENTE PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO DE SOLICITUD DE RESTITUCIÓN DE UN MENOR SI EXISTE LA PRESUNCIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN GRAVE RIESGO QUE LO EXPONE A UN PELIGRO FÍSICO O PSÍQUICO. Localización: [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Marzo de 2010; Pág. 2959. II.3o.C.79 C.

CUSTODIA EFECTIVA DEL NIÑO. CONSTITUYE PRESUNCIÓN LEGAL IURIS TANTUM. Localización: [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Febrero de 2010; Pág. 2817. I.4o.C.225 C.

FALTA DE CUSTODIA EFECTIVA, COMO MOTIVO PARA NEGAR LA RESTITUCIÓN DE MENORES. CONCEPTO. Localización: [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Enero de 2010; Pág. 2121. I.4o.C.234 C.

GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES, CONDICIONES DEL LUGAR DONDE SE EJERZA. Localización: [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIX, Marzo de 2009; Pág. 2757. I.7o.C.123 C.

MENORES. SU CAMBIO DE DOMICILIO NO PUEDE SER DETERMINADO UNILATERALMENTE POR EL PROGENITOR TITULAR DE LA GUARDA Y CUSTODIA, SI AMBOS PADRES CONSERVAN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Localización: [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVII, Enero de 2003; Pág. 1816. I.3o.C.381 C.

CUSTODIA DE MENORES. QUIEN POR MUTUO CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES, ELEVADO A LA CATEGORÍA DE COSA JUZGADA TENGA LA, PARA CAMBIAR DEL DOMICILIO PREVIAMENTE ESTABLECIDO A OTRO DISTINTO, YA SEA DENTRO DEL PAÍS O FUERA DE ESTE, DEBE SOLICITARLO A TRAVÉS DE UN JUICIO AUTÓNOMO Y NO POR LA VÍA INCIDENTAL.

Localización: [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo II, Noviembre de 1995; Pág. 519. I.6o.C.25 C.

GUARDA Y CUSTODIA. NO SE PUEDE ENTENDER DESVINCULADA DE LA POSESIÓN. Localización: [TA]; 8a. Época; 3a. Sala; Gaceta S.J.F.; Tomo I; Primera Parte -1, Enero-Junio de 1988; Pág. 299.

Jurisprudencia internacional

Abbott v Abbott, 130 S. Ct. 1983 (2010). La sentencia se puede encontrar en: «www.supremecourt.gov».

AAP Madrid 5 de septiembre 2005.

CA Rennes, 28 juin 2011, No de RG 11/02685.

C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad) [1989] 1 WLR 654.

Croll v. Croll, 229 F.3d 133 (2d Cir. September 20, 2000 cert. den. Oct. 9, 2001).

Duarte v. Bardales, 526 F.3d 563 (9th Cir. 2008).

Family Court of Australia at Melbourne 6 agosto 2004.

Thomson v. Thomson [1994] 3 SCR 551, 6 RFL (4th) 290.

Iceland: Law No. 20 of 1992 in Respect of Children, 1 July 1992, disponible en: «<https://www.refworld.org/docid/3ae6b58110.html>».

Janine Claire Genish-Grant and Director-General Department of Community Services [2002] FamCA 346.

M. v. K., 20/06/2000; Tribunal Supremo de Islandia.

Murphy v. Murphy 1994 GWD 32-1893.

N.P. v. A.B.P., [1999] R.D.F. 38 (*Que. C.A.*).

Re S., Auto de 21 abril de 1997, Audiencia Provincial Barcelona, Sección 1a.

Tribunal fédéral suisse, decisión de 29 Marzo 1999, 5P.1/1999.

W. (V.) v. S. (D.), (1996) 2 SCR 108, (1996) 134 DLR 4th 481.

www.incadat.com

CAPÍTULO 6

Restitución o asilo: ¿disyuntiva entre obligaciones internacionales que protegen a la niñez en México?

Miguel Ángel Reyes Moncayo

Resumen

La protección de niñas, niños y adolescentes (NNA) es una prioridad para la comunidad internacional. Para ello, se han adoptado numerosos tratados e instrumentos internacionales que atienden su interés superior desde diferentes aristas. Una de éstas es la restitución inmediata de las NNA a su lugar de residencia habitual tras una sustracción o retención ilícitas; sin embargo, la prohibición de devolver a las NNA a lugares donde estén en riesgo su vida, seguridad y/o libertad es otro aspecto que debe considerarse. Las dos situaciones derivan de obligaciones internacionales del Estado mexicano, contienen postulados en apariencia opuestos, e involucran actores y operadores diferentes. Ante esa divergencia es necesaria una interpretación armónica de ambos marcos normativos. El presente trabajo busca brindar una guía hacia ese objetivo.

I. Introducción

Lya es una niña de seis años, nacida en el extranjero y que ha vivido toda su vida en su país. Tanto su padre como su madre son nacionales de ese Estado, y todas sus redes familiares se encuentran allá. Lya disfruta mucho asistir a la primaria pues, además de su excelente desempeño académico, toma clases de deportes y tiene muchos amigos. Aun cuando sus progenitores están divorciados desde hace cuatro años, Lya vive con su padre y mantiene convivencias frecuentes con su madre.

En un día como cualquier otro, su padre la despierta, le prepara el desayuno y salen de casa a la hora acostumbrada para ir al colegio. Lya nota que su padre lleva una maleta, pero no le da importancia. En vez de tomar el autobús de rutina, abordan un vehículo particular que no los lleva al colegio, sino al aeropuerto. A pesar de su corta edad, Lya sabe que la situación es extraña y empieza a llorar. Su padre le explica que todo está bien, y que se irán de vacaciones sorpresa a visitar a su tía paterna que vive en México.

Los días siguientes a su llegada a México, Lya escucha que su padre y su madre pelean por teléfono frecuentemente, y él le menciona a ella que jamás los volverá a ver. Lya siente miedo y tristeza. Las semanas pasan y Lya no puede comunicarse con su madre porque su padre se lo prohíbe. Además, casi no salen de casa.

Esta situación hipotética describe una sustracción internacional. Un traslado ilícito de un país a otro es potencialmente dañino para el niño o la niña involucrados, pues de manera súbita se le remueve del entorno en donde se desarrollaba y se le instala en otro que puede serle completamente ajeno. Para combatir ese fenómeno —que desafortunadamente ocurre con frecuencia— la comunidad internacional ha adoptado tratados internacionales. Los países que se vinculan a esos instrumentos se obligan

a que el niño o la niña sean devueltos de manera urgente al lugar de donde fueron sustraídos, con miras a restituirlos en el goce de sus derechos.

Regresando a nuestro caso hipotético, dos meses después de estar en México, el padre de Lya le explica que, por pertenecer a un grupo étnico y profesar una religión diferente, fue víctima de agresiones por parte de colectivos extremistas en su país de origen. Su padre presentó denuncias en su país pero, a pesar de ello, los ataques y la intimidación continuaron. Tres días antes de viajar a México, dos personas lo golpearon y amenazaron con quitarle la vida, mientras gritaban consignas racistas. El padre decidió huir con Lya a México, pues tiene mucho temor de que algo más grave pueda pasarles a ambos. El padre le explica que solicitó asilo en México para Lya y para él. Dos días después de esa charla, el padre es notificado por un actuario judicial de un procedimiento de restitución internacional, pues la madre está pidiendo que Lya regrese a su país.

El asilo es una institución jurídica de naturaleza pacífica, apolítica y con fines exclusivamente humanitarios que busca proteger a personas que salen de sus países de nacionalidad o de residencia habitual por causas particularmente graves. Al igual que ocurre con la restitución, la comunidad internacional ha adoptado tratados internacionales que protegen a las personas solicitantes de asilo. Uno de los principios elementales del derecho de los refugiados es la prohibición para devolver a la persona solicitante —de forma directa o indirecta— al lugar de donde viene huyendo, pues ello podría poner en riesgo su integridad física o, incluso, su vida.

El caso que se narra busca exponer el conflicto que puede surgir entre dos instituciones fuertemente arraigadas en el marco jurídico mexicano: la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, y el asilo. ¿Cuál debe seguirse? ¿Cómo puede cumplir el Estado mexicano su obligación de velar y cumplir con el principio del interés superior de la niñez? ¿Existe una solución general o debe atenderse casuísticamente?

El presente trabajo ofrecerá un panorama general sobre ambas figuras, exponiendo sus características, principios y regulación. Posteriormente, se expondrán tres casos de estudio, en los que tribunales de Canadá, Estados Unidos y Reino Unido han emitido resoluciones en controversias que confrontaron la restitución y el asilo. Finalmente, se ofrecerán algunos apuntes ante la posibilidad de que casos similares se presenten en México, tanto por su tradición de asilo como por fenómenos migratorios recientes.

Es importante considerar que este trabajo se enfoca en el niño, niña o adolescente (NNA) que pudieran estar inmersos en un conflicto entre la restitución y el asilo. Por ello, el marco jurídico relativo a la protección de este grupo merece una mención antes de adentrarnos en la restitución y el asilo.

La protección de las niñas, niños y adolescentes ha adquirido una notable importancia a nivel internacional y, como tal, se ha mantenido en constante evolución desde hace décadas.

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (AGONU) aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos [Resolución 217 A (III)]. Este documento, aun cuando se trate de *soft law*,¹ es clave porque reconoció por primera vez el conjunto de derechos humanos del que deben gozar todos los pueblos y naciones. De manera particular, su artículo 25(2) dispone que: "la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.

¹ "Desde la perspectiva de creación del Derecho, el término *soft law* es simplemente una descripción conveniente para una variedad de instrumentos no vinculantes legalmente, usados en las relaciones internacionales contemporáneas por Estados y organismos internacionales." (Evans, 2010, pp. 119-120). Existe un interesante criterio judicial sobre la aplicación del *soft law* en materia de derechos humanos en el marco jurídico mexicano. *Vid.* tesis: XXVII.3o.6 CS (10a.) "SOFT LAW". LOS CRITERIOS Y DIRECTRICES DESARROLLADOS POR ÓRGANOS INTERNACIONALES ENCARGADOS DE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SON ÚTILES PARA QUE LOS ESTADOS, EN LO INDIVIDUAL, GUÍEN LA PRÁCTICA Y MEJORAMIENTO DE SUS INSTITUCIONES ENCARGADAS DE VIGILAR, PROMOVER Y GARANTIZAR EL APEGO IRRESTRICTO A LOS DERECHOS HUMANOS. Marzo de 2015.

Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social."

Posteriormente, la AGONU adoptó la resolución 1386(IV) el 20 de noviembre de 1959, proclamando la Declaración de los Derechos del Niño.² La Declaración señala diez principios que, a su vez, contienen un catálogo de derechos de la niñez. Destaca que su preámbulo señala que: "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento", lo que evidencia un marcado enfoque tutelar.

El 20 de noviembre de 1989 se aprobó el texto de la Convención de los Derechos del Niño, primer instrumento jurídicamente vinculante en materia de derechos de la niñez. Es el tratado más ratificado de la historia³ y consta de 54 artículos que recopilan derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la niñez. Asimismo, establece un Comité encargado de vigilar su cumplimiento.

La principal aportación de la Convención es que reconoce que las niñas y niños son sujetos de derechos a partir de su carácter individual como persona —a diferencia del enfoque de protección por su falta de capacidad jurídica—, girando en torno a principios rectores como el interés superior de la niñez, la no discriminación, y la participación en la toma de decisiones que los afecten según su edad y madurez. La Convención se ha fortalecido con la adopción de tres protocolos facultativos: dos en el año 2000 (sobre participación en conflictos armados y sobre venta, prostitución y utilización en pornografía) y uno más en 2012 (procedimiento de comunicaciones para la presentación de quejas específicas ante el Comité de Derechos Humanos).

² Un antecedente inmediato de este instrumento es la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Sociedad de Naciones en 1924, que es considerada el primer documento que reconoce derechos específicos de la niñez.

³ 196 Estados parte al 20 de abril de 2020. Es notable que Estados Unidos firmó la Convención en 1995, pero no la ha ratificado.

El marco jurídico mexicano para la protección a la niñez también ha sido reforzado de manera notable en años recientes. Entre los pasos más destacables se encuentran, sin duda, la vinculación de México a la Convención sobre los Derechos del Niño⁴ y la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011,⁵ misma que permite que los derechos contenidos en ese tratado sean elevados a rango constitucional.

La incorporación de la protección a la niñez en el artículo 4o. constitucional amerita una mención aparte. Tras la declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de que 1979 sería el "Año Internacional del Niño", la protección de los derechos de la niñez se incorporó en dicho artículo el 18 de marzo de 1980⁶ y, posteriormente, se volvió a reformar el 7 de abril de 2000.⁷ Finalmente, tras la reforma del 12 de octubre de 2011, los tres párrafos del artículo 4o. se leen en la actualidad como sigue:

⁴ En México está en vigor desde el 21 de octubre de 1990. México también se ha vinculado a la Enmienda a la Convención, adoptada en Nueva York el 12 de diciembre de 1995; a su Protocolo Facultativo relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados y a su Protocolo Facultativo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía. El texto de todos los tratados y datos del trámite constitucional pueden consultarse en el buscador de tratados de la Secretaría de Relaciones Exteriores: «https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/consulta_nva.php» (fecha de consulta: 30 de abril de 2020).

⁵ Los aspectos más notables de la reforma son: 1) el concepto de "garantías individuales" se transforma a "derechos humanos"; 2) se reconoce el goce y protección de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales de los que sea parte el Estado mexicano; 3) la incorporación del principio *pro persona*, por lo que deberá adoptarse la interpretación o la norma más favorable para la persona involucrada; 4) la obligación de todas las autoridades para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, y 5) la obligación de investigar, sancionar y reparar violaciones a derechos humanos.

⁶ La reforma señalaba que: "es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La Ley determinará los apoyos a la protección de los menores de las instituciones públicas".

⁷ Esta reforma adicionó los siguientes tres párrafos: "Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de estos derechos. El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez."

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.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.⁸

Otro hito ocurrió el 4 de diciembre de 2014, fecha en que se publicó la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), la cual establece un marco regulatorio en los órdenes federal, estatal y municipal. La Ley igualmente reconoce a este sector de la población como titular de derechos, adoptando el enfoque más progresista en la materia. Asimismo, fortalece la capacidad institucional del Estado a través de la creación del Sistema Nacional de Protección Integral y de las procuradurías de protección a nivel estatal y federal.

Partiendo de lo anterior, será importante tener en cuenta que los enfoques indiferenciado y tutelar de la niñez han quedado rebasados, por lo que actualmente tenemos un enfoque de derechos, con la consecuente obligación del Estado de crear mecanismos adecuados que garanticen el acceso a tales derechos de manera progresiva e integral.⁹

⁸ El 6 de junio de 2019 se reformó el primer párrafo del artículo 4o., para señalar que: "la mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia". Dicha reforma tiene también un impacto, si bien indirecto, en la protección de la niñez.

⁹ Para conocer una visión del marco conceptual de la niñez y sus derechos fundamentales, con un enfoque particular en la sustracción, *Vid.* Colmenares Sánchez (2018, p. 29 y ss).

II. La restitución internacional de niñas, niños y adolescentes

Como se mencionó líneas arriba, la sustracción internacional es un fenómeno que pone en peligro a quienes la sufren y tiene el potencial de causarles graves daños físicos y psicológicos. El caso típico involucra a un padre y a una madre con posiciones opuestas, en el que uno de ellos es la parte sustractora y el otro la parte solicitante.

La sustracción implica que una persona (padre, madre o quien ejerza derechos de custodia de manera conjunta) traslada a un NNA del país donde tiene su residencia habitual, sin el consentimiento de la otra persona que ejerce la custodia, con el fin de asentarse en el nuevo país. Por otra parte, una retención ilícita implica que el traslado se realizó mediando acuerdo entre las partes sobre una temporalidad definida, pero el NNA ya no regresa al lugar de residencia habitual tras la expiración del periodo acordado.

Como puede observarse, el escenario "menos dañino" de una sustracción es que las niñas, niños y adolescentes, son separados súbitamente del entorno en donde vivían, desprendiéndolos de sus vínculos familiares, sociales y afectivos. Sin embargo, pueden presentarse situaciones más graves, en donde las víctimas viven permanentemente escondidas, en constante movilidad sin poderse asentar en alguna comunidad, con identidades y documentación falsas—incluyendo cambios de género— y sin acceso a educación u otros derechos básicos.

Con el fin de revertir esta situación, potencialmente gravosa para la niñez, la víctima debe ser restituida o retornada al lugar de residencia habitual en el menor tiempo posible. Para ello, la comunidad internacional ha adoptado tratados internacionales que buscan proteger a la niñez de los efectos perjudiciales que podría ocasionar un traslado o retención.

La *Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (en adelante, "la Convención de La Haya") fue adoptada el 24

de octubre de 1980, en el seno de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado. Actualmente, tiene 101 partes contratantes, incluyendo México, para quien está en vigor desde el 1.º de septiembre de 1991.¹⁰

México también es parte de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, adoptada en Montevideo, Uruguay, el 15 de julio de 1989. A la fecha, este tratado cuenta con 14 Estados parte y está en vigor para México desde el 4 de noviembre de 1994. No se abundará en este tratado, pues prácticamente la totalidad de los casos de restitución, entrantes y salientes de México, se tramitan conforme a la Convención de La Haya. Solo basta mencionar que, si bien existen algunas diferencias entre sus mecanismos de operación,¹¹ ambos tratados coinciden en el objetivo de combatir el traslado ilícito de niñas, niños y adolescentes, a través de un remedio expedito (*i.e.*, la inmediata restitución al lugar de residencia habitual) y no reconocerle consecuencias jurídicas a ese fenómeno.

El objetivo de la Convención de La Haya está expresamente señalado en el preámbulo, el cual es: "proteger al menor [...] de los efectos perjudiciales

¹⁰ La adhesión de nuevas partes contratantes no implica una entrada en vigor automática con todas las demás. De conformidad con el artículo 38 de la Convención de La Haya: "cualquier otro Estado podrá adherirse al Convenio [...] La adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que se adhiera y aquellos Estados contratantes que hayan declarado aceptar esta adhesión [...]". Con el fin de ampliar la red de protección a la niñez, en febrero de 2020 la Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior (autoridad central de México para fines de la Convención) detonó el proceso de aceptación de las adhesiones de los últimos ocho Estados que se vincularon al tratado: República de Filipinas, Estado Plurinacional de Bolivia, República Islámica de Pakistán, Jamaica, República Tunecina, República de Cuba, República Cooperativa de Guyana, Barbados. Siguiendo el periodo establecido en el artículo 38, la Convención entró en vigor entre México y esos países a partir del 1 de mayo de 2020. Es importante recordar que el primer párrafo del artículo 35 dispone que: "el presente Convenio sólo se aplicará entre los Estados contratantes en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados". La tabla completa de aceptación de adhesiones puede consultarse en el sitio especializado de la Conferencia de La Haya: «<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/publications1/?dtid=36&cid=24>» (fecha de consulta: 04 de mayo de 2020).

¹¹ *Cfr.*, por ejemplo, el plazo establecido en el artículo 11 de la Convención de La Haya para decidir el caso (seis semanas a partir de la fecha del inicio del procedimiento) con el señalado en el artículo 12 de la Convención Interamericana (8 días hábiles más sesenta días naturales).

que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual".

Para lograr este fin, el tratado señala en su artículo 1(a) y (b) que busca: "garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante", así como: "velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes" (HCCH, 1980). De forma más general, el tratado está diseñado para restablecer las cosas al estado en que se encontraban antes de la sustracción o retención ilícitas para disuadir la comisión de esos actos.

Dos de los elementos principales a considerar en un caso de restitución internacional se encuentran contenidos en los artículos 3 y 4 de la Convención. El primero de ellos se refiere a la ilicitud de la sustracción o de la retención, la cual ocurrirá:

- 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. (HCCH, 1980, art. 3).

La Convención nos da un parámetro general sobre el concepto *derecho de custodia*, el cual "comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia" (HCCH, 1980, art. 5). Por otra parte, el artículo 4 indica que la Convención "se aplicará a todo menor [de 16 años] que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la

infracción de derechos de custodia". Sin embargo, el concepto de *residencia habitual* no se encuentra definido.

La guía que nos brinda el Informe Explicativo de la Convención sobre este último concepto es que se trata "del Estado en el que dichas relaciones [familiares] se desarrollaban antes del traslado" (Pérez-Vera, 1980, p. 17) y que "se entiende como un concepto de puro hecho que difiere en particular del concepto de domicilio." (Pérez-Vera, 1980, p. 9). Ante tal ambigüedad, podemos decir que se trata del lugar donde el niño o la niña realizaban sus actividades, con cierto grado de permanencia, el cual es independiente a que haya sido su país de origen o de nacionalidad. También puede entenderse como "el hogar inmediatamente antes de la remoción o retención, y factores potenciales a ser evaluados incluyen la ubicación de posesiones personales y mascotas, si el niño se encontraba matriculado en una escuela, y si el niño ha establecido relaciones en su nueva ubicación." (Loo, 2016, p. 616).

La regla general de la Convención de La Haya está contemplada en su artículo 12, mismo que dispone:

cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente [...] 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.** (Énfasis añadido).

Este remedio es sólo de naturaleza procesal, pues lo único que persigue es la devolución del NNA al Estado de residencia habitual, con el fin de que los tribunales de ese país determinen los derechos de las partes en conflicto. En otras palabras, la Convención de La Haya busca terminar rápidamente la situación creada por la sustracción o retención, con el fin de que las autoridades (judiciales o administrativas) de la residencia habitual puedan determinar de mejor manera los derechos familiares.

Debe tenerse en cuenta que los tribunales del país donde se resuelve la restitución no realizan determinaciones sustantivas del bienestar del niño a largo plazo, pues se encuentran impedidos de decidir "sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones... para la restitución del menor [...]" (HCCH, 1980, art. 16). La Convención de La Haya también señala que: "una decisión adoptada [...] sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia". (HCCH, 1980, art. 19).

Conforme a los artículos 2 y 11 del tratado, los Estados parte se obligan a actuar "con urgencia"¹² en procedimientos de esta naturaleza, por lo que las solicitudes deberán resolverse, idealmente, en un plazo de seis semanas a partir de que se hayan iniciado los procedimientos.

Por otra parte, la obligación general de restituir a un niño o niña, como toda regla, tiene algunas excepciones. Éstas, a su vez, constituyen defensas para la parte que se opone a la restitución, quien tiene la carga de acreditarlas.¹³ Las excepciones previstas por el tratado son:

1. Integración del menor: conforme al artículo 12, segundo párrafo del tratado: "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 [...] ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente." Esta excepción exige a la autoridad que decide la restitución que realice una valoración sobre

¹² "La obligación en cuestión tiene una doble vertiente: por una parte, la de utilizar los procedimientos más rápidos que existan en el propio sistema jurídico y, por otra parte, la de dar un tratamiento prioritario, en la medida de lo posible, a las demandas en cuestión." (Pérez-Vera, 1980, p. 30).

¹³ Tesis: II.3o.C.78 C (9a.) CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. CARGA DE LA PRUEBA DE QUIEN SE OPONE A LA RESTITUCIÓN DE UN MENOR. Marzo de 2010. Vid. también tesis: 1a./J. 6/2018 (10a.) SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. LAS EXCEPCIONES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 13 DEL CONVENIO DE LA HAYA NO SE ENCUENTRAN SUJETAS A ALGUNA CONDICIÓN TEMPORAL, PERO CORRESPONDE AL PADRE SUSTRACCIÓN PROBAR PLENAMENTE SU ACTUALIZACIÓN. Marzo de 2018.

la integración del niño o niña a su entorno, pues la devolución podría exponerlos a un segundo episodio de inestabilidad. Puede decirse que, si bien el paso del tiempo no extingue la obligación de retorno, sí la debilita; a la inversa, cobra fuerza el argumento de que el interés superior se ve privilegiado al no remover nuevamente al niño o niña de su entorno. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha señalado que las dilaciones en la localización o el procedimiento no son factores configuren esta excepción.¹⁴

2. No ejercicio efectivo del derecho de custodia: conforme al artículo 13(a) del tratado, no existe la obligación de restituir al niño o niña involucrada si "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". Conforme a criterios del Poder Judicial de la Federación (PJF), existe una presunción de que la persona solicitante ejercía este derecho, con la posibilidad de admitirse prueba en contrario.¹⁵ Igualmente:

La efectividad del ejercicio de ese derecho conferido por la ley, hace referencia a la situación real existente entre el niño y quienes deben custodiarlo, en el momento anterior al traslado o retención ilícitas, por las que se aprecie el interés de estos últimos por el menor, manifestado en las conductas necesarias para su desarrollo en general como su manutención, educación, asistencia en caso de enfermedad, convivencia, cuidados personales [...] lo cual se puede lograr viviendo bajo el mismo techo o, como en el caso de

¹⁴ Tesis: 1a./J. 7/2018 (10a.) SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. PARA QUE OPERE LA CAUSAL DE EXCEPCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 12 DEL CONVENIO DE LA HAYA ES INDISPENSABLE QUE HAYA TRANSCURRIDO MÁS DE UN AÑO ENTRE LA SUSTRACCIÓN Y LA SOLICITUD DE RESTITUCIÓN. Marzo de 2018.

¹⁵ Tesis: I.4o.C.225 C (9a.) CUSTODIA EFECTIVA DEL NIÑO. CONSTITUYE PRESUNCIÓN LEGAL IURIS TANTUM. Febrero de 2010.

padres separados, aunque se viva en distinto domicilio del menor. Por tanto, el concepto de custodia efectiva no está relacionado con la formalidad de contar con alguna declaración judicial de su existencia.¹⁶

3. Grave riesgo: la obligación de restituir también se extingue si se comprueba que: "existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable", atendiendo al contenido del artículo 13(b) del tratado. Esta es la excepción más invocada en el sistema judicial mexicano. El concepto de *grave riesgo* puede ser sujeto a múltiples interpretaciones; con el fin de promover una aplicación adecuada y uniforme de esta excepción a nivel mundial, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado publicó recientemente una *Guía de Buenas Prácticas* relacionada con esta excepción, misma que recopila información sobre su interpretación en diversas jurisdicciones (HCCH, 2020). Entre las situaciones de grave riesgo que dicha guía identifica como frecuentemente invocadas se encuentran el maltrato físico o violencia sexual contra el niño, violencia doméstica ejercida sobre la parte sustractora, la imposibilidad de mantener contacto con la parte sustractora si se ordena la restitución (e.g., por problemas migratorios), o condiciones deficientes de salud, educación o circunstancias adversas en el país de residencia habitual, entre otras.¹⁷ Es notable que la Guía no hace ninguna mención al asilo en su contenido.

¹⁶Tesis: I.4o.C.234 C (9a.) FALTA DE CUSTODIA EFECTIVA, COMO MOTIVO PARA NEGAR LA RESTITUCIÓN DE MENORES. CONCEPTO. Enero de 2010.

¹⁷ Con el fin de allegarse de elementos suficientes sobre esta excepción, las autoridades judiciales pueden recabar y valorar las pruebas que estimen convenientes, aun cuando no sean ofrecidas por las partes. Vid. tesis: II.3o.C.79 C (9a.) CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. EL JUEZ NATURAL PUEDE RECABAR OFICIOSAMENTE PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO DE SOLICITUD DE RESTITUCIÓN DE UN MENOR SI EXISTE LA PRESUNCIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN GRAVE RIESGO QUE LO EXPONE A UN PELIGRO FÍSICO O PSÍQUICO. Marzo de 2010.

4. Oposición del niño o niña: por otra parte, la restitución podrá ser negada si "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". (HCCH, art. 13, párr. 2). Esta excepción resulta congruente con la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual establece la obligación de los Estados de garantizar que el niño exprese su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, incluyendo la oportunidad de ser escuchados en procedimientos judiciales o administrativos.¹⁸ La Convención no establece parámetros para realizar esta actividad, pero la SCJN ha aportado claridad sobre este punto.¹⁹ También resulta destacable que el Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en casos que involucren Niñas, Niños y Adolescentes establece consideraciones útiles para que el juzgador dé cumplimiento a esta obligación (SCJN, 2014).
- a. Contravención a principios fundamentales: finalmente, el artículo 20 de la Convención establece que la restitución: "podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales". La doctrina reconoce que esta disposición solo se refiere a derechos que han sido incorporados al sistema jurídico del Estado que recibe la solicitud de restitución (Loo, 2016, p. 618). Esta excepción es muy poco invocada en la práctica.²⁰

¹⁸ El artículo 12 de la Convención señala lo siguiente: "1. Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional."

¹⁹ Tesis: 1a. CXXX/2017 (10a.) RESTITUCIÓN INTERNACIONAL. EN EL PROCEDIMIENTO SE DEBE EVALUAR LA OPINIÓN DEL MENOR SUSTRÁIDO O RETENIDO. Septiembre de 2017.

²⁰ Vid. la tesis: I.4o.C.241 C PERMANENCIA DE UN NIÑO DE CORTA EDAD CON LA MADRE. NO ES UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE PERMITA NEGAR SU RESTITUCIÓN. Enero de 2010. En dicho criterio se rechazó el argumento de que la inobservancia de ese supuesto derecho

Por otra parte, la Convención de La Haya prevé la designación de una: "Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio".^(C²¹) Actualmente, esta función recae en la Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior (DGPME) de la Secretaría de Relaciones Exteriores.²²

De conformidad con la práctica internacional, la autoridad central mexicana divide a los casos de restitución en entrantes y salientes. Los primeros se refieren a los casos en que la sustracción o retención ocurre en México, por lo que se recibe del exterior la solicitud correspondiente. En contraste, en los casos salientes la conducta ilícita ocurre en el exterior, por lo que México envía la petición correspondiente a sus homólogas extranjeras.

En los casos entrantes y una vez que recibe la solicitud de sus homólogas extranjeras, la DGPME verifica que se hayan aportado datos de la probable localización del niño o niña. De considerarlos insuficientes, puede realizar consultas con otras dependencias, entidades u organismos sobre la existencia de información que permita ubicar a las personas involucradas.

Una vez que se cuenta con un posible paradero, la solicitud se remite al Tribunal Superior de Justicia de la entidad federativa donde puede

contravendría principios fundamentales. La excepción prevista en el artículo 20 se menciona de forma general en las tesis: 1a. LXXI/2015 (10a.) SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. EXISTE UNA PRESUNCIÓN DE QUE EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR SUSTRÁIDO SE VE MAYORMENTE PROTEGIDO CON SU RESTITUCIÓN INMEDIATA AL PAÍS DE ORIGEN, febrero de 2015 y tesis 1a./J. 71/2019 (10a.): AMPARO DIRECTO. PROCEDE CONTRA LA RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE DECIDE EN FORMA DEFINITIVA SOBRE LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DE EDAD, SOLICITADA CONFORME A LA CONVENCIÓN EN LA MATERIA. Noviembre de 2019.

²¹ Convención de La Haya, artículo 6.

²² El 10 de agosto de 2001, mediante la publicación del Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exterior en el Diario Oficial de la Federación, esta función se trasladó a la entonces Dirección General de Protección y Asuntos Consulares. Tras las reformas al Reglamento Interior del 8 de enero de 2009, la función recae en la Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior. En adición a la designación de la DGPME, México designó autoridades centrales estatales a los Sistemas para el Desarrollo Integral de la Familia cada entidad federativa. La lista puede consultarse en: «<https://www.hcch.net/es/states/authorities/details3?aid=107>». Sobre la complejidad de que la DGPME funja como autoridad central, Vid. Oropeza Zorrilla, 2014, pp. 129-141.

encontrarse el niño o la niña, con el fin de que se desahogue el procedimiento de restitución. La remisión a una autoridad judicial es clave pues corresponde exclusivamente a una autoridad judicial mexicana resolver la procedencia de la restitución, lo que permite garantizar los derechos humanos de las personas involucradas, incluyendo las garantías de audiencia y de defensa, así como el interés superior de la niñez.²³

Para tener elementos suficientes que le permitan tomar una decisión, el juzgado familiar encargado del caso escuchará a todas las partes y analizará las pruebas que ellas pongan a su disposición. Tras valorar la evidencia aportada o la que recabe de oficio emitirá una sentencia. Dicha resolución puede ser revisada conforme a los recursos legales que prevé nuestro sistema jurídico (*i.e.*, recurso de apelación). Las partes tienen el derecho de solicitar la protección de la justicia federal si consideran que sufrieron una violación a sus derechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la Cancillería, como autoridad central, actúa en nombre del Estado mexicano para que éste cumpla sus obligaciones internacionales, por lo que en ningún caso se le debe considerar un representante de alguna de las partes involucradas.

Además de las disposiciones de la Convención de La Haya, el marco jurídico internacional en la materia incluye a la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual contiene una disposición dirigida a combatir el fenómeno de la sustracción al disponer que: "los Estados Parte adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero".²⁴

Si bien la Convención de La Haya es Ley Suprema de toda la Unión en términos del artículo 133 constitucional, no cuenta con legislación de

²³ Sobre la constitucionalidad de la Convención de La Haya, *Vid.* tesis: 1a. CCLXXXI/2013 (10a.) CONVENCION SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES. NO VULNERA EL DERECHO FUNDAMENTAL DE AUDIENCIA. Octubre de 2013.

²⁴ Convención de La Haya, artículo 11.

implementación específica a nivel nacional. Sin embargo, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA) establece algunas disposiciones de carácter general al señalar que:

Las leyes federales y de las entidades federativas contendrán disposiciones para prevenir y sancionar el traslado o retención ilícita de niñas, niños y adolescentes cuando se produzcan en violación de los derechos atribuidos individual o conjuntamente a las personas o instituciones que ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia, y preverán procedimientos expeditos para garantizar el ejercicio de esos derechos.

En los casos de traslados o retenciones ilícitas de niñas, niños y adolescentes fuera del territorio nacional, la persona interesada podrá presentar la solicitud de restitución respectiva ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, para que ésta lleve a cabo las acciones correspondientes en el marco de sus atribuciones, de conformidad con lo dispuesto en los instrumentos internacionales y demás disposiciones aplicables.

Cuando las autoridades de las entidades federativas tengan conocimiento de casos de niñas, niños y adolescentes de nacionalidad mexicana trasladados o retenidos de manera ilícita en el extranjero, se coordinarán con las autoridades federales competentes, conforme a las demás disposiciones aplicables, para su localización y restitución.

Cuando una niña, niño o adolescente sea trasladado o retenido ilícitamente en territorio nacional, o haya sido trasladado legalmente pero retenido ilícitamente, las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, estarán obligadas a coadyuvar en su localización, a través de los programas para la búsqueda, localización y recuperación, así como en la adopción de todas las medidas necesarias para prevenir que sufran mayores daños y en la sustanciación de los procedimientos de urgencia necesarios para garantizar su

restitución inmediata, cuando la misma resulte procedente conforme a los tratados internacionales en materia de sustracción de menores.²⁵

En sintonía con el párrafo primero del precepto citado, once entidades federativas (Baja California, Chihuahua, Coahuila, Durango, Estado de México, Guanajuato, Michoacán, Querétaro, Sinaloa, Yucatán y Zacatecas) han adoptado un procedimiento *ad hoc* para casos de restitución en sus respectivos códigos de procedimientos civiles, con algunas variantes entre sí.²⁶ De igual forma, tres entidades federativas (Ciudad de México, Estado de México y Nuevo León) han designado juzgados familiares especializados en esta materia, lo cual ha traído notables ventajas.²⁷

Finalmente, debe resaltarse que, de conformidad con lo señalado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: "en materia de sustracción y restitución de menores, la mejor forma de proteger su interés superior, es decretando su restitución inmediata, cuando proceda, y ceñirse a los supuestos de excepción ahí admitidos".²⁸ En ese sentido, se puede interpretar que el interés superior resulta mejor atendido a través del pronto retorno del niño o niña a su país de residencia

²⁵ Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), artículo 25. De igual forma, el artículo 116, fracción X de la Ley dispone que las autoridades federales y locales, de forma concurrente, deberán: "coadyuvar en la localización de niñas, niños y adolescentes sustraídos, trasladados o retenidos ilícitamente".

²⁶ Estas diferencias se presentan, principalmente, en los términos señalados para oponerse a la restitución, para dictar sentencia y para promover el recurso de apelación. El artículo 73 constitucional fue reformado el 15 de septiembre de 2017, a través de la adición de su fracción XXX, con lo que se facultó al Congreso de la Unión para expedir la legislación única en materia procesal civil y familiar. A pesar de que el artículo cuarto transitorio de dicha reforma señala un plazo de ciento ochenta días para expedirlo, al 30 de abril de 2020 sigue pendiente. El futuro Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares representa una oportunidad única para incluir un procedimiento específico de restitución internacional aplicable en todo el territorio nacional. Ello no sólo abonará a procedimientos homogéneos y expeditos, sino que también brindarán mayor certeza jurídica a todas las partes involucradas y facilitaría el cumplimiento de la Convención. Respecto a la propuesta de una ley general en materia de sustracción internacional de menores, *Vid.* Colmenares Sánchez (2018, p. 221 y ss).

²⁷ La jurisdicción concentrada incrementa la experiencia de las y los juzgadores involucrados, por lo que se reducen los tiempos de resolución, se reduce la posibilidad de criterios discordantes y se alcanza una mayor especialización técnica en la materia..

²⁸ Tesis: I.4o.C.253 C (9a.) SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO ESTÁ INMERSO EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL QUE LA REGULA. Enero de 2010.

habitual. Sin embargo, es particularmente relevante la frase *cuando proceda*, pues permite que un juez niegue el remedio para el que la Convención fue diseñada si se comprueba alguna de las excepciones arriba mencionadas.

III. El asilo

La migración es un fenómeno que ha existido siempre en la historia de la humanidad, y sus causas atienden a una multiplicidad de motivos. Sin embargo, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, los Estados decidieron tomar acciones decididas para atender a las personas desplazadas por los conflictos bélicos. De dicha iniciativa nace la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) por resolución de la Asamblea General de dicho organismo internacional, cuyo Estatuto señala que asumirá la función de protección internacional a las personas refugiadas [1950, Resolución 428(V)]. Una oficina regional del ACNUR se estableció en México en 1982, la cual opera hasta la fecha para ayudar al país a cumplir sus obligaciones internacionales en este ámbito.²⁹

Como primer apunte, es importante notar que, incluso en la literatura especializada, existe una confusión entre los conceptos de *asilo* y *refugio*, los cuales erróneamente se usan de forma indistinta:

[...] muy frecuentemente, el vocablo "asilo" se reserva para designar al sistema latinoamericano de asilo diplomático y territorial, reconocido a través de las convenciones latinoamericanas, y es menos utilizado en el contexto del Derecho Internacional de los Refugiados. En cambio, se utiliza el vocablo "refugio" para designar, por una parte, al sistema universal de protección a los refugiados basado en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los

²⁹ Vid. el "Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, (ACNUR) relativo al Establecimiento en México de un Representación de la Oficina del Alto Comisionado", del 5 de octubre de 1982. Disponible en: «https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/muestratratado_nva.sre?id_tratado=818&depositario=» (fecha de consulta: 20 de abril de 2020).

Refugiados y a su Protocolo de 1967, y, también, al estatuto o condición de refugiado, y, por otra, a la protección del Estado que tradicionalmente se conoce como asilo. El desorden lingüístico resultante podría eventualmente producir una pérdida en el vigor de los conceptos jurídicos, favoreciendo el debilitamiento de la protección de los refugiados (San Juan y Manly, 2004, p. 23).³⁰

Por ello, es importante hacer esta aclaración:

asilo es la institución a través de la cual un Estado otorga protección, en su territorio o en otro lugar bajo el control de algunos de sus órganos, a una persona que se lo solicita. Entre las categorías de personas que reciben protección de un Estado a través de esta institución están: 1) los asilados políticos, a quienes el Estado les otorga protección al ser perseguidos por motivos políticos (pueden ser asilados políticos territoriales o diplomáticos), y 2) los refugiados [...].(Ortega Velázquez, 2018, p. 709).

A la luz de lo anterior, podemos observar que la concepción latinoamericana del *asilo* y el sistema de protección de los refugiados protegen a personas por motivos diferentes, y que los orígenes, naturaleza, principios y procedimientos de ambas figuras son distintos entre sí. Desafortunadamente, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no escapó a dicha confusión.³¹ Por ello, aun cuando el uso del concepto *refugio* es común, deberá usarse el término *asilo*.³²

³⁰ Dicho trabajo brinda un análisis muy completo sobre las causas y consecuencias de este dualismo.

³¹ El 10 de junio de 2011 se reformó el segundo párrafo de este artículo, a fin de que se leyera: "En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones". Dadas las imprecisiones de dicho párrafo, el artículo nuevamente se reformó el 15 de agosto de 2016, cuyo texto se conserva en vigor hasta la fecha. Sobre la reforma realizada al artículo 11 en 2011, incluyendo la falta de comunicación entre las Comisiones de la Cámara de Diputados que redactaron la reforma y la entonces Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria en ese mismo año. *Vid.* Ricardo Sepúlveda señala que: "la ley secundaria se aprobó antes que la reforma constitucional y... entre ambas existen graves contradicciones, que plantean serios problemas de aplicación" (2011, p. 211).

³² Como se mencionó, la diferencia entre *asilo* y *refugio* sólo se observa en América Latina, región en la que se le ha dado a la primera figura una connotación política. En nuestro continente están en vigor cuatro tratados internacionales en esta materia, siendo México Estado contratante de todos: Con-

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza el 28 de julio de 1951, es el principal instrumento jurídico internacional en la materia (en adelante, "la Convención de Ginebra"). Este tratado busca proteger a toda persona que:

debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él [ACNUR, 1950, art. (A)(2)].³³

Si bien la Convención estableció un ámbito de aplicación temporal al referirse a los fundados temores fueran resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951, la persecución y el desplazamiento de personas continuaron por causas diversas. Por ello, a través del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados se eliminó toda limitación temporal.

vención sobre Asilo adoptada en La Habana, Cuba, el 20 de febrero de 1928; la Convención sobre Asilo Político, adoptada en Montevideo, Uruguay, el 26 de diciembre de 1933; la Convención sobre Asilo Territorial y la Convención sobre Asilo Diplomático, ambas adoptadas en Caracas, Venezuela, el 28 de marzo de 1954. Asimismo, se ha dicho que: "desde el derecho internacional público y la práctica de los Estados, se puede afirmar que el Estado concede la admisión y la protección mediante cinco modalidades distintas: a) a los asilados según el sistema latinoamericano, b) a los refugiados según el sistema universal, c) a las personas que caen bajo la definición de refugiado propuesta por la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, que amplía la definición del sistema universal, d) a las personas que corren riesgo de ser torturadas al ser devueltas con base en la prohibición contemplada en la Convención contra la Tortura e, implícitamente, en otros instrumentos, y e) por razones humanitarias, a otras personas. En todos estos casos jurídicamente nos encontramos frente a la institución del asilo, entendido como la protección que se brinda a un extranjero." (San Juan y Manly, 2004, p. 67).

³³ También se ha mencionado que "esta lista taxativa de motivos por los que una persona es considerada refugiada constituye quizás la piedra angular de las características que separan a un refugiado de un migrante económico, o bien de una persona que ha abandonado su país por cualquier causa, incluida un temor, pero que esté fuera de los supuestos establecidos en este apartado de la Convención de 1951." (Somohano, 2007, p. 76).

Una premisa importante del sistema es que el reconocimiento del estatus de refugiado no es una potestad discrecional del Estado, sino un derecho que debe ser reconocido. Como tal, existe una obligación de las autoridades del país que recibe a la persona de limitarse a declarar dicho estatus una vez corroborado que se trata de una persona con esa condición,³⁴ a menos de que se demuestre una causal de exclusión.³⁵

Dada la importancia del asilo, su marco jurídico no se circunscribe a la Convención especializada.³⁶ Resulta destacable que la Convención sobre los Derechos del Niño tiene una disposición específica, al respecto que señala:

Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatus de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes [ONU, 1989, art. 22(1)].

³⁴ La Corte Interamericana ha señalado que: "[d]e acuerdo con la Convención de 1951, una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado. Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo". Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C. No. 272, párr. 145. Declaraciones similares también se encuentran en Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 210, y Segovia, 2013, p. 373.

³⁵ Las cláusulas de exclusión se encuentran contenidas en las secciones D, E y F del artículo 1 de la Convención, y se refiere a las personas que reciban protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas para los Refugiados, a quienes las autoridades del país donde hayan fijado su residencia le reconozcan derechos y obligaciones inherente a la posesión de la nacionalidad de ese país, y a quienes hayan cometido ciertos crímenes internacionales.

³⁶ *Vid.*, por ejemplo, el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre o el artículo 22(7) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Ahora bien, como es común en todas las ramas y subramas del derecho, el derecho internacional de los refugiados descansa sobre principios básicos. Para fines de este trabajo el más importante es el principio de no devolución (*non-refoulement*), el cual está contenido en la Convención de Ginebra y señala: "Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas." [ACNUR, 1950, art. 33(1)].

Este principio, también incorporado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969),³⁷ deriva directamente de la naturaleza humanitaria de la figura. Se le reconoce como la piedra angular del derecho de asilo y resulta aplicable a cualquier conducta que resulte en la devolución, expulsión, deportación, retorno, extradición, el rechazo en frontera o la no admisión, cuando éstas pongan en riesgo a una persona refugiada (ACNUR, 2007, párrs. 5, 7). La observancia estricta de este principio es un medio para garantizar derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la libertad y a la integridad personal de la persona.³⁸

El principio también le resulta aplicable a las personas solicitantes del asilo, aun cuando no hayan sido reconocidas formalmente con esa categoría. Por ello, mientras la solicitud no haya sido negada de forma definitiva concluyendo el procedimiento, la persona solicitante tiene derecho a no ser devuelta.³⁹

³⁷ En el artículo 22(8): "**En ningún caso** el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas." (Énfasis añadido).

³⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado, OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 40. Rev. 1. 28 de febrero de 2000, párr. 32.

³⁹ "[...] el principio de no devolución se aplica no solo a los refugiados reconocidos, sino que también a aquellos a quienes no se les ha declarado formalmente su estatuto. El principio de no devolución es de particular importancia para los solicitantes de asilo. En el tanto en que tales personas pueden ser refugiadas, es un principio establecido en el derecho internacional de los refugiados que no deben

En el caso particular de niñas, niños y adolescentes, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el retorno a su país de origen sólo podrá realizarse si redunda en su interés superior, por lo que dicho retorno: "no entra en consideración si produce un 'riesgo razonable' de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del menor y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución" (CRC, 2005, párr. 84). También debe considerarse que la Corte Interamericana resolvió que:

de una interpretación de las disposiciones relativas al principio de no devolución... lleva a esta Corte a afirmar la vigencia del muy consolidado principio de no devolución en el caso de niñas y niños, de modo tal que cualquier decisión sobre su devolución al país de origen o a un tercer país seguro sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad (Corte IDH, opinión consultiva 21/14, párr. 242).

Existe un consenso de la importancia y trascendencia del principio de no devolución, al que se le ha reconocido el carácter de norma consuetudinaria (Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, *op. cit.*, párr. 151). o, incluso, *ius cogens* (San Juan y Manly, 2004, p. 51).⁴⁰ Por

ser devueltos o expulsados estando pendiente de una determinación final de su estatuto." (ACNUR, 2007, párr. 6). Asimismo, "[e]l principio de la prohibición de rechazo se aplica al solicitante de asilo como tutela prodrómica respecto del resultado del mecanismo; esto se explica con la circunstancia de que la Convención define como refugiado no a quien ha sido reconocido como tal, sino más bien a una persona que satisfaga las condiciones previstas a prescindir de la circunstancia de que haya sido (aún) formalmente reconocido como tal, de acuerdo con un procedimiento de derecho interno." (Flores *et al.*, 2009, p. 283).

⁴⁰ La conclusión quinta de la Declaración de Cartagena llama a: "reiterar la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de *ius cogens*". La doctrina ha mencionado que: "ha sido reconocid[o] por los hacedores del Derecho Internacional como fundamental e imperativ[o] en lo concerniente a refugiados. Este reconocimiento [o] convierte en in principio de *ius cogens* y, por ende, en una norma de Derecho Internacional con carácter vinculante." (Somohano, 2007, p. 85). Conforme al artículo 53 de la

ello, es incuestionable que este principio es obligatorio para todos los Estados y de naturaleza superior a las obligaciones adquiridas con la vinculación a tratados.

Existen iniciativas regionales que han contribuido a la protección internacional de los refugiados. Para México resulta de particular interés el instrumento de *soft law* conocido como *Declaración de Cartagena*, en donde se reconoció que la Convención de Ginebra se encontraba rebasada por la realidad.

El 22 de noviembre de 1984 los países de la región adoptaron la Declaración, en la que además de refrendar los principios fundamentales de la Convención de 1951, en su conclusión tercera se hace un llamado para que: "considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público", ampliando la definición de refugiado.

Por otra parte, nuestro país tiene una larga tradición al brindar protección a personas extranjeras que huyen de sus países por diversos motivos.⁴¹ A pesar de ello, la construcción del andamiaje jurídico para la protección de los refugiados en México es relativamente reciente.

Como un primer paso, necesariamente debe mencionarse la vinculación de nuestro país a la Convención de 1951 y a su Protocolo, lo cual ocurrió

Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, el *ius cogens* o norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior del mismo carácter. En contraste, otros autores sólo le reconocen al principio de no devolución el estatus de derecho internacional consuetudinario, aunque igualmente reconoce su inderogabilidad. (Flores, 2009, pp. 277, 282).

⁴¹ Para un estudio sobre la tradición mexicana del asilo, *Vid.* Somohano y Yankelevich, 2011.

hasta el año 2000.⁴² En el ámbito estrictamente doméstico, además del reconocimiento del goce de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en términos de su artículo 1o. la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que "toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo. El reconocimiento de la condición de refugiado y el otorgamiento de asilo político, se realizarán de conformidad con los tratados internacionales. La ley regulará sus procedencias y excepciones." (CPEUM, art. 11).

En cuanto a la legislación federal, los cuerpos normativos principales son la Ley de Migración; la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político (LRPCAP); y sus respectivos Reglamentos. La primera ley tiene un carácter y aplicación más general, en tanto que la segunda podría considerarse *lex specialis* en nuestra materia.⁴³

Para fines del presente trabajo sólo se resaltarán dos aspectos. Primero, que el artículo 13 de la LRPCAP no sólo contempla los supuestos de la condición de refugiado que prevé la Convención de Ginebra, sino que también incorpora la definición ampliada de la Declaración de Cartagena.⁴⁴ En segundo lugar, destaca que el artículo 6 de la LRPCAP recoge el principio de no devolución al señalar que:

⁴² Los datos sobre el trámite constitucional pueden consultarse en el buscador de tratados de la Secretaría de Relaciones Exteriores, disponible en: «https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/consulta_nva.php» (fecha de consulta: 02 de mayo de 2020).

⁴³ "La primera norma regula la movilidad internacional de personas en su sentido más amplio, la internación y estancia legal de extranjero en el país, su tránsito y parte del fenómeno de emigración; mientras que la segunda norma regula las obligaciones internacionales contraídas por México en materia de protección humanitaria." (Rea Granados, 2016, p. 380).

⁴⁴ Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político, artículo 13: "La condición de refugiado se reconocerá a todo extranjero que se encuentre en territorio nacional, bajo alguno de los siguientes supuestos: I. Que debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él; II. Que ha huido de su país de origen, porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente

ningún solicitante o refugiado podrá en modo alguno ser rechazado en frontera o devuelto de cualquier forma al territorio de otro país donde su vida peligre por los motivos señalados en el artículo 13 de esta Ley, o en donde existan razones fundadas para considerar que estaría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.⁴⁵

La LGDNNA también establece un marco jurídico especial para niñas, niños y adolescentes migrantes, referente a las medidas especiales de protección que las autoridades deben adoptar para garantizar los derechos de este grupo. El capítulo de la ley es reiterativo de la obligatoriedad de observar el interés superior de la niñez (LGDNNA, arts. 89-101). Destaca también que su artículo 96 reitera el principio de no devolución sin precisar excepción alguna, al disponer que:

está prohibido devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a una niña, niño o adolescente cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en peligro a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde pueda ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Considerando las anteriores premisas, resulta inconcuso que el principio de no devolución ha sido plenamente incorporado al marco jurídico mexicano, tanto en su aspecto general, como en su aplicación particular

el orden público, y III. Que debido a circunstancias que hayan surgido en su país de origen o como resultado de actividades realizadas, durante su estancia en territorio nacional, tenga fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, o su vida, seguridad o libertad pudieran ser amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público."

⁴⁵ La doctrina señala que no es suficiente que México incorpore en su ley esta obligación y que ésta sea congruente con los tratados internacionales, pues también se necesita formular políticas migratorias apegadas al derecho internacional de los refugiados y fortalecimiento institucional (Rea, 2016, p. 395).

a las niñas, niños y adolescentes. Por ello, retornar a una persona en contravención a este principio no sólo la expondría a una situación gravosa, sino que también contravendría numerosas normas jurídicas domésticas e internacionales.

IV. Perspectiva comparada

Como puede observarse en los apartados anteriores, existe una aparente colisión entre la restitución y el asilo, pues persiguen fines que se perfilan opuestos (retorno *versus* permanencia). Incluso podría pensarse que la primera línea de batalla en esta colisión la libran las autoridades que intervienen en cada procedimiento, pues sus atribuciones y obligaciones legales divergen, y persiguen el cumplimiento de diferentes obligaciones internacionales. Además, ninguno de los dos marcos jurídicos contiene alguna disposición expresa respecto a su posible supremacía frente al otro, por lo que ambos coexisten de forma paralela y deben interpretarse de forma armónica. La doctrina ha mencionado que:

Los retos más difíciles en el contexto del asilo involucran formular un caso de persecución que las autoridades reconozcan, y tomar en cuenta los intereses familiares del niño apropiadamente. Las controversias sobre sustracción, en contraste, se enfocan directamente en el contexto familiar y generalmente priorizan los derechos y reclamos de los padres, en tanto que las y los menores involucrados son actores relativamente menores (Laquer Estin, 2016, p. 797).

Las cortes de algunos países ya han afrontado esta situación y, a través de sus respectivas resoluciones, ofrecen una guía orientadora sobre las implicaciones que tendrían criterios en uno u otro sentido. A continuación, se exponen tres casos de estudio, mismos que pueden consultarse en la Base de Datos sobre Sustracción Internacional de Menores (INCADAT, por sus siglas en inglés) de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.

a. Canadá

El caso *A.M.R.I. vs. K.E.R.*⁴⁶ fue resuelto el 2 de febrero de 2011 por la Corte de Apelaciones de Ontario. En dicho caso se decidieron, por primera vez, los derechos de las partes en un caso de restitución conforme a la Convención de La Haya, cuando la niña involucrada ya había sido aceptada en Canadá como refugiada al amparo de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

En diciembre de 2008, una niña de doce años viajó de Cancún a Toronto, con el fin de visitar a su padre y su tía paterna. Conforme a un acuerdo elevado a sentencia judicial en México, la madre tenía la guarda y custodia de la niña, en tanto que el padre tenía derecho de visitas y fue obligado a pagar pensión alimenticia. Con el consentimiento de la madre para una visita de duración limitada, la niña viajó a Canadá para visitar a su padre, en compañía de su abuela materna y un tío. Durante la visita, la niña y la abuela manifestaron al padre que la primera sufría maltrato físico y psicológico por parte de la madre. Por ello, la niña no regresó a México conforme a lo planeado, sino que permaneció en Toronto con el padre, la tía paterna y la pareja del mismo sexo de esta última.

En los primeros meses de 2009, con representación legal proporcionada por el Estado, la niña comenzó los trámites de solicitud de asilo, sin que la madre fuera notificada del procedimiento (como es usual en estos casos). En mayo de 2010, la autoridad canadiense reconoció a la niña la condición de refugiada debido al maltrato sufrido; sin embargo, al poco tiempo le negaron al padre la condición de refugiado. Él trasladó su residencia a Noruega, en tanto que la niña permaneció en Canadá con sus tías. Tras 18 meses de vivir en Toronto, en julio de 2010 la madre presentó una solicitud de restitución a México al amparo de la Convención de La Haya.

⁴⁶ El caso está disponible en «<https://www.incatat.com/es/case/1067>» (fecha de consulta, 15 de marzo de 2020).

En el procedimiento de restitución, sólo el padre fue nombrado demandado. Las tías no fueron nombradas y se les negó su solicitud a participar en el procedimiento, aun cuando la niña vivía con ellas y habían solicitado su custodia. La niña tampoco participó en el procedimiento ni se le designó representante legal. En septiembre de 2010, una corte familiar consideró que la niña había sido retenida ilícitamente en Ontario y ordenó el retorno inmediato de la niña. Un mes después, a sus casi 14 años, la niña fue retirada de su escuela con apoyo policiaco y entregada a la madre, con quien retornó a México. La niña se opuso a la ejecución de la sentencia, y ni el padre ni las tías fueron informadas de la ejecución.

El padre promovió una apelación; para el momento en que ésta se resolvió, la niña había retornado a vivir con sus tías en Canadá tras haber huido del hogar materno en México.

El tribunal debió resolver varios puntos de litigio, como el aparente conflicto entre una ley federal y una provincial. Como un primer punto, la Corte resolvió que, interpretada adecuadamente y aplicando los principios de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,⁴⁷ la Convención de La Haya contempla el respeto y cumplimiento del principio de no devolución al prever las excepciones de grave riesgo y de contravención a principios fundamentales (*A.M.R.I. v. K.E.R.*, párr. 68).

La Corte consideró que en los principios fundamentales sobre la protección de derechos humanos de Canadá se encuentra la no devolución,

⁴⁷ Con independencia de que México sea Estado parte de este tratado y de que sus disposiciones sean consideradas derecho consuetudinario, el Poder Judicial de la Federación ha producido criterios relacionados con las reglas de interpretación de tratados contenidas en el convenio. *Vid.*, por ejemplo, tesis PC.I.A. J/102 A (10a.) TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE. REGLAS PARA LA INTERPRETACIÓN DE SUS DISPOSICIONES CONFORME A LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, CON RELACIÓN AL PROCEDIMIENTO DE VERIFICACIÓN DE ORIGEN DEL BIEN, marzo de 2017, o tesis 2a. CLXXI/2002 TRATADOS INTERNACIONALES. SU INTERPRETACIÓN POR ESTA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL TENOR DE LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 31 Y 32 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DEL 14 DE FEBRERO DE 1975). Diciembre de 2002.

por lo que podría aplicar la excepción de artículo 20 de la Convención de La Haya. Igualmente, señaló que al otorgar un peso apropiado a las consideraciones de la agencia administrativa que resolvió la solicitud de asilo, el principio de no devolución se respeta al activarse el artículo 13(b). (*A.M.R.I. v. K.E.R.*, párr. 71).

Sobre este último punto, la Corte reconoció que las decisiones del *Immigration and Refugee Board* (IRB) canadiense tienen un alto grado de deferencia por parte de las cortes de ese país, dado su nivel de especialización, experiencia y análisis de evidencia que considera confiable (*A.M.R.I. v. K.E.R.*, párr. 72). No obstante, lo anterior, toda vez que los padres que promueven la restitución no participan en el procedimiento de asilo, se observó un potencial abuso de las determinaciones de la agencia administrativa por parte del padre sustractor, con el fin de adquirir una ventaja en un proceso de restitución o, incluso, de custodia (*A.M.R.I. v. K.E.R.*, párr. 73). Por ese motivo, resolvió que:

cuando un niño ha sido reconocido como un refugiado conforme a la Convención [de Ginebra], surge una presunción refutable de que hay un riesgo de persecución si se ordena el retorno del niño o niña a su país de residencia habitual. Este riesgo de persecución en el contexto migratorio claramente implica el tipo de daño contemplado en el artículo 13(b) de la Convención de La Haya (*A.M.R.I. v. K.E.R.*, párr. 76).

Igualmente, consideró que "no debería imponerse al niño con estatus de refugiado la carga de convencer al juez que han cambiado las condiciones que llevaron al otorgamiento de la protección de refugiado." (*A.M.R.I. v. K.E.R.*, párr. 78).

El tribunal de segunda instancia consideró que el *a quo* había errado en su decisión de ordenar el retorno de la niña por las consideraciones siguientes: *a*) no tomó en consideración la determinación del IRB que otorgaba el estatus de refugiado, a pesar de tener conocimiento de ella (párr. 91); *b*) al no considerar dicha determinación, tampoco analizó correctamente

las excepciones al retorno obligatorio de la niña conforme a la Convención de La Haya, contenidas en los artículos 13(b) y 20 (párrs. 92 y 93);⁴⁸ y c) no realizó la escucha de la niña (párrs. 118 y ss). Por esas razones, se ordenó el regreso del caso al juez de primera instancia, con instrucciones precisas para realizar una nueva audiencia considerando todos los puntos anteriores.

b. Estados Unidos

Por lo que hace a nuestro país vecino, el caso *Sanchez vs. R.G.L.*,⁴⁹ resulta merecedor de estudiarse en este trabajo. El caso fue decidido el 1o. de agosto de 2014 por la Corte de Apelaciones para el Quinto Circuito.

El caso involucra a tres niños nacidos en México, quienes vivían con su madre y el novio de ella en Ciudad Juárez, Chihuahua. En junio de 2012, los tíos maternos de los niños los llevaron a El Paso, Texas sin consentimiento de la madre. Tras la insistencia de la madre sobre su retorno, en julio de ese año la tía llevó a los niños al puente internacional Córdova-Américas (el cual une a ambas ciudades fronterizas) e instruyó a los niños a cruzar a México, donde su madre los esperaba. Sin embargo, mientras los niños caminaban hacia territorio mexicano, se presentaron ante personal del Departamento de Seguridad Interna (*Department of Homeland Security* o DHS) estadounidense y manifestaron temor de regresar a México por el novio de su madre quien, además de maltratarlos, estaba involucrado con bandas de crimen organizado.

El DHS consideró a los menores como niños migrantes no acompañados con un miedo creíble de regresar a México y, conforme a sus procedimientos, otorgó la custodia la Oficina de Reasentamiento de Refugiados (*Office*

⁴⁸ De igual forma, la Corte de Apelaciones concluyó que no se habían analizado las excepciones de integración del menor y de la oposición de la niña al retorno.

⁴⁹ El caso está disponible en: «<https://www.incatat.com/es/case/1288>» (fecha de consulta: 18 de marzo de 2020).

of Refugee Resettlement u ORR), entidad federal encargada de brindar asistencia a refugiados. ORR conservó la custodia legal de los niños y los puso bajo el cuidado físico de una organización de la sociedad civil; esta última los colocó bajo el cuidado de una familia de acogida. En virtud de su estatus migratorio se abrió un procedimiento de remoción de territorio estadounidense; los niños recibieron representación legal otorgada por ORR, y la defensa incluyó la presentación de diversos alivios migratorios, incluyendo una solicitud de asilo.

Tras casi un año de que los niños habían salido de México, la madre presentó una solicitud de restitución al amparo de la Convención de La Haya, demandando a los tíos, (quienes no respondieron la demanda) y a la organización civil (quien sí intervino, pero sin fijar una posición legal). La Corte de Distrito solicitó la intervención de ORR en juicio, atendiendo a la custodia legal de los niños. En agosto de 2013, aun cuando reconoció las dificultades de tener un procedimiento de asilo en curso, la Corte de Distrito privilegió el principio de urgencia y ordenó el retorno a México por considerar que existía una retención ilícita y que ninguna de las excepciones convencionales resultaba aplicable.

La ejecución de la sentencia fue suspendida tras la presentación de la apelación. Al poco tiempo después de que ésta se presentó, la oficina de Servicios de Ciudadanía e Inmigración de los Estados Unidos (*United States Citizenship and Immigration Services*) otorgó el asilo a los niños. En febrero de 2014, la Corte de Apelaciones reenvió el caso a la Corte de Distrito para considerar si el otorgamiento de asilo constituía una excepción de grave riesgo al retorno de los niños. En una primera solicitud de reconsideración (*rehearing*), la Corte de Apelaciones resolvió aspectos jurisdiccionales del caso. Los niños solicitaron a la Corte de Apelaciones una revisión *en banc*.⁵⁰

⁵⁰ Una sesión judicial *en banc* es aquella en que todos los jueces que integran el tribunal (o un *quorum* participan) (Garner, 2009, pp. 606 y 1513).

Tras considerar que la omisión de nombrar a personas clave (*e.g.*, a alguna agencia del gobierno de los Estados Unidos o a la familia de acogida) como demandados no viciaba la solicitud de restitución y reconocer el principio de no devolución (*Sanchez vs. R.G.L.*, p. 510), la Corte de Apelaciones negó el argumento de los niños, relativo a que el otorgamiento del asilo debía revocarse como requisito para conceder el retorno conforme a la Convención de La Haya. De manera particular, se estableció lo siguiente:

[...] el otorgamiento discrecional del asilo es vinculante sólo para el Procurador General o el Secretario de Seguridad Interna [...]. No se ha aportado evidencia para sostener el argumento de que el otorgamiento discrecional de asilo otorga un derecho a permanecer en el país a pesar de órdenes judiciales bajo la Convención [de La Haya]. El otorgamiento de asilo no sustituye la ejecución de la orden de una Corte de Distrito de que los niños deben regresar con su madre, toda vez que esa orden no afecta las responsabilidades del Procurador General o del Secretario de Seguridad Interna conforme a la [legislación migratoria]. El otorgamiento de asilo a los niños, sin embargo, es relevante para saber si las excepciones de la Convención de La Haya deben aplicar (p. 510).

La Corte de Apelaciones reconoció que existe una convergencia entre una solicitud de asilo y la excepción de grave riesgo, pues ambas versan sobre el nivel de riesgo a que se expondría un niño o niña de ordenarse su retorno al país de residencia habitual (p. 510). A pesar de sus similitudes, el tribunal determinó que los hallazgos de miedo fundado de persecución para otorgar el asilo no son determinantes para acreditar la excepción de grave riesgo de la Convención de La Haya. Por ello, el juzgado que conozca de una solicitud de restitución debe llegar a la conclusión, de forma independiente, de que existe un daño potencial a los niños, con base en la evidencia que las partes ofrezcan (*Sanchez vs. R.G.L.*, p. 510). En otras palabras, consideró que el otorgamiento de asilo no vincula a un juez ni le retira la facultad de realizar una determinación por separado en un proceso de restitución.

Por las consideraciones anteriores, la Corte de Apelaciones resolvió reenviar el caso a la Corte de Distrito, con instrucciones precisas de llamar a juicio al gobierno de Estados Unidos, de nombrar un guardián *ad litem* a los niños⁵¹ y de considerar si el otorgamiento de asilo, así como el material probatorio y valoraciones realizadas para este fin que no haya sido previamente valorado, se relaciona con las excepciones de grave riesgo [artículo 13(b)] o de contravención a principios fundamentales (artículo 20).

Finalmente, hizo un llamado al gobierno de Estados Unidos a cumplir su obligación convencional de adoptar las medidas necesarias para "incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor", en términos del artículo 7, inciso f) de la Convención de La Haya, particularmente por el tiempo que transcurrió entre la retención y el inicio del procedimiento (p. 511).⁵²

c. Reino Unido

El caso FE vs. YE⁵³ es un caso resuelto por la *High Court of Justice Family Division* del Reino Unido el 25 de agosto de 2017. Involucra a un hombre y a una mujer, ambos de nacionalidad israelí y de origen árabe, específicamente beduinos. Se casaron en 1993 y tuvieron cuatro hijos: un hombre de 22 años, una mujer de 20 y gemelos (niño y niña) de siete años al momento de la decisión. El padre formuló una solicitud de restitución internacional buscando el retorno de los gemelos a Israel.

⁵¹ La Corte rechazó el argumento de que los niños debían tener derecho a participar en el juicio, pues consideró que la designación de un guardián *ad litem* era suficiente para hacer valer sus intereses. (Sanchez vs. R.G.L., p. 508-509).

⁵² En opinión disidente, el Juez Harold R. DeMoss Jr. señaló que se debió confirmar la sentencia de la Corte de Distrito que ordenaba el retorno de los niños a México. En su opinión, no existe ninguna fuente de derecho que establezca que el otorgamiento de asilo necesariamente impide el retorno de un niño conforme a la Convención de La Haya. Para él, la Corte de Distrito sí realizó un análisis exhaustivo de las excepciones al retorno de los niños, incluyendo la escucha de los dos niños de mayor edad.

⁵³ El caso está disponible en: «<https://www.incatat.com/es/case/1433>» (fecha de consulta: 25 de marzo de 2020).

La madre argumentó haber sido víctima de violencia ejercida por su propia familia; alegó que la violencia hacia la mujer es un rasgo cultural de su comunidad y describió a detalle la violencia de la que tanto ella como sus hermanas eran víctimas (incluyendo el asesinato de una de ellas cometido por un hermano).

La madre había viajado a Canadá en 2012, en donde solicitó asilo y recibió una negativa, por lo que retornó voluntariamente a Israel en 2014. La familia vivió en ese país hasta junio de 2016, año en que la madre y los gemelos fueron de vacaciones a Tailandia. En julio de ese año, en lugar de retornar a Israel, viajaron al Reino Unido, en donde la madre solicitó asilo para ella y los niños. Tras intentos fallidos del padre para convencer a la madre de retornar, presentó una solicitud de restitución al amparo de la Convención de La Haya en enero de 2017.

La solicitud de asilo fue negada por el Ministerio del Interior (*Home Secretary*) del Reino Unido. Sin embargo, dicha autoridad argumentó que en tanto la solicitud se encontrara pendiente de resolver (entendiéndose esto como una solicitud que aún no agota todos los medios de impugnación), existía un impedimento para ejecutar una orden de retorno al amparo de la Convención de La Haya.

Uno de los primeros puntos que reconoció la Corte fue que el agotamiento de todos los medios de impugnación en un procedimiento de asilo lleva varios meses, lo cual es incompatible con el principio de urgencia establecido en el artículo 11 de la Convención de La Haya (FE vs. YE, párr. 3). Posteriormente, realizó un estudio de la Convención de Ginebra, destacando la trascendencia del principio de no devolución; agregó que si una persona solicitante de asilo fuera devuelta al lugar de persecución mientras su solicitud está pendiente y, si se resolviera en su favor, el riesgo de continuar persecución se materializaría, con consecuencias posiblemente irreversibles (párr. 7). La Corte argumentó que:

Obviamente, la dilación en la justicia es un aspecto malo con independencia de la materia de la controversia, pero es especialmente

mala si la controversia se relaciona con un niño. Por ello, las disposiciones de la [Convención de La Haya] que mandatan la urgencia no son sorprendentes. Pero la inobservancia de ese mandato difícilmente impone el tipo de riesgos que podrían surgir si el principio de no devolución se violenta. Habrá molestias temporales, en definitiva, pero son de naturaleza remediable y pueden ser mitigadas con convivencias o contacto mientras se resuelve [...] (párr. 16).

Tras señalar lo anterior, la Corte dispuso que cuando una solicitud de asilo se resuelva favorablemente, es "imposible" que una corte ordene el retorno de un niño o niña al amparo de la Convención de La Haya. Indicó que es igualmente imposible que una orden de retorno se ejecute mientras la solicitud de asilo está pendiente de resolución. En su opinión, es inconcebible que los creadores de la Convención de la Haya hayan buscado privilegiar una orden de retorno en contravención directa a la piedra angular del derecho internacional de los refugiados (párr. 17). Posteriormente, el tribunal señaló que el fundamento idóneo para negar una orden de retorno en esas circunstancias era el artículo 20 de la Convención de la Haya (párr. 18).

A continuación, la Corte hizo un razonamiento sobre los medios de impugnación. Señala que, si la solicitud de asilo ha sido negada, es deseable que una orden de restitución no se ejecute hasta que el plazo para presentar la apelación haya transcurrido. En caso de que se presente la apelación, la orden de retorno podría ser suspendida. Sin embargo, si esa apelación es negada y existen medios de impugnación para combatir dicha negativa, la corte familiar que resolverá la solicitud de restitución tiene discreción para evaluar las posibilidades de éxito del recurso antes de decidir si ejecuta la orden de restitución o mantiene la suspensión (párr. 19). En otras palabras, en opinión de la Corte, la obligación de no ejecutar una orden de restitución sólo se extiende hasta el primer medio de impugnación de una solicitud de asilo. Sin embargo, es clara al señalar que un proceso conforme a la Convención de La Haya se debe suspender mientras la solicitud de asilo se resuelve (párr. 25).

V. Apuntes para México

Como se mencionó líneas arriba, México tiene una larga tradición de asilo para personas que han encontrado en nuestro territorio un lugar seguro. De conformidad con el *Boletín Estadístico de Solicitantes de Asilo en México* más reciente —publicado por la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR)— de enero a septiembre de 2018 se presentaron 17,116 solicitudes de la condición de refugiado en México. De éstas, 3,637 corresponden a personas entre 0 y 14 años (SEGOB, 2018). Por otra parte, en el corte mensual que publica en su página electrónica, la Comisión reporta que tan sólo de enero a abril de 2020 se han presentado 3,822 solicitudes de niñas, niños y adolescentes (COMAR, 2020).

Los flujos migratorios han cambiado conforme el paso del tiempo, pero desde finales de 2018 la presencia de personas migrantes en nuestro país ha cobrado notoriedad en la opinión pública con las denominadas *caravanas* o *éxodos migrantes* provenientes de Centroamérica —principalmente, Honduras—. Quienes las integran abandonan su país por motivos diversos, entre los cuales se encuentran algunos que las harían acreedoras de protección internacional (como el miedo fundado de persecución o las situaciones de violencia generalizada). Se ha mencionado que las *caravanas*:

no son una forma nueva de movimientos migratorios; lo que es nuevo es el flujo y la modalidad de organización: sin liderazgos únicos, agrupaciones de entre 15 y 30 personas que son células que se unen al gran contingente, y en donde algunas de sus motivaciones son evitar el pago del traficante o coyote, ir más seguras durante el viaje, y recibir apoyo y alimentos por lo menos durante el trayecto (CNDHDF, 2019).

Este fenómeno migratorio parece reflejarse en un aumento en las solicitudes entrantes de restitución internacional que ha recibido la Secretaría de Relaciones Exteriores provenientes de Honduras. De conformidad

con la información que obra en la DGPME, en 2017 se recibieron tres solicitudes de restitución provenientes de ese país. Para 2018, las solicitudes aumentaron a nueve. En 2019, la cifra creció a 17 solicitudes.

Con independencia de las *caravanas*, las cifras de solicitudes de asilo en favor de niñas, niños y adolescentes son considerables, por lo que no debe sorprender que cada vez se presenten más solicitudes de restitución de NNA migrantes, particularmente, aquellos con la condición de refugiados.

Un primer reto para las autoridades mexicanas involucradas en un proceso de restitución es localizar a las y los niños migrantes quienes, con frecuencia, permanecen en constante movimiento por el territorio nacional, lo que dificulta que exista un registro de su ubicación. Igualmente, muchas de las personas tienen como objetivo final llegar a Estados Unidos, razón por la que los niños no son matriculados en ninguna institución escolar.

Es indudable que un juzgado familiar que deba resolver una solicitud de restitución que involucre a un NNA solicitante de asilo deberá observar el principio del interés superior de la niñez. Este principio, a pesar de estar reconocido en el marco jurídico nacional e internacional, no encuentra una definición universal ni mucho menos una aplicación concreta a todos los casos. Sin embargo, es indudable que dicho interés debe entenderse como una herramienta de ponderación entre dos derechos en aparente conflicto.⁵⁴

El Poder Judicial de la Federación ha considerado que existen directrices generales de carácter procesal que guían la actuación de los juzgadores para la debida ejecución de la Convención de La Haya, entre las que

⁵⁴ El interés superior se entiende como un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento. Asimismo, el Comité señala como elementos a considerar la opinión del niño; su identidad; la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; el cuidado, protección y seguridad del niño; su situación de vulnerabilidad, su derecho a la salud y su derecho a la educación. (CRC, Op. G. 14, 2013).

se encuentran "que se observen los principios en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales".⁵⁵

Es indudable que el asilo es reconocido como parte del *corpus* de los derechos humanos.⁵⁶ Basta con leer el primer párrafo preambular de la Convención de Ginebra para notar que se basa en el principio de que las personas, sin distinción alguna, deben gozar de los derechos y libertades fundamentales, como se reconoce en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos (Flores, 2009, pp. 276-277). Asimismo, debe recordarse que el asilo implica la salida de una persona de su país de origen o de residencia para salvaguardar su derecho a la vida, la libertad o la integridad física, "que son la base de la esfera jurídica inherente a todo ser humano." (Segovia, 2013, p. 367).

Conforme a lo expuesto en el presente trabajo se puede concluir que —a diferencia de los criterios emitidos en Canadá y Estados Unidos— la observancia del principio de no devolución es vinculante para todos los órganos del Estado mexicano, atendiendo al contenido de la Convención de Ginebra y a su Protocolo (ACNUR, 1950, párr. 9). No sólo los tratados internacionales son claros al respecto, sino también la legislación mexicana que recoge sus principios. Por ello, cuando un caso de restitución involucre a una niña, niño o adolescente con la condición de refugiado, la restitución válidamente podría negarse.

⁵⁵ Tesis: III.2o.C.67 C (10a.) CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. DIRECTRICES GENERALES DE CARÁCTER PROCESAL QUE DEBEN OBSERVARSE POR LOS JUECES EN LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. Marzo de 2017.

⁵⁶ "[H]oy se encuentra allanado el camino hacia la consagración del derecho de asilo como un derecho individual, en tanto se encuentra reconocido en diversos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos [...]." (San Juan y Marly, 2004, p. 56). "Si bien la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados... y su Protocolo... no constituyeron en su origen tratados de derechos humanos en *stricto sensu*, no es posible ignorar que su objeto principal consiste en proteger los derechos humanos de las personas cuando dicha protección no está disponible en sus países de origen. Asimismo, es pertinente resaltar la interacción que estos instrumentos desempeñan con los regímenes de protección de los derechos humanos." (Corte IDH, opinión consultiva 25/18, párr. 41).

Lo anterior no implica que los sistemas de La Haya y Ginebra se opongan o que sean mutuamente excluyentes. Por el contrario, están plenamente armonizados, ya que una excepción basada en el principio de no devolución, en tanto se trata del marco jurídico aplicable a la condición de los refugiados, claramente activaría las excepciones previstas en los artículos 13(b) y 20.

De estas dos excepciones, es mucho más claro que si un NNA huye de su país por temores fundados de persecución o por amenazas, el retorno podría exponerlo a un grave riesgo de peligro físico o psíquico, o bien a una situación intolerable, en términos del artículo 13(b).

Por otro lado, el Informe Explicativo señala que: "para poder denegar el retorno del menor invocando [el artículo 20] la autoridad en cuestión debe comprobar no sólo la existencia de una contradicción sino también el hecho de que los principios protectores de los derechos humanos prohíben el retorno solicitado." (Pérez-Vera, 1980, p. 8). El mismo Informe también señala que esta excepción:

no se refiere a los desarrollos alcanzados en el plano internacional; muy al contrario, sólo se refiere a los principios admitidos en el derecho del Estado requerido, ya sea por vía del derecho internacional general o convencional, ya sea por vía legislativa interna. En consecuencia, para poder denegar un retorno sobre la base de [esta excepción], será preciso que los principios fundamentales en la materia aceptados por el Estado requerido no lo permitan (p. 34).

Como se expuso en el apartado III, la protección de los refugiados y el principio de no devolución están plenamente incorporados al orden jurídico mexicano. Asimismo, aun interpretando la excepción del artículo 20 de forma estricta, la mención a los derechos humanos debe indicarnos que los mismos merecen una consideración particular al analizar las excepciones al retorno, incluyendo la excepción de grave riesgo (Estin, 2016, p. 818).

Por lo anterior, se coincide con el criterio de las cortes del Reino Unido y se concluye que existe un impedimento para ordenar el retorno de un NNA al amparo de la Convención de La Haya si se ha reconocido la condición de refugiado e, incluso, si la solicitud de reconocimiento aún no es definitiva. De seguir el criterio usado en Canadá y Estados Unidos se corre el riesgo de que el juzgado de lo familiar invada competencias exclusivas de la COMAR al evaluar la situación imperante en el país de residencia habitual. El tema se tornaría más delicado si ambas autoridades llegan a conclusiones opuestas.

A la luz de lo expuesto en el presente trabajo, con el propósito de atender de mejor manera el interés superior de la niñez y evitar la vulneración de derechos fundamentales, se presentan propuestas de acciones que pueden implementarse:

a. Intercambio de información entre todas las autoridades involucradas

La aplicación de las normas relativas a la restitución y al asilo está dividida entre diversas autoridades mexicanas. Cada una de ellas tiene atribuciones específicas y no necesariamente estarían enteradas de aquello que escapa de sus atribuciones. Por ejemplo, la COMAR podría desconocer que se encuentra en trámite una solicitud de restitución internacional; en otro ejemplo, si la parte que se opone a la restitución no comparece a juicio a pesar de haber sido debidamente emplazada, el juzgado de lo familiar podría ignorar que existe un trámite de reconocimiento de la condición de refugiado.

Por ello, es sumamente conveniente que la autoridad que conozca la existencia de un caso que involucre tanto restitución como asilo lo informe a las otras autoridades clave que pudieran estar involucradas en ambos procedimientos. En términos de la Convención de La Haya, la Autoridad Central tiene la facultad de promover la colaboración entre autoridades competentes. Igualmente puede, de manera directa o a través la institución competente, prevenir que el niño sufra mayores daños —con

posibilidad de que se adopten medidas provisionales— e intercambiar información relativa a la situación social del menor.

En tal virtud, si bien nada impide una comunicación directa entre las autoridades involucradas, la DGPME —en su calidad de Autoridad Central mexicana— puede fungir como punto de contacto central entre autoridades clave que intervienen en ambos procedimientos (juzgado familiar, COMAR, Instituto Nacional de Migración, procuradurías de protección, instituciones coadyuvantes en la ejecución de órdenes de restitución y autoridades que resuelven las impugnaciones relacionadas con la negativa al reconocimiento de la condición de refugiado). Lo anterior permitirá un intercambio de información ágil, que redundará en que cada autoridad tenga los elementos necesarios para la toma de decisiones y se reduzca el riesgo de vulnerar los derechos del niño o niña involucrada.

b. Suspensión de procedimientos de restitución (o su ejecución) hasta en tanto se resuelve la condición de refugiado

Cuando una persona tiene formalmente reconocida la condición de refugiada, la negativa de una solicitud de restitución con fundamento en el principio de no devolución resulta sencillo. Sin embargo, líneas arriba se mencionó que el principio de no devolución protege también a las personas a quienes no se les ha declarado formalmente su estatuto. En esta situación, una preocupación natural de los juzgados familiares es negar la solicitud de restitución y que, en un momento posterior, la COMAR resuelva desfavorablemente la solicitud de reconocimiento de la condición del refugiado.

Debe recordarse que el artículo 18 del Convenio de La Haya dispone que sus disposiciones "no limitarán las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento". Por ello, la autoridad judicial estaría facultada para suspender

el procedimiento de restitución hasta en tanto se resuelva en definitiva la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado. En caso de que ya se haya ordenado el retorno, el mismo también debería suspenderse.

Si hay alguna disposición de la Convención de La Haya que parecería oponerse a ello es el principio de urgencia. Debe considerarse que la COMAR cuenta con 45 días hábiles para resolver la solicitud, con posibilidad de ampliación por un periodo igual.⁵⁷ En caso de resolución negativa, se procede al recurso de revisión, el cual podrá interponerse en un plazo de 15 días hábiles (LRPCAP, artículo 25) y resolverse hasta en tres meses (Ley Federal de Procedimiento Administrativo, artículo 17). Posteriormente, podrá agotarse el juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa,⁵⁸ el juicio de amparo⁵⁹ y, en algunos casos, el amparo en revisión.⁶⁰

Sin embargo, el principio de urgencia no prevalece sobre los derechos humanos fundamentales.⁶¹ Asimismo, al negar la restitución en otro caso tramitado al amparo de la Convención de La Haya, las cortes del Reino Unido reconocieron que "la Convención no tiene como principio que los niños sean puestos en un serio riesgo de daño o en situaciones intolerables... [los] niños no deberían ser expuestos a sufrir sólo por cumplir el objetivo general de disuadir el mal que causa la sustracción a nivel mundial."⁶²

⁵⁷ Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político (LRPCAP), artículo 24; Reglamento de la LRPCAP, artículos 45 y 47. Tan solo el primer periodo ya excede las seis semanas previstas en la Convención de La Haya.

⁵⁸ Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, artículo 2o.; Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, artículo 3, fracción XII.

⁵⁹ Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículos 107 y 170.

⁶⁰ *Ibid.*, artículo 81.

⁶¹ *A.M.R.I. vs. K.E.R.*, párr. 125. Asimismo: "el daño potencial que puede resultar de la inobservancia del principio de celeridad es de naturaleza y escala completamente diferente a aquél que puede surgir de la inobservancia del principio de no devolución". *FE v. YE*, *op. cit.*, párr. 16.

⁶² *Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody)*, párr. 45 y 54, disponible en: «<https://www.incadat.com/en/case/937>» (fecha de consulta: 25 de abril de 2020).

Por ello, si bien no se descarta la posibilidad de un abuso del marco jurídico en materia de protección a refugiados ni de los múltiples medios de impugnación previstos en la ley, de no esperar la definitividad de la resolución sobre el reconocimiento de la condición de refugiado se podrían ocasionar perjuicios irreversibles.

c. Ordenar medidas provisionales para mitigar el tiempo de espera

Derivado de lo expuesto en la propuesta anterior, el juzgado de lo familiar puede ordenar las medidas que considere necesarias para reducir el impacto que pueda tener la espera de la resolución de la condición de refugiado. Debe recordarse el impedimento general de resolver el fondo del asunto, por lo que las medidas dictadas serían de naturaleza estrictamente provisional.

La autoridad judicial podrá evaluar las medidas que resulten más adecuadas según el contexto. Sin embargo, resultan de particular importancia —si las circunstancias lo permiten y no exponen al niño o niña a un perjuicio mayor— un régimen de visitas o convivencias con el progenitor que solicita el retorno, con miras a evitar el desapego y privilegiando el principio de unidad familiar. Éstas podrán ser supervisadas si el juzgado advierte un riesgo de fuga de la parte que solicita el retorno. Además, pueden ordenarse medidas adicionales como el levantamiento de alertas migratorias para impedir salida del niño o niña, o la entrega de documentos de viaje para el resguardo del juzgado.

Si bien la institucionalización no se considera una medida viable, podría resultar idóneo el ordenamiento de visitas de seguimiento a cargo de los Sistemas para el Desarrollo Integral de la Familia, con el fin de corroborar la integridad del NNA y que sus derechos se garanticen de forma integral.

d. Dar vista a las Procuradurías de Protección

En relación con el punto anterior, cabe reiterar que los Sistemas para el Desarrollo Integral de las Familias no sólo son autoridades centrales estatales en el marco de la Convención de La Haya, sino que también son instituciones clave para la protección de la niñez.

Las Procuradurías de Protección a NNA desempeñan un papel fundamental, pues en términos de la LGDNNA están facultadas para determinar las acciones necesarias que permitan restituir los derechos vulnerados en cada caso, así como para coordinar el trabajo institucional para ese fin.

Si bien sus determinaciones no son vinculantes para el poder judicial, su alto nivel de especialización y profesionalización las convierte en aliadas para establecer una ruta que salvaguarde de mejor manera el interés superior. Resulta particularmente útil su atribución de "elaborar, bajo el principio del interés superior de la niñez, un diagnóstico sobre la situación de vulneración y un plan de restitución de derechos, que incluya las propuestas de medidas para su protección" (LGDNNA, artículo 123, fracción IV).

Además, las Procuradurías de Protección cuentan con equipos multidisciplinarios que determinan las medidas de protección especial que puedan requerirse en cada caso. Estos equipos emiten opiniones especializadas y proponen soluciones desde distintas áreas de manera integral para atender de mejor manera el interés superior de la niñez.⁶³

No menos importante, las Procuradurías de Protección también pueden representar, proteger y defender legalmente a niñas, niños y adolescentes no acompañados tanto en procesos de restitución como de asilo. Esta

⁶³ Para conocer más sobre la elaboración del diagnóstico de derechos vulnerados o restringidos y del plan de restitución de derechos, *Vid.* DIF-UNICEF, 2016.

dualidad difícilmente se encontrará en alguna otra autoridad mexicana, y resulta incluso más importante tratándose de NNA no acompañados.

e. Dar vista a COMAR

Cuando se tenga conocimiento de que se tramitan en paralelo una solicitud de restitución y una de asilo, es muy importante que dé vista a la COMAR en el procedimiento, con la posibilidad de que manifieste lo que considere conveniente en el procedimiento.

Lo anterior representaría algunas ventajas: 1) permitirían al juzgado familiar allegarse de mayores elementos para determinar la suspensión del procedimiento y las medidas provisionales más adecuadas; 2) fomentar el intercambio de información con COMAR, con miras a que esta institución también se allegue de elementos adicionales para resolver, sobre todo considerando que la parte que solicita la restitución no participa en la tramitación de la solicitud ante la Comisión; 3) exhortar a la COMAR a resolver de forma prioritaria las solicitudes que involucren a niñas, niños y adolescentes, con el fin de reducir los tiempos de espera, y 4) reducir la posibilidad de abuso del sistema de protección de los refugiados.

Es importante también reconocer que la COMAR afronta grandes retos de capacidad operativa y presupuestal (Asylum Access, 2020, 9 de enero). Por ello, es indispensable que el Estado mexicano fortalezca a esta institución fundamental en la protección de los derechos humanos.

VI. Conclusiones

La protección de las niñas, niños y adolescentes es un aspecto clave del derecho que permea en sus distintas ramas. Si bien cada una de ellas tiene diversos postulados, todas convergen en que este sector de la población es sujeto de derechos y en que todas las autoridades están obligadas a la protección de su interés superior.

Podría pensarse, en principio, que los regímenes jurídicos de la restitución internacional y el asilo se contraponen; sin embargo, al analizarlos es evidente que ambos buscan proteger a personas de riesgos mayores. En ese sentido, los dos regímenes convergen y se armonizan a través de la observancia de los principios fundamentales de derechos humanos, así como del interés superior de la niñez.

Precisamente, en atención a este principio es que debe reconocerse la prevalencia del principio de no devolución ante la obligación general de retornar a un NNA sustraído o retenido ilícitamente. Ello no implica que el marco jurídico de la sustracción internacional esté subordinado, sino que ante la convergencia de solicitudes de restitución y de reconocimiento de la condición de refugiados se activan excepciones previstas en el propio marco jurídico especializado (*i.e.*, la Convención de La Haya).

Desafortunadamente, es común que en los conflictos de naturaleza familiar los padres y madres antepongan sus intereses (y rencores hacia su contraparte) a ese interés superior de sus hijos. Por ello, las autoridades encargadas de la impartición de justicia deben ser particularmente cuidadosas en valorar todos los elementos e implicaciones posibles de su decisión, sobre todo en aquellos casos en que los intereses de las partes divergen.

Sin embargo, la tarea no es exclusiva de nuestras juezas y jueces. Si todas las y los participantes en conflictos como los narrados —entiéndase autoridades administrativas, litigantes privados y los mismos progenitores— reconocen la importancia de adoptar decisiones que resulten más favorables para la niñez, se alcanzarán mejores soluciones y evitaremos poner a este sector de la población en riesgos, dilemas y demás situaciones indeseables.

VII. Fuentes

ACNUR (2007), *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el*

Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. «<https://www.refworld.org/es/docid/4a8124522.html>»

AGNU (1948), *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Resolución 217 A(III), Ginebra, ONU.

AGNU (1950), Resolución 428(V), Asamblea General de las Naciones Unidas, 14 de diciembre de 1950, Ginebra, ONU.

Asylum Access (2020, 9 de enero), "Cifras nuevas de la COMAR demuestran que hay más de 13.000 solicitantes de asilo esperando decisiones desde 2018", Ciudad de México, «<https://bit.ly/3pYq9jX>» (fecha de consulta: 03 de mayo de 2020).

Colmenares Sánchez, B. (2018), *La Restitución Internacional de Menores como Crisis Familiar y su Tratamiento en México*, México, Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México.

CRC (2005), *Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, 1 de septiembre de 2005, Comité de los Derechos del Niño, Ginebra, ONU.

CRC (2013), *Observación general No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, Comité de los Derechos del Niño, 29 de mayo de 2013, Ginebra, ONU.

COMAR (2020), Estadística abril 2020. Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados. «<https://bit.ly/39eMeos>» (fecha de consulta: 12 de mayo de 2020).

CDHDF (2019), *Protocolo para la atención humanitaria de emergencia a personas migrantes y/o sujetas de protección internacional en la*

Ciudad de México. *Albergues o campamentos temporales*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. «<https://bit.ly/3fxnZTA>» (fecha de consulta: 27 de abril de 2020).

DIF-UNICEF (2016), *Guía Práctica para la Protección y Restitución de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*. Procedimiento, México, UNICEF. «<https://uni.cf/379IEJK>».

DIF-UNICEF (2016), *Guía Práctica para la Protección y Restitución de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*. Caja de Herramientas, México, UNICEF. «<https://uni.cf/3mcn4L2>».

Evans, Malcolm D. (2010), *International Law*, 4a. ed., Oxford, Oxford University Press.

Garner, B. (2009), *Black's Law Dictionary*, 9a. ed., Estados Unidos, West Publishing.

Pérez-Vera, E. (1980), *Explanatory Report of the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*. vol. III. «<https://bit.ly/3fhKOL1>» [versión en español: Informe explicativo del Convenio HCCH sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores].

Flores, M., et al., (2009), *Diccionario de Derechos Humanos. Cultura de los derechos en la era de la globalización*, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

HCCH (1980), *Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, Países Bajos, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado-HCCH. «<https://bit.ly/3kOASd6>».

HCCH (2020), Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, *1980 Child Abduction Convention, Guide to Good Practice*,

Part VI, Article 13(1)(b), 2020. El texto se encuentra disponible en inglés y francés en el siguiente vínculo electrónico: «<https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6740>» (fecha de consulta: 30 de abril de 2020).

Estin, A. L. (2016), "Protecting Child Welfare in Abduction and Asylum Proceedings", en *North Carolina Journal of International Law*, núm. 41, núm. 4, 2016, p. 797.

Loo, H. "In the Child's Best Interests: Examining International Child Abduction, Adoption, and Asylum", en *Chicago Journal of International Law*, vol. 17, núm. 2, pp. 606-616.

Oropeza Zorrilla, M. C., (2014), "Niñez y adolescencia sin fronteras: los dilemas de la protección consular a la infancia", en *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 101, pp. 129-141.

Ortega Velázquez, E. (2018), "Niños, niñas y adolescentes solicitantes de asilo en México: una crítica a los defectos del procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLX, núm. 152.

Rea Granados, S. (2016), "Retos actuales en la implementación de la ley sobre refugiados y protección complementaria en México: identificación, admisión y acceso al procedimiento de asilo", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI.

San Juan, C. y Manly, M. (2004), *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina, Análisis crítico del dualismo "asilo-refugio" a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Costa Rica, Alto Comisionado de las Naciones Unidas.

Sepúlveda, R., (2011), "Análisis sobre los aspectos de la reforma constitucional relacionados con el ámbito internacional (asilo y refugio)",

en Carbonell Sánchez, M. y Salazar Ugarte, P. (coord.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

Segovia, T. N. J. L., (2013), "Artículo 13. Derecho al asilo/refugio: un derecho humano plenamente exigible en México", en Ferrer Mac-Gregor, E. et al., *Derechos Humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, t.I, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.

Somohano Silva, K. (2007), "El derecho internacional de los Refugiados: alcance y evolución", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 57, núm. 248, pp. 69-96.

Somohano Silva, K., y Yankelevich, P., coord. (2011), *El refugio en México*, México, Secretaría de Gobernación.

SEGOB-COMAR (2018). *Boletín Estadístico de Solicitantes de Asilo en México*. Unidad de Política Migratoria-Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados Subsecretaría de Derechos Humanos, Migración y Población-Segob. «<https://bit.ly/2J98wNN>».

SCJN (2014), *Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en caso de que involucren a Niñas, Niños y Adolescentes*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. «<https://bit.ly/2KFuyrY>».

Otros

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) (México).

Corte IDH (2014), *Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, OC-21/14.

Corte IDH (2017), *Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos*, OC-23/17.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", 22 Noviembre 1969, «<https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>».

ONU (1989), Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 Noviembre 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577.

Colaboradores

Gabriela Rodríguez Huerta

(coordinadora y autora)

Gabriela Rodríguez Huerta es profesora del Departamento Académico de Derecho del ITAM, dónde enseña en las áreas de derecho internacional y derechos humanos. Ha sido Directora del Programa de Derecho del ITAM en varias ocasiones. También fue Directora- Fundadora de la Maestría en Derechos Humanos y Garantías del ITAM. Ha publicado diversos artículos y libros sobre derecho internacional, derechos humanos y política exterior entre los que destacan; El Senado de la República y las Relaciones Exteriores en coautoría José Ramón Cossío,; Tratados sobre Derechos Humanos: el sistema de reservas (2005), La incorporación y aplicación del Derecho Internacional en el orden jurídico mexicano (2015) y México en el Mundo: Constitución y Política Exterior (2017).

Sofía del Carmen Treviño Fernández

(coordinadora y autora)

Sofía Treviño es maestra en derecho (LL.M.) por la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale, Estados Unidos y candidata a doctora (J.S.D) por la misma universidad. Es licenciada en derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), con la Beca Federico García Sámamo; institución en la que también cursó la Maestría en Derechos Humanos y Garantías. Durante más de cinco años formó parte de la ponencia del Ministro José Fernando Franco González Salas en la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Desde 2019, es investigadora jurisprudencial en el Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN. Comenzó su carrera profesional en una firma especializada en litigio administrativo y constitucional y ha sido profesora del Seminario de derecho constitucional en el ITAM. Es coautora del artículo "Constitución y familia en México: nuevas coordenadas", en *La constitucionalización del derecho de familia* (2019).

Andrea de la Brena Meléndez

(autora)

Andrea de la Brena Meléndez es socia del despacho Zeiler Floyd Zadkovich donde se especializa en arbitrajes de inversión basados principalmente en tratados bilaterales de inversión. Andrea estudió la licenciatura en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y cuenta con una maestría de derecho internacional público por la Universidad de Viena. Es coautora de múltiples publicaciones en sus áreas de práctica, incluyendo un comentario a la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (Kluwer, 2019).

Nuria González Martín

(autora)

Nuria González Martín es doctora en Derecho Internacional Privado por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Investigadora Titular

"C" del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Investigadora del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel III. Mediadora Certificada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México. Asesora Externa de la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana. Autora de 20 libros de propia autoría/coautoría, 24 libros coordinados y/o compilados y más de un centenar de artículos publicados en revistas nacionales e internacionales. Académica visitante Stanford Law School, California, USA 2012-2016 y 2018. Senior Weinstein Fellow de la Weinstein International Foundation. Premio Altamira 2000 —IIJ-UNAM-. Premio Universidad Nacional Jóvenes Investigadores en Investigación Ciencias Sociales 2008. Reconocimiento Sor Juana Inés de la Cruz, 6 marzo de 2020. Se agradece el apoyo para el ajuste de los criterios editoriales y búsqueda de material de la becaria CONACyT, Claudia Ramos Pérez Olagaray.

María Mercedes Albornoz

(autora)

María Mercedes Albornoz es Profesora Investigadora Titular de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). Colabora con la Secretaría de Relaciones Exteriores como Asesora Externa *Ad Honorem* en materia de Derecho Internacional Privado. Es Doctora y Máster en Derecho Internacional Privado por la Université Panthéon-Assas, Paris II, de Francia. Asimismo, es abogada egresada de la Universidad Nacional del Litoral, de Argentina.

Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores (SNI) de México, que la reconoce con el Nivel II. Además, es miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado y miembro de número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. Su investigación se concentra en el Derecho Internacional Privado y en la interacción de éste con la Tecnología. Entre sus trabajos recientes se destaca *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado* (IIJ-CIDE, 2020), obra de la cual es editora.

Eileen Matus Calleros

(autora)

Eileen Matus Calleros es profesora de Derecho del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM), donde enseña en las áreas de derecho internacional público y privado, derechos humanos e investigación y análisis jurídico, a nivel profesional. A nivel posgrado es profesora de la materia International Business Transactions para el LL.M Transnational Legal Practice de la Universidad de Washington en St. Louis. Antes de unirse al ITESM fue profesora asociada del centro de investigación y Docencia Económicas (CIDE) y Directora Académica del Programa Interdisciplinario de Regulación y Competencia Económica (PIRCE). Matus Calleros es autora de las obras: *México ante la restitución internacional de menores* (2017); "El trabajo infantil en la economía informal", en Ríos Granados, G. (coord.) *Derecho y economía informal. Retos de política pública del Estado Mexicano* (2014); *Derecho Internacional Privado Mexicano ante la Restitución Internacional de Menores* (2009); "Aspectos penales y civiles del tráfico internacional de menores", en Vega Gómez, J. (coord.), *Temas selectos de derecho internacional privado y de derechos humanos* (2014). Su trabajo más reciente es la obra *Competencia judicial, conflicto de leyes, cooperación, reconocimiento y ejecución de sentencias en la sustracción internacional del menor* (2019).

Miguel Ángel Reyes Moncayo

(autor)

Es Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y Maestro en Leyes por University of Houston Law Center, con especialidad en Derecho Internacional. Es miembro del Servicio Exterior Mexicano desde 2012. En el ámbito público cuenta con experiencia en tratados, derecho internacional privado, derecho internacional público y litigios internacionales. Asimismo, fue cónsul de México en El Paso y Houston, Texas. Actualmente está a cargo del área de Derecho de Familia en la Secretaría de Relaciones Exteriores. Realiza las

funciones de autoridad ejecutora o central de México en tratados y acuerdos internacionales sobre sustracción, adopciones internacionales y cobro de alimentos en el extranjero. Ha sido profesor de derecho internacional a nivel Licenciatura. Igualmente, ha fungido como conferencista y capacitador de estudiantes, profesores, candidatos a miembros del Servicio Exterior Mexicano, y servidores públicos estatales y federales en temas de derecho internacional.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. Febrero de 2020.

La movilidad humana presenta una serie de retos que requieren de la cooperación internacional entre los Estados, así como de reglas comunes y homogéneas. En el caso de la sustracción de menores de edad, la normativa y la práctica internacionales proveen al juzgador y a las autoridades involucradas de criterios, principios y estándares que deberán ser tomados en cuenta en el caso concreto. Desde una perspectiva de derechos humanos, en particular, destaca la aplicación del interés superior de la niñez como principio rector tanto del ámbito internacional como derivado de un mandato constitucional.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desarrollado un importante cuerpo de jurisprudencia sobre la interpretación del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, principal instrumento jurídico que aborda el fenómeno de sustracción y restitución internacional de niñas, niños y adolescentes. Este libro reúne una serie de artículos que, por un lado, analizan los criterios de la Suprema Corte en la materia y, por el otro, nos anuncian problemas y desafíos pendientes para la protección efectiva del interés superior de la infancia ante la movilidad humana internacional. Esta obra será de especial utilidad para juezas y jueces, operadores judiciales y autoridades en contacto con el sistema de protección de la infancia, así como del público interesado en general, y debe leerse de la mano del cuaderno de jurisprudencia sobre *Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes* publicado también por este Alto Tribunal.

