

ESTUDIOS JURÍDICOS

4

**LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES
COMO CRISIS FAMILIAR Y SU TRATAMIENTO
EN MÉXICO**

ESTUDIOS JURÍDICOS

4

LA RESTITUCIÓN
INTERNACIONAL DE
MENORES COMO CRISIS
FAMILIAR Y SU
TRATAMIENTO EN
MÉXICO

Blanca Colmenares Sánchez

Prólogo Dr. Víctor Manuel Rojas Amandi

Segunda edición
Corregida y ampliada



2020

DIRECTORIO

CONSEJO DE LA JUDICATURA

Mgdo. Dr. Ricardo Sodi Cuellar
Presidente

Mgdo. M. en C. P. Raúl Aarón Romero Ortega
Mgdo. Dr. en D. Enrique Víctor Manuel Vega Gómez
M. en D. C. y A. Luis Gerardo de la Peña Gutiérrez
Jueza M. en C.P. Fabiola Catalina Aparicio Perales
Jueza M. en D. P. P. Edna Edith Escalante Ramírez
M. en D. Pablo Espinosa Márquez
Consejeros

ESCUELA JUDICIAL

Mgdo. Dr. Sergio Javier Medina Peñaloza
Director general

CONSEJO EDITORIAL

Dr. Víctor Manuel Rojas Amandi
Director del Centro de Investigaciones Judiciales,
Editor responsable

Dr. Arturo Argente Villarreal
Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey

M. en D. Faustino Carrillo Ahumada
Juez de Control y Tribunal de Enjuiciamiento
Poder Judicial del Estado de México

Dr. Mario Cruz Martínez
Universidad Iberoamericana

Dr. Miguel Eslava Camacho
Escuela Normal Superior del Estado de México

Dr. Virgilio Ruiz Rodríguez
Universidad Iberoamericana

Dr. José María Serna de la Garza
Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM

Dra. Yaritza Pérez Pacheco
Secretaria Ejecutiva del Consejo

© Poder Judicial del Estado de México
Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México

© Blanca Colmenares Sánchez

Primera edición 2018. ISBN: 978-607-610-659-4
Segunda edición 2020. ISBN: 978-607-515-466-4
Derechos reservados
Impreso en México

Corrección de estilo
Dra. Yaritza Pérez Pacheco
Subdirección de Investigación

Portada
Dirección de Difusión y Comunicación de la Escuela Judicial

DEDICATORIA

Al amor infinito de nuestro supremo creador.

&

A mi madre + y a mi padre por creer siempre en mí y no dudar nunca de lo que se puede lograr.

A mis hermanos, cuñados y sobrinos por ser una familia con grandes valores y amor infinito.

A mis suegros y cuñados por su ejemplo y tradición compartida.

A los M. en D. Miguel Ángel Herrera Olguín, Alberto Martínez Gutiérrez y Emilia Camargo Pérez, así como a Ignacio Colmenares Sánchez por su amistad.

A las Licdas. Gabriela Aguilar Palma, Vianney Aseret Estevez Vargas, Leticia Arriaga Muñoz, Alejandra Amalia Bolaños Alvarado, Erika Lorena Domínguez Preisser, María de Lourdes Hernández Garduño y Norberta Cuellar Pérez, así como a la Ing. Cinthia Martínez Aguilar por ser amigas entrañables de gran calidad humana y a la M. en D. Verónica Hernández Alcántara, así como a los Licdos. Juana Hidalgo López y Marcos Jesús Contreras Hinojosa, por su gran apoyo y solidaridad.

A mi esposo por su gran apoyo, amor, y comprensión en todo momento, así como por ser mi compañero de vida.

A mis hijos y nietos por su paciencia infinita y por nutrir mis esperanzas con su amor y alegría, así como a mis yernos y nueras.

A los Mgdos. Dr. Ricardo Sodi Cuellar y Dr. Sergio Javier Medina Peñaloza, al Dr. Víctor M. Rojas Amandi, al Consejo de la Judicatura, al Dr. Mauricio A. Rodríguez León, a la M. en D. Fabiola Catalina Aparicio Perales, a la Dra. Yaritza Pérez Pacheco al ser quienes dirigen en sus respectivas competencias, con gran profesionalismo, sobre todo calidad humana al Poder Judicial y Escuela Judicial del Estado de México, al ser las Instituciones matriz en esta obra.

† A la Dra. Sonia Rodríguez Jiménez por alentar y participar en la idea que ahora se consolida.

A los Drs. Arturo D. Argente Villarreal y Virgilio Ruiz Rodríguez, por su apoyo y amistad infinita en esta tarea.

ÍNDICE

Dedicatoria	7
Presentación.....	13
Prólogo a la primera edición	15
Prefacio	19
Introducción.....	23
Capítulo primero. Derechos fundamentales de los infantes	37
1. Evolución histórica	37
2. Papel de la Convención sobre los Derechos del Niño	40
3. Derecho de identidad	45
Capítulo segundo. Marco conceptual: El menor	51
1. Patria potestad	58
2. Guarda y custodia, y convivencia	62
3. Residencia habitual.....	80
4. Derecho de visita o contacto transfronterizo.....	86
5. Sustracción y restitución internacional	95
6. Concepto de secuestro e ilicitud	102
7. Concepto de traslado o retención	108
Capítulo tercero. Marco normativo internacional	119
1. Sistema convencional ante la sustracción internacional de menores	119
2. Convención sobre los Derechos del Niño	122

2.1. Protección de la familia y de los derechos del infante	122
2.2. Protección en materia de sustracción internacional de menores.	124
3. Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores	125
3.1. Clasificación y proyección del Convenio	125
3.2. Objetivos	131
A. <i>Medidas de prevención</i>	132
B. <i>Objetivos específicos</i>	133
a) <i>Status quo</i>	134
b) <i>Respeto de los derechos de custodia y visita</i>	137
3.3. Titulares de la pretensión.	140
3.4. Estructura del Convenio.	141
3.4.1. <i>Ámbito de aplicación espacial</i>	141
3.4.2. <i>Ámbito de aplicación personal</i>	142
3.4.3. <i>Ámbito de aplicación material</i>	143
3.4.4. <i>Ámbito de aplicación temporal</i>	143
3.5. Excepciones	144
3.6. En relación a los derechos que protege el Convenio	145
3.7. En relación al interés superior del menor	147
3.7.1. <i>Causas relacionadas con el grave riesgo del progenitor que solicita la restitución</i>	149
3.7.2. <i>Causas relacionadas con el peligro en el país de origen</i>	152
3.7.3. <i>Causas relacionadas con el padre sustractor</i>	153
3.7.4. <i>Reacción extrema a una orden de restitución</i>	156
3.7.5. <i>Opinión de menores</i>	159
3.7.6. <i>Cláusula pública</i>	165
3.7.7. <i>Carga de la prueba en las excepciones</i>	167
3.8. Fisiología del Convenio	169
3.8.1. <i>Autoridades centrales</i>	170
3.8.2. <i>Coordinación de autoridades centrales administrativas y judiciales</i>	173
3.8.3. <i>Localización del menor</i>	176
3.8.4. <i>Retorno voluntario</i>	177
3.8.5. <i>Representación del solicitante</i>	177
3.8.6. <i>Rechazo de solicitudes</i>	179
3.9. Comunicaciones judiciales directas	181
3.10. Procedimiento de urgencia	183
4. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores	187

4.1. Clasificación y proyección	187
4.2. Objetivos	189
4.3. Estructura del Convenio.	189
4.3.1. <i>Ámbito de aplicación personal</i>	189
4.3.2. <i>Ámbito de aplicación material</i>	189
4.3.3. <i>Ámbito espacial</i>	190
4.4. Excepciones	190
4.5. Fisiología del Convenio	191
Capítulo cuarto. Recepción de los tratados internacionales	195
1. Fuentes y vértices entre el Derecho internacional público y los sistemas internos de los Estados.	195
2. Teorías de la recepción de los tratados	197
3. Tratados internacionales y derechos humanos	201
4. Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969	204
5. Recepción de tratados en México	207
5.1. Ley sobre la Celebración de los Tratados	208
5.2. Marco normativo fundamental sobre recepción de tratados.	209
5.3. Poder Judicial y los tratados.	215
5.4. Diseño del Derecho en México a partir de las reformas del año 2011	217
5.4.1. <i>Causas del cambio de paradigma</i>	217
5.4.2. <i>Cambio anatómico y fisiológico del modelo judicial</i>	218
6. Marco nacional en la sustracción y restitución internacional de menores	229
6.1. Bases constitucionales	229
6.2. Protección a nivel federal	232
6.3. Protocolo de actuaciones para quienes impartan justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes	234
6.4. Protección estatal.	234
Capítulo quinto. Conciliación y mediación en la sustracción internacional de menores	239
1. Mecanismos alternos de solución de conflictos aplicados a materia familiar	239
2. Modelos alternos de solución de controversias en problemáticas de sustracción internacional de menores	241
3. Violencia familiar y su vinculación en procedimientos de restitución internacional de menores.	249

4. Propuesta de una ley general en materia de sustracción internacional de menores en México	260
5. Seguridad jurídica	273
Conclusiones	277

ANEXOS

Notas sobre el procedimiento de restitución en algunas entidades federativas	289
Fuentes de consulta	293

PRESENTACIÓN

El Estado Mexicano es parte tanto de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, como de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Estas convenciones regulan los presupuestos para activar el procedimiento tendente a evitar el traslado y la retención ilícitos de un menor. Este procedimiento autónomo, tiene como propósito lograr la restitución inmediata de los menores que hayan sido sustraídos ilícitamente a un Estado diferente al de su residencia habitual.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desde su decisión en el Amparo en Revisión 1475/98, determinó que los *“compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional”*. De esta forma, parecería que basta con los mencionados instrumentos internacionales para que un juez local pudiera resolver casos de esta materia. Sin embargo, la legislación interna debe complementar las normas internacionales, toda vez que afecta competencias de los jueces en materia familiar.

Así, el tema relativo a la sustracción de menores supone el conocimiento de aspectos muy importantes, tanto del Derecho Internacional Público, como del Derecho de Familia. Y precisamente por esto, es por lo que pocos juristas en México dominan dicho tema en toda su compleja dimensión. Dentro de éstos se cuenta, sin duda, la magistrada Dra. Blanca Colmenares, la que conoce el tema tanto desde un punto de vista teórico, por ser el tema de su tesis de doctorado, como desde un punto de vista práctico, por haberse desempeñado por muchos años como juez familiar del Estado de México.

Para esta nueva edición, la Dra. Colmenares actualizó y amplió la obra con jurisprudencia, con novedosos comentarios, además de someter su redacción a una cuidadosa corrección de estilo. Así, este

trabajo servirá a los estudiantes, profesores, abogados y jueces como una valiosa guía de investigación y de estudio, en este tema que, en un mundo con una dinámica familiar tan compleja, adquiere día con día una mayor importancia.

Dr. Víctor M. Rojas Amandi
Director del Centro de Investigaciones Judiciales
Escuela Judicial del Estado de México
Noviembre, 2020

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

La relocalización internacional de menores a fin de burlar los derechos de residencia del mismo y de falsear las prerrogativas de guarda y custodia de alguno de sus progenitores, es una práctica antigua. Ya el célebre músico alemán Ludwig van Beethoven habría intentado trasladar a su sobrino Karl fuera de Austria para eludir una decisión de segunda instancia que le negaba la guarda sobre el mismo y se la otorgaba a la madre del menor.¹

Diversos casos como el anterior se han venido incrementando con las grandes migraciones que caracterizan al mundo a partir de la segunda mitad del siglo XX.² Los instrumentos del Derecho Penal, en especial, las normas de asistencia penal internacional y en particular las de la extradición, han resultado ineficaces para lograr la restitución de los menores a su país de residencia habitual.³ No obstante que el Derecho Civil nacional es más adecuado para proteger los derechos del menor, sus normas tampoco han demostrado efectividad para evitar que el sustractor obtenga la custodia en los tribunales del país hacia el

¹ Magnani, Luigi, *El sobrino de Beethoven*, Barcelona, Edhasa, 1985.

² Centro Internacional para Menores Desaparecidos y Explotados, *Foro Internacional sobre Secuestro Familiar de Menores*, La Haya: Programa de Acción de la Conferencia de La Haya, 2001.

³ Tellechea Bergman, Eduardo, “La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el Moderno Derecho Internacional Privado Interamericano sobre Minoridad”, *INFANCIA*, Boletín del Instituto Interamericano del Niño-OEA, 1993, t. 65, núm. 232, pp. 3-62; Ministre de la Justice, “Réponse du Ministre de la Justice au Sénat: Mineur-Parents divorcés-Garde confiée au parent domicilié en France-Mineur emmené à l'étranger par l'autre parent, 16 novembre 1973”, *Revue critique de droit international privé*, París 1974, vol. 63, núm. 1, pp. 170-171; Miralles Sangro, Pedro Pablo, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1989, p. 11.

que lo llevó o lo mantiene retenido,⁴ debido a que con el cambio de residencia se busca generar una nueva situación jurídica que ofrezca nuevas alternativas legales al padre que trasladó o retiene al menor permitiéndole revertir los derechos de custodia que pudiera haber adquirido el otro padre en el lugar de residencia habitual del mismo.

Para hacer frente a problemas que se producen con motivo del traslado o retención ilícita de menores, en el ámbito del Derecho Internacional Público se negociaron la Convención de La Haya de 25 de octubre de 1980⁵ sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores⁶ y la Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores.⁷

Los tratados en materia de restitución internacional de menores forman parte de una nueva generación de tratados, a los que Albert

⁴ Scotti, Luciana Beatriz, “El proceso de restitución de menores a la luz de las normas vigentes”, en Scotti, Luciana Beatriz (ed.), *Restitución internacional de menores: aspectos procesales y prácticos. Derecho comparado*, Buenos Aires, Julio César Faira, 2014, pp. 15-90; Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo de la Convención de La Haya de 1980*, 1988, pp. 3-4. Rubaja, Nieve, “Los Procesos de Restitución Internacional de Niños y sus Desafíos”, en: AMARAL Jr, Alberto do y VIERA, Luciane Klein (eds.), *El derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2016, p. 629 y 631

⁵ Este Convenio se adoptó por unanimidad —Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Japón, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza, Checoslovaquia, Venezuela y Yugoslavia— el 24 de octubre de 1980 en el marco de la Décimocuarta Sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado. Publicación en el *Diario Oficial de la Federación* de la aprobación por el Senado: 14 de enero de 1991; adhesión de México: 20 de junio de 1991; entrada en vigor internacional: 1º de diciembre de 1983; entrada en vigor para México: 1º de septiembre de 1991; publicación en el Diario Oficial del Decreto de Promulgación: 6 de marzo de 1992.

⁶ La Convención de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores ha sido complementada con cinco guías: Autoridades Centrales, Medidas de aplicación, Medidas de prevención, Ejecución y Mediación.

⁷ Firma de México: 6 de abril de 1992; publicación de la aprobación por el Senado: 6 de julio de 1994; ratificación 5 de octubre de 1994; entrada en vigor internacional 4 de noviembre de 1994; entrada en vigor para México 4 de noviembre de 1994; publicación de la promulgación 18 de noviembre de 1994.

Bleckmann⁸ ha denominado *tratados multipolares* —*multipolare Verträge*—. Estos tratados se diferencian de los tradicionales tratados bipolares, tanto por las materias que regulan y que se relacionan directamente con las necesidades de bienestar de los ciudadanos, como por el hecho de que sus disposiciones fundamentan relaciones jurídicas múltiples, en donde cada Estado parte tiene el mismo interés jurídico de que todos los otros cumplan sus obligaciones contractuales. Por otro lado, muchos tratados multipolares desarrollan ordenaciones jurídicas que regulan relaciones entre sujetos privados y que deben ser aplicadas de manera directa por las autoridades nacionales judiciales o administrativas. Esto significa que la autoridad que concluye el tratado sustituye a los legisladores nacionales y que el cumplimiento de las obligaciones internacionales se lleva a cabo en el ámbito interno de los Estados.

Precisamente por el hecho que las convenciones en materia de restitución internacional de menores están diseñadas para ser aplicadas por los jueces y autoridades administrativas de los Estados parte, la obra de la Dra. Blanca Colmenares adquiere una importancia fundamental. En efecto, se requiere que sean los jueces familiares los que aborden estos temas, los estudien y reflexionen, en virtud de que

⁸ Albert Bleckmann es uno de los autores de Derecho Internacional Público, de Derecho Europeo y de Derecho Público más importantes en Alemania. Estudió Derecho en Alemania y en Francia, donde obtuvo también los grados de Doctor en Derecho. La habilitación para optar por la cátedra en Derecho se la otorgó la Universidad de Heidelberg. A partir de 1976 se desempeñó como profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Münster, adquiriendo la categoría de profesor emérito en 1998. Además de ser un autor de múltiples y variados libros de texto y artículos en Derecho Internacional Público, Derecho Público, Derecho Europeo y Derecho Comparado, el profesor Bleckmann ha fungido en diversas ocasiones como abogado del gobierno de la República Federal de Alemania ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con sede en Luxemburgo. Su teoría de los tratados multipolares se ha expuesto básicamente en un artículo publicado en el volumen 34 (1996) de la revista *Archiv des Völkerrechts*, con el título “Zur wandlung der Strukturen des Völkerrechtsverträge – Theorie des multipolaren Vertrages”, pp. 218-236. También en la obra *Allgemeine Staats und Völkerrechtslehre*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1995, pp. 696-781, se encuentran importantes contribuciones a la teoría de los tratados multipolares.

son los primeros obligados a dar cumplimiento a las normas convencionales de la materia.

La obra *Restitución internacional de menores como crisis familiar y su tratamiento en México* ha sido producto de una profunda investigación que llevó a cabo la Dra. Colmenares durante sus estudios del Doctorado en Derecho Judicial en la Escuela Judicial del Estado de México, en la que analiza los conceptos fundamentales de las convenciones, las normas y el sistema de las mismas, su recepción en el sistema jurídico mexicano y la conciliación y mediación en temas de sustracción internacional de menores. Todo con base en una cuantiosa y vigente bibliografía que se integra por libros y artículos especializados, con fuentes electrónicas, documentos oficiales, jurisprudencia mexicana y comparada y legislación, advirtiendo la autora, que en el moderno Derecho de Familia confluyen temas de derechos humanos —grupos vulnerables, derechos del menor, protección de la infancia, etc.— y temas de Derecho Internacional Público —convenciones de la materia, normas de *soft law*, cooperación internacional—, cuyas normas no siempre coinciden con aquellas del Derecho de Familia tradicional y, que por lo mismo, exigen mayores competencias hermenéuticas por parte de los juzgadores para así estar en condiciones de asumir los nuevos retos del tráfico jurídico internacional.

De esta forma, la presente obra contribuye con una visión integral en la discusión académica de un tema de importancia trascendental en el Derecho de Familia actual, bajo una perspectiva más práctica que teórica y con una motivación profesional que se origina en las necesidades de protección del justiciable que es víctima de disputas familiares a las que la Dra. Blanca Colmenares ha dedicado su vida profesional como juez familiar en el Estado de México.

Víctor Manuel Rojas Amandi

PREFACIO

En esta nueva reedición se plantea con mayor consistencia la protección familiar en los casos de sustracción y retención internacional de infantes, al considerar que los derechos que protegen las convenciones en materia de restitución, comprenden derechos humanos y fundamentales basados en la dignidad humana.

De la misma manera, se hace énfasis en establecer que el interés superior del niño se ve mayormente protegido y beneficiado mediante el restablecimiento de la situación previa al acto de sustracción o de retención, demostrado con casos prácticos observados en materia de amparos que han emitido Tribunales Federales y Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, permitiendo enriquecer los criterios doctrinales en el sentido de la protección reforzada que los niños merecen en una situación en donde se ven comprometidos sus derechos humanos.

También se presenta un estudio de amparos en relación con las excepciones y su interpretación de aplicación extraordinaria, enfatizando las circunstancias relativas a la práctica en cuanto a las funciones de la autoridad central.

Por otra parte, se estudia la materia de impugnación en la praxis sobre las resoluciones de restitución internacional.

Sobre el particular se desglosan circunstancias en materia migratoria y de opinión del infante con elementos que permiten al lector observar cómo debe analizarse esta opinión en los casos de restitución internacional y cómo debe valorarse para efecto de tener un peso específico cuando se hace valer como excepción la oposición de los niños a la restitución, desde un contexto práctico.

Otra línea de exploración en materia de excepción se estudia desde el tema de la integración y cómo en materia de amparo se ha desglosado para verificar los componentes que pudieran determinar o no dicha integración de un infante a un nuevo ambiente.

De la misma forma se amplía el estudio de excepción en cuanto a lo que debe entenderse por ejercicio efectivo de la custodia, que si bien, en la primera edición se plantearon casos desde la teoría y praxis internacional, en esta nueva edición se profundiza el tema con los datos de cómo se entiende este ejercicio efectivo desde la praxis en materia de amparo que ejemplifica al efecto.

En torno a la excepción en materia de violencia se aborda con mayor profundidad la Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13(1) (B) del Convenio de la Haya de 1980, la cual plantea la importancia de analizar en ciertos casos las pruebas preconstituídas que pudieran existir para tener mayores elementos al momento de resolver una excepción de esta naturaleza.

Aspecto relevante es el análisis que se efectúa desde la práctica en forma amplia sobre el abordaje al artículo 12 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, dada la pluralidad de cuestiones que en los casos pueden observarse respecto de la temporalidad y el análisis que en materia de amparo se ha vertido sobre el particular, lo que conlleva a una mejor comprensión del tema entre la doctrina y la experiencia.

Se incluyen sobre el particular importantes criterios federales que serán de sumo apoyo para el lector en los casos que le toque conocer, ya sea como operador jurídico o como parte de una familia, y que pueda enfrentar una problemática de sustracción o retención ilícita de infantes.

Sobre el sitio donde deben albergarse a los niños, las niñas o adolescentes en su caso, también se enfatiza criterio federal en cuanto a que estos albergues como medida no pueden ir más allá de lo estrictamente necesario.

Asimismo, se enfatizó la creación en el Estado de México de un juzgado de competencia concentrada, cuyo esfuerzo busque garantizar los derechos de los infantes en materia de restitución internacional.

De igual forma, se adentró sobre el tema tan importante del contacto transfronterizo entre los niños con sus progenitores en materia de restitución.

En el mismo sentido, se profundizó el tema de seguridad jurídica.

Con estos componentes de análisis, esta obra brinda sentido real y actual al tema, en virtud de que sobre una base social se proyectan las pautas de solución de las autoridades. Ello sin soslayar la importancia

de una Ley General en la materia con la cual se brinde mayor seguridad jurídica en los casos de restitución internacional.

Esta edición, por tanto, busca ofrecer luz de un derecho dúctil y de mayor utilidad práctica en el complejo tema de sustracción internacional de menores.

Blanca Colmenares Sánchez
Noviembre, 2020.

INTRODUCCIÓN

Desde siempre, la humanidad ha establecido relaciones con sus congéneres y con su entorno; en un principio, por supervivencia y, más tarde, por su desarrollo y evolución en los ámbitos sociales, económicos y políticos.

En dicho contexto, cobran importancia relevante los vínculos que se gestan en el núcleo primario del ser humano, las relaciones familiares, donde justo en su seno se traza y confecciona la naturaleza humana de un individuo y donde este cobra una razón de ser y cimienta un proyecto de vida.

En función de lo planteado, desde el aspecto antropológico jurídico, y desde un aspecto ideal, el ámbito familiar puede considerarse “privado”, concebido como un lugar de protección, intimidad y cuidado de sus integrantes en una acción de reciprocidad. Sin embargo, como en toda relación humana, también se perfilan vínculos de poder e intereses conflictivos de colisión que pueden generar aspectos de violencia y autodestrucción. Esta situación se percibe en la actualidad como una realidad compleja que requiere atención y tratamiento social y normativo, como plantea Edith Carrillo “...bajo esta nueva perspectiva empieza a legislarse sobre problemáticas como la violencia intrafamiliar, la violación entre cónyuges, la pérdida de la patria potestad, y de nuestro objeto de estudio, la sustracción de menores”.¹

Lo anterior conduce a realizar una exploración de lo que acontece en el seno familiar, para así poder alcanzar un diagnóstico oportuno e integrar las soluciones que contribuyan al tratamiento adecuado de las problemáticas existentes.

¹ Carrillo, Edith, “Niñas y niños involucrados en procesos de sustracción familiar en México”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, núm. 2, vol. 9, 2011, p. 564.

La figura tradicional del concepto de familia ha evolucionado, adquiriendo matices que se tornan complejos, como se ilustra con la siguiente premisa:

Se entremezcla la familia como valor y la familia como concepto, en donde el seno familiar sigue siendo el protagonista de la crianza y desarrollo del ser humano. La crisis de la institución familiar (...) y la idea o percepción de la necesidad de adaptar el derecho ante los cambios familiares desde el espacio y desde el tiempo es fundamental para una adecuada interacción entre Estados diversos que se ven inmersos en esta, digamos —dinámica familiar—.²

Este nuevo enfoque en el tema que nos ocupa implica una responsabilidad parental, social y estatal, en virtud de entender las causas que originan lo que percibimos como violencia familiar, abuso de poder, incluso sustracción de menores en el entorno nacional e internacional, que se muestran como signos y síntomas de una patología que puede estar desarrollándose en el núcleo de conformación humana: la familia.

Dentro de tales patologías, es precisamente la sustracción internacional de menores el tema central de esta obra. La elección de ahondar en esta sensible problemática reviste una vital importancia, debido a que se trata de un fenómeno que tiene el poder de dislocar y destruir la esencia de la conformación humana de un infante. Pero no solo a él, sino que puede extenderse a todos los vínculos del núcleo familiar involucrado; lo cual, incluso, puede llevarlos a su autodestrucción.

El Derecho no puede mantenerse al margen de una situación como la aquí descrita, en virtud de que el camino de la humanidad está modelado por el cuidado que se ofrece a las nuevas generaciones que la conforman.

En estos campos de alteración y tensión del hecho y expresión familiar, influyen y se entrelazan factores como la globalización, la bús-

² González Martín, Nuria, “Convivencia paterno-materno en el panorama internacional: un acercamiento en torno a la Sustracción de Menores, alienación parental y mediación familiar internacional”, Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, p. 13, <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2013/12/Convivencia-paterno-materno-NURIA-GONZALEZ.pdf>

queda de oportunidades laborales en otros países y la transportación fácil y fluida de personas a diferentes destinos territoriales. Dichos elementos han venido modificando la concepción clásica de la estructura familiar y generando lazos filiales entre personas separadas en diferentes puntos geográficos. Estas uniones tienen un mecanismo de comunicación complejo, cuyos conflictos suelen derivar en fracturas familiares altamente perjudiciales para todos los involucrados, pero en especial para los hijos.

Esta situación aumenta potencialmente el riesgo de la retención ilegal por alguno de sus padres o terceras personas, e incluso el desplazamiento ilícito de los menores a países diferentes al de su residencia habitual.

Ello enfrenta al padre o madre afectados a un conjunto de situaciones que convergen en la necesidad de buscar alternativas de solución, muchas veces limitadas por los aspectos económicos y de trámite; en una primera instancia, para localizar al menor y observar si se trata de un traslado o retención nacional o internacional, lo cual en sí ya representa un problema complejo, toda vez que “el acto de sustracción no es realizado por un individuo aislado, sino que es apoyado o respaldado por familiares o amistades, que ayudan al traslado, al ocultamiento, o incluso asumiendo el total o parcial cuidado de las niñas y niños sustraídos”.³

Ante tales circunstancias se observan efectos inmediatos en contra del infante y mediatos en la erosión y fractura de la familia; por ello, la problemática generada a partir de la sustracción de menores de su marco familiar, sobrepasa la esfera de lo privado, volviéndose una situación que se disputa y busca resolverse en el ámbito público.⁴

En este contexto cabe la interrogante, ¿qué sucede en las relaciones de pareja para detonar problemáticas de esta naturaleza? Sin duda, convergen elementos de diferentes índoles: culturales, económicos y, sin duda, psico sociales.

Lo cierto es que los intereses humanos y familiares van cambiando en la línea de la historia y lo mismo ocurre también con sus prioridades y necesidades, dando pauta a contradicciones de intereses entre objeti-

³ Carrillo, Edith, *op. cit.*, p. 566.

⁴ *Ibidem*, p. 568.

vos personales y objetivos comunes, incluso divergencias por razones de género, identidad o procedencia en los individuos que conforman un matrimonio o unión, aun después de separada una pareja.

Algunos autores se inclinan a señalar que la causa de este acontecimiento se vincula a la naturaleza humana, más que a una construcción de comunidad, como señala Beck-Gernsheim:

La causa no hay que buscarla en algo externo, social, sino en los mismos seres humanos, en su voluntad, su insuficiencia, su sed desbordante de aventuras, en la disposición menguante a construir, a integrarse, a renunciar. Alguna suerte de espíritu del tiempo universalizado los ha captado y los ha instigado, y la fuerza del movimiento llega hasta donde llega la fuerza del ser humano de mover cielo y tierra, de unir los deseos y la realidad.⁵

Las contradicciones insoslayables entre los intereses de quienes conforman una pareja y una familia trastocan las reglas de convivencia y replantean los modelos familiares en nuevas dinámicas y roles que no necesariamente siempre implican su destrucción como modelo, sino que genera una nueva arquitectura en su estructura. Esto es así, en caso de que esa nueva arquitectura familiar se base en acuerdos y negociaciones razonadas y consensuadas; de no ser ese el caso, surge una fuerte tensión que incluso puede provocar problemáticas como la sustracción de infantes de su espacio natural.

Motivada por esta nueva perspectiva de socialización familiar, y específicamente en la sustracción internacional de infantes. Decidí desarrollar el presente trabajo, con la intención de contribuir en el fortalecimiento de la protección de los derechos fundamentales de los infantes mediante un marco internacional robustecido, con la propuesta de una ley general que establezca un marco jurídico nacional, cuyo soporte respalde la protección de los menores con mecanismos jurisdiccionales en toda la República Mexicana.

La investigación que aquí se presenta surge, además, porque en México solo algunas entidades federativas cuentan con instrumentos procesales especializados al efecto, lo cual implica incertidumbre en aquellos Estados en los que no se cuenta con procedimientos específicos.

⁵ Beck-Gernsheim, Elisabeth y Beck, Ulrich, *El normal caos del amor. Las nuevas formas de la relación amorosa*, Barcelona, Paidós, 2001, p. 18.

En tal orden de ideas, resulta imprescindible, y hasta impostergable, que México construya la estructura procesal necesaria que le permita responder a los compromisos internacionales que ha adquirido; entre otros, —al suscribir la Convención Americana sobre Derechos Humanos (24 de marzo de 1981), específicamente el artículo 2º, donde existe un compromiso de adecuación de la legislación interna al respecto de los derechos y garantías que concede el propio tratado en su artículo 1º.

Por ello, se proyecta la conveniencia de que en México se implemente una Ley General sobre la materia de sustracción internacional de infantes y de ejecución forzosa, con la cual se garantice el principio de seguridad jurídica en relación con el interés superior del niño. En virtud de que, si bien dicho problema nace de una situación de tensión familiar, los intereses de los progenitores o de terceros no pueden ni deben privar a los infantes de sus derechos fundamentales de identidad, derecho a un hábitat y convivencia con todo su núcleo familiar.

Valorando estos presupuestos, el tema se desarrolla a lo largo de cinco capítulos. El primero de ellos se denomina **Derechos Fundamentales de los Infantes**. Se aborda en él, la evolución en el trazo histórico y los principales ordenamientos internacionales que se ocupan de la materia, como la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual los cauces de apuntalamiento de otros cuerpos normativos, nacionales y transnacionales.

Se enfoca el eje neurálgico del principio del interés superior del menor como matriz y punto articulado obligatorio de los demás principios de los infantes, y el derecho de identidad, que se ven vulnerados ante un acto de sustracción internacional de menores, toda vez que el niño, en su hábitat, se encuentra en la plena formación de sus particularidades, captando con su razón y sus sentidos su entorno, para procesarlo y tomar, de acuerdo con su naturaleza, lo que es compatible con su ser para definirse e interactuar con su exterior según sus afinidades.

El entorno cultural, social e incluso político del infante fluye hacia su ser y hacia su psique para determinar lo que le es familiar y le hace ser quien es al conjugarse con sus características anatómico-fisiológicas; por ello, este núcleo no debe ser trastocado y sí respetado por toda la sociedad.

En cuanto al segundo capítulo, denominado **Marco conceptual: El menor**, se perfila la estructura de los trazos conceptuales de la problemática de la sustracción internacional de menores, con la finalidad de dar claridad y actualidad en el manejo de los conceptos. Se da preponderancia al concepto de menor, dando apertura a interesantes disertaciones lingüísticas en torno al uso del término y tomando en cuenta el enfoque de rangos de edad y sus categorías en el campo doméstico e internacional. Tema de gran relevancia para la investigación, toda vez que de ello depende el ámbito personal de aplicación de los cuerpos normativos y su rango de protección.

En este capítulo, por otro lado, se expone la importancia de saber escuchar a los menores, con la finalidad de conocer su sentir, justipreciando por supuesto su edad y madurez, al brindarles la oportunidad de ser intérpretes de su propio interés, como lo señala Elisa Pérez Vera.⁶

Posteriormente, en este capítulo se abordan las principales instituciones de familia, como la patria potestad. Este concepto ha evolucionado desde el inicial sometimiento de los hijos a los padres, hasta convertirse en una institución de interés público y que permite la participación activa y continua del Estado en su regulación. Analizándose, así mismo, los conceptos de guarda y custodia y convivencia, en los cuales, independientemente de la conformación que cada Estado delinea en sus conceptos de familia, se comparten principios estructurales de dichas instituciones que han esbozado una voz de cuidado, protección y dirección.

En torno a la sustracción internacional de menores, el derecho de custodia es eje rector en el tratamiento de los asuntos al vincularse con la ilicitud del traslado y la residencia habitual del menor. En cuanto al derecho de convivencia “...se reconoce su fundamento en el elemento de principio de derecho natural, en la necesidad de cultivar el afecto de estabilizar los vínculos familiares y propender a su subsistencia real, efectiva y eficaz.”⁷

⁶ cfr. Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo*, párrafo 30, <https://www.hcch.net/les/publications-and-studies/details4/?pid=2779>

⁷ cfr. Makianich de Basset, Lidia N., *Derecho de visitas*, Hammurabi, 1993, pp. 63-64.

Un tema de gran sensibilidad que se analiza sobre la guarda y custodia y convivencia, es en relación a si la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convención de La Haya de 1980) tiene como base el derecho de custodia, para que, de proceder una solicitud, se ordene la restitución de un infante. En estos casos, ¿qué sucede con los padres que no tienen conferida custodia, sino solo derecho de contacto o visitas? Dicho tema se desarrolla en el capítulo tercero.

En este apartado se analiza como criterio orientador, el tema de la residencia habitual del infante. Dicho concepto entraña trazos sociales, culturales y de tradición, enlazados a circunstancias geográficas y temporales. Es importante señalar que el criterio de la residencia habitual permite la aplicación correcta de un punto de contacto o conexión, en el ámbito espacial; también sobre competencia, aun cuando se requieran de otros instrumentos internacionales que articulen mejor la regla de dicha competencia judicial internacional. Dentro del mismo criterio, es necesario observar la temporalidad para considerar su consolidación; por ello, se revisan diferentes posturas sobre el particular.

Asimismo, se estudia el concepto de secuestro, traslado o retención para ubicar las categorías conceptuales en su adecuada dimensión. En tal sentido, se aborda la temporalidad del traslado o retención para determinar la pertinencia de la restitución en su caso, de acuerdo con lo establecido por la Convención de La Haya de 1980, dependiendo si la solicitud es anterior o posterior a un año y desde qué punto se parte para cuantificar dicho periodo.

Una vez delimitado el marco conceptual, el capítulo tercero, **Marco normativo internacional**, presenta una revisión analítica, cuyos resultados advierten que en la actualidad existe una problemática creciente en el ámbito familiar, cuyo origen es multicausal, dada la facilidad de las personas que por circunstancias familiares, culturales, personales o económicas pueden trasladarse geográficamente de un lugar a otro, escalando los conflictos familiares a nivel internacional, limitando o dificultando las vinculaciones entre personas con significativas consecuencias en la conformación social y emocional de los infantes y de los grupos familiares.

La magnitud de este tipo de separación abrupta perfila grandes retos nacionales e internacionales en el ámbito jurídico, sobre todo

cuando se presenta una sustracción internacional de menores, cuyas vertientes de controversias familiares forman parte de la materia de estudio de esta investigación.

Conviene advertir que dentro de los esfuerzos internacionales para la protección infantil, se consagra la Convención sobre los Derechos del Niño, en virtud de conformar un cuerpo normativo matriz de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que nutre a otros instrumentos normativos nacionales e internacionales, y sienta bases sobre la sustracción internacional de menores, al puntualizar una directriz específica de protección en su artículo 11.

Asimismo, se estudia el convenio por excelencia en la materia: la Convención de La Haya de 1980. Se trata de un acuerdo de voluntades entre los Estados firmantes de cooperación y colaboración internacional, cuya base fundamental para su adecuado funcionamiento es la confianza y los principios en común; su eficacia y eficiencia han sido demostradas, dada la cantidad de países que se encuentran vinculados a la obligatoriedad de su cumplimiento.

Dicha Convención de La Haya de 1980 se estudia en íntima vinculación con la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños, que fue desarrollada por un grupo de expertos de la Conferencia de La Haya y del Instituto Interamericano del Niño; ley que representa un esfuerzo significativo por delinear las directrices procesales más acordes con los fines de cooperación y colaboración internacional de los Estados en materia de sustracción y retención internacional de niños, complementando una lectura crítica de las guías de buenas prácticas, como *soft law*, las cuales orientan los criterios.

En referencia a la estructura del convenio, se analizan sus objetivos; el ámbito de aplicación espacial respecto de su aplicación entre Estados; el ámbito de aplicación personal sobre la edad de los infantes contemplada en el radio de protección convencional (16 años); su ámbito material enfocado a lo civil; y el ámbito temporal referente a la entrada en vigor en los Estados contratantes.

Se hace especial mención al tratamiento de las excepciones para la negación de una restitución, de acuerdo con posiciones autorales, en cuanto al derecho de custodia, el interés superior del menor en sus vertientes de causas relacionadas con el progenitor que solicita la restitución (por ejemplo, en causas de abuso sexual, psicológico, físico,

violencia u otras análogas); en su vertiente del peligro en el país de origen (ataques terroristas, desastres naturales, epidemias u otros similares); causas relacionadas con el padre sustractor (por ejemplo, orden de arresto); y también sobre la perspectiva de una reacción extrema de los infantes o padres involucrados en una orden de restitución. De la misma forma, se analiza la cláusula pública como excepción contemplada en el artículo 20 de dicho instrumento internacional.

Finalmente, en la línea de las excepciones, se estudia la carga de la prueba de las mismas, en íntima concordancia con la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños.

Estos temas se abordan desde un punto de vista doctrinal y práctico, de acuerdo con lo resuelto en la mayoría de los Estados, con base en los datos *The International Child Abduction Database* (INCADAT), y sobre las guías de buenas prácticas, a efecto de apoyar la visión de quienes resuelven, para aquellos que tienen casos relacionados y para quienes estudian la materia.

También se consideró relevante el tema del peso que actualmente tiene la opinión de menores, que se traza desde la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 12 y datos prácticos del INCADAT, analizándose además la posición de México, desde el Protocolo de actuaciones, de febrero de 2012, para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes; el cual tuvo una segunda edición en el año 2014 en una versión actualizada y en concordancia con las reformas constitucionales del año 2011.⁸

Por otra parte, se aborda también la fisiología del Convenio a través de la función de las autoridades centrales.

Además, se trazan líneas sobre la conveniencia de establecer comunicaciones judiciales directas que pueden ser muy útiles para resolver problemas prácticos, en especial sobre el retorno del menor en forma segura; también como, con base en la misma, pueda tener mayor éxito una solicitud de restitución.

⁸ *cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuaciones para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*, <https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/protocolo?sid=197123>

Otro elemento importante que se aborda es el procedimiento de urgencia, así como las consecuencias de incumplimiento de los Estados al respecto de sus obligaciones internacionales.

Por otra parte, en cuanto a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores,⁹ su estudio se realiza en coordinación con la Convención de La Haya de 1980, dada la proximidad en sus objetivos y ámbitos de aplicación, personal, materia y espacial, así como el enfoque de sus excepciones.

Una vez que se han delineado los principales instrumentos internacionales que se abocan a la problemática de la sustracción internacional de menores, lo cierto es que, frente a una controversia de tal naturaleza, nos encontramos ante dos sistemas jurídicos que deben armonizar: un sistema internacional y el propio sistema doméstico de cada Estado, con una cultura, soberanía, historia y política interna particular, obligándonos a analizar la forma en que estos sistemas convergen y, en su caso, cómo se reciben las normas internacionales en los sistemas de los Estados.

Bajo esta tesis se centra el capítulo cuarto, **Recepción de los tratados internacionales**, y el criterio orientador para la coordinación del sistema, tanto nacional como internacional, que se perfila desde las fuentes del Derecho internacional, que para algunos autores son los tratados internacionales, la costumbre y la enunciación de otras fuentes como los principios generales del Derecho, y subsidiariamente la doctrina, las decisiones jurisprudenciales y la equidad.

Como punto fundamental de este capítulo, se abordan los tratados internacionales, al ser las fuentes primordiales selectivas que generan obligaciones entre los Estados, pues en dichos instrumentos se transita por las principales teorías de la recepción, dualista y monista, donde, en la práctica, cada Estado establece a que teoría se apegue.

Asimismo, se realiza un balance en torno al tratamiento especial de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y su evolución histórica, así como su incorporación en las constituciones

⁹ Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 18-11-1994, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html>

estatales; en el caso de México, preponderantemente desde las reformas de 2011.

En la relación de los sistemas nacionales e internacionales, la interpretación de los tratados y convenciones es esencial; por esta razón, se estudia la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, de 1969.

Posteriormente se estudia la recepción de tratados en México, en concordancia con la Ley sobre la Celebración de los Tratados, y de acuerdo con la división de poderes se perfilan los requisitos de forma y fondo para considerar a un tratado Ley Suprema de la Unión, en términos del artículo primero de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

En este capítulo cuarto se continúa con el estudio del diseño del Derecho en México a partir de las reformas de 2011, que dieran un nuevo esquema del Derecho en nuestro país, y se analizan las principales causas del cambio de paradigma y la conformación anatómico-fisiológica del nuevo modelo judicial.

El control convencional se plantea en relación con la Corte Interamericana sobre los Derechos Humanos, por lo que se examina su integración y funcionamiento en íntima vinculación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la función de la Comisión de Derechos Humanos.

Este capítulo concluye con el estudio del marco nacional jurídico en la sustracción internacional de menores, desde sus bases constitucionales, conforme lo establecido en el artículo 4° de la Constitución Federal, y con fundamento en el principio del interés superior del infante. Asimismo, se enuncia la protección infantil en el ámbito federal, y estatal.

El capítulo quinto, **Conciliación y mediación, como mecanismo alternativo de solución en la problemática de la sustracción internacional de menores**, se enfoca en las circunstancias especiales en materia de sustracción internacional de menores, como los mecanismos alternativos de solución de controversias y, finalmente, la propuesta de esta investigación se ocupa en los marcos jurídicos nacional e internacional, en donde se bosquejan consideraciones prácticas especiales como la presencia de problemáticas penales en asuntos adjuntos a la

situación de una sustracción internacional, desde los datos proporcionados por el INCADAT.¹⁰

Este segmento aboga por que los convenios tomados por los interesados en los procedimientos de conciliación y mediación tengan viabilidad en su ejecutividad y reconocimiento; asimismo, se plantean las problemáticas prácticas sobre el particular.

Dado que un tema vinculante en este estudio es la violencia familiar en procedimientos de restitución internacional de menores, se debaten elementos relevantes, toda vez que la disyuntiva desde el planteamiento de la naturaleza del ser humano sobre si es conflictivo por naturaleza, o si no está en sus genes sino en su ambiente, tomando como base las proposiciones del Manifiesto de Sevilla sobre la Violencia, de 1986, adoptado por la UNESCO en 1989.

Con esta visión no se desconoce que, en el Derecho de familia, dados los vínculos tan cercanos de los integrantes de un núcleo familiar, es muy frecuente el tema de la violencia doméstica. Al efecto, se puntualizan los escenarios en que puede desarrollarse dicha violencia, sus efectos y la tendencia en ciertas franjas poblacionales, como las mujeres y niños.

Así se estudia si de existir un desplazamiento ilícito en términos del Convenio de La Haya de 1980, la génesis de este hecho puede tener su raíz en la presencia de violencia en el seno familiar, donde se persiga la seguridad de quienes sufren dicho maltrato. Al respecto, se puntualizan las posiciones doctrinales y prácticas sobre el particular que se trazan con datos de las Guías de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 y el INCADAT.

Planteándose las soluciones más viables que se han considerado al efecto y dentro de dicha temática, en los trabajos de *soft law* se puntualiza un acercamiento entre la violencia familiar y los medios alternativos de solución de conflictos.

Para el cierre de este trabajo se decidió abordar los aspectos procesales de la sustracción internacional de menores desde la perspectiva nacional e internacional, así como las posiciones doctrinales que sostienen la imperante necesidad de crear una Ley General en la

¹⁰ INCADAT, Base de Datos de la Sustracción Internacional, <http://www.incadat.com/es>

materia que permita armonizar los criterios existentes y privilegiar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, con base en normas claras y congruentes.

Las propuestas aquí desarrolladas, tienen la finalidad de contar con la estructura procesal que permita a México encontrarse en mejor posicionamiento al momento de enfrentar una problemática de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes como Estado requerido, requirente o involucrado en casos de esta naturaleza. Esto estructura mayor seguridad jurídica, porque permitirá contar con un marco jurídico congruente y sensible con esta compleja problemática. De esta forma, se potencializan los recursos jurídicos existentes en favor de la población más necesitada de atención —los niños—, ante un hecho que les hace padecer en la intimidad de su integración humana, como víctimas inertes a intereses que no siempre son acordes a los propios; y también en favor del padre o la madre, o incluso familiares, que de un momento a otro se ven privados de su razón principal de existencia —sus hijos—, con el dolor inenarrable que ello conlleva.

Nosotros no podemos ni debemos permanecer ajenos, debido a nuestra propia integración humana, la cual debe comprender, por la empatía de nuestra propia dignidad, el dolor de nuestros semejantes en situaciones de tal naturaleza; así, ante tales situaciones, se fortalece al Estado para responder eficientemente en dichas problemáticas y con ello se contribuye a el cumplimiento de su función primordial en el ejercicio del Derecho, que es la adecuada administración de justicia.

Capítulo primero

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS INFANTES

El ser humano, desde una perspectiva biológica y social, nace desvalido, incapaz de sobrevivir sin el cuidado de otras personas, dada su fragilidad natural como recién nacido; por ello, el cuidado de un niño es coetáneo a la existencia misma del hombre; y de no ser así, la especie sucumbiría.

1. Evolución histórica

La evolución de los tiempos ha permitido vislumbrar que no se trata únicamente de la supervivencia física de los individuos, sino también de observar y velar por todos los elementos inherentes al crecimiento biológico, psicológico y social de los seres humanos; los cuales se gestan en su niñez y se consolidan en la adultez, proyectándose en las sociedades presentes y luego también en las futuras. El camino de la humanidad está moldeado por el cuidado, atención y garantía de derechos que se brinde sobre todo a los infantes de las nuevas generaciones que la conformarán.

Por otra parte, hay que recordar que el interés por el menor y su derecho a ser protegido y cuidado, es fruto de una evolución histórica, debido a que no siempre el infante ha tenido la calidad de vida y derechos que ahora se le reconocen. Incluso hubo épocas de absoluta desprotección jurídica y abuso infantil, como pudo haber sido en la Edad Media.

Con el pasar del tiempo, quizá el primer campo de protección que se vislumbró fue en el ámbito laboral; este cuidado se vinculó y extendió progresivamente a otros sectores, como la educación. Hacia finales del siglo XIX, más que reconocer al niño como persona sujeta de derechos, se le consideraba como un ser con necesidad de protección.

En este contexto, lo cierto es que la protección infantil ha surgido y cambiado a lo largo de la historia, con independencia de diferencias culturales y de tradición de los distintos Estados.

Históricamente, sobre todo a finales del siglo XIX y en el primer tercio del siglo XX, fue cuando se empezaron a establecer y reconocer formalmente los derechos de la infancia, periodo en el que se celebraron muchos de congresos a nivel internacional.

En estos eventos existieron diferentes ámbitos de estudio. Por una parte, los congresos concentrados en los elementos jurídicos o de índoles más sociales (relativos a diferentes aspectos educativos, tribunales tutelares de menores, justicia del menor, pornografía infantil o alcoholismo); y por otro relacionado con aspectos más pragmáticos (como temas sobre pediatría, medicina, higiene, eugenesia, salud o gotas de leche).¹

Si bien los congresos se ocuparon de asuntos infantiles sin sistematizar en un solo cuerpo los fines y logros alcanzados que vincularan a un gran número de Estados en busca de la protección infantil, lo cierto es que son importantes antecedentes de declaraciones y convenciones internacionales.

No fue sino hasta la Declaración de Ginebra, en 1924,² cuando se concretaron principios fundamentales de vinculación internacional. Al respecto, por la importancia primigenia de vinculación entre los Estados que revisten, cabe citar los siguientes artículos de dicha Convención:

- I. El niño debe ser protegido excluyendo toda consideración de raza, nacionalidad o creencia.
- II. El niño debe ser ayudado, respetando la integridad de la familia.
- III. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material, moral y espiritual.

¹ Dávila Balsera, Paulí y Naya Garmendia, Luis María, “La evolución de los derechos de la infancia: Una visión internacional”, *Encounters on Education*, vol. 7, otoño 2006, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, p. 75.

² Convención de Ginebra de 1924, <http://www.humanium.org/es/ginebra-1924/>.

De los tres puntos anteriores se derivan principios fundamentales de protección de los infantes, como su derecho a la no discriminación y a su integridad, desde el aspecto material, moral y espiritual y también familiar.

Otro importante instrumento es el Decálogo de los Derechos del Niño, suscrito en Montevideo en 1927. Al respecto, Ligia Galvés Ortiz refiere que este Decálogo es el preludio del enfoque de los derechos plasmados en inicios del siglo XXI, comprendiendo una expresión de la tradición de libertad que caracterizó la gesta que condujo a la autodeterminación de los pueblos americanos,³ cuyos principios permitieron concretar algunos avances jurídicos, como señala Gloria Baeza Concha:

...el 20 de noviembre de 1989 fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas la *Convención sobre los derechos del niño*, el primer código universal legalmente obligatorio que contiene normas que entregan orientaciones éticas, valorativas y operativas destinadas a la protección y cuidados necesarios para lograr el bienestar de los niños.⁴

No obstante, es necesario puntualizar que esta evolución en el cuidado y consecución de los derechos del menor, no puede entenderse sino en un muy particular contexto. Nos referimos a la existencia de sus vinculaciones filiales, en específico, la patria potestad que, en una primera instancia, daba poder al padre sobre el hijo.

Esta primera apreciación “se ha ido perdiendo paulatinamente para ser sustituid[a] por la idea de una función establecida en beneficio y convivencia de los sujetos pasivos de la misma.”⁵ Así, en el siglo XX, el cuidado del menor se ha proyectado hasta llegar a un nivel en el que se privilegia y considera al individuo también como ser, independientemente de sus vinculaciones familiares.

³ *cfr.* Galvis Ortiz, Ligia, “La Convención de los Derechos del Niño veinte años después”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, Centro de Estudios Avanzados en Niñez y Juventud, vol. 7, núm. 2, Manizales, Colombia, 2009, p. 592.

⁴ Baeza Concha, Gloria, “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, núm. 2, p. 355.

⁵ *Ibidem*, p. 356.

En tal sentido, “se confirma el principio de que el hombre es libre y responsable; y no son los vínculos sociales quienes lo obligan, sino que es él quien elige los lazos por los que entiende vincularse.”⁶

2. Papel de la Convención sobre los Derechos del Niño

Desde esta perspectiva, el instrumento internacional que por excelencia consagra los derechos del niño —la *Convención sobre los Derechos del Niño*—⁷ contiene la base de principios que permean en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, con artículos base: “Nos referimos al 1° y al 5°, concebidos como artículos *umbrella* —es decir, “sombrija”—, básicamente en relación con principios reseñados en igualdad, el interés superior del menor y en relación con la palabra del niño, consagrados, a su vez, en los artículos 2°, 3° y 11° de dicho instrumento internacional”.⁸

No puede considerarse esta gama de derechos sin estos puntos cardinales. Así, “todos los niños independientemente de toda consideración de raza, de color, de sexo, de lengua, de religión... pueden disfrutarlos.”⁹

Debe tenerse presente que el principio que vincula a todos los derechos fundamentales de los niños en la actualidad es el interés superior del menor. A pesar de que la Convención no se pronuncia por la definición del principio del interés superior del niño, en cambio, sí contempla una estructura que engloba a todos los niños, niñas y adolescentes que es considerada por instrumentos tanto internacionales como nacionales.

⁶ Zermatten, Jean, *El interés superior del niño del análisis literal al alcance filosófico*, Instituto Internacional, Informe de Trabajo 3/2003, p. 26, http://www.childsrightrights.org/html/documents/lwr/2003-3_es.pdf, consultado el 12 de marzo de 2018.

⁷ Convención sobre los Derechos del Niño adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU, ratificada por México el 21 de septiembre de 1990, <http://www2.obchr.org/spanish/law/crc.htm>, consultada el 12 de marzo de 2018.

⁸ Zermatten, Jean, *op. cit.*, p. 4.

⁹ *Ibidem*, p. 5.

Por esta razón, el interés superior del menor es considerado un “principio general de derecho, de aquellos a los que se refiere el artículo 38 letra c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia,”¹⁰ referido a los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Es, de este modo, “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos que buscan su mayor bienestar.”¹¹

En este contexto, podemos concluir que el interés superior del niño es un derecho cuyo propósito consiste en proteger al infante en todas sus esferas —anatómico, fisiológico, social, moral—, en busca de lograr la plenitud que como ser humano le es propia y pertenece en integridad.

No está de más abundar en este principio, justo por la importancia que reviste, y desde un aspecto procesal concebirlo como:

Un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plano físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia.¹²

Asimismo, una de las principales características que debe concebirse dentro del principio de estudio es “su carácter interpretativo, obligatorio, indeterminado, con una noción de largo plazo y evolutivo.”¹³

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha realizado pronunciamientos de gran trascendencia en relación con los infantes, y señala que “no basta afirmar que el niño es sujeto de derecho, importa que él lo sepa, inclusive para el desarrollo de su responsabilidad.”¹⁴

¹⁰ Aguilar Cavallo, Gonzalo, “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, vol. 6, núm. 001, Santiago de Chile, 2008, p. 226.

¹¹ Baeza Concha, Gloria, *op. cit.*, p. 229.

¹² Zermatten, Jean, *op. cit.*, p. 15.

¹³ *Ibidem*, p. 12.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva, artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en

En esta labor de la Corte, ha sido importante observar el derecho del menor de una forma integral, incluso desde una perspectiva de Derecho de Gentes.

Asimismo, frente a estos derechos, todos nos encontramos obligados, desde el ámbito doméstico, familiar. Si las familias representan la célula de la sociedad, también ella se encuentra obligada al efecto, lo mismo los operadores jurídicos en todos sus ámbitos, para realizar la función estatal de la creación de leyes y administración de justicia y desde el enfoque de los recursos en el ámbito ejecutivo.

En el mismo contexto, se encuentra también el principio de protección especial, donde la declaración universal de derechos humanos señala que “la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.”¹⁵

En este sentido, a los infantes debe reconocérseles sus derechos inminentes como seres humanos; con una protección reforzada, ante su circunstancia de vulnerabilidad física, social y psicológica, dada la falta de madurez natural y su edad.

Ello en armonía con la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo objeto destaca como obligación del principio “reforzar la protección de los niños como plenos sujetos de derechos humanos (*omissis*) y además son beneficiarios de cierta protección especial en su calidad de grupo más vulnerable.”¹⁶

En este escenario, las sociedades, desde un aspecto ideal, hoy sueñan con el futuro y lo realizan con el cuidado de sus niños.

En esta búsqueda, el principio del interés superior del menor conjuga elementos rectores a considerar por las normas y su aplicación; se trata de un principio rector para los marcos jurídicos nacionales e internacionales que tiene como ideal la protección conjugada de un infante en sus esferas psíquica, física y social; traducido en cada caso en la ponderación de derechos y la interpretación de normas en un tiempo y lugar determinados que tengan como fin último el bienestar del menor. Todo ello, tomando como punto rector que el interés superior del

Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, de 1988).

¹⁵ Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, www.un.org/es/documents/udhr/

¹⁶ Aguilar Cavallo, Gonzalo, *op. cit.*, p. 228.

niño se funda: "...en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades."¹⁷

En tal virtud, debe comprenderse un enfoque pleno en el tratamiento de los infantes, quienes aún deben desarrollar una vida que ha de ser respetada por todos los que con dichos infantes interaccionan, en cuanto a una proyección natural de todos sus recursos, que no pueden ser limitados por intereses ajenos a ese desarrollo potencial de los niños.

Así, en el aspecto específico de la sustracción o retención de un menor, estas esferas se vulneran, limitando o impidiendo el acceso a ese ideal del bienestar del infante, al no respetar su hábitat, e incluso violentar el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual señala:

Artículo 9. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

En los casos de sustracción o retención internacional no se dan las excepciones que permiten la separación, de acuerdo con el artículo 9° de la Convención, pues no se basa en un procedimiento y una necesidad de determinar si la separación es necesaria. Además, su génesis es una decisión arbitraria de una persona, quien, por lo regular, es uno de sus progenitores, principales obligados a respetar la integridad formativa de su menor hijo. Pero lo mismo rige en los casos en que sea otra persona la que realice el acto de cita.

Ahora bien, independientemente de que el principio rector del interés superior del menor vincula los demás derechos fundamentales

¹⁷ Corte Interamericana de los Derechos Humanos, Caso *Bulacio vs. Argentina*. Sentencia del 18 de septiembre del 2003, *cit.* Aguilar Cavallo, Gonzalo, *op. cit.*, pp. 242-243.

de los menores, es importante precisar que se desglosan dichos derechos, según el tipo de protección que consagran; de esta forma, con base en la Convención sobre los Derechos del Niño y de acuerdo con la protección específica derivada de su articulado, observamos:

- a) Satisfacción de las necesidades básicas de la infancia. Atención, salud y servicios médicos, seguridad social, nivel de vida, educación y desarrollo de la personalidad y juego (arts. 6, 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 31).
- b) Garantías de los derechos civiles y políticos. Nombre y nacionalidad, libertad de expresión, de pensamiento, conciencia y religión, asociación, opinión del niño, protección a la vida privada, participación de acuerdo con su capacidad y desarrollo (arts. 7, 8, 12, 13, 14, 15, 16 y 17).
- c) Colaboración con la familia, respetando sus derechos y obligaciones. Dirección y orientación de padres y madres para el ejercicio de los derechos del niño, separación de padres y madres, la reunificación familiar (preámbulo de arts. 5, 6, 9, 10 y 18).
- d) Protección y atención a los niños y niñas en situaciones vulnerables y contra toda forma de explotación y violencia. Malos tratos, explotación laboral, tráfico de drogas, explotación sexual, venta o trata de niños, torturas y pena de muerte (arts. 19, 32, 33, 34, 35, 36 y 37).
- e) Retención ilícita de niños, privados de medio familiar, adopción, niños refugiados, niños impedidos mental y físicamente, niños pertenecientes a minoría o poblaciones indígenas, conflictos armados, justicia del menor y reintegración social (arts. 11, 20, 21, 22, 23, 30, 38, 39 y 40).¹⁸

En este contexto, el eje primordial de protección de los infantes, en una primera instancia, de acuerdo con la Convención de cita, es la satisfacción de sus necesidades básicas para su supervivencia. Y en el mismo sentido se estratifican principios en relación con el desarrollo armonioso de los infantes, respecto de su ámbito familiar.

¹⁸ Dávila Balsera, Paulí y Naya Garmendia, Luis María, *op. cit.*, p. 82.

Posteriormente, se abordan derechos ligados a su integración como grupo vulnerable y a su protección en actos de violencia y en relación con su integridad, culminando con una visión hacia la protección en contra de acciones en casos específicos, como ocurre con los niños indígenas, los refugiados y la adopción o retención ilícitas.

Es importante considerar que en México, de acuerdo con los artículos 1º y 4º Constitucional, las autoridades deben analizar el hecho de que en un caso concreto pueden converger diferentes tratados de derechos humanos, debiendo buscar armonizar las normas que en su caso den mayor protección a la familia, y en específico a los infantes, conservando el efecto útil de los tratados, al ser dicha protección un principio para el Estado de rango Constitucional y Convencional, conforme lo establecido en los artículos constitucionales citados y al numeral 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Con esto podemos concluir, como lo indica Ligia Galvis Ortiz, que las bondades de la Convención sobre los Derechos del Niño son de aceptación universal y que, desde su vigencia, las niñas, los niños y los adolescentes tienen un mundo propio en el cual ejercen sus derechos, desarrollan su autonomía de vida y su libertad, a partir de su propia comprensión.¹⁹

3. Derecho de identidad

Como se ha puntualizado, en los casos de sustracción internacional de menores se vulneran varios derechos fundamentales, como el derecho de identidad. Al respecto, Jinyola Blanco realizó un interesante estudio sobre la normatividad colombiana e instrumentos internacionales, en el cual pudo determinar que “...tanto en el derecho interno como en el internacional el principal derecho violado, cuando se separa a un menor de uno de sus padres o se le impide tener contacto con él, es el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.”²⁰

¹⁹ *cfr.* Galvis Ortiz, Ligia, *op. cit.*, p. 592.

²⁰ Blanco Rodríguez, Jinyola, “Sustracción interparental de menores una forma de violación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, *Misión jurídica. Revista de derecho y ciencias sociales*, Una nueva época de misión jurídica, Bogotá, 5a ed., 2012, p. 193.

En este panorama de la protección de los infantes, el estudio del derecho de identidad se impone toda vez que articula una serie de derechos en un contexto sistemático y que puede enfocarse desde un perfil social y de protección jurídica, desde la vertiente de nuestra particularidad, la cual nos vuelve diferentes y únicos. Como señala, Gonzalo Elizondo y Marcela Carazo: “Por medio del derecho a la identidad se protege la vida humana en su radical realidad, que es la propia persona humana en sí, única, indivisible, individual y digna.”²¹

En esta temática se desarrolla el derecho a la identidad dentro de esta investigación, toda vez que al mismo se articulan otros derechos de importante contenido. Así, desde la perspectiva de Gonzalo Elizondo, se hallan el reconocimiento de la personalidad jurídica, el debido trato humano, la educación en el contexto del desarrollo de la personalidad, lo que conlleva el reconocimiento de libertades —como la religiosa, de pensamiento, de libre opinión, de privacidad e imagen.

Asimismo, a este derecho de identidad se articula el derecho de registro y con ello la nacionalidad de una persona, lo que le permite protección Estatal. En este sentido, “[l]as personas requieren mantener una continuidad en el tiempo, también un sentido de propositividad y la posibilidad de comprometerse con personas, instituciones, familias y otras causas. La identidad provee a las personas de una base para decidir, elegir y comprometerse con otros, manteniendo a la vez la seguridad y los límites personales...”²²

Así, la identidad es la esencia que distingue entre una entidad y otra, en un ser humano que se configura más allá de su unidad biológica, sus características sociales, morales y culturales, que lo conforman en su particularidad y le identifican ante sí y ante los demás, dándole cohesión en sus valores, y características.

²¹ Elizondo Breedy, Gonzalo y Carazo Vicente, Marcela, “Derecho a la identidad”, en González Volio, Lorena, *Presente y Futuro de los Derechos Humanos, Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, p. 379.

²² Red Regional de Innovaciones Educativas para América, Coordinación del Estudio y Publicación Hirmas Carolina y Eroles Daniela, Equipo Innovemos, *Convivencia democrática, inclusión y cultura de paz: Lecciones desde la práctica educativa innovadora en América Latina*, Oficina Regional de Educación de la UNESCO para América Latina y el Caribe, Pehuén Editores, Santiago, Chile, agosto de 2008, p. 31 unesdoc.unesco.org/images/0016/001621/162184s.pdf

Este principio es matriz en su protección al confrontar una problemática de sustracción internacional de menores, toda vez que el niño en su hábitat se encuentra en la plena formación de sus particularidades, captando con su razón y sus sentidos su entorno para procesarlo y tomar, de acuerdo con su naturaleza, lo que es compatible con su ser para definirse e interactuar con su exterior, según sus afinidades.

Su entorno cultural, social e incluso político, fluye en su ser y en su psique para determinar lo que le es familiar y le hace ser quien es, al conjugarse con sus características anatómico-fisiológicas; por ello, este núcleo no debe ser trastocado y sí respetado por todos.

Al respecto, la Unicef ofrece un pasaje muy enriquecedor:

La primera infancia, que abarca el período de la vida del niño hasta los 8 años, es esencial para su desarrollo cognitivo, social, emocional y físico. Los acontecimientos que ocurren en los primeros años de la vida (*omissis*) desempeñan un papel vital en la configuración de los resultados sociales y relacionados con la salud. Asimismo sirven de base para la construcción del capital humano, ya que unas niñas y niños, sanos y ajustados socialmente tienen más posibilidades de convertirse en adultos económicamente productivos (*omissis*) durante la primera infancia, en el cerebro se establecen miles de millones de circuitos neuronales, altamente integrados por medio de la interacción de la genética, el medio ambiente y la experiencia (*omissis*) de este modo aunque los factores genéticos ejercen una poderosa influencia, los factores ambientales tienen la capacidad de alterar los rasgos heredados de la personalidad.²³

El derecho de identidad es abordado por diversos cuerpos normativos internacionales que, en un análisis sistemático de su estructura, plantean sus alcances, tal como lo establece la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 6º, que al efecto señala: "...todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica."²⁴ En el campo de los infantes, la Convención

²³ UNICEF, *Inequidades en el desarrollo en la primera infancia que indican los datos*, febrero de 2012, p. 2, http://www.unicef.org/lac/Inequities_in_Early_Childhood_Development_SP_03232012.pdf

²⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos, <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

sobre los Derechos del Niño, en sus artículos 7° y 8° esboza con mayor precisión este derecho de identidad.

Estos derechos se protegen básicamente por medio de los procedimientos que cada Estado establece en su normatividad doméstica, así como en fundamento con los convenios internacionales a los que cada Estado se suscribe.

Para definir el derecho a la identidad con precisión, el siguiente pasaje es de gran ayuda:

El interés existencial que tiene cada persona de no ver alterada, desnaturalizada, o negada la proyección externa o social de su personalidad (*omissis*) que no se discuta, distorsione, recorte o niegue lo que constituye el esencial patrimonio cultural del sujeto, integrado por una multitud de variados aspectos, como son, entre otros: la identidad de origen, la identidad familiar, intelectual, política, religiosa, social y profesional de cada persona...²⁵

En este contexto, el núcleo de integración de identidad y seguridad del ser humano que se encuentra en formación se trastoca cuando se comete un acto de sustracción o retención internacional en el infante. Al ser arrancado y colocado por alguna persona en un sitio diferente—como cuando se lleva a cabo una sustracción parental—, lleva a dichos infantes a encontrarse suspendidos en un ámbito de incertidumbre donde nada le es familiar y su razón y sentidos no pueden vincularlo con lo que hasta entonces conocían como suyo. A lo anterior se agrega la problemática de no entender si debe adaptarse o esperar el retorno. Por ello es tan importante el cuidado del núcleo familiar de los infantes, como se ha analizado hasta el momento.

Así, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el Juicio de Amparo Directo 9/2016, relacionado con la Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 243/2015, citando al Comité Jurídico Interamericano, indicó que el derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la *dignidad humana* y es un derecho con carácter autónomo, el cual posee un núcleo central de elementos

²⁵ Riera Gagliardone, Alejandro José, *cit.* Bonasso, Alejandro, “El daño provocado por el desconocimiento voluntario de la filiación” *Revista Jurídica Universidad Americana*, vol. 2, noviembre, 2011, p. 23, <http://revistacientifica.uamericana.edu.py/index.php/revistajuridica>

claramente identificables que incluyen el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho a las *relaciones familiares*.²⁶

En tal sentido, en la actualidad, en un esfuerzo internacional, los Estados se ven requeridos a estructurar una normatividad doméstica, conforme compromisos transfronterizos asumidos, en una dinámica que no únicamente contemple una formalidad legal, pues independientemente de los derechos fundamentales positivados, en sus cuerpos normativos existe una irradiación de protección a los derechos vinculantes; de este modo, el actuar de dichos Estados requiere una perspectiva real de conciencia para salvaguardar el futuro de la humanidad, es decir sus niños; en donde las normas —su creación, aplicación y dirección— permita a un pueblo crecer, no solo demográficamente, sino en un sentido de valores, principios y sistemas que protejan la dignidad del hombre, empezando de forma ineludible desde la infancia.

²⁶ *Cfr.* Amparo directo en revisión 9/2016 relacionado con la Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 243/2015. Ejecutoria emitida el 6 de septiembre de 2017, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, párrafo 381, p. 136.

Capítulo segundo

MARCO CONCEPTUAL: EL MENOR

En el capítulo anterior se revisaron los derechos fundamentales de los menores y su evolución en cuanto al tratamiento sociológico y jurídico de la infancia, atendiendo a la diferencia de enfoques, según los tiempos y lugares en que se ha desarrollado el avance y tratamiento jurídico de esos derechos. Por lo que toca a la evolución de los derechos de la infancia, se destacó que las franjas de edad conllevan a una vinculación de las personas con su plena capacidad de ejercicio y disfrute de sus derechos civiles en el ámbito jurídico y de reconocimiento en el ámbito sociológico.

En este capítulo nos abocaremos al estudio del marco conceptual que es tratado en la problemática de sustracción internacional de menores, con la finalidad de observar diferentes enfoques en su tratamiento, para finalmente establecer las nociones que prevalecen en cada unidad de concepto.

Al respecto, el tratamiento de la infancia se vincula a aspectos de edad, madurez y el desarrollo de personalidad. En este contexto, el vocablo *menor* “...Es un término cuyo significado no es extrapolable a períodos históricos en los que la minoría de edad como estado civil no existía, o bien la minoría de edad no se correspondía con la actual. La menor edad es una cuestión jurídica, por lo que está sujeta a variaciones, dependiendo del momento histórico y de la sociedad.”²⁷

Ello con independencia de que la significación de la palabra menor ha sido motivo de debates doctrinarios, en cuanto a que dicha palabra pueda o no denotar un uso inadecuado o incluso discriminación.

Al respecto, el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* define menor en los siguientes términos: “adj. comp. De pequeño. Que es inferior a otra cosa en cantidad, intensidad o calidad.

²⁷ Rodrigo Lara, María Belem, *La libertad de pensamiento y creencia de los menores de edad*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 2004, p. 23.

Menos importante con relación a algo del mismo género.”²⁸ Según se observa, los rasgos que delimitan la palabra *menor* implican circunstancias de edad; si se vincula con el vocablo *mayor*, el significado de uno y otro comparativo podría tener una proyección peyorativa.

Esta palabra es la más utilizada en el medio social, donde la minoría de edad se refiere básicamente a un estado civil. Del mismo modo, dicho concepto ha sido preferente en el lenguaje jurídico y sociológico internacional, desde la Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño que, en el tratamiento de la infancia, cambiaron su visión de objeto a sujeto de pleno derecho. Es decir, “dotándolos de personalidad propia, haciéndoles titulares de derechos, por ellos mismos sin persona interpuesta.”²⁹

De este modo, si el vocablo *menor* se ubica dentro de un lenguaje que comunica y significa con un impacto social, y si además se considera que dicho lenguaje es esencial para que un ser humano se entienda con otro en uso de su razón y sentidos, entonces el manejo adecuado de los términos debe ser objeto de análisis para lograr una correcta comunicación.

En este orden de ideas y en una línea histórica, el término *menor* se ha empleado “por inercia, por tradición y por convicción”.³⁰ Por ello, en la actualidad debe ser motivo de reflexión para cambiar el paradigma en los términos de su significación en una redimensión cultural de reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, porque, como sostiene Pérez Duarte:

El *significado* está estrechamente vinculado con la referencia mental directa de un conjunto de palabras, el mensaje de conjunto de significados tras un proceso hermenéutico. La palabra menor puede ser según el contenido del mensaje, una palabra que indica prejuicio. Por ejemplo, en la oración *es un problema menor*, el contenido puede indicar que se le está restando importancia a una situación.³¹

²⁸ RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, www.rae.es/

²⁹ Guillo Jiménez, Juan, “Niños, niñas y adolescentes: los nuevos ciudadanos”, en Villagrasa Alcaide, Carlos e I. Ravetllat Ballesté (coords.), *El desarrollo de la Convención de los Derechos de los Niños en España*, Madrid, Bosch, 2006, p. 11.

³⁰ Rodríguez Jiménez, Sonia, *La sustracción internacional de menores por sus propios padres, su destipificación en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 240.

³¹ Pérez Duarte, Alicia Elena, “El menor ¿sinónimo de niña, niña y adolescente?”, en Monserrat Pérez Contreras, María de *et. al.*, *Marco teórico conceptual sobre*

Lo anterior destaca el uso del vocablo desde un enfoque semiótico, debido a que el discurso —en específico, el jurídico— tiene como base la comunicación para poder transmitir las ideas y mensajes. En esta tesitura:

Utilizar las palabras niña, niño y adolescente contribuye a crear una cultura que reconoce a la niñez y a la adolescencia como etapas específicas e indispensables del desarrollo humano; que reconoce que niñas, niños y adolescentes son personas humanas titulares de derechos y obligaciones y que conforman grupos etarios fundamentales para las comunidades y su sobrevivencia.³²

En tal virtud, no obstante que, en la mayoría de los sistemas jurídicos, nacionales e internacionales, el vocablo *menor* sigue utilizándose, es menester avanzar en la línea histórica del entendimiento correcto de los hombres. Y es que: “...el lenguaje no es neutral, sino que refleja y al mismo tiempo construye realidades. Esto es especialmente notorio en el ámbito jurídico. La forma en que designamos un determinado fenómeno manifiesta la manera en que lo concebimos.”³³

Es por ello indispensable comprender nuestra forma de referirnos a niños, niñas y adolescentes. Esas palabras aluden a una forma de designar a personas sin proyectar una diferencia entre lo que es menos y lo que es más, o lo que requiere mayor o menor protección integral en el ámbito social y jurídico; por ello, creemos que su uso es acertado. Ahora bien: “[existe] la necesidad de utilizar un término distinto para las personas durante la minoría de edad pertenecientes al sexo femenino y al sexo masculino, es un problema propio del castellano, que no tiene un término neutro para designar al sujeto individual que no ha alcanzado la mayoría de edad.”³⁴

menores vs. niñas, niños y adolescentes, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, p. 29.

³² *Ibidem*, p. 32.

³³ González Contró, Mónica, “¿Menores o niñas, niños y adolescentes?, Reflexiones en el contexto del debate en América Latina”, en Monserrat Pérez Contreras, María de *et al.*, *Marco teórico conceptual sobre menores vs. niñas, niños y adolescentes*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, p. 35.

³⁴ Pérez Duarte, Alicia Elena, *op. cit.*, p. 38.

En este contexto se incluyen las actuales tendencias de equidad de género, que también han sido una conquista evolutiva de derechos históricos de la mujer, razón por la cual también se ha hablado de derechos de las niñas.

Este perfil comunicativo confiere una nueva forma estructural en su enfoque social y jurídico que responde a la cultura de no discriminación y aceptación de todos por igual en un mundo de derechos y principios, con independencia de la necesaria representación o tutoría que requieren los niños, niñas y adolescentes, dada su propia naturaleza, lo cual “se muestra sobre todo en el *empoderamiento* de niñas, niños, a partir del lenguaje de los derechos.”³⁵

Una vez que se ha logrado definir la adecuada denominación — niñas, niños y adolescentes—, enfrentamos , otro vértice sobre el punto de estudio. Nos referimos a los diferentes enfoques de rangos de edad que se tienen para determinar las edades de los niños, niñas y adolescentes, en el ámbito del derecho interno de los Estados y en el alcance internacional en los tratados.

Sobre el particular, en México la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes³⁶ establece lo siguiente:

Artículo 5. Son niñas y niños los menores de doce años, y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Cuando exista la duda de si se trata de una persona mayor de dieciocho años de edad, se presumirá que es adolescente. Cuando exista la duda de si se trata de una persona mayor o menor de doce años, se presumirá que es niña o niño.

Por consiguiente, dicho cuerpo normativo asume como límites de las franjas poblacionales, en cuanto a la edad, y determina que se considera niño o niña al individuo que no ha alcanzado los 12 años; mientras que de 12 en adelante y hasta antes de los 18, se consideran adolescentes.

Asimismo, el numeral de referencia, hace alusión a que se considera niño o niña a las personas de las que se tenga duda de si son mayores o menores de doce años; mientras que si existe la duda de si se trata de

³⁵ González Contró, Mónica, *op. cit.*, p. 47.

³⁶ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 4-12-2014, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgdna.htm>

personas mayores de dieciocho años de edad, se considerarán adolescentes.

Para la validez personal de las codificaciones penal³⁷ y civil³⁸ del Estado de México, por analogía se aplica dicho concepto a aquellos que no hayan cumplido la edad de 18 años, en los artículos 3 y 4.339 de dichos ordenamientos legales, respectivamente, los cuales preceptúan lo siguiente:

Artículo 3. Este Código se aplicará a nacionales o extranjeros que hayan cumplido 18 años de edad. Respecto de los segundos, se estará a lo pactado en los tratados internacionales. Los que tengan entre 12 años cumplidos y menos de 18 años de edad quedan sujetos a la legislación especializada.

Artículo 4.339. La mayoría de edad comienza al cumplir dieciocho años.

En cuanto a la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México,³⁹ en su artículo 5°, en sus fracciones V y XXV, distingue claramente entre niñas, niños y adolescentes:

Artículo 5. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por (...)

V. Adolescente: A toda persona cuya edad esté comprendida entre los doce años y menor a los dieciocho años, cuando exista duda de si se trata de una persona mayor de dieciocho años de edad, se presumirá que es adolescente (*omissis*)

XXV. Niña o Niño: A toda persona cuya edad sea menor a doce años, cuando exista duda de si se trata de una persona mayor o menor de doce años de edad, se presumirá que es niña o niño...

De todo lo anterior, se desprende que, en la legislación mexicana, en términos generales, es niña, niño o adolescente todo aquel que no haya cumplido los 18 años de edad.

³⁷ Código Penal del Estado de México, Decreto núm. 165, 03-09-1999, <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig006.pdf>

³⁸ Código Civil del Estado de México, Decreto núm. 70, 29-04-2002, <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig001.pdf>

³⁹ Ley de los Derechos de Niñas Niños y Adolescentes del Estado de México, Decreto núm. 428, 27-04-2015, <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/ley/vig/leyvig098.pdf>

Precisado lo anterior y con independencia de la diversidad de criterios de cada Estado, incluso dentro de sus propias leyes internas, nos enfocaremos al aspecto transfronterizo dada la materia de la sustracción internacional de menores como telón base de estudio.

En tal contexto, no todos los instrumentos internacionales establecen el mismo parámetro para considerar la minoría de edad, y sobre el particular podemos observar:

Un primer grupo sitúa la minoría de edad en los 16 años, representando así el nivel más bajo registrado en los instrumentos convencionales. En este rubro encontramos una técnica de reglamentación directa: la Convención Interamericana sobre restitución internacional del menor (artículo 2°); el Convenio sobre aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (artículo 4°).⁴⁰

Con el fin de ampliar lo expresado por Rodríguez Jiménez, citamos de manera directa el Artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional del Menor: “Para los efectos de esta Convención se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad.”

Y, además, el Artículo 4 de la Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convención de La Haya de 1980):⁴¹ “El Convenio se aplicará a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis (16) años.”

Existen instrumentos que revelan el límite de edad para considerar la minoría en el rango de los 18 años. Sobre tal particularidad tenemos la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (artículo 2), el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas (artículo 3), la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (artículo 2), y el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

⁴⁰ Rodríguez Jiménez, Sonia, *La sustracción internacional... cit.*, p. 245.

⁴¹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 06-07-1994. <https://www.bcch.net/les/instruments/conventions/full-text/?cid=24>

En la misma temática, en su artículo 1º, la Convención sobre los Derechos del Niño⁴² define al menor en la siguiente forma: “En la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Por otra parte, existen instrumentos que regulan la minoría de edad hasta los 21 años; tal es el caso del Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños.⁴³

Estos instrumentos fijan la edad de forma directa, esto es, a través de una técnica de reglamentación directa; encontramos otros que lo harán por deducción o remisión, es decir, a través de una técnica de reglamentación indirecta y que constituirán el cuarto grupo: el protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, la Convención Interamericana sobre Ley Aplicable a las Adopciones Internacionales.⁴⁴

Como se desprende del desplegado normativo anteriormente reseñado, la edad para considerar la minoría tiene fluctuaciones importantes en el nivel internacional; ello tiene consecuencias de gran calado, en virtud de que los instrumentos se regulan por su contexto y su ámbito personal de aplicación. Cuando el rango de edad de una persona supera lo establecido en un instrumento, por lo general no podrá aplicarse a dicha persona; esto es, solo se aplica a aquellos niños, niñas o adolescentes que se encuentren en el rango personal de aplicación del tratado.

La edad de un infante también implica poder tomar en consideración sus manifestaciones en casos que les afecte, de acuerdo con su edad y madurez.

A este respecto, en la materia de sustracción internacional de menores y de acuerdo con sus principios, la Convención de La Haya de 1980 establece vertientes de excepciones a considerar para el no

⁴² Publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 25-01-1991. <http://www2.obchr.org/spanish/law/crc.htm>

⁴³ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 25-01-1936. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D14.pdf>

⁴⁴ Rodríguez Jiménez, Sonia, *La sustracción internacional... cit.*, p. 246.

retorno de un menor; se contemplan en los artículos 13 y 20 de dicho cuerpo reglamentario. Una de las directrices de dichas excepciones es la contemplada en el apartado 1 B y 2 del artículo 13 del Convenio de cita. Como explica Pérez Vera, en su *Informe Explicativo*, se basa en el interés del menor privilegiando su opinión para decidir un asunto de sustracción o retención ilícitas y donde los niños, niñas y adolescentes se convierten en intérpretes de su propio interés.⁴⁵

Al efecto, desde la perspectiva de Sonia Rodríguez Jiménez, se cita lo siguiente:

El informe explicativo nos da un razonamiento del porqué de la edad de 16 años como ámbito de aplicación personal del instrumento convencional procedente de La Haya, y en este sentido sostiene que: el motivo resulta de los propios objetivos convencionales, en efecto, una persona de más de dieciséis años, tiene por lo general una voluntad propia que resultará difícil de ignorar, ya sea por uno u otro de sus progenitores, ya sea por una autoridad judicial o administrativa.⁴⁶

Lo cierto es que en la vinculación procesal del Derecho convencional internacional, debe haber claridad sobre el rango de edad de protección de los infantes al interpretar un convenio o tratado, en materia de restitución internacional, la edad a considerar es de 16 años; ello con base en los objetivos y la intención de los instrumentos que consideran importante la opinión de los menores, al no ser más una extensión de los intereses de sus progenitores.

1. Patria potestad

Los derechos de los menores van íntimamente relacionados con las instituciones de familia, específicamente con los derechos y obligaciones que se derivan de la patria potestad. La patria potestad comprende un pilar del Derecho Romano; en efecto: “se trata de un tipo de dependencia...habido entre los hijos en relación con el padre. La

⁴⁵ *cfr.* Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, *cit.*, párrafo 30, <http://www.bcch.net/lupload/exp128s.pdf>

⁴⁶ *cfr.* Pérez Vera en Rodríguez Jiménez, Sonia, *La sustracción internacional...* *cit.*, p. 247.

sujeción al poder parental existía independientemente de la edad y sólo desaparecería en los casos establecidos por el derecho.”⁴⁷

En la actualidad, dicha institución tiene una connotación distinta del sometimiento de los hijos a los intereses de sus padres, donde “la autoridad parental se otorga a los padres para que protejan al hijo menor en su salud, su seguridad y su moralidad. Por ello, su ejercicio confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y, en forma moderada, corregir al hijo.”⁴⁸

De esta forma, el paradigma de la institución da el giro hacia el cuidado y la protección de un grupo vulnerable, con respeto a sus propias necesidades y particularidades. Sobre este particular, Diego Benavides afirma que es mucha utilidad “recordar la recomendación 874 (1979) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, cuyo primer principio general señala que los ‘menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres, sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios.”⁴⁹

Ahora bien, en cuanto a su origen, la patria potestad se genera en una institución familiar; puede ser por vinculación matrimonial, por reconocimiento de hijo o incluso por reproducción asistida, o bien consolidarse bajo figuras como la adopción. El hecho es que la patria potestad surge del vínculo con una persona y con sus descendientes, y que tal hecho se formalice jurídicamente, con actas de nacimiento, de reconocimiento ante notario en algunos Estados o incluso por resolución judicial.

Además de lo anterior, la patria potestad no es simple, pues se “conforma de elementos de diversa índole. Es decir, presenta dos elementos estáticos: la titularidad y la potencialidad; y el ejercicio, que es dinámico”.⁵⁰

⁴⁷ Rodrigo Lara, María Belem, *op. cit.*, p. 35. *cfr.*, Arias Ramos, J. y Juan Antonio Arias Bonet, “Derecho romano”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1990.

⁴⁸ Trejos, Gerardo, *cit.* por Benavides Santos, Diego, “Los menores como titulares de la acción”, en Tenorio Godínez, Lázaro, *La restitución internacional de la niñez*, Porrúa, México, 2011p. 87.

⁴⁹ Benavides Santos, Diego, “La ilicitud en el traslado del menor de edad”, en Tenorio Godínez, Lázaro, *op. cit.*, p. 82.

⁵⁰ *cfr.* Rodríguez Jiménez, Sonia, *La sustracción internacional... cit.*, p. 262.

La institución de la patria potestad es una columna fundamental del desarrollo familiar y social; razón por lo cual, en la actualidad, los Estados reconocen en sus sistemas jurídicos la necesidad de vigilar y actuar para asegurar el adecuado progreso de los vínculos filiales, en tanto se trata de las células que componen el tejido social.

Sobre el particular, como lo afirma Marcela Acuña San Martín, en Chile la Ley 20,680, de 2013, vinculada a su Código Civil, establece algunas de las más importantes tendencias en materia de infancia y familia; el derecho a la coparentalidad de los hijos y la corresponsabilidad de los progenitores; la igualación de géneros. Por ello se observa el desapego legal a los estereotipos en los roles paterno y materno y la comprensión de que ambos padres se encuentran habilitados para ejercer las funciones parentales, derogándose reglas de preferencia basadas en el sexo de los mismos, utilizando criterios de concreción fundamentados en el interés superior de los hijos.⁵¹

De esta forma, la institución ha evolucionado en favor de los infantes, en donde, como lo refiere Sonia Rodríguez Jiménez, la patria potestad es una función pública en la cual, a pesar de que el Estado se mantuvo ajeno, es evidente que tiene una cada vez mayor intervención, pues se da cuenta de la necesidad de regular las relaciones dentro de la familia.⁵²

Por otra parte, cierto es que los derechos derivados de las instituciones familiares poseen diversos enfoques, según el sistema jurídico interno de cada Estado, y con base en el tratamiento doméstico subjetivo y procesal que en ellos se produce; sin embargo, desde una perspectiva internacional, los acuerdos y convenios que han articulado diferentes Estados en la búsqueda de una protección infantil integral han permitido estratificar un derecho que proyecte un compromiso de principios y consensos, basados en la razón. En este orden, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1980, en su artículo 3°, señala:

⁵¹ *cfr.* Acuña San Martín, Marcela, “Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Universidad Austral de Chile Valdivia, Chile, vol. xxviii, núm. 1, junio, 2015, pp. 76

⁵² *cfr.* Rodríguez Jiménez, Sonia, *La sustracción internacional... cit.*, p. 258.

Establece el principio general de reconocimiento de la patria potestad, el cual consagra también la doble obligación de la función subsidiaria de los Estados, los cuales deben respetar y colaborar con la esfera de funcionamiento del ejercicio parental. Estas normas se complementan con lo dispuesto en el artículo 5° en que los Estados parte respetarán los derechos y deberes de los padres, y con el artículo 9° inciso tercero que contempla el derecho de los hijos a mantener adecuada comunicación con sus dos padres.⁵³

Así, existen facultades y deberes de los progenitores basadas en su responsabilidad parental, que los Estados han esbozado en normas a través del Derecho internacional, en cuerpos de acuerdos y convenciones que trazan principios, valores y reglas instrumentales, cuyo ideal lo conforma el principio del interés infantil. Es importante precisar que en México el artículo 4° de la Constitución Federal contempla los derechos de la familia y, por ende, del núcleo infantil.⁵⁴

⁵³ Myriam Diana, Lucero, “El derecho de custodia”, en Lázaro Tenorio Godínez, *op. cit.*, p. 104.

⁵⁴ Artículo 4° El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad

El deber de cuidado y el derecho de tener relaciones constantes entre los integrantes de la familia consagran bases estructurales de la institución de la patria potestad, y así desglosamos los conceptos de guarda y custodia, y convivencia.

2. Guarda y custodia, y convivencia

El Derecho de cada Estado contempla los elementos que integran la connotación de la guarda y custodia y la convivencia, con base en su Derecho substancial, con una ideología cultural propia y de acuerdo con elementos políticos —incluso religiosos—; lo cual presenta un escenario pluricultural en cuanto a la integración de la familia como institución.

En este contexto, el Derecho nacional de cada Estado redefine sus conceptos de familia conforme a sus sistemas jurídicos. Por ejemplo, en la legislación del Estado de México la guarda y custodia se atribuye a aquellas personas que tienen la patria potestad.

competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.

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.

Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

Toda persona tiene derecho a la cultura física y a la práctica del deporte. Corresponde al Estado su promoción, fomento y estímulo conforme a las leyes en la materia.

Entre los aspectos que comprende la patria potestad se encuentra lo establecido por el Código Civil del Estado de México:⁵⁵

Artículo 4.203. La patria potestad comprende la representación legal y la protección integral del menor en sus aspectos físico, moral y social, su guarda y custodia, la administración de sus bienes y el derecho de corrección.

La tradición y cultura de cada pueblo enriquece el contenido de cada unidad conceptual, sin que exista una sola definición como tal. Así, doctrinalmente la guarda y custodia, en palabras de Diana Lucero, integra las relaciones paterno-filiales emergentes de la patria potestad, y comprende, respecto del padre y la madre, la obligación de proteger a sus hijos, educarlos, vigilar su conducta y en su caso corregirlos; y respecto de los hijos, la obligación de convivir en el hogar con sus padres o donde estos determinen.⁵⁶ Ello consagra en sí, una protección integral hacia los menores y un derecho primordial de tradición en las relaciones personales, sociales y escolares de los infantes.

El derecho de custodia respecto del cuidado del infante, se delinea también en relación a la posibilidad de establecer la residencia habitual del infante; en tal virtud, el interés superior de los infantes y su derecho a la identidad y a su familia se traducen en la protección convencional del lugar de su residencia habitual y de respecto a su entorno, en casos de sustracción internacional de menores.

Por ello, en términos de los principios de protección de las instituciones de guarda y custodia, en palabras de Dreyzin de Klor, existe uniformidad conceptual, pues, dicha uniformidad “contribuye a la certeza, eficacia y celeridad requeridas en el instituto de la restitución de menores.”⁵⁷

Ante este panorama, desde un marco internacional, en un esfuerzo transfronterizo, existen trazos que implican los principios y normas que rigen a dichas instituciones, y que son la punta de acción de la

⁵⁵ *Código Civil del Estado de México*, legislación.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/.../codvig001.pdf

⁵⁶ *cfr.* Myriam Diana, Lucero, *op. cit.*, p. 107.

⁵⁷ Dreyzin de Klor, Adriana, “La restitución internacional de menores”, en Adriana Dreyzin de Klor (coord.), *La protección internacional de menores*, Córdoba, Advocatus, 1996, p. 45.

aplicación de la maquinaria de instrumentación procesal en los casos específicos que se resuelven.

Al respecto, el Convenio de La Haya 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, del 19 de octubre de 1996,⁵⁸ establece lo siguiente con relación a la guarda y custodia y convivencia, sin definir las y únicamente aludiendo a las medidas previstas en el ámbito de la aplicación del Convenio:

Artículo 3

(*omissis*)

b) el derecho de guarda, incluyendo el derecho relativo al cuidado de la persona del niño y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, así como el derecho de visita, incluyendo el derecho de trasladar al niño durante un periodo limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual...

De la misma forma y en relación con este derecho, la Ley modelo Sobre Normas Procesales⁵⁹ establece lo siguiente:

Sin perjuicio del *nomen iuris* previsto por la legislación nacional, a los efectos de esta Ley se entiende por derecho de guarda o de custodia aquel comprensivo del derecho de cuidado y a decidir sobre el lugar de residencia del niño —incluyendo su traslado al extranjero— de conformidad con la ley del Estado de su residencia habitual. Tal derecho puede resultar de una aplicación de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.

El Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes,⁶⁰ contemplado por la

⁵⁸ 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 de Medidas de Protección de los Niños, <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=70>

⁵⁹ Pérez Manrique, *cit.* Rodríguez Jiménez, Sonia, *La sustracción internacional...* *cit.*, p. 298.

⁶⁰ Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, República Dominicana, 22-07-2003.

Organización de los Estados Americanos, señala sobre el concepto de análisis:

Artículo 82. Definición de Guarda. Es la situación de carácter físico o moral en que se encuentra un niño, niña o adolescente bajo la responsabilidad de uno de sus padres, ascendientes o una tercera persona, sea ésta una persona física o moral, por medio de una decisión judicial, como consecuencia de un divorcio, separación judicial o de hecho, declaración de ausencia, acción u omisión que vulnere la seguridad e integridad, y responsabilidad, abandono, abuso o por cualquier otro motivo.

Estos instrumentos proyectan, como marco estructural de la guarda, el cuidado en la persona del infante y la procuración en su armonioso desarrollo, incluso la facultad de fijar la residencia habitual.

El derecho de custodia es el derecho protegido ante una sustracción internacional de menores, y cuando existe su trasgresión provoca la ilicitud del acto. Las convenciones de La Haya de 1980 e Interamericana sobre restitución no contienen una definición del derecho de custodia, pero cuenta con los elementos que le constituyen. Al efecto, el artículo 5 de la Convención de La Haya de 1980, sobre la materia señala:

Artículo 5. A los efectos del presente Convenio:

a) el “derecho de custodia” comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;

b) el “derecho de visita” comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

En el mismo tenor, el artículo 3 de la Convención de La Haya de 1980 refiere:

Artículo 3. El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos;

a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo con arreglo en el derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

Por ello, ese derecho de guarda y custodia, cuando se infringe en los términos de ley ante un acto de sustracción o retención ilícita de un niño, niña o adolescente, dará pauta legítima al solicitante para el ejercicio de una acción de restitución, bajo el amparo de los convenios suscritos por su Estado o, en su caso, basándose en reglas generales de Derecho internacional privado.

En esta misma línea y sobre la directriz del derecho de convivencia, conserva rasgos específicos en cada Estado que delimitan su integración; en tal contexto, la legislación civil de nuestra entidad sólo contempla el hecho de que a una persona que no tenga la custodia le asiste el derecho de visita.

De acuerdo con el artículo 4.205 del Código Civil del Estado de México, en los casos de separación de quienes ejerzan la patria potestad y cuando no exista acuerdo sobre la custodia, el juez resolverá, quedando preferentemente al cuidado de la madre y atendiendo al interés superior de las niñas, niños y adolescentes.⁶¹

Por otra parte, además de los elementos diversos que en el Derecho doméstico a dicha institución puedan delimitar, existen principios compartidos en la estructura de la patria potestad que se proyectan en la esfera internacional. Así “...se reconoce su fundamento en el elemento de principio de derecho natural, en la necesidad de cultivar el afecto de estabilizar los vínculos familiares y propender a su subsistencia real, efectiva y eficaz.”⁶²

Este derecho es bilateral, en virtud de que descansa sobre la misma necesidad natural, tanto de los padres como de los hijos, de relacionarse en el plano de su reconocimiento como humanos y su tradición específica de su propia cultura. Al respecto, Sonia Rodríguez Jiménez refiere: “...los padres al ejercer la patria potestad tienen pleno derecho a convivir con los hijos (*omissis*) es concluyente que tanto los menores hijos como su padre tienen pleno derecho a la convivencia, por contar con la capacidad derivada de la paternidad para orientar y atender las necesidades más elementales de esos menores, como cuidarlos y aconsejarles adecuadamente.”⁶³

⁶¹ Reforma del 14-03-2016.

⁶² *cfr.* Makianich de Basset, Lidia N., *op. cit.*, pp. 63-64.

⁶³ Rodríguez Jiménez, Sonia, *La sustracción internacional... cit.*, p. 260.

Los trazos de la convivencia son concomitantes a la adecuada formación de los seres humanos que les define como tales, y se conceptualiza dicha institución como:

El derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, permitiendo el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterno-filial. Jurídicamente, visitar implica estar, supervisar, compartir, responsabilizarse; por tanto, resulta más conveniente referirnos, de manera integral, al régimen de comunicación y de visita.⁶⁴

Taraborelli, citado por Graciela Medina, apunta que en la actualidad nadie discute que existe derecho a visitar y a ser visitado, lo que implica que se trata de un derecho de doble titularidad, recíproco o correlativo.⁶⁵

Es también una relación jurídica y un vínculo bidireccional de necesidad mutua, de cercanía, de intercambio de ideas, de transferencia de valores y cultura, que une a los hijos y padres que no viven en un modelo compartido de lugar. Medina afirma al respecto:

Sin embargo no es un derecho absoluto, pues, en la materia prima el interés superior del niño, de manera tal que si su ejercicio pone en riesgo la integridad o salud psicofísica o moral del menor, la comunicación deberá ser interrumpida. Y es que aquí el bien jurídico protegido es la salud psicofísica de los hijos menores, aspecto que debe ser evaluado tanto para fomentar el ejercicio del derecho de visita del padre no conviviente como para impedirlo.⁶⁶

Desde un marco internacional, la Convención de La Haya de 1980 y también la Convención Interamericana, coinciden en vincular el concepto con un rango de temporalidad. Esta Convención en su artículo 5 dispone: "... comprenderá el derecho de llevar al menor, por

⁶⁴ Varsi Rospigliosi, Enrique, "Derecho de relación régimen de visitas y derecho a la comunicación entre los parientes", <http://studylib.es/doc/5404545/derecho-de-relaci%C3%B3n-r%C3%A9gimen-de-visitas-y-derecho-a-la>

⁶⁵ *cfr.* Taraborrelli, José N., *cit* por Medina, Graciela, "Daños y perjuicios derivados de la obstaculización injustificada del derecho de visita por parte del progenitor guardador", *Doctrina Judicial LL*, La Ley, Argentina, 2008, p. 3.

⁶⁶ Medina, Graciela, *op. cit.*, p. 3.

un periodo de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual”.

Por su parte, la Convención Interamericana sobre la restitución internacional de menores, establece en el artículo 3: “... b) El derecho de visita comprenderá la facultad de llevar al menor por un periodo limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual”.

Como se observa, ambas convenciones refieren el derecho de visita, a la posibilidad de trasladar un infante a un lugar diferente de su residencia habitual, pero por un tiempo limitado.

En la actualidad, y de acuerdo con el desarrollo humano en los aspectos tecnológicos, de comunicación y globalización (entendido como “[l]a intensificación mundial de las relaciones sociales que vincula localidades distantes, de tal manera que los acontecimientos locales son moldeados por eventos que tienen lugar a muchas millas de distancia y viceversa”⁶⁷), dichas instituciones de guarda y custodia y convivencia enfrentan problemáticas que requieren una visión de contexto internacional; toda vez que el ciclo vital de la vida familiar va transformándose y cada vez son más frecuentes los matrimonios entre parejas de diferentes nacionalidades, cuyas desavenencias suelen derivar en fracturas familiares perjudiciales para todos los involucrados, especialmente para los hijos.

Ello abre la puerta para salidas unilaterales de los interesados que pueden consistir incluso en desplazamiento o retención en forma ilícita de los descendientes a Estados o países diferentes de aquel en donde se desarrollaban cotidianamente.

Las dos situaciones anteriores transgreden el núcleo primario de pertenencia de los infantes, el cual les proporciona identidad y seguridad; por ello, al ser arrancados por alguna persona y colocados en un sitio diferente (como cuando se lleva a cabo una sustracción parental), provoca que los infantes se encuentren suspendidos en un ámbito de incertidumbre donde nada les es familiar. Su razón y sentidos no pueden vincularse con lo que hasta entonces conocían como suyo, y a ello se agrega la problemática de no entender si debe adaptarse o

⁶⁷ Boaventura de Sousa, Santos, *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta, Bogotá, 2009, p. 309.

esperar el retorno. De ahí la importancia del cuidado del núcleo familiar de los infantes.

Lo anterior incluso perfila abusos en los derechos de guarda y custodia y convivencia, que pueden configurar una sustracción o retención ilícita de los infantes.

Desde el sistema procesal internacional, la custodia es el derecho que, al ser vulnerado y hecho valer, desencadena un procedimiento de restitución, protegiendo el interés del menor que le vincula a su residencia habitual.

Ello de ninguna manera implica que la autoridad que conoce de un proceso de restitución, pueda pronunciarse el fondo de la guarda y custodia de los menores, sino en un plano de cumplimiento de los objetivos del Convenio. En su artículo “El derecho de la custodia”, Lucero Myriam Diana:

La expresión convencional “derecho de custodia” no coincide con ninguna concepción tradicional de custodia, sino que adquiere su significación, desde las definiciones, estructuras y propósitos del CH de 1980, pues la doctrina y la ley deben tenerse por decisivas en la determinación del alcance de los que se vale el tratado... conforme a estos términos la comunidad jurídica de naciones ha alcanzado un amplio consenso respecto de lo que la previsión dirigida al cuidador de sacar al menor de la jurisdicción sin conformidad del otro padre o del tribunal, cae dentro de la noción convencional del derecho de custodia.⁶⁸

Este señalamiento es de gran trascendencia, toda vez que la connotación de cada Estado sobre el derecho de custodia y de visita, puede diferir en cuanto al alcance de los trazos conceptuales respecto a la titularidad exclusiva en guarda y el de mantener contacto directo con los infantes, solo como derecho subsidiario o que ambos conceptos entrañen titularidad para decidir circunstancias trascendentales en la vida de los infantes. En esta línea se expresa Isabel E. Lázaro González al indicar que: “Mientras que la legislación de Islandia, por ejemplo, tiene sólo un término para el concepto de custodia, el Derecho español utiliza varias palabras entre las que no están siempre claras las fronteras: “patria potestad”, “guarda”, “custodia” y “cuidado”. En el marco del

⁶⁸ Myriam Diana, Lucero, *op. cit.*, p. 112.

Derecho de Islandia, los padres tienen la custodia conjunta o uno de ellos tiene la custodia exclusiva”.⁶⁹

España, sobre el particular, en el artículo 156 de su Código Civil,⁷⁰ establece entre otras cosas que “...si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio...” Dicha redacción ofrece problemática de significado sobre las fronteras conceptuales de lo inherente a la patria potestad y a la custodia al momento de analizarse a la luz de un acuerdo internacional, sobre todo en relación a quien tiene la titularidad para decidir la residencia del infante o, en su caso, un cambio de domicilio.

Sobre el particular, el presidente de la Audiencia Provincial de Burgos, Juan Miguel Carreras Marañas, realizó un interesante estudio sobre los contenidos de las funciones propias de una u otra institución, y citando a Pérez Salazar, precisó que:

...la custodia no es más que la tenencia material, física o compañía que no debe confundirse con los derechos y deberes sobre los hijos (*omissis*), la titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad implica que los padres deben decidir de común acuerdo, y en su defecto acudir al órgano judicial por la vía del artículo 156, segundo párrafo, las cuestiones que no sean rutinarias y habituales de los menores, tales como: la elección o el cambio de centro escolar, el de residencia que implique apartar a los menores de su entorno habitual o influya en él la relación de estos con el progenitor no custodio....⁷¹

En este sentido, el contenido del concepto de patria potestad es de mayor generalidad que el de custodia, el cual no puede entenderse en

⁶⁹ Lázaro González, Isabel E. y otro, “El derecho de custodia en la jurisprudencia sobre sustracción internacional de menores”, *Revista ICADE*, Universidad Pontificia Comillas, núm. 83-84, Madrid, 2011, p. 295.

⁷⁰ *Código Civil de España*, www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf

⁷¹ Carreras Marañas, Juan Miguel, *El cambio de domicilio del progenitor custodio, Problemas Sustantivos y procesales*, pp. 199-200, [http:// eu.uvlex.com](http://eu.uvlex.com)

el contexto de permitir a la persona que la ejerza tomar en forma unilateral decisiones trascendentales en la vida de los infantes. Así, en el contexto del país se puntualiza que “Desde el punto de vista doctrinal existe un cierto consenso entre los autores especializados en que la decisión del cambio de domicilio no es una decisión amparable en el ámbito de la mera custodia ni puede ser adoptadas de forma unilateral por el cónyuge custodio sino que su ámbito de ubicación es el ejercicio de la patria potestad.”⁷²

En esta temática, lo cierto es que, como se ha señalado, la consideración de los límites conceptuales que cada Estado considera en sus sistemas legales representa, a la hora de una problemática internacional, la necesidad de observar estos derechos a la luz de las “decisiones relevantes en la vida de los hijos”, y si en estos solo el titular puede decidir o también el padre que no tiene la guarda como tal o el cuidado directo, pero sí tiene un derecho de contacto.

Los países latinoamericanos no se alejan de esta problemática, al respecto señala el Doctor Ricardo C. Pérez Manrique:

Los países latinoamericanos, tenemos una matriz común de derecho escrito. Los regímenes jurídicos están fundados según el modelo del Código Napoleón de principios del siglo XIX. A ello se agrega que todos estos países han ratificado la convención del Derecho del niño de 1989 (CDN) y muchos han ajustado sus legislaciones internas a los principios de dicha norma. En consecuencia, existen conceptos jurídicos comunes que en muchos casos se ponen en tensión con los utilizados con los convenios internacionales.⁷³

La Convención de La Haya de 1980 tiene como elemento esencial el derecho de custodia, para que de proceder una solicitud se ordene la restitución de un infante, se vale preguntar qué sucede con los padres que no tienen conferida custodia, sino solo derecho de contacto o visitas. Puede en estos casos sobre la interpretación de la Convención de cita, considerarse que el derecho de visita o contacto decretado por los Estados también se encuentra dentro del radio de protección de dicha

⁷² *Ibidem*, p. 201.

⁷³ Pérez Manrique, Ricardo C., “Quinta reunión de la comisión especial sobre el Convenio de 1980. Análisis enclave latinoamericana”, *El boletín de los Jueces sobre la protección internacional del niño*, t. XII, primavera-verano, 2007, p. 19, www.hcch.net

Convención. En un enclave del derecho de custodia, como expansión sobre derechos esenciales derivado de su responsabilidad como padres, dados los efectos que tiene dicho derecho a la hora de decidir sobre aspectos relevantes de la vida de los hijos, en el sentido de derecho de custodia convencional, y, en todo caso, ese derecho de contacto puede ser núcleo para que se sustente un proceso de restitución.

Al respecto Viviane I. Lennon Gonzáles y Domingo A. Lovera Parmo, desde la perspectiva del Derecho chileno y con base en el estudio realizado en resoluciones de Estados Unidos de América en materia de Derecho comparado, haciendo especial énfasis en el caso *Abbott vs. Abbott*, puntualizaron sobre el particular:

Previo a *Abbott*, las Cortes de Estados Unidos se encontraban divididas respecto al alcance de dichas cláusulas y su lectura bajo la Convención. Por una parte, algunas sostuvieron que los derechos de visita a los cuales se suma una cláusula *ne exeat* son sólo derechos de visita y no gatillan, por ende, la devolución inmediata del niño o niña. Otras, junto a la Corte Suprema, en cambio —y en línea, como indicaremos, con la tendencia comparada— sostuvieron que bajo la Convención los derechos de visita acompañados de cláusulas *ne exeat* configuran derechos de custodia, toda vez que autorizan al padre titular —según el lenguaje del referido instrumento— “a determinar el lugar de residencia”.⁷⁴

En este sentido, las resoluciones a que hace referencia el estudio son *Croll vs. Croll* y *Furnes vs. Reeves*. La primera de ellas en el sentido de que el derecho de contacto no se amplía a poder sostener una restitución, y la segunda en el sentido contrario. Por lo que en la sentencia de *Croll vs. Croll* se observa:

La cláusula *ne exeat* [de la cual goza el padre] limita las facultades de custodia de la madre para llevar fuera del país a C., pero no el poder de ésta para determinar el lugar de residencia, por ello es que la orden que determina la custodia de C. le concede al padre un simple poder de veto —sólo referido a la posibilidad que su

⁷⁴ Lennon González Viviane I. y Domingo A. Lovera Parmo, “¿Cuidado personal a partir del régimen de la relación directa y regular? La importancia del derecho internacional y comparado”, *Revista Chilena de derecho privado*, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Fundación Fernando Fueyo Laneri, núm. 17, Santiago Chile, 2011, pp. 119-120.

hija deje el país— pero no le permite tomar cualquier otro tipo de decisión relativa a su custodia, incluido el ‘lugar de residencia’ de C. dentro de Hong Kong.⁷⁵

Y en el segundo caso, en la sentencia de *Furnes vs. Reeves*, se apartó del criterio sostenido en la resolución de *Croll*, y especificó sobre el particular lo siguiente: “En *Furnes vs. Reeves*, por su parte, la Corte de Apelaciones de 11° Circuito estuvo por sostener la tesis de que los derechos *ne exeat*, considerados junto con derechos de visita, configuran derechos de custodia al amparo de la Convención.”⁷⁶

El caso *Abbott vs. Abbott* es de importancia relevante en virtud de sentar antecedente cierto entre las discrepancias de las resoluciones de *Croll* y *Furnes*, y sobre el particular Viviane I. Lennon González y Domingo A. Lovera Parmo refieren:

En este sentido la Corte concluye que bajo la disposición anterior “el Sr. Abbott tiene un derecho conjunto de determinar el país de residencia de su hijo”. Por lo mismo, insiste el tribunal, la norma citada también le otorga “derechos en lo concerniente al cuidado personal de niño”, en consideración a que elegir el país de residencia de A.J.A. puede determinar la forma de sus primeros años y de sus años adolescentes, así como su lengua, identidad, cultura y tradiciones. Así, concluye que en virtud del derecho *ne exeat*, que consiste en la facultad de autorizar que el otro padre pueda trasladar a un niño, se deriva un derecho de tuición o custodia al amparo de la Convención señala, asimismo, que el hecho de que la figura del *ne exeat* no encaje dentro de las nociones de custodia física no viene al caso, pues la definición del Convenio de “derecho de custodia” es la que manda. Es decir, la Corte clasifica el derecho *ne exeat* del señor Abbott como uno de custodia y no de visitas o de acceso, enmarcándolo en la hipótesis del art. 5 a) de la Convención. De paso, entiende que el derecho *ne exeat*, de autorizar o no la salida del niño y de determinar el lugar de residencia del mismo, configura un derecho conjunto de tuición, es decir, del padre y madre relativo a los cuidados del niño.⁷⁷

⁷⁵ *Ibidem*, p. 121.

⁷⁶ *Furnes vs. Reeves*, *op. cit.*, p. 121.

⁷⁷ *Abbott vs. Abbott*, *op. cit.* Lennon González Viviane I. y Domingo A. Lovera Parmo, “¿Cuidado personal a partir del régimen de la relación directa y regular? La importancia del derecho internacional y comparado”, *Revista Chilena de derecho privado*, Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Fundación Fernando Fueyo Laneri, núm. 17, Santiago Chile, 2011, p. 126.

Estos antecedentes son de importancia vital al determinar un caso de sustracción o retención ilícita que tenga por fundamento la violación de un derecho de visita o contacto. En esta línea, Isabel E. Lázaro González y José Javier Ezquerro Ubero refieren, citando a la Cámara de los Lores: “Puesto que el Convenio es un instrumento internacional que ha de aplicarse en el marco de una variedad de sistemas jurídicos debería dársele una interpretación teleológica a fin de hacer lo más efectiva posible la maquinaria puesta en marcha en virtud del mismo.”⁷⁸

Esto es, debe privilegiarse la interpretación más acorde al interés superior del menor, y observar que, independientemente de la denominación que se dé a los derechos derivados de la denominada, en México, *patria potestad*, ambos progenitores salvo, casos excepcionales, tienen el derecho inminente de participar en las decisiones trascendentales de sus hijos. Por ello la interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales debe hacerse pulsando las realidades sociales que se resuelven y la trascendencia de la consecuencia para los involucrados.

Sobre el particular, México comparte la estructura básica del Derecho Romano, de la mayoría de los países latinoamericanos; cada Estado y la Ciudad de México cuentan con sus códigos civiles o de familia y perfilan sus conceptos con dicha base. Por ello la *patria potestad* delinea los derechos de guarda y custodia y convivencia.

En el Estado de México, como se ha citado con anterioridad, el concepto de *patria potestad* se establece en el artículo 4.203 del Código Civil de la entidad, y contempla la representación legal y la protección integral del menor en sus aspectos físico, moral y social, su guarda y custodia, la administración de sus bienes y el derecho de corrección. Por su parte, el artículo 4.205 del mismo establece que en los casos de separación de quienes ejerzan la patria potestad y no exista acuerdo sobre la custodia, el juez resolverá, quedando preferentemente al cuidado de la madre y atendiendo al interés superior de las niñas, niños y adolescentes; así, quien no tenga la custodia le asiste el derecho de visita. También la legislación en comento contempla los casos de pérdida de patria potestad y suspensión.

⁷⁸ Lázaro González, Isabel E. y otro, *op. cit.*, p. 295.

En este contexto, la Ley Civil y Procesal del Estado de México no establece que un derecho de custodia sea preferente al de un derecho de visita, por lo tanto, ambos derechos tienen la misma trascendencia, y se vinculan al ejercicio de la patria potestad, que es el derecho en que se toman las decisiones trascendentales en la vida de los hijos; en tal virtud, en un litigio internacional, debe plantearse la interpretación nacional, para que un derecho de convivencia pueda protegerse en los términos de la Convención de La Haya de 1980.

Y es que el tema se torna complejo porque existe un antecedente que resolvió en el sentido de que dicho derecho de visita no era suficiente para hacer valer una restitución de infante, en términos de la Convención de cita; ello en el caso *González vs. Gutiérrez*, donde figuró como Estado requirente México y como Estado requerido Estados Unidos de América, con fecha de decisión 20 de noviembre de 2002, y en base a los datos observados en INCADAT, se deriva lo siguiente:

En los hechos se trata de una pareja divorciada de mexicanos, que le concedí en la sentencia de divorcio del año 2000 la custodia a la madre y derechos de visita al padre, en donde la madre no tenía derecho a sacar a los menores de la jurisdicción sin el consentimiento del padre, y dada la existencia de violencia que se continuó después del divorcio, la madre se llevó a menores a Estados Unidos sin obtener el permiso del padre, solicitando asilo para ella y los menores al ser víctima de violencia. Así el 6 de diciembre de 2001 el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de California determinó que los menores habían sido trasladados ilícitamente en violación de los derechos de custodia del padre y que la madre no había logrado plantear ninguna de las excepciones, sin embargo la Apelación determinó que la solicitud de restitución era rechazada, y que un derecho de veto respecto del traslado de un menor fuera de la jurisdicción no le otorga a un padre o madre que no tiene la custodia un ‘derecho de custodia’ a los fines del Convenio.⁷⁹

En cuanto a las cuestiones legales:

El tribunal de Apelación determinó que el derecho del padre de vetar respecto del traslado de sus hijos fuera de la jurisdicción, no equivalía a un derecho de custodia

⁷⁹ *cfr.* Corte IDH *González vs. Gutiérrez*, 311 F.3d 942 (9th Cir 2002), <https://www.incadat.com/es/case/493>

a los fines del Convenio. Confirmó la opinión de la mayoría en *Croll vs Croll*, señaló que un padre o madre con derechos de custodia tiene el derecho afirmativo de determinar el país, ciudad y ubicación precisa donde vivirá el menor. Por el contrario, una cláusula de no abandonar el país (*ne exeat cause*), sólo sirve para permitir que un padre o madre con derecho de visita imponga un límite al derecho del padre o madre que tiene la custodia para expatriar a su hijo o hija, y que no había en todo caso consenso de parte de la jurisprudencia extranjera respecto de si un derecho de veto respecto del traslado de un menor fuera de la jurisdicción debería en sí mismo considerarse que equivale a un derecho de custodia a los fines del Convenio.

El Tribunal de Apelación asimismo sostuvo que el padre no podía reclamar derechos de custodia sobre la base del concepto mexicano de patria potestad pues las partes habían suscrito un acuerdo de custodia formal.⁸⁰

La conclusión de dicha resolución versó al tenor de la siguiente:

CONCLUSIÓN: Sostenemos que una cláusula de arraigo dirigidas a beneficiar a un padre sin custodia que posee acceso o los derechos de visita no exista 'derecho de custodia' para que los padres en virtud de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. También tenemos que el concepto jurídico mexicano de la patria potestad no confiere 'derechos de custodia' sobre el padre que no tiene la custodia, donde un tribunal mexicano competente ya ha decidido los derechos y obligaciones de ambos padres. En consecuencia, sostenemos que el recurso de retorno no está disponible para un padre que posee sólo los derechos de acceso, aunque también se beneficia de la inclusión de una cláusula de arraigo en el acuerdo de custodia pertinente. Revocamos la sentencia del tribunal de distrito, con instrucciones para desestimar la petición.⁸¹

En relación con el convenio que los divorciantes efectuaron, la resolución de mérito le dio el siguiente sentido: "Aquí, a diferencia de la situación en Whallon, las partes han suscrito un acuerdo de custodia legal y formal, eliminando así cualquier base para confiar en la patria potestad. Por lo tanto, sostenemos que la patria potestad no confiere 'derechos de custodia' a un padre dado los derechos de acceso de un acuerdo de custodia."⁸²

⁸⁰ *Ídem.*

⁸¹ *Ídem.*

⁸² *Ídem.*

Ahora bien, no obstante que en la actualidad existen criterios que, como se ha estudiado con anterioridad, han superado al antecedente de *Croll vs. Croll*, como el caso *Abbott vs. Abbott*, el cual se decidió el 17 de mayo de 2010, refiriendo un sentido contrario a la resolución del caso *González vs Gutiérrez*, en relación a que el derecho sostenido en una cláusula *ne exeat*, sí confiere un radio de protección bajo el concepto de guarda y custodia que contempla el Convenio de La Haya, de 1980, es interesante observar en el caso *González vs. Gutiérrez* que se estableció en su resolución no dar efectos a la *patria potestad* del concepto mexicano, dado el convenio habido entre las partes. Lo cual no es un criterio muy afortunado, toda vez que el hecho de existencia de un convenio no limita los efectos de la *patria potestad*, según nuestro sistema jurídico doméstico; y los casos de suspensión o pérdida están establecidos en la codificación sustantiva, sin que se contemple en ellos suspensión o pérdida de derechos por la existencia de un convenio habido entre los interesados.

Amén de los Tribunales Federales mexicanos se han pronunciado en relación a los efectos de la *patria potestad*. Se cita el siguiente criterio sobre el particular:

PATRIA POTESTAD, SUS EFECTOS DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 40. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.— Toda vez que el artículo 4o. de la Carta Magna, eleva a rango constitucional la institución de la patria potestad, a partir de su publicación en el Diario Oficial de la Federación de 18 de marzo de 1980, al precisar el derecho y deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental, de modo que al ser ahora distinta la regulación jurídica de la institución de la patria potestad y la del divorcio y específica en cuanto a sus propios fines, por lo que ha de conservarse o perderse en función de las relaciones específicas que medien entre el padre o la madre y sus hijos, y no sólo en función de los conflictos que hayan surgido entre los cónyuges.⁸³

Ahora bien, si dentro de los efectos de la *patria potestad* se encuentra el derecho de los padres de preservar el derecho de los

⁸³ Tesis VI.1o.C.28 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XI, mayo de 2000, p. 962.

menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental, desde luego que ello convierte sus derechos en los términos internacionales de observar una vinculación de los padres quienes tienen la *patria potestad* de sus hijos e intervienen en las decisiones trascendentales de su vida, como la fijación de su residencia habitual, y puede detentarse a través del derecho de guarda y custodia o de convivencia.

Por ello es esencial que en los convenios de familia se establezca expresamente que ambos padres conservan la *patria potestad*, para evitar que por dicho convenio se observe que no puedan tenerse en consideración también los derechos inherentes de *patria potestad*, como se interpretó en el caso *González vs. Gutiérrez*, antes estudiado.

En la actualidad la tendencia de la jurisprudencia internacional es considerar el derecho de convivencia, contacto o cláusula *ne exeat* como derecho de custodia en los términos de la Convención de La Haya, de 1980. Así lo reporta INCADAT, al respecto: “Los tribunales de una abrumadora mayoría de Estados Contratantes han aceptado que un derecho de veto sobre el traslado del menor de la jurisdicción equivale a un derecho de custodia a los fines del Convenio.”⁸⁴

Asimismo, los países que han resuelto en este sentido son Australia, Austria, Canadá, Reino Unido-Inglaterra y Gales, Francia, Alemania, Reino Unido-Escocia, Sudáfrica, Suiza, Estados Unidos de América, según los datos de INCADAT; por ello es importante considerar el nuevo esquema y la evolución de estos conceptos desde su nacimiento en los sistemas jurídicos domésticos a la luz del Derecho internacional.

Y en nuestros convenios mexicanos que realicen los jueces de familia o los Centros de Conciliación, o autoridades análogas, en los casos de divorcio o acuerdos entre parejas sobre derechos y obligaciones derivados de la *patria potestad*, se recomienda incluir dicha cláusula *ne exeat*, con el fin de que al ser revisado dicho acuerdo en forma internacional, independientemente de la interpretación, pueda tener elementos a considerar para la protección de un infante en términos de la Convención de La Haya de 1980, dentro del radio de protección de

⁸⁴ *cfr.* Corte IDH *González vs. Gutiérrez*, 311 F.3d 942 (9th Cir 2002), <https://www.incadat.com/es/case/493>

custodia, amén de establecer que ambos progenitores conservan la *patria potestad*.

Este derecho de acuerdo a lo que establecen Viviane I. Lennon González y Domingo A. Lovera Parmo, en su estudio sobre la resolución de *Abbot vs. Aboot*, dicho Tribunal de Apelación que resolvió, dentro de sus conclusiones, consideró: “así, concluye que en virtud del derecho *ne exeat*, que consiste en la facultad de autorizar que el otro padre pueda trasladar a un niño, se deriva un derecho de tuición o custodia al amparo de la Convención.”⁸⁵

Por otra parte, existen situaciones especiales que requieren un tratamiento específico. Por ejemplo, en algunas entidades se establece la figura de la custodia conjunta o compartida, lo cual en la esfera procesal, en asuntos de sustracción internacional, agrava la óptica de tratamiento; dado que si se protege ese derecho de custodia y el padre en ejercicio de este derecho realiza cambios de residencia, lesiona otro equivalente o análogo derecho del progenitor que también detenta una custodia. Al respecto: “muchos casos han sido resueltos teniendo en cuenta un elemento subjetivo para definirla, basado en la intención o voluntariedad.”⁸⁶

En estos casos, debe prevalecer el interés superior del menor, ponderando los principios que se encuentren en vulnerabilidad para determinar lo más benéfico para el infante en cada situación; y considerar además que la finalidad inmediata de los convenios en esta materia es la restitución del menor a su residencia habitual, quedando claras las hipótesis de excepción que señala el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cuya carga de la prueba corresponde, en todo caso, a quien hace valer dichas excepciones como regla general procesal; siendo el criterio matriz, en todo caso, la residencia habitual del menor. De acuerdo con Lucero Myriam Diana, determinar la residencia habitual supone: “una función decisiva para el reconocimiento de la custodia y derecho de relación transfronteriza. Este criterio ampliamente reconocido en el derecho comparado alcanza tanto para la determinación de

⁸⁵ Lennon González, Viviane I. y Domingo A. Lovera Parmo, *op. cit.*, p. 126.

⁸⁶ Robertson B., *cit. Myriam Diana, Lucero, op. cit.*, p. 112.

la competencia y la ley aplicable en materia de protección de derechos de la patria potestad y del interés del niño.”⁸⁷

En este sentido, el término de residencia habitual merece una reflexión más amplia por ser un elemento neurálgico para resolver un asunto de restitución internacional de infantes.

3. Residencia habitual

En virtud de lo hasta ahora se ha considerado por los tratados internacionales, que la residencia habitual en los problemas de sustracción internacional de menores representa el criterio más acorde al objetivo de protección del infante en el ámbito de su interés superior y de identidad y su derecho a una familia.

Sobre tal criterio, en los instrumentos internacionales no se encuentra una connotación conceptual, a excepción de que “el convenio de 1980 se refiere a ello con la expresión indeterminada ‘centro de vida.’”⁸⁸

Sin embargo, sus trazos se circunscriben independientemente de su perfil jurídico en la parcela de los hechos, que, de acuerdo con Montón García, se basan “...esencialmente en la idea de permanencia estable en el lugar donde se encuentran las raíces o vínculos que van a facilitar la mejor y más adecuada estabilidad en la educación y formación del menor como persona.”⁸⁹

Desde el ámbito doctrinario, se han esbozado lineamientos en la concepción de la residencia habitual y se define como el centro de actividades, es decir, el espacio familiar y geográfico en el cual el menor se desarrolla. Ejemplos de lo anterior son el colegio donde estudia, su grupo de amigos, las actividades con los integrantes de la familia y otros aspectos que demuestren sus relaciones con el medio que lo rodea.⁹⁰

⁸⁷ Myriam Diana, Lucero, *op. cit.*, 69, p. 115.

⁸⁸ *Ídem.*

⁸⁹ Montón García, Mar, *La sustracción de menores por sus propios padres*, Valencia, España, Tirant lo blanch, 2003, p. 82.

⁹⁰ *cfr.* Capuñay, Luz María, “Los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, en Tenorio Godínez, Lázaro, *op. cit.*, p. 10.

De lo anterior se infiere la importancia de conservar el núcleo familiar del infante, pues constituye el ámbito adecuado para el desarrollo de sus potencialidades; puede afirmarse que es equiparable al seno materno de un embrión, por la seguridad que le proporciona. Por tal motivo, la residencia habitual no debe someterse a intereses diversos o distintos a los del propio infante, incluidos los de sus propios progenitores.

Regularmente, el niño debe permanecer en el seno de la familia, con la salvedad, según García Ramírez, de aquellos casos en los que “...existan razones determinantes (*omissis*) en función del interés superior de aquél.” En todo caso, la separación —si la hay— debe ser excepcional y, preferentemente temporal. El proceso administrativo de protección, siguiendo a García Ramírez, “debe apuntar a que el niño continúe vinculado con su núcleo familiar, si esto es posible y razonable.”⁹¹

Procesalmente, la falta de una concepción única en los instrumentos internacionales sobre este concepto, genera circunstancias de interpretación, de acuerdo con las arquitecturas que pueden enmarcar en forma transfronteriza su connotación, así como a los conceptos de Derecho doméstico de los Estados. Así, algunas posturas doctrinales establecen que el concepto de residencia habitual “...implica un reenvío al concepto que cada uno de los Estados implicados tiene en su norma civil, material —de residencia habitual—, de tal suerte que estaremos a lo que cada Estado disponga para la determinación legal de este concepto.”⁹²

La connotación del concepto se relaciona con la definición de domicilio y, en este sentido, Mar Montón García, citando a Vicente Espinar y la sentencia de 23 de febrero de 1975 del *Oberlandgericht de Stuttargd*, señala:

El comité de Ministros del Consejo de Europa —para la unificación de los conceptos de domicilio y de residencia— de 18 de enero de 1972, cuyos núms. 7 y 9 vienen a señalar que la residencia se determina en base a criterios de hecho y

⁹¹ García Ramírez, Sergio, *Derechos humanos de los menores de edad. Perspectiva de la Jurisdicción Interamericana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2010, p. 80.

⁹² Rodríguez Jiménez, Sonia, *La sustracción internacional... cit.*, p. 278.

no en función de una autorización de residencia, y para determinar su habitualidad habrá de tenerse en cuenta su duración, su continuidad y cualquier otro hecho que revele lazos estables entre una persona y un lugar.⁹³

Sin embargo, debe puntualizarse que existe diferencia entre el concepto de residencia habitual y el de domicilio, pues este último se dibuja con elementos estructurales esencialmente geográficos. Al efecto, el Convenio para regular los conflictos entre la ley nacional y la ley del domicilio, en su artículo 5º, señala que “el domicilio es el lugar en el que reside habitualmente una persona, a no ser que dependa del de otra persona o de la sede de una autoridad.”⁹⁴

Por ello, aunque en la concepción de residencia habitual se han considerado aspectos geográficos, la idea se articula en relación con la formación de una persona que se nutre, por medio de su razón y de sus sentidos, de su vinculación con otros y su medio, que le hace ser quien es y proyectar tradiciones y culturas introyectadas mediante su presencia física en ese lugar, y de las personas que contribuyen a moldear su humanidad. Por ello, tiene una vinculación directa este concepto con el derecho de identidad de las personas. La siguiente cita complementa:

La identidad del ser humano es activa, es decir, está en permanente construcción. El niño va formando su personalidad, construyéndose como lo que realmente es, como uno mismo. A través del nombre, las características físicas, sus ideas, opiniones, sus proyectos, sentimientos, capacidades, habilidades, conductas, el individuo se desarrolla y se proyecta en su especificidad o en su mismidad.⁹⁵

En tal virtud, el significado del concepto de estudio tiene trazos de observación del espacio geográfico desde su óptica de incubación de los lazos que moldearan al ser humano de acuerdo a una determinada cultura y tradición. En este orden de ideas, puede resultar de utilidad

⁹³ Espinar Vicente, José María, *cit.* por Montón García, Mar, *op. cit.*, p. 82.

⁹⁴ *cfr.* Sitio web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, www.hcch.net

⁹⁵ Bracciaforte, Susana Raquel *et. al.*, *cit.* Bonasso, Alejandro, Programa Interamericano de Cooperación para Prevenir y Preparar casos de Sustracción Internacional de Menores por uno de sus padres, OEA, Instituto Interamericano del Niño, Uruguay, 2002, p. 1.

el concepto de residencia habitual recogido en la sentencia del *Oberlandesgericht de Stuttgart* de 23 de junio de 1975, en aplicación del Convenio de La Haya sobre protección de menores, de 1961:

Por residencia habitual del menor hay que entender una situación efectivamente existente, creada después de un período de cierta duración, el domicilio efectivo, el lugar del verdadero centro de gravedad determinante del modo de vida del menor, lugar que no deriva del domicilio de los padres, y que está determinado de forma autónoma; una condición de la existencia de la residencia habitual estriba en una cierta integración en el medio; las relaciones de tipo provisional aún no establecidas sólidamente no son suficientes; la residencia debe haber durado cierto tiempo o haberse proyectado para un período de cierta duración.⁹⁶

De lo anterior, se concluye que el trazo social, cultural y de identidad es preponderante considerar el concepto de residencia habitual. Por otra parte, el tiempo que debe suponerse para que esta residencia sea considerada como habitual requiere interpretación. Algunos autores, como Sonia Rodríguez Jiménez, se han pronunciado por una temporalidad de seis meses: “la residencia habitual puede concretarse de manera exacta, señalando que es donde el menor ha estado residiendo por seis meses.”⁹⁷ Sin embargo, este no es un rango temporal único, ya que existen otros señalamientos diversos que se pronuncian en otros sentidos, en cuanto a tal aspecto.

En tal enfoque, el razonamiento de Espina Vicente, recogido en su comentario a la sentencia 604/1998, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo español, señala que “...en él se recoge cómo en nuestro ordenamiento jurídico son necesarios al menos dos años para ser considerado residente y se necesitan también dos años para perder esa condición (*omissis*) por lo que considera que es este un plazo adecuado para afirmar que la residencia de un menor ha quedado establecida en un determinado lugar.”⁹⁸

Respecto de los trazos temporales, el factor tiempo debe desentrañarse en cada caso específico, de acuerdo con el contexto de

⁹⁶ Miralles, Sangro *cit.* Gómez Bengoechea, Blanca, *Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 69.

⁹⁷ Rodríguez Jiménez, Sonia, *La sustracción internacional... cit.*, p. 280.

⁹⁸ Gómez Bengoechea, Blanca, *op. cit.*, p. 69.

las variables a analizar, privilegiando el contacto de proximidad y vinculación del infante con el entorno que le imprime identidad. De las ideas antes expuestas, puede señalarse que “...el concepto de residencia habitual del menor está integrado por dos factores *cumulativos*: un factor material (el tiempo de permanencia en un territorio) y un elemento *volitivo* (la voluntad de permanencia en él).”⁹⁹

Se trata de un conjunto de elementos a valorar, tanto de estancia, como de reconocimiento en su contexto humano, que lleve al infante a comprender su mismidad con el medio. Lucero Myriam Diana abunda en el tema “...modelo de la tendencia unificadora del contenido del concepto en la actualidad, es aquel que focaliza la residencia habitual en base a la efectividad de un territorio con el menor en forma independiente de la voluntad de los padres, donde se dice que la habitualidad se fija por la residencia consuetudinaria anterior al traslado.”¹⁰⁰

Es importante señalar que el concepto de residencia habitual que se vincula a la aplicabilidad del Convenio de La Haya de 1980, también determina a la autoridad competente; sobre el particular Sonia Rodríguez, citando a Pilar Jiménez Blanco, se pronuncia sobre la residencia habitual en los siguientes términos:

De hecho, ésta [la residencia habitual] condiciona la competencia de los Tribunales del Estado de origen, al incidir en cuándo y cómo el menor pierde su residencia en dicho Estado, con —efectos derogatorios— de competencia, y, por consiguiente, también condiciona la competencia de los tribunales del Estado de la sustracción, al incidir en cuándo y cómo el menor adquiere su residencia en este último Estado con —efectos atributivos— de competencia.¹⁰¹

Hay que señalar, además, que el carácter de internacionalidad va en contraposición a un ámbito nacional, en relación con las personas afectadas resultando una situación de hecho, es decir, de la dispersión de los miembros de una familia por distintos países.¹⁰²

⁹⁹ Rodríguez Jiménez, Sonia, *La sustracción internacional... cit.*, p. 281.

¹⁰⁰ Myriam Diana, Lucero, *op. cit.*, p. 115.

¹⁰¹ Jiménez Blanco, Pilar, *cit.* Rodríguez Jiménez, Sonia, *La sustracción internacional... cit.*, p. 283.

¹⁰² *cfr.* Rodríguez Jiménez, Sonia, *La sustracción internacional... cit.*, p. 285.

El concepto de análisis también es un criterio importante para resguardar las determinaciones de fondo en relación con la guarda y custodia y convivencia de los menores; esta resolución debe ser emitida por el juez donde dichos infantes tienen su residencia habitual; y el procedimiento de restitución únicamente se ocupa de salvaguardar el interés superior del menor, traducido en el respeto de su entorno habitual y su derecho de identidad.

Sobre el particular, en el caso *Villalta vs. Massie*,¹⁰³ en donde como Estado requirente está Chile y como Estado requerido Estados Unidos de América, con fecha de resolución 27 de octubre de 1999, según la data del INCADAT, que analiza la circunstancia de residencia habitual, se establece que:

La residencia habitual de un menor es el lugar donde ha estado físicamente presente por una cantidad de tiempo suficiente para a la aclimatación y que cuenta con un grado de intención firme desde la perspectiva del menor. Un estudio de la residencia habitual debe apuntar al menor e incluir un análisis de las circunstancias del niño en ese lugar, así como las intenciones presentes compartidas de sus padres respecto de la presencia del menor allí.¹⁰⁴

En dicho sentido, el concepto tiene más elementos que únicamente una circunstancia geográfica; se trata de acoplamiento, vinculación del infante con el medio e incluso intención de los padres. De esta forma, la residencia garantiza el mantenimiento del *status quo* del menor en cuanto a su situación anterior en aspectos fundamentales como: “a) El respeto a los derechos de guarda/custodia-visita/contacto/convivencia preestablecidos en una orden judicial emitida por el tribunal de la última residencia habitual del menor; b) la defensa de la competencia predeterminada naturalmente a favor del juez de la residencia habitual del menor inmediatamente anterior a su traslado ilícito.”¹⁰⁵

En este orden de ideas, las directrices que se despliegan sobre los derechos y procedimientos que enclava el criterio de residencia

¹⁰³ caso *Villalta vs. Massie*, No. 4:99cv312-RH (N.D. Fla. Oc t. 27, 1999), <https://www.incadat.com/es/case/221>

¹⁰⁴ *cfr.* INCADAT, <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detailed&sl=2&lng=3>

¹⁰⁵ Rodríguez Jiménez, Sonia, *La sustracción internacional... cit.*, p. 286.

habitual, constituyen una base de conocimiento práctico conforme a la racionalidad, como lo establece Robert Alexy, en su *Teoría del discurso*, donde convergen las reglas y los principios conjuntamente con el discurso jurídico que darán infraestructura al procedimiento judicial. Su resultado será la solución más racional en conformidad con el sistema jurídico internacional vinculado al derecho doméstico de los Estados, donde se pondera como eje rector el interés superior del menor y su derecho de identidad y de familia.

4. Derecho de visita o contacto transfronterizo

Otra vertiente importante a analizar en las figuras que convergen durante una situación de sustracción o retención ilícita de niñas, niños y adolescentes, en relación con su residencia habitual, es la circunstancia del contacto transfronterizo, en el aspecto práctico.

Ya se ha expresado repetidamente la importancia natural del contacto de padres con hijos, el cual permite forjar un ser humano con sus particularidades propias de la tradición de su familia, quien moldea las directrices de su comprensión con el mundo. En esta tesitura, Canales Pérez y Moya Escudero sostienen que “con la asignación del derecho de visita/contacto/convivencia, ‘espejo del derecho de custodia’, se garantiza el derecho de todo menor de edad a mantener una convivencia continua y relaciones personales y directas con el otro progenitor desde que ‘el hijo es titular de un derecho transfronterizo a relacionarse con el progenitor con el que no convive’.”¹⁰⁶

Al efecto, los Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo relativo a los niños es un instrumento de gran importancia, al señalar, una vez observadas problemáticas en la práctica, el resultado del análisis de situaciones que permiten esclarecer y dar un sentido armónico a los objetivos del Convenio de La Haya de 1980. También aborda la articulación de este acuerdo de voluntades con otros convenios para mejor proveer al respecto.

Aquí vale la pena citar en extenso un pasaje de la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo, para arrojar más luz sobre el particular:

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 309.

El término contacto se ha empleado en un sentido amplio y alude a las diversas maneras en que un padre o una madre que no tiene la custodia (y en ocasiones otro pariente o uno de sus amigos) mantiene relaciones personales con el niño, ya sea mediante visitas periódicas, comunicación a distancia u otros medios. Se ha sugerido que el uso de la palabra contacto en lugar de un término como visita refleja un planteamiento centrado en el niño y concuerda mejor con conceptos modernos como la responsabilidad parental o las ‘responsabilidades parentales’.¹⁰⁷

Hay que señalar, no obstante, aun cuando en el propio documento se establece la distinción entre contacto y custodia, no siempre es posible demarcarse con claridad sus campos de derecho y protección particulares. Este derecho de contacto reconoce también la amplitud a diferentes individuos, como abuelos, para obtener decisiones en la materia, tal como se especifica en la propia guía.

En estos trabajos se ha observado que las restricciones legales aplicadas al derecho a mantener el contacto entre padres e hijos, no debe ser más que las necesarias para proteger los intereses del niño.

En esta vertiente, a pesar de que los distintos sistemas jurídicos se han acercado de forma distinta a las cuestiones sustantivas existentes, en torno del contacto, casi todos los Estados aceptan ciertos elementos fundamentales. El artículo 9, apartado 3, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, estipula en lo substancial, que los Estados parte deberán respetar el derecho del infante que haya sido separado de uno de sus padres, o de ambos, a mantener regularmente relaciones personales y el contacto directo con sus progenitores, a menos que ello resulte contrario al interés superior del niño.

Y en refuerzo de lo anterior, el artículo 10, apartado 2, de esa misma Convención, precisa que el niño, cuyos padres residan en Estados diferentes, tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres.

Sobre el particular, la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Fronterizo relativo a los niños ahonda al respecto al señalar:

¹⁰⁷ *cfr.* Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, Contacto transfronterizo relativo a los niños, Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Family Law, Jordan Publishing Limited, Reino Unido, 2010, p. xxvii, <https://assets.hcch.net/docs/230b60d3-0418-4cc0-a2f1-fdcb6add9605.pdf>

Por circunstancias excepcionales, se entienden aquellas en que existen antecedentes de abusos físicos o de otro tipo a los que se ha visto sometido el niño, además de aquellas situaciones en que el padre o la madre que tenga el cuidado principal ha sufrido abusos físicos o de otro tipo; esto trae consigo el grave deterioro de la relación entre el padre o la madre titular del derecho de contacto y el niño.¹⁰⁸

Por otra parte, en esta Guía de Buenas Prácticas también se ha señalado que deben promoverse acuerdos parentales que faciliten este contacto, a través de disposiciones jurídicas y administrativas, con sesgos amistosos, a través de la mediación, la conciliación y la negociación.

En relación con el marco jurídico, deben darse las directrices que hagan efectivos los acuerdos sobre los derechos a mantener el contacto, por los padres en los respectivos países de residencia, tal como lo señala la guía de estudio.

En ese mismo sentido, se ha marcado por esta Guía de Buenas Prácticas la importancia de la celeridad de los procedimientos, en donde la autoridad central debe actuar como punto de contacto y como centro transmisor para el intercambio de información entre los Estados.

Y es que la autoridad central tiene función primordial en este contacto fronterizo, aun cuando también pueden conocer tribunales de los Estados, según lo establece el artículo 21 del propio Convenio de La Haya de 1980.

Se ha señalado también en esta Guía de Buenas Prácticas que es conveniente estudiar las ventajas de una concentración de competencia en los casos de contacto transfronterizo y, si ello es inadecuado, deben observarse otras medidas para garantizar que los jueces que cuentan con la especialización necesaria, se ocupen de los casos internacionales de contacto.

En todo caso, debe tenerse presente lo siguiente:

La principal garantía contra la retención ilícita después de un periodo de visita en el extranjero es la decisión de restitución que está disponible en virtud del Convenio de 1980 en caso de que un niño sea retenido en el extranjero por el

¹⁰⁸ Informe final de 2002 y Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño *cit.* Oficina Permanente, Contacto transfronterizo...*op. cit.*, p. 4.

padre o la madre que ejerce su derecho a mantener el contacto, con infracción del derecho de custodia del padre o la madre privado del niño.¹⁰⁹

Por otra parte, en esa guía, también se puntualiza que se protege, por el derecho de contacto, la posibilidad de convivencia provisional, mientras se resuelve una problemática de sustracción y, en su caso, la aplicación del procedimiento de restitución en favor del padre que sufrió una infracción al derecho de custodia, donde se le debe salvaguardar su derecho de contacto; con medidas que pueden consistir, por ejemplo, en la supervisión del contacto, la prohibición de visitas con pernodiación o de larga duración, la exigencia de que los consulados y embajadas extranjeras no emitan nuevos pasaportes o documentos de viaje para el niño, requerir que se emita una decisión espejo en el país donde vaya a ejercerse el derecho a mantener el contacto, entre otras.

Como indica la Guía, es fundamental que el tribunal especifique los términos y condiciones que han de regir el contacto; así mismo se requiere eficacia en las medidas de ejecución, como también lo indica la guía de cita, en materia de contacto. Tal es el caso, por ejemplo, de medidas coercitivas eficaces, sin mayores requisitos adicionales, limitando la posibilidad de recursos, con disposiciones prácticas. Canales Pérez señala al respecto que la “...protección a la niñez a la luz del convenio no incluye sólo el derecho a no ser removido por voluntad unilateral del lugar de residencia habitual, sino que protege tanto el derecho a la restitución inmediata y segura como la preservación del derecho de visitas.”¹¹⁰

Asimismo, según se señala también en la Guía, si la solicitud de restitución prospera, debe observarse la cuestión del contacto entre el niño y el padre o madre sustractor, que puede plantarse si la solicitud de restitución ha supuesto la separación del niño y dicho padre o madre.

En esta vertiente y en cuanto al derecho de contacto que puede asumir diferentes enfoques, tenemos lo siguiente:

¹⁰⁹ Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, Contacto transfronterizo... *op. cit.*, p. 125.

¹¹⁰ Canales Pérez, Adriana, “Derecho de contacto transfronterizo”, en Tenorio Godínez, Lázaro, *op. cit.*, p. 118.

Dependiendo de los casos a estudiar, puede que un padre o una madre con derecho de custodia, cuya solicitud de restitución del niño haya sido rechazada en virtud del artículo 13 *b*) del Convenio de 1980, quiera solicitar un derecho de visita/derecho a mantener el contacto con el niño (*omissis*) También puede llegar a darse el caso de un padre o una madre que tiene la custodia que solicita un derecho de visita/derecho a mantener el contacto, mientras el niño esté pasando un periodo de visita prolongado con el padre/madre titular del derecho de visita/derecho a mantener el contacto.

El derecho a solicitar disposiciones destinadas a reconocer y asegurar el ejercicio efectivo de un derecho de visita. En virtud del artículo 21 del Convenio de 1980, no debería quedar limitado a los casos en que exista una orden judicial que reconozca o establezca un derecho de visita, sino que debe incluir los casos en que el solicitante cuente con un derecho de visita resultante de una atribución de pleno derecho y aquellos en que tenga la capacidad de solicitar que se establezca tal derecho.¹¹¹

En este contexto, otra problemática que también agudiza las circunstancias del contacto de los niños, niñas y adolescentes con sus progenitores, en derecho de visita, es cuando “...algunos juzgadores, ya restituido el niño al estado requirente, al asumir jurisdicción sobre su custodia, resuelven automáticamente que el derecho de visitas no es procedente porque pone en riesgo al niño como consecuencia del antecedente de que una restitución fue concedida.”¹¹²

Lo arriba expresado no alienta una interpretación adecuada en el marco de conservar las relaciones de los niños, niñas y adolescentes con ambos progenitores; incluso denota al resolverse, que no es procedente un derecho de visita por el antecedente en el caso de la restitución concedida; una forma de prejuizar y condenar de antemano una situación por la existencia de dicho hecho.

Por otra parte, tal como se especifica en la Guía de Buenas Prácticas, existen los casos en que se solicita desde el extranjero, en un contexto ajeno a la sustracción, que se ejecute una decisión en materia de contacto emitida en otra jurisdicción; cuando estas decisiones no se respetan o no se resuelven, se observa una relación entre este tipo de casos y el fenómeno de la sustracción.

¹¹¹ Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, Contacto transfronterizo...*op. cit.*, pp. 47-48.

¹¹² Canales Pérez, Adriana, *op. cit.*, p. 121.

Tomando en consideración esta línea argumentativa, se han pronunciado criterios federales sobre el alcance del derecho de convivencia como un derecho fundamental. Sobre el particular se cita:

39. En principio, debe recordarse que efectivamente, los menores de edad tienen ese derecho fundamental de convivencia, de acuerdo con el artículo 9, apartado 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual, los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

40. De acuerdo con el contenido de esa norma, puede establecerse que para que el ejercicio de ese derecho sea efectivo, resulta necesario que la convivencia sea con cierta regularidad, por ejemplo, en ciertos días de la semana, o del mes, o en ciertos periodos vacacionales, en que el niño sepa que podrá convivir con su progenitor.

41. Asimismo, aunque las relaciones personales y el contacto directo entre padre e hijo puede tener lugar por los medios de comunicación disponibles o a los que se pudiera tener fácil acceso, cuando existe distancia entre ellos, por ejemplo, por teléfono, mensajes electrónicos, correo, u otros, es importante tener en cuenta que el niño también necesita el contacto físico con su progenitor para sentirse querido y aceptado, y con esto contribuir a su sano desarrollo.¹¹³

Toda vez que los padres o familiares participan activamente en la confirmación de la personalidad de los niños, es indudable que el contacto transfronterizo de los niños, en sus relaciones familiares, representa un derecho humano que impacta directamente en su identidad y dignidad. Máxime que por criterio federal, se establece lo siguiente:

En este tenor, visto que el Convenio de la Haya de 1980 debe ser interpretado de conformidad con los derechos humanos reconocidos por la Constitución general de la República y con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, esta Sala concluye que el mecanismo establecido en dicho convenio para “la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita” permite al Estado mexicano, en virtud del principio de interdependencia de los derechos humanos, establecer una garantía efectiva para la protección del derecho

¹¹³ Amparo directo en revisión 9/2016 relacionado con la Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 243/2015. Ejecutoria emitida el 6 de septiembre de 2017, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, párrafo 360, p. 129.

humano al contacto transfronterizo entre el niño o niña afectado por la sustracción internacional y su padre y madre.¹¹⁴

En torno a los escenarios latentes, hay casos en los que alguno de los padres solicita, desde el extranjero, una nueva decisión en materia de contacto, a las autoridades del Estado en que vive el niño. En tales situaciones, resulta importante facilitar la solicitud, ante todo por el interés que tiene el niño en mantener un vínculo beneficioso, tanto con el padre como con la madre.¹¹⁵

En México se ha expresado un criterio jurisprudencial federal, en relación a que el Convenio 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; sin embargo, contempla que ello debe solicitarse ante la autoridad competente, véase el rubro: “CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. NO SUPRIME EL DERECHO DE CONVIVENCIA ENTRE EL MENOR Y EL PROGENITOR SUSTRACCIÓN O RETENEDOR”.¹¹⁶

Así, lo cierto es que la sensibilidad de las autoridades competentes al conocer un caso permitirá incluso facilitar a los interesados expresar su preocupación de contacto con su hijo (a), o familiar; en donde al tomarse por dicha autoridad las medidas pertinentes, podrá, evitar posibles acciones desesperadas por parte de los padres, como el secuestro u ocultamiento del infante después de concederse visitas. Asimismo, “...existen casos en que el padre o madre tenga o no tenga la custodia, aduce una infracción de los términos del contacto transfronterizo y solicita una orden que restaure el *statu quo*. El caso extremo es el de la retención ilícita, cuando el padre o la madre que no tiene la custodia se niega a restituir al niño tras un período de visita transfronteriza.”¹¹⁷

¹¹⁴ *Ibidem*, párrafo 376, p. 150.

¹¹⁵ *cfr.* Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, Contacto transfronterizo ...*op. cit.*, p. XXVI.

¹¹⁶ Tesis: 1a. CCLIII/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 36, noviembre de 2016, t. II, p. 893.

¹¹⁷ Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, Contacto transfronterizo... *op. cit.*, p. XXVI.

Y del mismo modo, existen asuntos —como se indica en la Guía de estudio— en los que al tener lugar una visita, quien tiene la custodia se opone de último minuto, quizás por miedo a que se infrinjan los términos de visita; en tales situaciones, el padre o la madre que no tiene la custodia, puede solicitar un trámite en régimen de convivencia para que la visita pueda llevarse a cabo según lo previsto; incluso, existen situaciones que se complican cuando se da la custodia compartida, dado el derecho bilateral de señalar la residencia habitual por ambos progenitores.

Otro inconveniente importante en estos temas es la reubicación:

Los problemas en torno a la reubicación se plantean cada vez más en los tribunales de numerosos Estados contratantes del Convenio de 1980. La reubicación implica un traslado permanente del niño, normalmente junto al padre o madre que tiene el cuidado principal, para vivir en un nuevo país. El resultado suele ser que el niño vive a una distancia mucho mayor del padre o madre privado del niño y que para ese padre o madre es más difícil y costoso ejercer el derecho a mantener el contacto.¹¹⁸

Lo anterior, sin duda, genera diversas problemáticas desde el punto de vista de los sistemas jurídicos domésticos de cada Estado; por lo cual deben analizarse los factores, con el fin de garantizar y asegurar el derecho del padre o la madre que son privados del niño a mantener el contacto. Por ello, al momento de resolver, debe preservarse el derecho a mantener el contacto, como punto para autorizar o no una reubicación.

Sobre el particular, la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya expresa lo siguiente:

La reubicación internacional de un progenitor con su niño puede afectar seriamente la relación del niño con el otro progenitor. En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CDNNU) establece en el artículo 10, párrafo 2, el derecho de un niño cuyos padres residen en Estados diferentes a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres.¹¹⁹

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 41.

¹¹⁹ Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, Documento Preliminar núm. 11-01-2012 a la atención de la Comisión Especial de enero de 2012 sobre el

Esta circunstancia de ese derecho natural de contacto de padres con hijos, se relaciona íntimamente con la responsabilidad parental y la factibilidad de la toma de decisiones de ambos progenitores; por ello no corresponde a ninguno de ellos tomar decisiones personales sin tomar medidas que permitan el contacto de los hijos con el otro progenitor.

En forma práctica, y sobre el particular, se han previsto algunas cuestiones que pueden ser importantes al efecto: “Las decisiones en materia de contacto emitidas en un contexto de reubicación deberían ser acreedoras de reconocimiento y ejecución en el país de destino. Debería preverse una forma de reconocimiento anticipado de estas decisiones.”¹²⁰

Por otra parte, si no es dable este reconocimiento anticipado, también podemos observar lo siguiente:

Si no es posible el reconocimiento anticipado, debería poder solicitarse una decisión en el país de destino que refleje a modo de espejo las disposiciones relativas al contacto establecidas por el juez que haya dictado la reubicación.

- Esto implica que debería ser posible ejercer su competencia para emitir una decisión espejo antes de que el niño entre en el país.
- En estas circunstancias también debería contemplarse la posibilidad de hacer que la obtención de una decisión espejo se convierta en una condición necesaria para la reubicación. Este es un ámbito en el que la comunicación judicial directa puede desempeñar un papel importante.¹²¹

Con la descripción de las anteriores problemáticas, podemos concluir que los trabajos sobre guía de buenas prácticas deben continuar

funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños, p. 4, <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd11s.pdf>

¹²⁰ *cf.* Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, Contacto transfronterizo...*op. cit.*, p. XXVI.

¹²¹ *Ibidem*, p. XIX.

para construir una mejor perspectiva de aplicación en los problemas que deben ser resueltos sobre el derecho de contacto.

5. Sustracción y restitución internacional

Estos dos conceptos implican una acción que proyecta un cambio de situación. Tienen un uso preponderante en los sistemas jurídicos nacionales e internacionales; prueba de ello es que los dos instrumentos principales que abordan la problemática de la sustracción incluyen el concepto en su propia titulación. Es el caso substancial del Convenio de La Haya de 1980 y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

Así, en un primer acercamiento, se establece que la sustracción es “el acto que realiza y materializa uno de los progenitores, en franca violación de los derechos de guarda, custodia y o visita.”¹²²

Esta acción también puede ser efectuada por una persona que no necesariamente sea el progenitor. Sobre el particular, los instrumentos internacionales se articulan en objeto de la protección integral de los infantes y de sus derechos humanos, que buscan, en relación al punto de análisis, limitar y regular acciones de sustracción internacional de menores.

En dicha temática, Ricardo C. Pérez Manrique expresa :

Entre la Convención de los Derechos del Niño y el Convenio de La Haya de 1980, pese que se suscribieron con casi 10 años de diferencia, hay una relación de indudable complementariedad, en la cual la CDN cumple el rol entre otros de ser un catálogo de derechos de los niños, entre ellos están la condena a todo traslado o retención ilícitos, la obligación de los Estados Partes de luchar, contra los mismos, prohibición de que el niño sea separado de sus padres y el derecho, aun estando separados los padres, a un trato fluido y regular con el padre no conviviente aunque éste viva en un Estado diferente al que vive el niño.¹²³

¹²² Rodríguez Jiménez, Sonia, *La protección de los menores en el derecho internacional privado mexicano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, p. 35.

¹²³ Pérez Manrique, Ricardo C., *El interés superior del niño en el Convenio de La Haya de 1980*, Escuela Judicial de Costa Rica, p. 1, [https://www.poder-judicial.go.cr/.../Ricardo%20Perez%20Manrique%20\(Spanish\).pdf](https://www.poder-judicial.go.cr/.../Ricardo%20Perez%20Manrique%20(Spanish).pdf)

Una vez precisado lo anterior, lo cierto es que al hablar de restitución internacional, se entiende como la “acción estatal esperada y deseada ante la comisión de estos actos. Así, si tenemos la acción (secuestro, retención o sustracción) y la reacción (restitución), estamos ante una relación causa-efecto.”¹²⁴

En el mismo orden de ideas, lo que no debería ocurrir en el mundo de los hechos, es que un niño, niña o adolescente sea secuestrado o retenido ilícitamente; sin embargo, si esta primera acción ocurre, el círculo se cierra con la acción contraria, la restitución; y que no en todos los casos se complementa, tomando en consideración diversas circunstancias, como una nueva sustracción.

Para mayor precisión del concepto de sustracción, no debemos perder de vista que se encuentra ligado a la ilicitud del acto en los términos del artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980; y por tanto vinculado al aspecto teleológico de su objeto, que se traduce en la acción de la restitución en el ámbito de cooperación de los Estados. Sobre el particular Pérez Vera enfatiza en su informe explicativo:

(...) el Convenio relativo a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores es ante todo un convenio que pretende evitar los traslados internacionales de menores, instaurando una cooperación estrecha entre las autoridades judiciales y administrativas de los Estados contratantes. Dicha colaboración afecta a los dos aspectos que acabamos de analizar, por un lado la obtención del retorno inmediato del menor al entorno del que ha sido alejado y, por otro lado, el respeto efectivo de los derechos de custodia y de visita existentes en uno de los Estados contratantes.¹²⁵

En este sentido, al resolver una problemática de sustracción o retención ilícita de infantes, debe hacerse con base en el interés superior del menor, sin perder de vista la finalidad y objeto de los convenios en cuanto a restablecer las relaciones habituales de un niño, niña o adolescente, independientemente del fondo en cuanto a derechos de guarda, visita o contacto.

La restitución del menor persigue como fin “el establecimiento del status quo”, un propósito que conlleva tres aristas que no cabe

¹²⁴ Rodríguez Jiménez, Sonia, *La protección de los menores... cit.*, p. 37.

¹²⁵ Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo..., cit.*, párrafo 35.

desconocer: *a)* el respeto a los derechos de guarda/custodia, visita/contacto/convivencia preestablecidos de hecho o de derecho; *b)* la defensa de la competencia predeterminada naturalmente a favor del juez de la residencia habitual inmediatamente anterior al traslado del menor; y *c)* el mantenimiento de una igualdad procesal.¹²⁶

En el campo de acción de la restitución y la sustracción, tenemos los casos en que la segunda se produce con posterioridad al encontrarse delineada una decisión judicial o administrativa; y también los casos en que esta acción puede cobrar vigencia antes de una orden.

Para tal particularidad, el artículo 3° del Convenio de La Haya de 1980 establece:

Artículo 3. El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos;

a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención;

b) cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

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

Es importante puntualizar el siguiente aspecto del Convenio de La Haya de 1980:

Comprende tanto las sustracciones de menores de edad que se han producido con posterioridad a la existencia de una decisión judicial o administrativa, en la que se determinen los derechos de guarda/custodia-visita/contacto/convivencia del menor (*Following a court order*), como aquellas sustracciones producidas antes de dictarse dicha decisión judicial o administrativa (*Prior to the court order*).¹²⁷

En tal orden de ideas, la estructura de los artículos obedece a los principios que se protegen en una coordinación internacional, por

¹²⁶ *cfr.* Rodríguez Jiménez, Sonia *La sustracción internacional...*, *cit.*, p. 249.

¹²⁷ Calvo Caravaca *cit.* Rodríguez Jiménez, Sonia, *La sustracción internacional...* *cit.*, p. 251.

medio de los acuerdos que regulan las relaciones internacionales, cuando en una problemática, como la sustracción internacional de menores, es imposible, por las implicaciones de diferentes Estados, sea resuelta unilateralmente por un Estado de acuerdo a su propio sistema jurídico.

En tal vertiente, el Convenio de La Haya de 1980 protege dichas relaciones: “basadas en un doble elemento: *primo*, la existencia de un derecho de custodia atribuido por el Estado de la residencia habitual del menor; *secundo*, el ejercicio efectivo de dicha custodia, antes del traslado.”¹²⁸

Con lo anterior se consagra lo expuesto por Elisa Pérez Vera, en el sentido de que existen dos vertientes: una directriz jurídica y una de hecho.

En el tema jurídico se trazan las fuentes de la custodia que se protegen. El Convenio de La Haya de 1980 señala la primera de ellas atribuida de pleno derecho, delineada sobre el reconocimiento de una persona que se coloca en el supuesto que la ley prevé para que se le atribuyan ciertas consecuencias de derecho, lo que configura una legitimación.

En esta temática, independientemente del matiz que la atribución del derecho tenga en cada Estado como fuente de custodia, las vinculaciones familiares que se buscan proteger, de acuerdo con el planteamiento convencional básicamente “son aquellas que ya están protegidas, al menos por la apariencia de un título válido sobre el derecho de custodia, en el Estado de la residencia habitual del menor; es decir por el derecho del Estado en el que dichas relaciones se desarrollaban antes del traslado.”¹²⁹

En esta misma línea, el señalamiento del Derecho vigente debe entenderse en un sentido amplio. Asimismo, puede comprenderse dentro de un sistema jurídico doméstico, aquel que determinan sus propias leyes, así como “la ley designada por sus normas de conflicto, la elección entre ambas alternativas corresponde a las autoridades del Estado de que se trate.”¹³⁰

¹²⁸ Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo..., cit.*, p. 17, párrafo 64.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 17, párrafo 65.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 20, párrafo 70.

Ahora bien, los lineamientos que estructuran la validez del título en que se apoya el derecho de custodia, no necesariamente deben consistir en una resolución; porque no se trata de juzgar sobre el fondo de la custodia, cuya competencia se entiende comprendida en favor del Estado donde el menor tenía su residencia habitual, en una interpretación restrictiva. En tal virtud, el título de referencia: “es cualquiera que permita fundamentar una solicitud restitutoria de un menor en el sistema jurídico interno de un Estado concreto, suponiendo proteger internacionalmente por un título válido en el Estado de la residencia habitual de ese menor.”¹³¹

En la misma línea, luego entonces se considera que “la primera de estas fuentes sería la ley (se habla de una atribución de pleno derecho). Esta ley podrá ser la interna del Estado de la residencia habitual del menor o la que se designe por las normas de conflicto de cada Estado.”¹³²

La segunda fuente de la custodia que se protege, es en relación con una decisión judicial o administrativa que se desprende de la literalidad del artículo 3º del Convenio de La Haya de 1980. Dicha resolución a la letra dice:

Puede haber sido dictada tanto por los Tribunales de la Residencia habitual del menor, como los de un tercer Estado. (El derecho de custodia se ejerce en el Estado de su residencia, pero en base a una sentencia dictada en otro diferente. Bastaría simplemente con que en aquél se considerase como válido para el ejercicio de la custodia en su territorio, sin necesidad de que hubiera sido formalmente reconocida).¹³³

Su trazo debe revestir características propias reconocidas por el derecho doméstico de los Estados. En tal virtud, dicha resolución se considera válida si presenta “en principio, las características *mínimas* para poner en marcha un procedimiento con vistas a su homologación o reconocimiento.”¹³⁴

¹³¹ Montón García, Mar, *op. cit.*, p. 80.

¹³² Pérez Vera, Elisa, *cit.* Montón García, Mar, *op. cit.*, p. 80.

¹³³ *Ídem.*

¹³⁴ Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, *cit.*, párrafo 69, p. 20.

Lo anterior guarda una íntima concordancia con el artículo 14 del Convenio de La Haya de 1980:

Artículo 14. Para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrá tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya estén reconocidas formalmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables.

La última fuente de protección sobre el derecho de custodia se da en relación con los acuerdos vigentes, según el derecho de cada Estado; en tal virtud, el acuerdo que puede dar lugar a un procedimiento de esta naturaleza debe ser armónico con lo que los propios sistemas jurídicos de cada Estado determinen.

De esta forma se considera sobre el rubro de convenios “cualquier acuerdo que no esté prohibido por dicho derecho y que pueda servir de base a una pretensión jurídica ante las autoridades competentes.”¹³⁵

Lo expresado conlleva a un conocimiento del Derecho interno de los Estados inmiscuidos en un problema de sustracción internacional. Las autoridades centrales y los jueces que conozcan de los casos son quienes deben realizar el estudio con base en el Derecho interno de los Estados implicados y el sistema jurídico internacional.

Independientemente de lo establecido en el Convenio de La Haya de 1980, existe la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, otro instrumento internacional de capital importancia, el cual también traza, como base neurálgica, líneas sobre la ilicitud de un acto de traslado o retención de un menor cuando se produce en violación a derechos de custodia; es decir, “se considera ilegal el traslado o retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la Ley de la residencia habitual del menor”.

¹³⁵ *Ibidem*, párrafo 70.

Al respecto, puede apreciarse a primera vista que existe diferencia en los radios de protección de cada Convención, señalándose la protección del Convenio Interamericano en los siguientes términos:

Una línea de protección diferente y más reducida que la contemplada por la Convención de La Haya (*omissis*) esta primera impresión puede quedar desplazada si entendemos que al no excluir las sustracciones producidas antes de dictarse la decisión, deberían quedar también encuadradas las *prior to the court order* a efecto de dar una regulación más completa y dar sentido y pleno alcance al —interés superior del menor—.¹³⁶

Esta posición doctrinaria puntualiza “lo anterior no quita que consideremos que un punto divergente radica en que el instrumento de La Haya explícitamente cubre las sustracciones *following* como las sustracciones *prior*, mientras que el interamericano, lo hace a nuestro parecer y siempre en función del interés superior del menor de forma implícita.”¹³⁷

Sin embargo, más que una situación de hecho o de interpretación en función del interés superior del menor, las dos convenciones contienen la misma estructura de protección; toda vez que si bien el Convenio de La Haya de 1980 hace explícita circunstancia de custodia por atribución de pleno derecho, por decisiones judiciales o administrativas o acuerdos vigentes, según el Derecho de cada Estado, y la Interamericana, alude “a violación de los derechos que ejercían”, ello no descarta que estos derechos sean plenos o con una base de acuerdos judiciales o extrajudiciales.

Desde este punto de vista, más que una situación de hecho o de ponderación de principios, la protección de las convenciones se sitúa en un plano de Derecho positivo, de acuerdo con los sistemas jurídicos de cada Estado y el Derecho internacional.

Por otra parte, una vez observadas las fuentes de custodia de protección, es importante señalar que ésta [custodia] requiere que se ejerza de manera efectiva, lo cual no es un concepto sencillo en su aplicación, como lo señala Mar Montón García, citando a Elisa Pérez Vera:

¹³⁶ Rodríguez Jiménez, Sonia, *La sustracción internacional... cit.*, p. 253.

¹³⁷ *Ídem.*

(...) Esto ofrece una serie de dificultades, con importantes connotaciones procesales, según se vea desde un punto de vista activo o pasivo. Y es que al solicitante de la restitución del menor no se le exige una auténtica prueba del ejercicio de aquel derecho en el momento en que se produjo su secuestro, bastando con la mera afirmación de que las cosas eran de esta forma, y sirviendo de base acreditativa simplemente los datos que debe cumplimentar con la solicitud inicial del procedimiento restitutorio, pareciendo con ello presumirse que el hecho de la convivencia responde al ejercicio de un derecho que lo legitima.

Sin embargo, desde el punto de vista pasivo, es decir si el demandado pretende aducir como excepción que no se estaba ejercitando de manera efectiva aquel derecho en tal momento, se produce una inversión de la carga de la prueba, imponiéndosele a él demostrar lo contrario que parece deducirse de aquella presunción legal.¹³⁸

Otro punto a tratar sobre la efectividad se consagra en la letra B del artículo 3° del Convenio de La Haya de 1980, en relación con el parámetro de ejercicio del derecho de custodia. En esta hipótesis pueden consagrarse diferentes casos: desde la conducta de uno de los progenitores de no permitir la ejecución de una sentencia, hasta asuntos en que se hayan dado cambios en las resoluciones de fondo por cambio de circunstancias que hagan factible un nuevo titular de la custodia. En cualquiera de los enfoques, el problema es sobre la dilación del cumplimiento oportuno de las resoluciones o acuerdos entre las partes, y que deberá analizarse en cada caso concreto para que exista una verdadera protección al derecho de custodia en los términos de su efectividad.

Ambos elementos trazados en la custodia sobre las fuentes de protección y su efectividad en sus praxis, estratifican las directrices de los principios de objetivos de los instrumentos internacionales aplicables a cada caso concreto y, en específico, en relación a la fisiología del Convenio de La Haya Sobre Sustracción de Menores.

6. Concepto de secuestro e ilicitud

Es necesario precisar los alcances que el secuestro tiene como impacto en varios núcleos familiares, pues en la actualidad existe una

¹³⁸ Montón García, Mar, *op. cit.*, p. 81.

creciente fragmentación familiar que tiene causas multifactoriales, como ya se ha precisado, aumentando de manera desafortunada el índice de personas que pueden optar por dicha conducta de secuestro o retención de un infante ante problemáticas familiares.

Desde este punto de vista, es posible considerar el secuestro como un delito de primera gravedad; sin embargo, de acuerdo con lo que se plantea en las Convenciones y la interpretación de la materia familiar, actualmente en México su marco jurídico se dilucida en la materia civil, debido a que la finalidad de tal proceso es resarcir un daño, más que sancionarse. El mismo Sabido Rodríguez lo menciona cuando declara: “El secuestro internacional de menores se suscita cuando uno de los progenitores, aprovechando el ejercicio del derecho que ostenta (custodia y/o visita), traslada al menor a un país distinto de aquel en el que el menor tiene su residencia habitual vulnerando de este modo, el derecho atribuido al otro progenitor.”¹³⁹

Esto es, se traspasa el derecho que se tiene de contacto con el infante para tratar de moldear una situación de acuerdo con los intereses de quien comete dicha acción; independientemente de los derechos correlativos del otro progenitor, en caso de que se trate de secuestro del infante entre padres; aunque también puede darse por otros titulares de los derechos correlativos de convivencia.

De esta manera, la ilicitud como se establece en los instrumentos internacionales que se han estudiado, se relaciona con la infracción de un derecho de custodia que es atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención.

Al respecto, el artículo tercero del Convenio de La Haya, de 1980, también se pronuncia sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, cuando, además de lo mencionado, considera las siguientes circunstancias para calificar como ilícito el traslado o retención de un menor, y se retoma, para mejor ejempli-

¹³⁹ *cfr.* Sabido Rodríguez, Mercedes, “Algunas cuestiones sobre el régimen legal de la sustracción internacional de menores a partir de su práctica judicial”, en Castellanos Ruiz, Esperanza *et. al.*, *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Constitución y Leyes, Colex, España, 2004, p. 731.

ficar, independientemente que se haya citado, para precisar conceptos diversos:

a) Cuando el derecho de custodia se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

b) Cuando el derecho de custodia es dado según el arreglo al Derecho vigente antes mencionado, puede ser producto de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

Por otra parte, existen casos en que dicha ilicitud se traza en forma específica, como cuando existe la guarda y custodia compartida: si el traslado del menor por uno de los titulares de la custodia conjunta es llevado a cabo sin el consentimiento del otro titular. Sin embargo, “en este caso, la ilicitud no procedería de una acción contraria a la ley, sino del hecho de que semejante acción habría ignorado los derechos del otro progenitor, también protegido por la ley, e interrumpido su ejercicio normal.”¹⁴⁰

Asimismo, es posible apreciar la lógica jurídica del artículo tercero del Convenio de La Haya de 1980, cuando se establece la diferencia entre Derecho público —daño perpetuado al ámbito social— y derecho Privado —daño a ese mismo sector debido a la característica de la acción—; considerando el primero como sancionable y el segundo resarcible, y a ambos estrechamente relacionados con la afectación de los bienes jurídicos tutelados. Al respecto, la Guía de Buenas Prácticas, tercera parte, pone de manifiesto lo siguiente: “En determinados estados, un progenitor que sustrae a un menor, sin perjuicio de la responsabilidad penal que le corresponda, habrá *cometido un acto ilícito en derecho civil*. Como consecuencia el progenitor será responsable de pagar al progenitor que tenga la custodia del menor todos los costes y gastos que se le hayan ocasionado con motivo de perseguir la restitución del menor”.¹⁴¹

Si la finalidad del acto de restitución es apresurar el restablecimiento de las relaciones de niños, niñas y adolescentes con sus progenitores,

¹⁴⁰ *cfr.* Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, *cit.*, p. 21.

¹⁴¹ Guía de Buenas Prácticas, *cit.* Rodríguez Jiménez, Sonia, *La sustracción internacional...*, *cit.*, p. 62.

habrá un impacto en los derechos y obligaciones atribuidos a la patria potestad, como la guarda, la custodia, la convivencia y el derecho de visita. En este sentido, se trataría de una índole privada; pero si la actividad referida llevara consigo un acto delictuoso, como tráfico de órganos o algún tipo de actividad sexual, la modalidad correspondería a una figura penal.

Independientemente del punto de vista jurídico, civil, familiar o desde la *ius international privatista* —y de acuerdo con Rodríguez Jiménez— el acto de sustracción produce un daño civil, el cual debe conllevar la sanción de la pérdida o la suspensión de los derechos de familia asignados sobre el menor.¹⁴²

Incluso existen posturas que indican la imposibilidad de llevar tal problemática civil al ámbito penal. Toda vez que exista la óptica que contemple “en caso de que la conducta del padre apartado del menor exceda el goce de derechos de visita de manera arbitraria e ilegal, de acuerdo con los términos de la ley de marras, no constituirá nunca un delito que impida u obstruya el contacto con el menor.”¹⁴³

Sin embargo, lo cierto es que, en la actualidad, la trascendencia del acto es tal, que rebasa los límites de la naturaleza familiar y trastoca la sensibilidad de la sociedad, permitiendo que la sustracción pueda ser tipificada como un verdadero delito, donde el sujeto activo será aquél que ejecute la sustracción o retención, específicamente en el secuestro filial, y como sujeto pasivo, la persona que *efectivamente* ejercía los derechos de guarda/custodia o visita/contacto/convivencia asignados por un juez, a la espera de que se asignen, o simplemente acordados por las partes; es decir, la persona que detenta la situación de poder, tendrá un papel secundario.¹⁴⁴

El sujeto pasivo siempre estará en relación con el bien jurídico tutelado y será el lesionado por tal acto, es decir, quien reciente la conducta.

¹⁴² *Ibidem*, p. 65.

¹⁴³ *cfr.* Benavides, Jorge, “¿Es necesario tipificar como delito el secuestro parental?”, *Revista Pensamiento Penal*, núm. 155, <http://www.pensamientopenal.com.ar/ doctrina/35903-es-necesario-tipificar-delito-secuestro-parental>

¹⁴⁴ *cfr.* Rodríguez Jiménez, Sonia, *La sustracción internacional... op. cit.*, p. 73-76.

En este contexto, algunos países —como España— han respondido con gran sensibilidad ante la problemática y ante la impunidad de la conducta de la persona que sustrae a un menor, al señalar a dos sujetos pasivos del tipo penal: a quien se le impide ejercer sus derechos y el propio menor. Tales conductas delictivas son clasificadas como delitos de coacción.

Al respecto, el 11 de diciembre del año 2002 se publicó en el Boletín Oficial, la Ley Orgánica 9/2002 del 10 de diciembre. Sobre el particular se crea la figura “De la sustracción de menores”, en el Código Penal, artículo 225 bis:

Ese precepto es relevante pues marca unas pautas sobre la línea de diferenciación entre la sustracción civil y la penal y dice:

1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

2. *A los efectos de este artículo, se considera sustracción: 1. El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. 2. La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.*

3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena. Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años. Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.¹⁴⁵

De tal manera, en España se crean reformas en su Código Penal que muestran una nueva vertiente de la libertad; reformas que se encuentran relacionadas con los delitos de relaciones familiares en su contexto específico y de sustracción de hijos menores, y se alejan de la

¹⁴⁵ Carreras Marañás, Juan Miguel, *op. cit.*, p. 243.

temática del secuestro parental, únicamente en la línea de protección en materia civil.

En este caso, la visión del país concuerda con el nivel de repercusión del acto desplegado por la conducta de quien sustrae a un infante, debido a que la frecuencia de tal acción no es exclusiva de una esfera privada familiar y rompe las membranas de la sociedad, al infringir la libertad de una persona vulnerable, como un niño, una niña o adolescente.

Esa libertad se trata de un bien jurídico tutelado que, como derecho humano, debe ser de especial pronunciamiento, orden y respeto para los cuerpos normativos; de tal manera que, en caso de ser infraccionado, se debe sancionar con estricto rigor.

Regresando al Estado de México, existe el delito de sustracción de hijo (artículo 263, Código Penal); no obstante, al igual que en otras entidades federativas, se encuentra relacionado con personas que no detentan la patria potestad o custodia. Por lo tanto, en su radio de protección no se encuentra el caso de estudio de la sustracción internacional de menores ejercida por los padres; a menos que exista una resolución judicial, los mismos sustractores podrán ejercer la patria potestad por ley.

Debido a lo anterior, es necesario redoblar esfuerzos para tipificar como delito la conducta asumida por un progenitor que priva de libertad a su propio hijo, pues ello impone al agraviado una nueva condición psicológica, emocional, física y social totalmente diversa a la de su estado natural. Por ello, la directriz a proyectar sobre tal conducta debe observarse con un sistema jurídico nacional e internacional que permita impulsar, en procesos de restitución, acciones propias en el Estado en que se encuentra el infante; y, en su caso, poder realizar acciones de tipo civil y penal, como ya se hace, por ejemplo, en España, con procedimientos penales, incluso de reconocimiento y ejecución de resoluciones

Al respecto, Carmen Azcárraga Monzonis señala que:

(...) junto con la responsabilidad penal del sustractor, el progenitor agraviado puede también reclamar una indemnización por daños morales con base en el art. 1902 CC: —El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado—. La STS 30 de junio de 2009 (RJ 2009-5490) es ejemplo de ello. En la misma el actor, quien era titular de la guarda y custodia del menor, ejerció una acción de responsabilidad civil

extracontractual por haber sido privado de su relación con su hijo trasladado a Estados Unidos por su madre.¹⁴⁶

El Código Civil para el Estado de México, en su Libro Séptimo: De Las Obligaciones, Título Sexto: De La Responsabilidad Subjetiva y Objetiva, Capítulo I: De las Obligaciones que Nacen de los Hechos Ilícitos y del Riesgo Creado, establece la normatividad que puede aplicarse sobre la temática de responsabilidad civil extracontractual que puede ejercerse en contra del progenitor o quien prive a un padre o madre de la relación con su hijo por un traslado o sustracción ilícita.

7. Concepto de traslado o retención

La Real Academia Española diferencia la retención como “la acción y el efecto de retener”¹⁴⁷; en cambio el vocablo traslado lo define como “llevar a alguien o a algo de un lugar a otro.”¹⁴⁸

En este contexto, los conceptos de traslado o retención se ligan a un efecto de acción y se vinculan íntimamente con la figura del secuestro; incluso su uso de vocablos como retención y secuestro ha sido indistinto, tanto doctrinalmente como en los trazos de los convenios internacionales.

La retención y el secuestro se vinculan a un traslado de niñas, niños y adolescentes; sin embargo, en busca de precisión de los conceptos, la directriz del secuestro se entrelaza con mayor precisión a la violación de un derecho de guarda y custodia, que se ejerce en forma efectiva, con lo que se delinea su ilicitud, en los términos del artículo 3° del Convenio de La Haya de 1980 y 4° de la Convención Interamericana. Es decir, la “sustracción internacional hace referencia al caso de un menor cuya residencia habitual se encontraba en un Estado y fue trasladado ilícitamente a otro Estado diferente.”¹⁴⁹

¹⁴⁶ Azcárraga Monzonis, Carmen, “Sustracción internacional de menores: Vías de actuación en el marco jurídico vigente” *Revista Boliviana de Derecho*, Fundación Iuris Tantum, Santa Cruz, núm. 20, julio 2015, p. 208.

¹⁴⁷ RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, *op. cit.*

¹⁴⁸ *Ídem.*

¹⁴⁹ Rodríguez Jiménez, Sonia, *La protección de los menores...*, *op. cit.*, p. 34.

Por su parte, el concepto de retención se entrelaza con mayor precisión al derecho de visita. En este rubro:

(...) la referencia a los menores —retenidos de forma ilícita— pretende incluir los casos en los que el menor que se encontraba en un lugar distinto del de su residencia habitual —con el consentimiento de la persona que ejercía normalmente su custodia— no es devuelto por la persona con la que residía provisionalmente. Se trata de la situación típica que se produce cuando el traslado del menor es consecuencia de un ejercicio abusivo del derecho de visita.¹⁵⁰

En este sentido, puede darse el caso de retención, cuando quien ejerce la guarda y custodia obtiene autorización del progenitor que también ejerce guarda y custodia conjunta o derecho de visita para trasladar al infante a un lugar diverso de su residencia habitual por un tiempo determinado —por ejemplo, en vacaciones—, y posteriormente a que fenece ese plazo, quien tiene la autorización ya no reintegra al menor al lugar de su citada residencia habitual, y retiene al infante en un estado diverso. De esta forma cuando nos referimos a la retención internacional, se alude “al menor cuya residencia habitual estaba en un Estado y fue trasladado de manera legal, pero retenido ilegalmente en otro Estado.”¹⁵¹ En la misma temática, “la retención hace referencia al menor que una vez trasladado de manera legal a otro país, es retenido ilegalmente.”¹⁵²

Ahora bien, ambas acciones —secuestro y retención— son ilícitas y en contra efecto se busca al aplicar un convenio, la restitución de dicho infante a su centro de vida; por tanto, son contrarias a derecho en términos del Convenio de La Haya de 1980 y la Convención Interamericana.

Eileen Matus Calleros indica que la retención es la acción derivada de la sustracción, la sustracción es la acción en sí misma y la restitución es la consecuencia lógico-jurídica esperada.¹⁵³

¹⁵⁰ Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁵¹ *cfr.* Pereznieto Castro, en Rodríguez Jiménez, Sonia, *La protección de los menores...*, *op. cit.*, p. 36.

¹⁵² Matus Calleros, Eileen, *Derecho internacional privado mexicano ante la restitución internacional de menores*, ITAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009, p. 10.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 11.

Por otra parte, estos conceptos se analizan en su estructura temporal para que pueda restituirse inmediatamente a un menor. En este contexto, los artículos 12 y 18 del Convenio de La Haya de 1980, registran:

Artículo 12. 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.

Artículo 18. Las disposiciones del presente Capítulo no limitarán las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento.

Elisa Pérez Vera señala, en su Informe explicativo, que el artículo 12 constituye una pieza fundamental del convenio, dado que en él se precisan las situaciones en las que las autoridades judiciales o administrativas del Estado, en el que se encuentra el menor, están obligadas a ordenar su retorno.¹⁵⁴

Del numeral en comento, se deriva la línea de acción de las autoridades de refugio, para que, dependiendo del parámetro temporal en que analizan un asunto, puedan discernir la traducción del interés superior del menor, en relación a ordenar la restitución o estudiar la integración del infante a dicho medio de refugio.

En este contexto, Elisa Pérez Vera advierte dos hipótesis que se estudian desde la perspectiva temporal. La primera de ellas, debido a una solicitud dentro del año siguiente al traslado o no retorno ilícitos de un menor; y la siguiente, cuando dicha solicitud es posterior a un año.

¹⁵⁴ *cfr.* Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, *cit.*, p. 31.

El establecimiento de temporalidades, como también lo deduce la especialista, obedece a la dificultad de traducir el criterio de la integración del menor en una forma objetiva, por lo que la fijación del plazo constituye una respuesta a suplir tal circunstancia.

En tal orden de ideas, el plazo a analizar presenta la connotación del momento a partir del cual se computa su extensión y expiración. El Informe explicativo contiene valiosa información sobre el punto que venimos desarrollando: “(...) la concreción de la fecha decisiva en caso de retención debe ser entendida como la fecha en la que el menor hubiese tenido que ser devuelto al titular de derecho de custodia o en la que éste negó su consentimiento a una extensión de la estancia del menor en otro lugar distinto del de su residencia habitual.”¹⁵⁵

De la misma naturaleza, el informe citado precisa que el término de un año debe computarse a partir de la presentación de la demanda, en lugar de la fecha de la resolución, toda vez de que los intereses de las partes no deben ser perjudicados por el retraso en los procedimientos de las autoridades.

En esta tesitura, de lo anteriormente citado podemos observar que si la solicitud se hace antes de un año sobre la primera hipótesis que delinea el artículo 12 de la Convención de La Haya de 1980, se debe ordenar el retorno inmediato del menor; obviamente, si no proceden las excepciones que en su caso se hubiesen hecho valer.

Siguiendo la línea de la protección de los infantes, en cuanto a su derecho de identidad y de vinculación que les consagra su residencia habitual, la segunda hipótesis del artículo 12 de análisis también ordena la restitución bajo una condición: si queda demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente no se dará dicha restitución, donde ya no se adopta la inmediatez de dicha restitución.

En la misma temática argumentativa existen pronunciamientos federales; al efecto, en el Amparo Directo en revisión 4465/2014, se interpretó el alcance de dicho dispositivo convencional:

La primera de las excepciones extraordinarias a las que hemos hecho referencia se encuentra precisamente en el artículo 12 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, el cual en su primer párrafo reitera la

¹⁵⁵ *Ídem.*

obligación a cargo de los Estados contratantes de restituir de forma inmediata al menor. Sin embargo, dicha disposición establece una condición temporal para la procedencia absoluta de dicha obligación, consistente en que hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos y la fecha de iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor.

En este sentido, de conformidad con el segundo párrafo del citado artículo, en aquellos casos en que los procedimientos ante la autoridad judicial o administrativa hubiesen iniciado después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo anterior, la autoridad en cuestión puede optar por no restituir al menor si se demuestra plenamente que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

Al respecto, se observa que de una simple lectura al artículo en estudio, así como de la doctrina que sobre el mismo se ha generado, es evidente que esta hipótesis de excepción solo puede actualizarse en aquellos casos en los que haya transcurrido el mencionado plazo de un año, pues una interpretación distinta haría nugatorios los objetivos del Convenio de La Haya expuestos al inicio.

Por otra parte, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que para que se actualice esta excepción no basta simplemente que hubiese transcurrido el referido plazo, sino que además será necesario que el padre que cometió la conducta ilícita pruebe suficientemente la situación de que el menor se encuentra integrado a su nuevo ambiente.

[...]

Esta Primera Sala también coincide con los informes explicativos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, cuando señalan que la intención de los Estados contratantes fue que dicho 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. 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.¹⁵⁶

Al efecto, se ha emitido el siguiente criterio: “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”.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Amparo directo en revisión 4465/2014. Ejecutoria emitida el 14 de enero de 2015, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 23-24.

¹⁵⁷ Tesis: 1a./J. 7/2018 (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Número de registro 2016311. Primera Sala. Libro 52, Marzo de 2018, t. I, p. 858.

Ahora bien, como se ha señalado el término de un año se computa a partir de la presentación de la demanda en lugar de la fecha de la resolución, porque no puede fincarle perjuicio a los interesados el retraso en los procedimientos. En este sentido, se han pronunciado los amparos 4465/2014 y 867/208, donde sobre el particular se dice:

No obstante, tal como lo señaló el órgano colegiado, esta Primera Sala al resolver el amparo directo en revisión 4465/2014, analizó el contenido del artículo 12 en cuestión, y al respecto fue muy clara al establecer que el retraso en el trámite del procedimiento ante el estado requerido, no es una causa para negar la restitución, pues en muchos casos: i) la actividad procesal de las partes tiene justamente como finalidad la dilación del procedimiento a fin de argumentar la integración del menor a su nuevo ambiente, o ii) el sustractor permanece oculto con la finalidad de que transcurra el plazo de un año para legalizar su actuación irregular.¹⁵⁸

Por ello, es importante advertir que del artículo 12 debe existir una pluralidad de cuestiones a considerar respecto de la temporalidad, tal como lo establece el amparo 867/2018, en tres puntos básicos:

- a) El momento a partir del cual empieza a computarse el plazo (la concreción de la fecha decisiva en caso de retención deber ser entendida como la fecha en la que el menor hubiese tenido que ser devuelto al titular del derecho de custodia o en la que éste negó su consentimiento a una extensión de la estancia del menor en otro lugar distinto al de su residencia habitual).
- b) La extensión del plazo.¹⁵⁹
- c) El momento de expiración del plazo.

Es importante considerar que si no ha trascurrido el plazo de un año, se da cabida a que no se ocupe la autoridad de recabar pruebas de manera oficiosa. Así lo ha considerado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

¹⁵⁸ Amparo directo en revisión 867/2018. Ejecutoria emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 11.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 15.

...al no estar en el supuesto de temporalidad, quedaba excluida la excepción prevista en el numeral 12 de la Convención que pretendió hacer valer la parte quejosa, por lo que no tenía cabida que el responsable se ocupara de recabar pruebas de manera oficiosa sobre si los menores ***** se encontraban adaptados a su nuevo ambiente, puesto que tal argumento quedó desestimado al haberse acreditado que la solicitud se presentó en tiempo y forma de acuerdo con los parámetros previstos en la Convención y que el responsable actuó en la medida de lo posible con celeridad y urgencia para resolver lo que resultara más benéfico para los menores.¹⁶⁰

Existe, sobre el particular, un caso interesante del Reino Unido-Inglaterra y Gales como Estado requerido y como Estado requirente a Estados Unidos de América, sobre restitución denegada, con fecha de decisión del 28 de mayo de 2004, según los datos del INCADAT.

En el caso, en donde habían pasado más de cuatro años entre la sustracción del menor y el inicio del proceso de restitución, se observó el artículo 12 del Convenio de La Haya de 1980. La menor había sido ocultada con éxito por su madre. La madre había tomado el nombre y fecha de nacimiento de un menor que había fallecido.

Se estudió si la menor se había integrado a su nuevo ambiente, y el Tribunal consideró la operatividad del artículo 12, apartado 2, de la Convención de La Haya de 1980 y su interrelación con el artículo 18, y entre sus conclusiones determinó:

La integración establecida luego de más de un año desde la sustracción o retención ilícita es el punto en la vida de un menor en el que el objeto legítimo de política de un juez de La Haya cambia el enfoque predominante de los objetivos del Convenio (para beneficio del menor sustraído en particular y de los potenciales menores sustraídos en general) a un más individualizado y marcado reconocimiento de que la extensión y el grado de interacción de un menor en particular en su nueva situación merece una evaluación cualitativa, libre de las consideraciones y exigencias del Convenio de La Haya. Si (por analogía con la respuesta judicial al ejercicio discrecional del artículo 13, letra (b)) se establece un umbral demasiado alto para determinar la integración, la consecuencia no es tanto que el propósito de La Haya de una rápida restitución se verá frustrado, sino que el menor que en su pasado ya sufrió la desventaja de una sustracción ilícita a través de una frontera se verá expuesto al desgarramiento inherente al cual será para ese menor una segunda separación, con la potencial producción de un trauma acumulativo.¹⁶¹

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 11.

¹⁶¹ Caso *Re C. (Abduction: Settlement)* [2004] EWHC 1245. INCADAT: HC/E/ UKe 596, <https://www.incadat.com/es/case/596>

En este sentido, se redimensiona el enfoque del Convenio de La Haya de 1980 para buscar, independientemente de su objetivo inmediato, lo más benéfico para el interés superior del menor. El comentario del INCADAT, sobre el particular pone de manifiesto que “(...) no ha surgido interpretación uniforme alguna relativa al concepto de integración; en particular si se debería interpretar literalmente o, en cambio, de conformidad con los objetivos de política del Convenio.”¹⁶²

Sobre el hecho de probar que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente, al fungir de alguna forma el artículo 12 del Convenio de La Haya de 1980, en una excepción, la carga debe ser para quien hace valer este hecho para negar el retorno del infante. En esta línea, retomo el informe puntual de Pérez Vera cuando expresa “(...) la disposición no precisa en absoluto quién debe probar este extremo; no obstante, parece lógico pensar que esa tarea le corresponde al secuestrador o a la persona que se opone al retorno del menor, sin perjuicio del poder de apreciación de las autoridades internas al respecto.”¹⁶³

En la práctica, también así se establece, de acuerdo con los datos de INCADAT, sobre la carga de la prueba para quien hace valer el arraigo de un infante en términos del artículo 12 de la Convención de La Haya de 1980, como excepción en el retorno de un infante. Así se cita en el caso *Re N (Minors) (Abduction)*: “En este caso se sostuvo que la integración es mucho más que la mera adaptación al entorno. Implica un elemento físico de estar relacionado con una comunidad y un entorno y de estar establecido en ellos. También tiene un componente emocional que denota seguridad y estabilidad.”¹⁶⁴

Cabe comentar que existen pronunciamientos en criterio federal, en cuanto a la adaptación de un infante al entorno familiar desde un componente físico y un componente emocional. Sobre el particular se cita:

En este sentido, es dable precisar, como punto de partida, que la integración a la que alude el Convenio de la Haya de 1980 es mucho más que la mera adaptación al entorno familiar. La integración implica, un componente físico que requiere

¹⁶² *Ídem.*

¹⁶³ Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, cit., párrafo 109, p. 32.

¹⁶⁴ Caso *Re N (Minors) (Abduction)* [1991] 1 FLR 413. INCADAT: HC/E/UKe106, <https://www.incadat.com/es/case/106>

que la niña o el niño esté efectivamente relacionado con una comunidad y un entorno [no exclusivamente el familiar] y que el niño o la niña se establezca en tales comunidad y entorno. También tiene un componente emocional, que se define a partir de la seguridad y la estabilidad que la niña o el niño encuentren en su nuevo ambiente. En todo caso, en el análisis que realice la autoridad judicial o administrativa de una prueba enderezada a demostrar la integración de una niña o un niño a su nuevo ambiente, inclusive naturalmente la pericial en trabajo social, no es dable aceptar que el mero uso de la palabra integración sirva como prueba plena de que se actualiza la hipótesis del segundo párrafo del artículo 12 del Convenio de la Haya de 1980, puesto que las pruebas deberán ser analizadas de manera integral y a partir de la sana crítica para alcanzar un grado de convicción alto, sobre la efectiva integración de la niña o el niño a su nuevo ambiente.¹⁶⁵

Por lo tanto, los elementos a considerar cuando se hace valer que el menor ya se encuentra habituado a su nuevo entorno, en términos del artículo 12 de la Convención de La Haya de 1980, no únicamente es temporal, sino basado en la razonabilidad de analizar las vinculaciones del infante con su nuevo entorno; de tal manera que apunte una circunstancia de mayor contundencia que el inicial objeto convencional. **Así también se contempló en el caso de Reino Unido-Escocia, *Soucie vs. Soucie*:** “Para que se active el Artículo 12 (2) el interés en que el menor no sea desarraigado debe ser tan convincente que tenga más peso que el objeto primario del Convenio, a saber, la restitución del menor a la jurisdicción adecuada de modo tal que el futuro del menor pueda determinarse en el lugar adecuado.”¹⁶⁶

Por otra parte, estas situaciones de hecho pueden conflictuarse cuando quien requiere la entrega del menor ya no vive en el lugar de residencia habitual o no se encuentra en dicho lugar. Desafortunadamente, el acuerdo internacional no da respuesta a esta situación.

Al respecto, sobre el lugar de restitución los datos del INCADAT señalan que el Artículo 12 del Convenio no prescribe el lugar al que debe restituirse el menor. Los redactores querían que la disposición

¹⁶⁵ Amparo directo en revisión 9/2016 relacionado con la Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 243/2015. Ejecutoria emitida el 6 de septiembre de 2017, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, párrafo 281, p. 101.

¹⁶⁶ Caso *Soucie vs. Soucie* [1995] SC 134. INCADAT: HC/E/UKs 107, <https://www.incadat.com/es/case/107>

fuera lo suficientemente amplia para permitir la restitución a un Estado ajeno al de residencia habitual del menor. Sin embargo, el Preámbulo deja en claro que la intención general es que la restitución se efectúe en este último Estado. Por supuesto, la restitución al Estado de residencia habitual no requiere en sí misma que el menor sea asignado al cuidado del padre solicitante, o en efecto de una agencia del Estado; muy a menudo, el menor permanecerá al cuidado del sustractor mientras se encuentre pendiente la decisión del caso de custodia sustantiva. Asimismo, una restitución no implica necesariamente la restitución al lugar particular del Estado en que el menor vivía previamente. Los tribunales han aprovechado la flexibilidad de la redacción del Artículo 12 al tratar solicitudes de restitución.¹⁶⁷

El Tribunal Superior de Apelaciones (*Full Court*) sugirió que la madre y los hijos regresaran a un lugar de Nueva Zelanda diferente de aquél en el que vivían previamente, a fin de evitar el peligro a manos del padre solicitante.¹⁶⁸

Elisa Pérez Vera, al respecto, señala que hay que interpretar que el silencio del convenio permite que las autoridades del Estado de refugio devuelvan al menor directamente al demandante, con independencia del lugar de su residencia actual.¹⁶⁹

Lo cierto es que el artículo 18 de la Convención de La Haya de 1980 permite observar normas que dispersan un abanico para que amplíe las facultades de una autoridad judicial o administrativa, para ordenar, en su caso, que así proceda la restitución de un menor independientemente de la temporalidad o el lugar, tal como afirma Pérez Vera: “En efecto, esta norma viene a autorizar a las autoridades competentes para que ordenen el retorno del menor amparándose en otras disposiciones más favorables a tal fin.”¹⁷⁰

En conclusión, la precisión de los conceptos permitirá comprender en su significación correcta las figuras de instituciones que convergen en una problemática de sustracción o retención ilícita de menores, al

¹⁶⁷ *Australia-Murray vs. Director, Family Services* [1993] FLC 92-416. INCADAT: HC/E/AU 113, <https://www.incadat.com/es/case/113>

¹⁶⁸ *Ibidem*, ir a comentarios, lugar de restitución.

¹⁶⁹ *cfr.* Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, *cit.*, párrafo 110, p. 32.

¹⁷⁰ *Ídem*.

incidir en la posibilidad de enfocar los principios y razones de las estructuras jurídicas internacionales y el radio de protección de las niñas, niños y adolescentes, en un esfuerzo de cooperación trasnacional de los Estados para enfrentar una problemática de gran sensibilidad y de interés público.

MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

1. Sistema convencional ante la sustracción internacional de menores

Como se ha señalado con antelación, los conflictos familiares en la actualidad pueden disgregar sus efectos a muchos kilómetros de distancia, con dispersión de los núcleos que conforman a las familias. Lo anterior hace que como refiere Alfonso Luis Calvo Caravaca, en el objeto del Derecho internacional privado las situaciones privadas internacionales presentan caracteres hasta ahora desconocidos. Dicho cambio sustancial de las situaciones privadas internacionales supone que la globalización es el estudio más elevado de la internacionalización de la vida de las personas.¹⁷¹

Por lo anterior, esta circunstancia puede trastocar, por un acto que trasciende su derecho humano de libertad en su persona, el núcleo “duro” de formación del ser humano que el entorno de su residencia habitual le proporciona, donde se forma con las directrices de una cultura y tradición dados, que le confieren identidad y personalidad consigo mismo y con los demás.

Ante dichos retos transfronterizos, los cuales implican un compromiso de los Estados más allá de sus sistemas legales domésticos, se consolidan esfuerzos internacionales para abordar una de las situaciones más complejas que enfrenta una familia: la sustracción o retención de un niño, una niña o un adolescente. Se trata de una situación que, además, transgrede la psique de los infantes involucrados, creándoles serios problemas sociales, de integración y de pertenencia.

¹⁷¹ Calvo Caravaca, Alfonso Luis, *et. al.*, “Globalización, secuestro internacional de menores y convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980), *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 2, 2003, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, p. 166.

Al efecto, se han detectado, como indica Mariana Herz, síntomas de estrés, ansiedad, pérdida de confianza en sus padres y en el sistema legal, baja autoestima, depresión, dificultades para involucrarse en relaciones personales, problemas de aprendizaje y de conducta, perturbación al sueño, hostilidad hacia la nacionalidad y hacia las cosas asociadas con el sustractor.¹⁷² Tales estragos no se circunscriben al presente del infante, sino que redundan en perjuicio de una sociedad sana. Otros estudios coinciden en que “los efectos no solo son perturbadores del normal desarrollo de la personalidad, sino de larga duración, ya que tienden a prologarse sobre su vida adulta.”¹⁷³

El número recurrente de casos en los que se presenta esta problemática, quizá es prueba de que lo anterior no es considerado por las personas que ejecutan la conducta de la retención o traslado ilícito de los infantes, y privilegian sus propios intereses.

No son pocos los casos en los que se procede con total conciencia, en el intento de lograr ventaja en la obtención de la custodia. Montón García considera que “(...) en muchas ocasiones la razón de este comportamiento no es sólo conseguir la tenencia del menor, sino buscar una vía de hecho para producir situaciones artificiales de competencia judicial internacional, con la intención de obtener la custodia de aquel en el lugar en el que ha sido desplazado o retenido ilícitamente.”¹⁷⁴

En este sentido, cuando el “secuestrador” busca protección de normas jurídicas que resulten más afines a su intención, está vinculándose con circunstancias nacionalistas, de donde puede interpretarse que el Estado refugio termina participando también en ese conflicto de intereses.

Por otra parte, se ha tratado de evitar criterios como la nacionalidad o la cultura de un Estado a otro como marco de decisión, toda vez que pueden surgir escenarios poco afortunados, limitando o impidiendo la cooperación de los esfuerzos internacionales en los asuntos de traslado o retención ilícita de un infante.

¹⁷² *cfr.* Herz, Mariana, “Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las convenciones sobre restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, España, 2008, p. 3.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 2.

¹⁷⁴ *cfr.* Montón García, Mar, *op. cit.*, p. 44.

Así, antes de la entrada en vigor de los convenios, las gestiones en problemáticas de desplazamientos ilícitos de infantes se efectuaron en muchos países por medio de gestiones extrajudiciales, incluso por vía diplomática.

Sin embargo, dichos procedimientos no lograban un objetivo cierto, pues no contaban con un compromiso que ofreciera seguridad jurídica para proteger los lazos de identidad de un menor; lo cual fue motivo de conciencia de la coordinación internacional para buscar soluciones más eficaces en la protección de menores. En palabras de Montón García, esta problemática

Comienza a calar en la opinión internacional a raíz esencialmente de una sentencia del Tribunal Internacional de Justicia (caso Bolll del 28 de noviembre de 1958), en la que se decide sobre la aplicación o no a un supuesto concreto del Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902, cuyo objetivo esencial era la protección de la tutela de los menores en el ámbito del derecho internacional privado (*omissis*) con esta resolución se abre camino a la que comienza a considerarse necesidad perentoria en la protección internacional de los menores y da pie al convenio del 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores.¹⁷⁵

Este antecedente abrió la puerta para que otros convenios, en busca de la protección de los infantes, se consolidaran. En la misma tesitura se han pronunciado otros investigadores del tema, como es el caso de Uriondo de Martinoli, quien señala que los “organismos de codificación de distinto ámbito se han ocupado de reglamentar aquellas situaciones en las que la persona del menor necesita ser protegida en sus derechos fundamentales, esto es, la estabilidad de su entorno familiar y el derecho a mantener contacto personal con ambos progenitores”.¹⁷⁶

La Convención base internacional en la protección infantil es la Convención sobre los Derechos del Niño, toda vez que establece los valores y principios de derechos humanos y fundamentales que les son

¹⁷⁵ *Ibidem*, pp. 48-49.

¹⁷⁶ Uriondo de Martinoli, Amalia *et. al.*, “Los claroscuros de la aplicación de las convenciones sobre restitución internacional de menores”, *Revistas de la Universidad Nacional de Córdoba*, vol. II, núm. 2, Talleres Gráficos de La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 2.

inherentes en cuanto a su vida, integridad, situaciones especiales, y su dignidad humana, por ello se analizará su estructura básica.

2. Convención sobre los Derechos del Niño

2.1. *Protección de la familia y de los derechos del infante*

Entre los instrumentos internacionales de protección a los infantes, se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño. Tal como lo preceptúa en su artículo 3°, esta Convención reglamenta el interés superior del niño como principio primordial en la resolución de medidas concernientes a los infantes, tomadas no solo por instituciones públicas, sino también privadas, así como autoridades en cualquier ámbito de poder.

El fin primordial de esta Convención consiste en proteger en forma central a la familia, en tanto constituye la base de las sociedades, en el contexto de preparación y formación de la persona en su proyección con relaciones futuras. En tal orden de ideas, se expresa en el preámbulo de dicha Convención que “...la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.¹⁷⁷

Luego entonces, en virtud de que la Convención sobre los Derechos del Niño identifica a la familia como el núcleo de protección de la persona en cuanto a su desarrollo, se declara resuelta a protegerla, ya que justo por medio de ella —la familia—, se transmiten a las generaciones su esencia de ser y su comprensión del mundo.

En este orden de ideas, la protección a la familia, a los niños y a los adolescentes, puede proyectarse por medio de la directriz de los derechos humanos y fundamentales —la vida, la libertad, la igualdad, etcétera—; y en esta misma dirección existen esfuerzos internacionales para que dicha protección sea armoniosa.

¹⁷⁷ *Preámbulo*, Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño es precisamente el instrumento que hace posible a otros acuerdos revolucionar sus objetivos específicos, pues se apropia de los principios generales que consagra en materia de protección de los infantes.

En síntesis, el instrumento reconoce los derechos iguales e inalienables del menor, los cuales han sido encomendados a las autoridades nacionales para la consecución de esta idea, adecuando las leyes estatales y promoviendo la cooperación internacional.¹⁷⁸

A lo largo de sus 54 artículos, la Convención traza precisamente principios que reconocen en toda su dignidad humana al niño, niña y adolescente en un plano de igualdad, sin discriminación de raza, color, sexo, idioma o religión; tal como se desprende de su artículo 2°. Estos principios obligan a las instituciones públicas o privadas a considerar el interés superior en todas las medidas concernientes a este grupo vulnerable, según se establece en el artículo 3° de dicho cuerpo normativo.

Estos principios asentados en la Convención, son, por tanto, parámetros referenciales que deben considerar los sistemas jurídicos internacionales y domésticos, en virtud de que los artículos mencionados —2° y 3°— también privilegian otros derechos fundamentales de los infantes, como la vida y el derecho a la identidad, los cuales también adquieren relevancia en los artículos 7° y 8°; mientras que el artículo 9° establece los derechos del infante en el sentido de no ser separado en contra de su voluntad de sus progenitores, y de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, a no ser que le resulte perjudicial.

Del estudio de los factores que se desencadenan en la problemática relativa a la sustracción de menores y otros conflictos transfronterizos, se originó la llamada *familia internacional*, con base en elementos como la nacionalidad de sus miembros, el lugar de residencia habitual, domicilio y otros puntos, provocando la aparición de situaciones cuya naturaleza implica y hace necesario recurrir a las disposiciones del Derecho Internacional Privado, con el objeto de solucionarlos.¹⁷⁹

¹⁷⁸ *cfr.* Dreyzin de Klor, Adriana, *op. cit.*, p. 58.

¹⁷⁹ Seoane de Chiodi, María del Carmen, “La sustracción internacional de menores por sus propios padres”, en Bonasso, Alejandro, *Programa interamericano de*

2.2. *Protección en materia de sustracción internacional de menores*

Además de los principios de identidad y contacto personal de los hijos con sus progenitores —a menos que sea contrario al interés superior del infante—, la Convención sobre los Derechos del Niño prevé también una directriz específica de protección ante el embate que pueda enfrentar una familia en los casos de sustracción o retención ilícita:

Artículo 11:

1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.
2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

Este principio también encuentra su fuente primordial en el interés superior del infante, pues lo privilegia “no sólo en la consecuencia del trato familiar más beneficioso, sino en evitar que llegue a convertir [se] en algo que puede trasladarse de un lugar a otro como una simple mercancía.”¹⁸⁰

De esta forma, por medio de los convenios, los esfuerzos internacionales se concentraron en una cooperación que proyectara una visión de valores y principios que consagra la formación del ser humano en su entorno habitual como matriz para nutrirlo de cultura y tradición, de contacto social y vínculos afectivos, los cuales le permiten ser identificado ante sí mismo y ante otros como un ser único e irrepetible. En palabras de Montón García, “el interés del menor sirve (*omissis*) de base a las Convenciones Internacionales con las que ha pretendido salirse al paso de ese fenómeno conocido como —secuestro internacional de menores— (técnicamente, se denomina *legal kidnapping*)”.¹⁸¹

Como es evidente, este esfuerzo ya no implica únicamente a los sistemas jurídicos de cada Estado, sino a una visión internacional de la

cooperación... op. cit., p. 92.

¹⁸⁰ Montón García, Mar, *op. cit.*, p. 54.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 55.

problemática que traspasa fronteras, donde “el carácter internacional resulta de una situación de hecho, es decir de la dispersión de los miembros de una familia por distintos países.”¹⁸²

Entre las Convenciones que reflejan ese esfuerzo internacional, la más aplicada en México es la de La Haya de 1980, con la cual se retoman los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Se vincula a la Convención sobre los Derechos del Niño para proyectar, en una protección específica de salvaguarda, el interés superior del menor, traducido en el respeto de su hábitat e identidad y familia.

En este sentido de vinculación entre Convenciones, el Informe de La Haya—Países bajos, 28 de noviembre a 3 de diciembre de 2005—se pronunció en sus conclusiones y recomendaciones respecto de los derechos del niño; en el punto 8, precisa que, en relación con “la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989 (*omissis*) al aplicar el Convenio de La Haya de 1980, los jueces deben recordar que ésta sirve como un instrumento para dar efectividad a dichos principios”.¹⁸³

3. Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores

3.1. Clasificación y proyección del Convenio

Dicho Convenio fue adoptado en sesión plenaria celebrada el 24 de octubre de 1980, en el décimocuarto período de sesiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, por unanimidad de los Estados presentes, según consta en el párrafo 1 del Informe Explicativo de Elisa Pérez Vera.¹⁸⁴

En su carácter internacional, el Convenio se observa en Estados con sistemas jurídicos de corte romanista y también con sistemas

¹⁸² Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, cit., párrafo 56, p. 15.

¹⁸³ Informe de La Haya, Países Bajos, 28 de noviembre-diciembre 2005, Conclusiones y recomendaciones, *Boletín de los Jueces*, t. XI, 2006, p. 58, http://www.hccb.net/index_es.php?act=publications.listing&sub=5

¹⁸⁴ Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, cit., p. 1.

jurídicos de *common law*. La vinculación de ambos sistemas se logra con base en los principios de los derechos humanos y fundamentales que se protegen en común, independientemente del sistema adoptado; Jacques Chamberland, sobre el particular, señala:

El papel que juega la ley hoy en día y la importancia del derecho comunitario tienden a acercar los métodos usados en los dos sistemas. El estado de Derecho (*omissis*) tiende más y más a ser concebido en los países de *common law* tal como lo es en los países de tradición romano-germánica. Respecto al fondo, soluciones muy cercanas entre ellas, inspiradas por una misma idea de justicia, fundamentan a menudo las cuestiones de derecho aquí y allá.¹⁸⁵

Por ello, los principios que se protegen a través de un acuerdo internacional son congruentes con diferentes sistemas jurídicos, en este caso en busca de la protección superior del infante traducido en el respeto a su entorno habitual.

Ahora bien, ha quedado claro que el Convenio de La Haya de 1980 es un acuerdo de voluntades entre los Estados contratantes, el cual busca coordinar recursos de cooperación internacional, cuya base fundamental para su adecuado funcionamiento apela a la confianza y los principios en común. Su eficacia y eficiencia han sido demostradas por la cantidad de países que se encuentran vinculados a la obligatoriedad de su cumplimiento.

Así, de acuerdo con la última actualización del 2 de agosto de 2017 (2-VIII-2017), el número de Partes contratantes del Convenio refiere 100 Estados, según datos del sitio oficial de la Conferencia de La Haya (HCCH).¹⁸⁶ Ello ofrece una plataforma instrumental y sustancial que marca directrices de compromiso y certidumbre en la actuación a aplicar en los casos de sustracción o retención ilícita de menores, con independencia de que existan dificultades de interpretación en su aplicación y se requiera la articulación de otros convenios para potencializar de este modo sus objetivos. Lo cierto es que en su

¹⁸⁵ Chamberland, Jacques, “25 años después, el punto de vista del derecho romanista”, en *Enfoque especial, el Convenio de La Haya de 1980, Sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores, 25 años I* (trad. de la Oficina Permanente en Boletín de los Jueces), t. XI, 2006, p. 8.

¹⁸⁶ <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>

aplicación se observa la posibilidad de un éxito mayor en comparación con aquellos Estados que no cuentan con un instrumento de esta naturaleza.

La prueba más palpable de ello se encuentra precisamente en las dificultades que surgen para el retorno del menor cuando la sustracción se produce hacia terceros Estados en los que no se encuentra vigente ningún instrumento convencional; supuestos en los que resulta necesario acudir a las vías diplomáticas y consulares con escasas garantías de éxito para obtener la restitución del menor.¹⁸⁷

En este contexto existe un cuerpo normativo procesal que tiene como fin orientar la praxis de este acuerdo de voluntades internacional, así como otros de su clase: la Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños.

Dicha Ley, desarrollada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya en el contexto de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño, representa un esfuerzo que busca delinear las directrices procesales más acordes con los fines de cooperación y colaboración internacional de los Estados en materia de sustracción y retención internacional de niños.¹⁸⁸

Así, dicho cuerpo normativo funge como un criterio orientador de gran calado en la problemática de estudio. Tiene como eje el interés superior del infante, traducido a su derecho de no ser trasladado y retenido ilícitamente, y legisla que se dilucide ante el juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre la guarda y custodia de los menores y el contacto fluido con ambos progenitores y sus familias. También norma la obtención de una rápida resolución en la solicitud de restitución o de visita internacional, tal como se contempla en su artículo 2°. Por ello es importante su consideración en los sistemas jurídicos domésticos e internacionales.

¹⁸⁷ Jiménez Blanco, Pilar, *Litigios sobre la custodia y sustracción Internacional de Menores*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 35.

¹⁸⁸ *cfr.* Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños, presentada en Buenos Aires, *Seminario sobre Sustracción Internacional de Niños*, organizado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el 14 de octubre 2008; en la Ciudad de Ottawa, Canadá Oficina Permanente de La Haya, www.hcch.net/upload/iap28ml_s.pdf

Como es posible apreciar, los objetivos de la Ley Modelo sobre normas procesales de cita dan cause a la finalidad operativa de la Convención de La Haya de 1980 y la Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores de 1989.

Por otra parte, la Convención de La Haya de 1980 traza objetivos específicos y no profundiza en soluciones de fondo de custodia o convivencia, excepto las hipótesis que sitúa el artículo 16 de la propia Convención, del cual se desprende lo siguiente:

Artículo 16. Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el Artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Contratante adonde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio.

En esta tesitura, en primera instancia se preserva el derecho de decidir sobre la custodia de fondo, al juez donde el menor tenía su eje de vida, en razón a su residencia habitual. Tal directriz, como refiere Mónica Sifuentes, parte del presupuesto de que el juez o la autoridad local dispone de mejores medios para reunir pruebas y evaluar cuál de los dos padres deberá quedarse con el menor, puesto que en aquel lugar el menor tenía su vida, su círculo de amigos, su escuela, sus vecinos, esto es, el centro de sus actividades.¹⁸⁹

Lo anterior emana de una idea central de respeto, anteponiendo que cuando las personas deciden realizar una vida en común, el principal elemento que debe vincularlas es su reconocimiento en igualdad de circunstancias como personas. Esta situación cobra fuerza en los casos en que se procrean hijos; en tal virtud, si el desarrollo de esa unión se ha proyectado en un lugar determinado donde los integrantes del núcleo se nutren día con día de una cultura, tradiciones y relaciones con las personas, los lugares del Estado donde se encuentran, es contrario a la dignidad humana que uno de sus

¹⁸⁹ *cfr.* Sifuentes, Mónica, “Cuestión de fondo acerca de los derechos de custodia artículo 16 del Convenio de La Haya”, *en* Lázaro Tenorio Godínez, *op. cit.*, p. 38.

integrantes, al enfrentar un conflicto o por intereses personales, decida unilateralmente —incluso con apoyo de personas que estén de acuerdo— desgarrar el núcleo donde se hallan el otro progenitor y los hijos, y pretender instalarse en un lugar diverso que considera conveniente para sus propósitos y donde sus hijos deben adecuarse al nuevo ambiente que, por obvias razones, no les es familiar. Actuar así sin considerar o importar el plano de igualdad que en su carácter humano tienen todos los integrantes del núcleo familiar en decisiones de tal trascendencia, provoca, sin duda alguna, un conflicto de amplia envergadura.

En esta misma línea argumentativa se determina que las autoridades judiciales o administrativas del lugar de residencia del menor son quienes deben resolver el trasfondo de las problemáticas de familia, porque es necesario restituir primero la situación natural del núcleo antes de la transgresión del sustractor, para que en ese enclave pueda proyectarse lo más conveniente al interés superior de los infantes en un plano de igualdad procesal; pero sobre todo en un plano de igualdad en el reconocimiento de los integrantes como seres humanos de decidir o someterse a las leyes que en derecho les corresponden en igualdad de circunstancias.

Por tanto, no entrar al fondo de la problemática de custodia y visita “es una regla de *competencia judicial internacional negativa* [pues] impide conocer.”¹⁹⁰ Esta regla es armónica en cause procesal, como se plantea por el artículo 1° de la Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de convenios sobre sustracción internacional de niños.

La hipótesis del artículo 16 de la Convención de La Haya de 1980 también define líneas específicas de protección al niño, cuando, con base en una resolución, el Estado requerido determina la no factibilidad del retorno de un infante al no poder dejarlo en una situación sin resolver. En tales condiciones, el Estado debe pronunciarse de fondo sobre la cuestión de custodia. De igual manera, cuando ha transcurrido un tiempo razonable sin que se presente una solicitud sobre el convenio, también se debe pronunciar la autoridad del lugar, donde se encuentre el infante, en términos del numeral citado.

¹⁹⁰ *cfr.* Calvo Caravaca, Alfonso Luis, *et. al., op. cit.*, p. 177.

En efecto, es totalmente lógico prever que la obligación desaparece en cuanto se comprueba que las condiciones para el retorno del menor no se cumplen, ya sea porque las partes han llegado a un acuerdo amistoso o porque procede estimar una de las excepciones previstas en los artículos 13 y 20. Además, en tales casos, la resolución respecto al fondo del derecho de custodia resolverá el litigio de forma definitiva.¹⁹¹

Así, el segundo supuesto del artículo 16 de la Convención establece un periodo de tiempo razonable, sin especificar sobre qué parámetro puede considerarse dicha razonabilidad.

De acuerdo con la investigadora Pérez Vera, ello puede traer como consecuencia la adopción de una resolución antes del vencimiento del plazo de un año, tal como lo prevé el artículo 12, en su apartado primero. Se trata de una hipótesis —contemplada en el artículo 17— que refleja el trabajo de las comisiones, donde “prevalece la obligación de devolver al menor sobre cualquier otra solución relativa a la custodia, dictada o susceptible de ser reconocida en el Estado requerido.”¹⁹²

Ahora bien, con independencia de la posibilidad antes estudiada, de analizar la guarda y custodia de fondo de manera restringida en las dos posibilidades, lo cierto es que el convenio tiene objetivos específicos, señalados en su primer artículo.

Para Blanca Gómez Bengoechea, la manera en que estos objetivos están formulados y su amplio número de ratificaciones, hacen que aun cuando este convenio no es el único en esta materia, sí es cada vez más conocido y es el más utilizado en la práctica.¹⁹³

El instrumento internacional de estudio debe subsistir en concordancia con los sistemas jurídicos de los Estados contratantes, en los casos concretos y con otros ordenamientos internacionales, según lo señala el artículo 34 de dicho cuerpo reglamentario. Sin embargo, dados los objetivos de su trazo “(...) trata de dar una solución urgente para evitar que se consolide la situación creada a partir de un traslado ilícito (*omissis*) su aplicación deberá ser prioritaria respecto a la de los textos convencionales que traten sobre el fondo”.¹⁹⁴

¹⁹¹ Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, *op. cit.*, párrafo 121, p. 35.

¹⁹² *Ibidem*, párrafo 122, p. 35.

¹⁹³ *cf.* Gómez Bengoechea, Blanca, *op. cit.*, p. 39.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 48.

En cuanto a su naturaleza, se traza como un acuerdo de colaboración y, de acuerdo con Pérez Vera “(...) no se trata de un convenio relativo a la ley aplicable a la custodia de los menores (*omissis*) tampoco es un tratado sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de custodia y (*omissis*)”.¹⁹⁵

Asimismo consagra los principios que fueron inspiración para su estructura y que reflejan los valores de una sociedad, más allá de las fronteras que aborda la problemática de la sustracción internacional de menores, dado que hay países que afrontan una serie de complicaciones, inspirados en principios de corte fundamental vinculantes. Afirma Jacques Chamberland “(...) en Quebec, la ley que implementa el Convenio establece que la solicitud de restitución es considerada y tratada como una solicitud de *habeas corpus*, es decir como [si] se tratara de un caso donde estuviera en juego la libertad del niño, por lo tanto esta solicitud tiene —prelación sobre todas las otras— tanto en primera instancia como en apelación”.¹⁹⁶

Se trata también de un convenio entre partes, lo cual aplica en la vinculación para estudios de casos donde los Estados de residencia habitual y de refugio deben pertenecer a la adhesión del acuerdo internacional. Por tanto, en palabras de Gómez Bengoechea, se trata de un convenio *semi abierto*. Cualquier Estado puede suscribirlo sin necesidad de formar parte de la Conferencia de La Haya, pero su adhesión sólo surtirá efecto entre el Estado adherido y los que hayan aceptado su adhesión.¹⁹⁷

3.2. Objetivos

Con base en lo anterior, puede afirmarse que su arquitectura es substancial e instrumental. Es instrumental porque busca establecer trazos circunstanciales de competencia y jurisdicción que proyecten los principios que tratan de salvaguardar la identidad y el interés superior de los infantes relacionados íntimamente con su residencia habitual, ante situaciones *de facto* en tensión de intereses; ello con el propósito de perfilar nuevas circunstancias ante una sustracción o retención de

¹⁹⁵ *cfr.* Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, *cit.*, párrafo 36, p. 9.

¹⁹⁶ Chamberland, Jacques, *op. cit.*, p. 9.

¹⁹⁷ *cfr.* Gómez Bengoechea, Blanca, *op. cit.*, p. 48.

infantes y ante la necesidad de salvaguardar los principios de protección de los niños, niñas y adolescentes.

En el marco de relaciones internacionales, el Convenio establece su línea de acción al advertir que la persona o institución que despliega una conducta de sustracción o retención de un infante, busca proteger situaciones de hecho y jurídicas, de acuerdo con sus intenciones y decisiones; ante ello, se recurre al Convenio para evitar que ese fin se estructure con efectos mediatos, como medida preventiva para futuras acciones, e inmediatos, en el caso concreto de solución.

A. *Medidas de prevención*

Respecto de los efectos mediatos, como medida preventiva, es fundamental tomar en cuenta que el trabajo práctico en la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 ha permeado ciertas problemáticas documentadas en las diferentes comisiones de trabajo que, entre otros resultados, han originado las *Guías de buenas prácticas*. Parte de dichas guías está dedicada a las medidas de prevención, las cuales dan pauta a un análisis importante de abordar antes de entrar a la estructura y función del acuerdo internacional de estudio. De acuerdo con ellas “queda claro del Informe Explicativo que no se previó que el Convenio fuese exclusivamente, un instrumento de reacción, proporcionando una solución cuando se produce una sustracción, sino también, y quizás de una forma predominante, la existencia del Convenio se dirigía a prevenir la sustracción.”¹⁹⁸

Del mismo modo que ocurre en otras áreas de las ciencias —la medicina, la sociología, la psicología, etcétera—, la mejor medida para contrarrestar un problema es la prevención; razón por la cual, dentro de estas medidas, se puntualizó la importancia de crear un entorno legal que reduzca el riesgo de sustracción, donde los Estados parte deben adecuar su derecho doméstico al esfuerzo internacional de cita.

En la guía queda clara la importancia de implementar leyes o procedimientos administrativos que regulen el traslado transfronterizo

¹⁹⁸ *cfr.* Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Guía de Buenas Prácticas*, Parte III. Medidas preventivas, [¿https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/? pid=3639](https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=3639)

de menores y la emisión y el uso de documentación de viaje. También se ha considerado el beneficio de poder articular otros instrumentos internacionales con la finalidad de dar estructura procesal a los objetivos del convenio. Por otra parte, también se incentivaron los acuerdos bilaterales en relación con Estados no contratantes.

En el punto 1.2, de la Guía de medidas de prevención, sobre ley interna y procedimiento, se abordaron disposiciones relativas a los sistemas estatales en cuanto a la prohibición o condicionamiento al desplazamiento de un niño de una jurisdicción. Por ejemplo, la obligación de presentar necesaria documentación de viaje para entrar o salir de un Estado, el consentimiento parental antes de que se permita a un niño abandonar una determinada jurisdicción y la existencia de control de fronteras, se singularizaron como medidas útiles en la prevención; y se han sugerido formularios estándar que puedan utilizarse para unificar criterios de los Estados contratantes.

B. *Objetivos específicos*

Así, además del objetivo mediato de la observación del Convenio sobre Prevención, su objetivo inmediato es la solución de la problemática planteada, así como mantener el *status quo*, que a continuación se explica.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido en los amparos directos en revisión 903/2014, 1318/2014, 1564/2015, 4102/2015 y 5669/2015, que dicho tratado internacional tiene como propósito luchar contra la sustracción internacional de las niñas y los niños que encontrándose bajo la responsabilidad de una persona que ejerce sobre ella o él un derecho legítimo de custodia, se sustraen por otra persona ilícitamente del entorno familiar y social en que desarrollan su vida; dicha persona aunque forme parte de su núcleo familiar, tratará de obtener la custodia legal o material del mismo en el país al que lo ha trasladado, ya sea tratando de legalizar la situación ilícita que de hecho se ha creado con esa sustracción.¹⁹⁹

¹⁹⁹ Cfr. Amparo directo en revisión 9/2016 relacionado con la Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 243/2015. Ejecutoria emitida el 6 de septiembre de 2017, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 44 y 45.

a) Status quo

En este contexto, la finalidad es restablecer la situación fáctica y jurídica en que se encontraba el infante antes de su traslado o retención ilícita, y es objetivo primordial de la Convención de análisis.

Medida que de acuerdo con la interpretación del Convenio salvaguarda que el Estado refugio no sea el que dictamine sobre el fondo de problemáticas de guarda y custodia y de visitas, al no encontrarse situado por igualdad de circunstancias primigenias de competencia, en relación con los interesados; por tanto, dicho acto se reserve para ser resuelto por la autoridad competente del Estado donde el menor tenía su residencia habitual.

Esta medida respeta el derecho a la dignidad humana de todos los integrantes del núcleo familiar involucrados, al colocarlos en una situación de igualdad en la que se encontraban antes del acto de sustracción o retención ilícitas, en directrices sociales y jurídicas. Lo cual implica, en materia jurisdiccional, que “los criterios de competencia que eran operativos antes del traslado ilícito deben seguir siéndolo a pesar de que éste se haya producido.”²⁰⁰

Ello obedece a la acción del convenio de no permitir que se alteren dichos criterios de competencia ante una acción arbitraria de alguno de los integrantes del núcleo familiar que, por lo general, es uno de los progenitores de los infantes. Gómez Bengoechea señala que con esta medida se trata de privar de efectos prácticos y jurídicos a la acción del sustractor, tratando de disuadirle, ya que lo que pretende es que su acción sea legalizada por las autoridades del Estado de refugio.²⁰¹

Este objetivo se delinea en el primer artículo del Convenio de análisis, que a la letra dice:

Artículo 1. La finalidad del presente Convenio será la siguiente:

a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;

b) Velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

²⁰⁰ Jiménez Blanco, Pilar, *op. cit.*, p. 11.

²⁰¹ *cf.* Gómez Bengoechea, Blanca, *op. cit.* p. 40.

Por su parte, el artículo 12 de la Convención, como se ha señalado, establece la estructura jurídica que delinea las directrices a las autoridades de los Estados implicados en los casos de sustracción y retención ilícita de menores, en virtud de la cual quedan constreñidas a actuar en la restitución de los infantes a su residencia habitual.

La anterior es una interpretación que debe realizarse desde una perspectiva temporal sobre la solicitud de restitución anterior o posterior a un año, analizando circunstancias de inicio, plazo y conclusión del término para poder resolver con atingencia, tal como lo expusimos en extenso en el capítulo anterior.

Sin embargo, es importante precisar que la temporalidad señalada es una vertiente que se configuró con la finalidad de comprender, en términos entendibles, el concepto de integración al que se encuentra constreñido el retorno o no de un menor después de un año en que se produjo el traslado o retención ilícitos, como lo precisa en su informe Elisa Pérez Vera. Sobre el particular, explica que “las dificultades que encuentra cualquier intento de traducir el criterio de la integración del menor en una norma objetiva han llevado a la fijación de un plazo, tal vez arbitrario, pero que constituye la respuesta ‘menos mala’ a las preocupaciones expresadas en este punto.”²⁰²

La cita anterior contempla dos hipótesis: una previa, al transcurso de un año; y otra, posterior al transcurso de dicho año. En este segundo supuesto, también se ordena la restitución del menor, salvo que se demuestre que este ha quedado integrado a su nuevo ambiente. Como puede apreciarse, la obligación queda sujeta a una condición resolutoria, donde al probarse por quien hace valer la excepción el extremo de la integración, se resuelve la obligación de la restitución, con lo cual las cosas vuelven al estado que tenía, como si esa obligación de restituir al menor no hubiera existido.

Lo anterior significa que hace nugatoria la obligación de restitución que contempla el Convenio de La Haya, ante la procedencia de la excepción; ello, con independencia de que el año de referencia debe ser interpretado en un contexto de orientación de criterio, porque, en todo caso, si el interés superior del menor sugiere que aún después de un año es conveniente la restitución, ésta puede efectuarse de acuerdo con lo

²⁰² Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, *op. cit.*, p. 31.

establecido por el artículo 18 de la propia Convención. En este artículo no se constriñen las posibilidades para que un Estado pueda optar por la restitución cuando lo considere pertinente; incluso el artículo 36 permite a dos o más Estados contratantes acordar la derogación de algunas disposiciones del convenio que originen restricciones.

Con base en lo anterior, es posible afirmar que no debe resolverse en forma dogmática lo señalado en el artículo de estudio, aun cuando en la práctica existen países que se apegan a la literalidad de texto.

De acuerdo con Gómez Bengoechea, tal es el caso de Alemania, donde una vez que ha transcurrido el plazo de un año, se presume la integración del menor, salvo que se demuestre lo contrario.²⁰³

En su artículo 11, la Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños establece el procedimiento, una vez presentada la demanda o solicitud de restitución, la cual marcará la fecha de inicio para los efectos establecidos en el artículo 12, incisos 1° y 2° de la Convención de La Haya de 1980 y 14 de la Convención Interamericana de 1989, aludiendo que este criterio determina fechas claras que pueden ser atendidas por los Estados contratantes.²⁰⁴

En el mismo sentido, el artículo 18.3 de esta Ley Modelo observa la integración de un menor a un nuevo ambiente. Sin embargo, se encuentra a la vanguardia al precisar que, si a juicio del juez la permanencia en este nuevo ambiente resulta favorable a su prioritario interés, debe observarse dicha integración; en caso contrario, siempre podrá ordenarse la restitución, aludiendo al artículo 18 de la Convención de La Haya de 1980 y 17 de la Convención Interamericana de 1989.

De esta forma, ya no se trata de un criterio de aplicación absoluta, y se vincula al interés superior del menor desde el punto de vista de la ley de análisis; incluso cuando los Estados deben trabajar con la

²⁰³ *cfr.* Gómez Bengoechea, Blanca, *op. cit.*, p. 114.

²⁰⁴ *cfr.* Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños, presentada en Buenos Aires, *Seminario sobre Sustracción Internacional de Niños*, organizado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el 14 de octubre 2008; en la Ciudad de Ottawa, Canadá Oficina Permanente de La Haya, www.hcch.net/upload/iap28ml_s.pdf

finalidad de que la interpretación del Convenio se formule en apego al interés superior del menor y no en trazos dogmáticos.

Un ejemplo paradigmático sobre esta temática es el del Reino Unido-Inglaterra y Gales, Caso: Re N. (Minors) (Abduction) [1991]: “En este caso se sostuvo que la integración es mucho más que la mera adaptación al entorno. Implica un elemento físico de estar relacionado con una comunidad y un entorno y de estar establecido en ellos. También tiene un componente emocional que denota seguridad y estabilidad.”²⁰⁵

En la práctica, de acuerdo con lo resuelto por los Estados contratantes, observamos que “no ha surgido interpretación uniforme alguna relativa al concepto de integración; en particular si se debiera interpretar literalmente o, en cambio, de conformidad con los objetivos de política del Convenio. En las jurisdicciones que favorecen el último enfoque, la carga de la prueba sobre el sustractor es claramente mayor y es más difícil establecer la excepción.”²⁰⁶

El carácter ilícito en la sustracción y retención, que determina el artículo 3 del Convenio de estudio, ha sido ya ampliamente abordado en el capítulo precedente, en relación con las fuentes de la guarda y custodia a considerar bajo la protección de su estructura y la efectividad de dichos derechos, que son la columna de acción sobre las situaciones protegidas por el Convenio.

De este modo, las relaciones internacionales que se observan desde esta perspectiva, se basan “en un doble elemento: *primo*, la existencia de un derecho de custodia atribuido por el Estado de la residencia habitual del menor; *secundo*, el ejercicio efectivo de dicha custodia, antes del traslado”.²⁰⁷

b) Respeto de los derechos de custodia y visita

En cuanto al segundo objetivo de la Convención, vinculante al artículo primero, con relación a respetar el derecho de custodia, entendido como el de cuidado, así como de contacto, se plantea de

²⁰⁵ Re N (Minors) (Abduction) [1991] 1 FLR 413. INCADAT: HC/E/UKe106, <https://www.incadat.com/en/case/106> Ídem.

²⁰⁶ Ídem.

²⁰⁷ Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, cit., párrafo 64, p. 17.

acuerdo con los principios consagrados en las normas de los sistemas internos de los Estados. Blanca Bengoechea en lo substancial señala que lo que lleva a la devolución del menor al lugar en que residía y en el que sus derechos venían ejerciéndose, es el respeto a los derechos de guarda establecidos.²⁰⁸

El radio de respeto a que alude el artículo primero del Convenio resulta limitativo, toda vez que, en palabras de Elisa Pérez Vera, el Convenio no precisa los medios que cada Estado debe emplear para hacer respetar el derecho de custodia existente en otro Estado contratante, con excepción de la protección indirecta que conlleva la obligación de devolver el menor a la persona que tenía su custodia, el respeto del derecho de custodia escapa casi por completo del ámbito convencional.²⁰⁹

El principio que fluye en los fines del Convenio es el interés superior del menor. Aun cuando no se define dicho concepto, el bienestar integral de un niño, niña o adolescente, se pondera en la aplicación de un instrumento internacional que se ocupa de un acto que puede transgredir su integridad emocional y formativa, así como de identidad, como son los casos de sustracción o retención ilícita. Así, “entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés del menor está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona.”²¹⁰

Como hemos expuesto a lo largo de esta investigación, el interés superior del menor comprende la columna vertebral de este acuerdo internacional. En palabras de Pérez Vera “en efecto, no resulta arriesgado afirmar que el Convenio reposa sobre el convencimiento del que el superior interés del menor, frente a las alteraciones unilaterales de uno de sus progenitores que pueden no llegar a consolidarse o que, una vez consolidadas, pueden privarle del contacto con el otro progenitor, es el restablecimiento de la situación preexistente.”²¹¹

²⁰⁸ *cfr.* Gómez Bengoechea, Blanca, *op. cit.*, p. 40.

²⁰⁹ *cfr.* Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, *cit.*, párrafo 17, p. 4.

²¹⁰ *Ibidem*, párrafo 24, p. 6.

²¹¹ Pérez Vera, Elisa, “En el XXV Aniversario del Convenio de La Haya Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Boletín de los Jueces*, t. XI, 2006, p. 11, http://www.hccb.net/index_es.php?act=publications.listing&sub=5

Por ello, la cooperación entre autoridades centrales, judiciales y administrativas permitirá una interpretación armónica y conforme con los objetivos del convenio.

Desde luego, lo anterior va en ponderación con las excepciones, en caso de proceder; las cuales se contemplan también en el convenio de análisis, con independencia de que dicho interés se traduce también en el respeto cultural y tradicional de los infantes proporcionado en el Estado de su residencia habitual.

Por otra parte, aunque no se regula la institución del derecho de visita de fondo, en contraparte sí se trazan líneas de protección a las relaciones familiares de los niños como objetivo del acuerdo internacional de estudio.

Tales derechos se observan en el artículo 21 de la Convención, y en palabras de Elisa Pérez Vera: “la regulación del derecho de visita obedece así mismo a la preocupación por proporcionar a los niños unas relaciones familiares lo más completas posible, con el fin de favorecer un desarrollo equilibrado de su personalidad (*omissis*) el Convenio hace prevalecer claramente la idea [de] que el derecho de visita es la contrapartida natural del derecho de custodia”.²¹²

Sin embargo, la práctica ha señalado profundas problemáticas al momento de su interpretación, lo cual puede conducir a un contrasentido de los objetivos específicos del convenio, en cuanto a la restitución del menor, si no se entiende en su perfil de contexto, con la intención del acuerdo internacional, en forma sistemática. En el *Boletín de los Jueces*, Mathew Thorpe, señala, “(...) en mi jurisdicción la Corte de Apelación sostuvo en 1991 que el artículo no establecía la competencia para emitir una orden sobre derecho de visita. Los tribunales de muchas otras jurisdicciones han adoptado una interpretación más positiva.”²¹³

Al resolver esta cuestión, la tendencia de los Estados contratantes se ha dividido entre la de aquellos que resuelven en el sentido de que el artículo 21 del Convenio La Haya puede dar pie a intervenir en cuestiones de resoluciones de derecho de visita o incluso estructurar

²¹² Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, cit., párrafo 26, p. 6.

²¹³ Thorpe, Mathew, “Convenio de La Haya Sobre Sustracción de Menores, 25 años” (trad. de la oficina permanente), *Boletín de los Jueces*, t. XI, 2006, p. 7, http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.listing&sub=5

vinculaciones al efecto; y aquellos que han concluido que dicha hipótesis no da fundamento para intervenir en el derecho de visita. Sobre este particular, citamos en extenso lo señalado por el INCADAT:

El artículo 21 ha sido objeto de diversas interpretaciones. Los Estados contratantes que favorecen una interpretación literal han concluido que la disposición no brinda un fundamento jurisdiccional según el cual los Tribunales puedan intervenir en cuestiones de derecho de visita, sino que se concentra en la asistencia procesal por parte de la autoridad central pertinente. Otros Estados contratantes han permitido que se instituyan procesos sobre la base del artículo 21 a fin de hacer efectivo los derechos de visita existentes o incluso crear nuevos derechos de visita.²¹⁴

Con lo anterior resulta obligatorio advertir que aún debe trabajarse en la adecuada interpretación del artículo, a efecto de facilitar armonía en los principios del Convenio con las decisiones de los Estados contratantes, en relación con el derecho de visita.

3.3. *Titulares de la pretensión*

Por otra parte, acerca de los derechos de visita y de custodia, es importante precisar una diferencia en su ejercicio y tratamiento. En una primera instancia, al no estudiarse el fondo de estas instituciones, se visualiza desde el enfoque de la convención y sus objetivos, en cuanto al cuidado del menor y su derecho a tener contacto con sus progenitores. Por tanto, se trata, entonces, “de un concepto más restrictivo que el de ‘protección de los menores’.”²¹⁵

En otro orden de ideas y en relación con los titulares de tales derechos, existe una diferencia en su contexto. Al respecto, sobre el derecho de visita “es evidente que, por la propia naturaleza de las cosas, sus titulares siempre serán personas físicas cuya determinación dependerá de la ley aplicable a la organización de este derecho. En principio, estas personas formarán parte del círculo familiar del menor y se tratará normalmente del padre o de la madre.”²¹⁶

²¹⁴ *B. vs. B. (Minors: Enforcement of Access Abroad)* [1988] 1 All ER 652 INCADAT, <https://www.incadat.com/es/case/165>

²¹⁵ Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, cit., párrafo 84, p. 25.

²¹⁶ *Ibidem*, párrafo 79, p. 23.

En el derecho de custodia pueden ser no necesariamente personas físicas, como lo señala la literalidad del artículo 3° de la convención de estudio.

Dicha titularidad es observada y planteada como la colocación familiar en el supuesto que la ley prevé para el reclamo de un derecho y el responder de él, en su forma de legitimación activa y pasiva en la Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños.

3.4. Estructura del Convenio

En cuanto a la conformación del Convenio, Elisa Pérez expresa en su informe que su estructura se establece en un ámbito de aplicación material observada en los artículos 1, 2, 3 y 5, los cuales sientan la base firme para considerar los objetivos y requisitos y calificar la acción de sustracción o retención como ilícitas, en concordancia con el artículo 34, que vincula las relaciones con otros convenios.

3.4.1. Ámbito de aplicación espacial

El ámbito de aplicación espacial se establece en el artículo 4° del Convenio, y establece que tal acuerdo internacional únicamente se aplica entre Estados parte. De la adecuada interpretación de esta hipótesis, se desprende que tanto el Estado considerado de residencia habitual, como el de destino deben pertenecer a la vinculación obligatoria que se deriva del artículo 4° del Convenio de análisis, que a la letra dice: “El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.”

En la práctica se encuentra con frecuentes problemas y de muy diversa connotación; por ejemplo, el denominado “doble secuestro internacional”. El siguiente caso ilustra lo que aquí sostenemos:

Un niño de cinco años reside habitualmente en España y es traslado ilícitamente a Inglaterra por su madre inglesa. El padre se apersona en Inglaterra y traslada nuevamente al menor a España. El primer traslado es ilícito y el convenio es aplicable; el segundo traslado, por cuanto pueda parecer extraño, no es regulado por el convenio, pues el niño no

ha sido trasladado a un Estado parte diferente de aquel en el que tiene su residencia habitual.²¹⁷

3.4.2. *Ámbito de aplicación personal*

El artículo 4° también delinea la aplicación personal del convenio, al establecer que éste —el Convenio— dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años. Conviene señalar que la temática de la minoría de edad ya ha sido estudiada ampliamente en el capítulo anterior, así como la importancia de la opinión de los niños, niñas y adolescentes en los temas que conciernen a sus derechos.

El verdadero problema, en la cuestión del ámbito personal de aplicación del convenio, se traza sobre la circunstancia práctica en casos en que, iniciado el procedimiento, el menor cumpla los 16 años. En este punto surgen posturas diversas; algunos sostienen que debe suspenderse el procedimiento, mientras otras afirman que dicho procedimiento debe continuar: “En cuanto a que el menor pudiera cumplir los 16 años una vez iniciado un procedimiento recuperatorio, no hay una solución general al respecto en los convenios, pudiendo optarse o por su suspensión al faltar uno de sus presupuestos esenciales como parece hacerse en algunos Estados; o continuar con su tramitación, pero contando entonces necesariamente con la opinión del menor”.²¹⁸

En este contexto, se ha dado peso específico a la opinión del menor en el asunto a tratar; y algunos autores han dibujado este elemento como esencial para poder determinar lo concerniente a la continuación o no del procedimiento. Sobre el particular, Sonia Rodríguez Jiménez refiere: “estimamos que no quedarían en automático excluidas las sustracciones en las que el menor superara la edad de 16 años de edad en pleno proceso restitutorio a pesar de estar uno de sus puntos de referencia fuera del ámbito de cobertura personal. En este supuesto y, debido a la madurez del menor, debe tener peso específico las declaraciones y opiniones vertidas por el menor.”²¹⁹

²¹⁷ Calvo Caravaca, Alfonso Luis, *et. al., op. cit.*, p. 166-179.

²¹⁸ Montón García, Mar, *op. cit.*, p. 64.

²¹⁹ Rodríguez Jiménez, Sonia, *La sustracción internacional... cit.*, pp. 365-366.

Al respecto, se considera que además de la opinión del menor, la solución a este tipo de problemáticas se analizará en cada caso concreto; con base en el interés superior del menor, resolviendo lo más conveniente al mismo, y de conformidad al respeto de sus derechos humanos y fundamentales que permean los sistemas jurídicos internacionales y de los Estados involucrados. Ello, tomando en consideración que, independientemente de la opinión de un infante, en el caso a resolver, puede encontrarse en riesgo principios importantes como la integridad o la vida, consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, que vincula con la Convención de La Haya de 1980, en términos del artículo 34 de este último ordenamiento, por lo que estas circunstancias se deben analizar en su conjunto.

Las autoridades que determinen sobre dicho procedimiento, podrán apoyarse en el artículo 18 de la propia Convención de La Haya de 1980, el cual establece esa posibilidad de restitución dado el análisis de los jueces del Estado de refugio, en concordancia con el artículo 36 que posibilita el acuerdo de Estados para no aplicar o no considerar ciertas normas, que pueden ser incluso en materia de restricciones.

Por tanto, la restricción en cuanto a la edad podría analizarse, en algún caso, de acuerdo con lo observado por los Estados involucrados, como un elemento contrario al interés superior del menor y existiría la posibilidad de limitar dicha restricción por el acuerdo de los citados involucrados.

3.4.3. *Ámbito de aplicación material*

La materia de aplicación del convenio de estudio es en el ámbito civil, en relación con los objetivos que se han trazado en el artículo 1°, en su vinculación con el carácter ilícito del traslado de retención, que ya ha sido estudiado en el artículo 3° (*vid.* capítulo precedente).

3.4.4. *Ámbito de aplicación temporal*

El artículo 35 se ocupa del ámbito temporal de aplicación, en razón de que el convenio se aplica entre Estados parte después de la entrada en vigor del acuerdo internacional, lo cual obedeció —como lo establece Elisa Pérez Vera en su informe— a los trabajos en las sesiones, donde existieron posturas en relación con que pudiese aplicarse el acuerdo en

los casos de sustracción que se hubiesen producido entre dos Estados contratantes con anterioridad a su entrada en vigor, o solo aquellos que hubiesen tenido lugar con posterioridad a dicha fecha. De lo anterior, resulta que, dado que la interpretación se observaba muy abierta en la primera hipótesis, se optó por la solución más restrictiva en los términos antes reseñados.

Por otra parte, el Convenio, en su estructura, aborda las funciones de las autoridades centrales en sus artículos 6° y 7°, capítulo II; en su capítulo III, del artículo 8° al 20, lo concerniente a la restitución del menor; el derecho de visitas se contempla en el artículo 21, capítulo IV; en los artículos 22 al 36 del capítulo V, se desglosan las disposiciones generales; por último, se puntualizan las cláusulas finales en el capítulo VI, del artículo 37 al 45.

Respecto de lo anterior, se abordarán las de mayor relevancia al discernir un caso de sustracción o retención ilícitas.

3.5. *Excepciones*

En lo concerniente a las excepciones que consagra el convenio para no restituir a un menor que ha sido secuestrado o retenido ilícitamente, se trazan tres vectores que se plantean en los artículos 13 y 20 del propio Convenio.

Artículo 13. No obstante lo dispuesto en el Artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

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

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

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la que resulta apropiada tener en cuenta sus opiniones.

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

Artículo 20. La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el Artículo 12 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.

3.6. *En relación a los derechos que protege el Convenio*

En cuanto a los ejes de acción de las excepciones de cita, el primero se delinea sobre los derechos que protege el Convenio (custodia efectiva). Si dicho derecho no se encuentra configurado, no tendría razón el uso de un instrumento que le proteja, no se tendría el derecho substancial de exigencia, o, en su caso, la legitimación en la causa.

En este caso, y siguiendo lo que acerca de esta cuestión Elisa Pérez Vera señala, en su informe explicativo, debe existir el ejercicio efectivo de la custodia, pues sin dicho ejercicio procedería la excepción de cita. Al respecto, la efectividad de la custodia es un presupuesto *de facto* sobre acciones que evidencien tal acción. En tal sentido, podemos argumentar lo siguiente:

[Si bien] el Convenio no incluye ninguna definición de lo que cabe entender por “ejercicio efectivo” de la custodia, pero la disposición se refiere de forma expresa al cuidado de la persona del menor (*omissis*) así pues, si se compara el texto con el de la definición del derecho de custodia recogida en el artículo 5, se puede llegar a la conclusión de que existe custodia efectiva cuando su titular se encarga del cuidado de la persona del menor, incluso si no conviven, por razones plausibles en cada caso concreto (enfermedad, estancia de estudios, etc.). En consecuencia, la determinación del carácter efectivo o no de la custodia de un menor debe decidirse por el juez en cada supuesto.²²⁰

El ejercicio efectivo de la custodia es valorado y decidido por el juez, con base en las actuaciones y pruebas aportadas, pero la carga de la prueba corresponde a quien hace valer la no existencia de la efectividad de la custodia como excepción; ello obedece al principio general procesal de que quien afirma debe probar. Y es que el punto a tratar “es una cuestión de hecho que no precisaba demostrarse por el reclamante, sino que se producía una inversión de la carga de la prueba, de forma tal que la demostración de que las cosas no eran así, correspondía a quien se opusiera al retorno con base a esta causa.”²²¹

²²⁰ Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo..., cit.*, párrafo 115, p. 33.

²²¹ Montón García, Mar, *op. cit.*, p. 102.

En esta misma línea argumentativa se ha pronunciado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

...se observa que el Convenio no incluye ninguna definición de lo que cabe entender por —ejercicio efectivo— de la custodia, empero la disposición se refiere en términos genéricos a “hacerse cargo” de la persona del niño o niña; así pues, si se compara el texto del artículo 13.a) del Convenio de La Haya, con la definición del derecho de custodia recogida en el artículo 5 *ejusdem*, se llega a la conclusión de que el ejercicio efectivo del derecho de custodia tiene lugar cuando su titular se encarga [directamente o por interpósita persona] del cuidado de la niña o el niño. En consecuencia, la determinación del carácter efectivo o no del ejercicio de la custodia de un menor debe decidirse por el juez en cada supuesto.²²²

Por lo que concierne al documento idóneo que soporte la guarda y custodia efectiva, éste puede constar de:

Una certificación, bien con una declaración responsable, es decir mediante documentos que incluyan declaraciones solemnes que comprometan la responsabilidad de sus autores. En cuanto a saber quién puede realizar tales declaraciones (*omissis*), además de las Autoridades Centrales y de las demás autoridades competentes del Estado de la residencia habitual del menor, las declaraciones en cuestión pueden proceder de cualquier persona cualificada, por ejemplo, de un notario, de un abogado o de instituciones científicas.²²³

Por otra parte, sobre el mismo tema de custodia, en cuanto a causas de no retorno de un menor, si bien el artículo 17 del Convenio que se analiza, contempla la existencia de una resolución relativa a custodia en el Estado requerido, ello no debe ser interpretado como un obstáculo para no ordenarse la restitución del menor; pues la intención es precisamente no crear situaciones artificiales que beneficien a quien comete el acto de retención o sustracción, incluyendo resoluciones antiguas. Así, “la autoridad competente del Estado requerido deberá considerar la demanda de retorno como prueba de que se ha producido un elemento nuevo que le obliga a cuestionar una resolución no efectiva, o adoptada sobre la base de criterios abusivos de competencia

²²² Amparo directo en revisión 9/2016 relacionado con la Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 243/2015. Ejecutoria emitida el 6 de septiembre de 2017, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, párrafo 318, p. 115.

²²³ Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, *cit.*, párrafo 101, p. 29.

o, aun, que no respeta los derechos de defensa de todas las partes afectadas.”²²⁴

En la misma línea argumentativa se ha pronunciado criterio federal en el amparo directo en revisión 6927/2018, que para tal efecto cita:

El artículo 17 de dicho ordenamiento permiten colegir lo anterior, en tanto señala que el hecho de que se hubiere dictado una resolución relativa a la custodia (se entiende, otorgando su ejercicio al presunto sustractor después del traslado o retención ilícitos) en el Estado requerido o susceptible de ser reconocida por éste, no puede justificar la negativa a restituir al menor conforme a la Convención, ello, se reitera, porque el ordenamiento tiene como finalidad corregir la situación reprochable de ejecución de traslados o retenciones ilícitos que violentan el ejercicio de la custodia que se desarrollaba en su lugar de residencia habitual y ocasionan afectaciones al menor de edad, de modo que no permite que, per se, la posterior emisión de una resolución sobre el derecho de custodia que favorezca al presunto sustractor, consolide tal situación ilícita e impida la aplicación de sus disposiciones.²²⁵

3.7. *En relación al interés superior del menor*

La segunda vertiente se observa respecto del interés superior del menor, como también se indica en el informe explicativo de Elisa Pérez. En este punto, es esencial considerar la ponderación de principios en los casos en los cuales se hace valer dicha excepción, para poder determinar lo más favorable a los infantes.

Esta hipótesis ofrece un panorama abierto, y no puede considerarse viable la excepción, sino bajo una mirada restrictiva y con estructura probatoria fehaciente y suficiente. En este sentido, se ha precisado lo siguiente sobre la hipótesis de análisis:

[Presenta] un importante problema de interpretación. La indefinición de lo que se considera —grave riesgo—, —peligro grave— o —situación intolerable—, deja un amplio margen de actuación a las autoridades judiciales y administrativas que deben decir acerca de la restitución, de forma que una interpretación poco adecuada o alejada del principio fundamental del interés del menor presente en el espíritu convencional, puede llevar a una aplicación del Convenio contraria a sus objetivos.²²⁶

²²⁴ *Ibidem*, párrafo 123, p. 36.

²²⁵ Amparo directo en revisión 6927/2018. Ejecutoria emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, párrafo 157, p. 64.

²²⁶ Gómez Bengoechea, Blanca, *op. cit.*, pp. 90-91.

Como puede concluirse, la actuación de la autoridad que decide sobre el retorno de un niño, una niña o adolescente, deberá, en cada caso, estudiar y decidir lo más benéfico para el mismo.

Por ejemplo, si al aplicar la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, concurre alguna excepción prevista en ella, de las enumeradas en el artículo 13 de dicha Convención, el principio de no desplazamiento se encuentra en contraposición con un grave riesgo para el menor (el cual no debe ser ambiguo y debe versar en relación con cuando se expone al menor a un peligro físico o psíquico, a una situación intolerable, en cuyo caso, al evidenciarse fehacientemente estos extremos cuya carga de la prueba corresponde a quien hace valer la excepción, ésta procedería). Es claro que en esa ponderación de principios, el interés por el no desplazamiento del menor debe ceder ante el principio de su integridad física y psíquica, o al riesgo cierto de la misma, como se señala en el Informe Explicativo: “... el interés del menor a no ser desplazado de su residencia habitual, sin garantías suficientes de que la nueva será estable, cede en estos supuestos ante el interés primario de cualquier persona a no ser expuesta a un peligro físico o psíquico, o colocada en una situación intolerable.”²²⁷

Debe haber especial atención cuando existe violencia familiar (en este punto, las Comisiones de La Haya han tenido interesantes debates sobre el particular, lo cual será analizado en el capítulo quinto, pues en el que nos ocupa se dibujan los trazos generales de la normatividad de los instrumentos internacionales más importantes).

Sobre ese grave riesgo, al analizar el artículo 13 (1) (b), “la interpretación restrictiva debe abarcar el respeto por el ‘interés primario de cualquier persona de no correr peligro.’”²²⁸

Es verdad que la interpretación de lo que significa “un grave riesgo” se encuentra abierta a diferentes concepciones, por lo cual debe analizarse para tener una comprensión uniforme en forma internacional. Independientemente del respeto de los sistemas jurídicos domésticos de cada uno de los Estados sobre el particular, existe un estudio interesante

²²⁷ Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, cit., párrafo 29, p. 7.

²²⁸ Fisher, Shireen (Juez jubilado activo, Estados Unidos de América), “Restitución del menor sin peligro”, *Boletín de los Jueces*, tomo XII, Primavera-Verano, 2007, p. 34, http://www.bcch.net/index_es.php?act=publications.listing&sub=5

del doctor Rainer Hüstegge,²²⁹ quien puntualiza que el grave daño debe vincularse a distinguir las causas, y éstas pueden dividirse en tres grupos, en los incisos *a)*, *b)* y *c)* referentes a causas relacionadas con el grave riesgo del progenitor que solicita la restitución; causas relacionadas con el peligro en el país de origen; causas relacionadas con el padre sustractor, las cuales a continuación se abordan.

3.7.1. *Causas relacionadas con el grave riesgo del progenitor que solicita la restitución*

El primero se traza cuando el peligro proviene del progenitor que solicita la restitución, como en los casos de violencia, maltrato, actos en contra de la integridad del infante, incluso de adicciones a drogas; lo que pudiera dar base a la denegación de la restitución en cuanto a la excepción del artículo 13 (1) b). Sin embargo:

La restitución será ordenada por los Tribunales si la amenaza no se presenta como particularmente considerable, tangible e inmediata, generalmente no se solicita la opinión de un psicólogo experto. Lo anterior se sustenta en que la restitución solicitada no será hacia el padre que lo ha solicitado, sino hacia el país del cual el menor fue sustraído, por lo tanto la restitución no expondría al menor al supuesto peligro.²³⁰

En este caso, lo ideal es que el país de residencia habitual será quien decida el cuidado final del menor con la adopción de las medidas de protección atingentes, que eviten circunstancias de riesgo. Ahora bien, cada caso debe analizarse en su real contexto, “si existen indicaciones graves de que el niño se encuentra en peligro en este país a causa del padre afectado por la sustracción, entonces debe aclararse en primer lugar de qué manera el menor va a ser protegido de este peligro a su regreso al último país de residencia.”²³¹

²²⁹ Rainer Hüstegge (Presidente del Tribunal Superior de Apelación de Múnich, Alemania), “El artículo 13 (1) b) del Convenio de La Haya sobre sustracción internacional de menores a la luz de la práctica judicial”, *Boletín de los Jueces*, t. XI, 2006. p. 23, http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.listing&sub=5

²³⁰ *Ídem.*

²³¹ *Ídem.*

En sí, estas medidas deben ser extremadamente cautelosas y deben ser acordes con el caso concreto; pueden versar incluso en la vigilancia de un órgano estatal encargado de la familia que realice visitas periódicas al domicilio en donde se encontrará el infante, o incluso el depósito de los menores con abuelos; en lo que existe una decisión de fondo en casos extremos, toda vez que la mejor solución no siempre es colocar a los infantes en albergues infantiles, pues ello “puede representar un riesgo adicional para él que debe ser considerado seriamente; el menor no es responsable de la sustracción y en este caso perdería incluso a la persona que lo ha cuidado hasta el momento.”²³²

Bajo esta misma línea argumentativa, se han pronunciado criterios federales que determinan que el albergue en casas de cuna no debe ir más allá de lo estrictamente necesario, en los casos de sustracción internacional de infantes, como el que a continuación se enuncia:

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. LA FINALIDAD DE LA CASA CUNA ES ALBERGAR A NIÑOS ABANDONADOS, MALTRATADOS, ABUSADOS O HUÉRFANOS, POR LO QUE NO SE JUSTIFICA LA RETENCIÓN DE UN INFANTE, MÁS ALLÁ DE LO ESTRICTAMENTE NECESARIO PARA PROCURARLE LOS CUIDADOS INDISPENSABLES HASTA QUE SE DICTE LA RESOLUCIÓN SOBRE LA PROCEDENCIA DE AQUÉLLA.—En los procedimientos de restitución internacional de menores, los juzgadores deben dictar medidas de protección del menor y garantizar su restitución en las mejores condiciones. Entre esas medidas se encuentra su envío, cuando el menor ha sido localizado, a alguna de las casas con las que cuenta el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, con la finalidad de evitar una nueva sustracción y la obstaculización del procedimiento por los progenitores; pero su estancia no puede ir más allá de lo estrictamente necesario para procurarle los cuidados necesarios hasta que se dicte la resolución sobre la procedencia de la restitución internacional; pues dicha institución es la encargada de albergar a los menores que sufren de abandono, maltrato, abuso u orfandad, así como de proveer los servicios de asistencia jurídica que sean necesarios para su desarrollo. Esta función es provisional o transitoria, ya que su finalidad es integrarlos en algún núcleo familiar idóneo. De tal forma que, cuando el Juez familiar ya ha determinado que el presunto sustractor no acreditó las causas de oposición a la restitución del infante, debe cesar la estancia de éste en ese lugar, pues no

²³² *Ídem.*

se está en el caso de un niño en estado de abandono, orfandad o abuso, dado que existe presencia de ambos padres que buscan tenerlo consigo.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Amparo en revisión 178/2017. 31 de mayo de 2017. Mayoría de votos. Disidente: Francisco Javier Sandoval López. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretarios: Greta Lozada Amezcua y Adolfo Almazán Lara.²³³

Es evidente que esta excepción presenta diferentes enfoques y ha dividido la opinión práctica de los Estados contratantes. Sin embargo, debe admitirse que, de acuerdo con los fines del Convenio que protegen el interés superior del infante, primero deben descartarse los casos sin fundamento y, si ello no es posible, la investigación debe corresponder al Estado de residencia habitual que adopte las medidas provisorias para proteger al menor al ser restituido en armonía con su derecho a no ser retenido ilegalmente por circunstancias no probadas. Lo anterior debe ser así, aun cuando quizá existan casos que requieran una investigación particular, al existir un hecho notorio de la gravedad del riesgo en que se pondría a un menor con su restitución.

Los siguientes ejemplos dan un claro testimonio de lo que venimos afirmando:

Suiza

- *Obergericht des Kantons Zürich (Appellate Court of the Canton Zurich)*, 28/01/1997, U/NL960145/II.ZK;²³⁴

El tribunal de apelaciones concluyó que la restitución de los menores no los expondría a ningún riesgo grave de daño. La madre había argumentado que existía un grave riesgo en la medida en que el padre propugnaba métodos de educación cuestionables, tenía un carácter agresivo, y había supuestamente abusado de su hija. El tribunal destacó que inmediatamente antes de la sustracción, la madre no tenía problemas en dejar a los niños al cuidado absoluto de su padre, mientras ella estuvo en Suiza durante seis meses. El tribunal reconoció que mientras el informe psicológico demostró que la separación de los niños de la madre sería perjudicial, se le permitió a la madre acompañar a los niños con el fin

²³³ Tesis: I.3o.C.309 C (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Número de registro 2016117. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 50, Enero de 2018, t. IV, p. 2282.

²³⁴ *Obergericht des Kantons Zürich (Court of Appeal of the Zurich Canton)* (Switzerland), decision of 28 January 1997, U/NL960145/II.ZK. INCADAT, <https://www.incadat.com/es/case/426>

de evitar tales consecuencias. El tribunal también concluyó que la posibilidad de que la madre enfrentara cargos penales y un periodo de prisión no eran razones suficientes para negarse a emitir una orden de restitución”.

Reino Unido-Inglaterra y Gales

- *N. vs. N. (Abduction: Article 13 Defence) [1995] 1 FLR 107:*

El riesgo posible para la hija debía ser investigado en las actuaciones de custodia en trámite en Australia. En el ínterin, la menor necesitaba protección. Sin embargo, la protección no exigía la negativa a la solicitud para su restitución. Tal riesgo de daño físico como podría existir era creado por el contacto permanente no supervisado con el padre, no por el regreso a Australia...²³⁵

Los casos anteriores dan cuenta de la capital importancia de atender focos rojos cuando los infantes dicen o infieren sufrir violencia; al respecto la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación asume un principio de ética integral:

En este sentido, la Sala considera que el dicho de una niña o un niño que alega haber sido víctima de violencia debe ser tenido en cuenta presumiendo *iuris tantum* su veracidad, empero, tal dicho debe ser analizado integralmente, en el marco fáctico y probatorio del asunto del que se trate.²³⁶

3.7.2. *Causas relacionadas con el peligro en el país de origen*

La segunda vertiente de la causa del daño se da cuando existe un peligro en el Estado de origen. Como lo refiere el doctor Rainer Hüßtege, en su artículo en el Boletín de los Jueces antes citado, ello debe ser tangible e inmediato al bienestar del infante.

Una circunstancia general de ciudades o países asediados por ataques terroristas o amenazados por desastres naturales no es causa suficiente. Aun cuando debe analizarse el caso concreto, dado en su caso la gravedad de dichos ataques terroristas, o el grado de devastación

²³⁵ Caso *N. vs. N. (Abduction: Article 13 Defence) [1995] 1 FLR 107*. INCADAT: HC/E/UKe 19, <https://www.incadat.com/es/case/19>

²³⁶ Amparo directo en revisión 9/2016 relacionado con la Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 243/2015. Ejecutoria emitida el 6 de septiembre de 2017, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, párrafo 339, p. 121.

de un lugar por un desastre natural, por lo que debe evaluarse cuidadosamente cada planteamiento. Pero, “[l]a situación es diferente si el menor fuera enviado de regreso a una zona de guerras o a una región que sufre de carestías o epidemias. En este caso, existe un riesgo real que obstaculiza la restitución; al menos en tanto no finalice la guerra, la carestía o la epidemia.”²³⁷

En esta vertiente, en la práctica han coincidido los Estados sobre la excepción de grave riesgo de daño en tratamiento de situaciones de conflicto, observándose sobre el particular, en el nombrado caso de apelación:

En la célebre sentencia de apelación de los Estados Unidos *Friedrich v. Friedrich*, 78 F.3d 1060 (6th Cir. 1996) [Referencia INCADAT: HC/E/USf 82], el tribunal declaró, entre otras cosas, que solo podía existir un riesgo grave cuando el retorno pudiera exponer al menor a un peligro inminente antes de la resolución de la cuestión de la custodia, por ejemplo, si se restituyera al menor a una zona azotada por la guerra o la hambruna.²³⁸

3.7.3. *Causas relacionadas con el padre sustractor*

La tercera causa de daño puede vincularse a un riesgo para el padre sustractor. En esta hipótesis se observan circunstancias que atañen un peligro físico o de su situación jurídica de quien ejecuta el acto de la sustracción; por ejemplo, como lo indica el doctor Reiner Hüßtege, cuando se encuentra emitida una orden de arresto en el país a donde se debe retornar al menor. En este sentido, “...el niño sería inevitablemente separado de su progenitor y podría sufrir por ello un daño psicológico. La ejecución de la orden de arresto tendría un efecto adverso en las posibilidades del padre dentro del procedimiento de custodia y le impediría presentar sus argumentos sobre el porqué la custodia debe serle concedida.”²³⁹

En la práctica, debe existir un adecuado análisis de cada caso para resolver siempre con base en el interés superior del menor. Y los

²³⁷ Rainer, Hüßtege, *op. cit.*, p. 24.

²³⁸ Caso *Friedrich vs. Friedrich*, 78 F.3d 1060 (6th Cir. 1996). INCADAT: HC/E/USf82, <https://www.incadat.com/es/case/82>

²³⁹ Rainer, Hüßtege, *op. cit.*, pp. 24-25.

Estados miembros de La Haya, según los datos del INCADAT, si bien no han resuelto en uniformidad de criterios, lo cierto es que el prevaleciente sobre el particular, en problemas relacionados con el padre sustractor, se ha orientado a una interpretación restrictiva.

Un planteamiento importante pudiera definirse en una situación que hiciera valer el padre sustractor sobre problemáticas de estatus migratorio; al respecto la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que:

...en ningún caso, el solo estatus migratorio, sea cual fuere, de la persona que solicita la restitución internacional puede ser suficiente para que se niegue la restitución de una niña o un niño ilícitamente sustraído de su país de residencia habitual.²⁴⁰

Así, los tribunales federales han considerado: “RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE UN MENOR. LA SITUACIÓN MIGRATORIA DEL PROGENITOR SUSTRATOR O RETENEDOR EN EL ESTADO QUE LA SOLICITA, NO ES SUFICIENTE PARA NEGARLA”.²⁴¹

Y lo cierto es que un Estado no tendría al amparo de las Convenciones sobre sustracción internacional de niños, la facultad de ordenar a otro Estado la regulación migratoria; al efecto existe criterio federal, en el amparo directo 29/2016 donde se precisó que el artículo 7 del Convenio, estuvo pensado para otorgar flexibilidad a fin de que cada Autoridad Central pudiera actuar de conformidad con el derecho en el cual estaba llamada a integrarse; consideró que dicho precepto convencional está estructurado en dos apartados: en el primero se establece una obligación global de cooperación, mientras que en el segundo se enumeran algunas de las principales funciones que las Autoridades Centrales deben cumplir.²⁴²

²⁴⁰ Amparo directo en revisión 9/2016 relacionado con la Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 243/2015. Ejecutoria emitida el 6 de septiembre de 2017, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, párrafo 221, p. 81.

²⁴¹ Tesis: 1a. CCLIV/2016 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Número de registro 2013151. Primera Sala. Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, p. 910.

²⁴² *Cfr.* Amparo directo 29/2016. Ejecutoria emitida el 15 de febrero de 2017, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, párrafo 21, p. 11.

De igual forma, en concepto de la Primera Sala, la cooperación internacional que se exige al Estado mexicano al promoverse la restitución internacional de un infante, es la de contribuir al restablecimiento de la situación existente con anterioridad al traslado o sustracción del menor involucrado, con un claro beneficio del interés de éste, que fue alejado ilícitamente de quien tenía su custodia, sosteniendo al efecto, lo siguiente:

...aspectos distintos a la restitución de la niña o niño al lugar de su residencia habitual, como “garantizar su protección continua después de su restitución”, escapa al control previsto en dicho instrumento internacional. En efecto, el Convenio en análisis tiene como objetivo fundamental cumplir con la restitución inmediata del menor a su entorno habitual y respetar los derechos de custodia o de visita que se ven afectados con las conductas propias de la sustracción; de modo que, cumplido lo anterior, el objeto del Convenio se materializa, al haber logrado la protección del menor de los efectos perjudiciales del traslado o la retención de la que fue objeto.²⁴³

Por lo que puede observarse, las facultades en materia de competencia que permite la cooperación entre Estados, se circunscriben a ciertos aspectos y escapa a ellos regular en su caso el estatus migratorio de manera impositiva de un familiar, aun cuando pueden lograrse avances importantes en materia de comunicaciones directas.

En el estudio de las excepciones, las comunicaciones directas judiciales pueden ayudar en estos casos prácticos para evitar la posibilidad de rechazo de la restitución, toda vez que puede sensibilizarse a quien pide la restitución para buscar la solución conjuntamente con todos los interesados.

Por ejemplo, algunos tribunales pueden rechazar el pedido de restitución sobre la base del artículo 13 B del Convenio de La Haya de 1980, porque la madre que cuida del menor no puede entrar al país donde el niño debe ser restituido. En estos casos, los jueces correspondientes, a través de comunicaciones directas por escrito y/o telefónicamente, pueden conjuntamente asistir para la preparación de

²⁴³ Amparo directo en revisión 444/2018. Ejecutoria emitida el 31 de octubre de 2018, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 14.

arreglos que hagan posible el inmediato retorno del menor acompañado por el padre sustractor.²⁴⁴

3.7.4. *Reacción extrema a una orden de restitución*

En la práctica, ante una orden de restitución, puede existir una reacción extrema tanto del progenitor o persona a quien va dirigida la orden, como de los infantes. Sobre el particular, el INCADAT comenta:

En determinadas ocasiones, la reacción de los menores ante la propuesta de restitución al Estado de residencia habitual excede la mera objeción y puede manifestarse como oposición física a la restitución o amenaza de suicidio. También ha habido ejemplos de padres sustractores que amenazan con suicidarse si se los obliga a regresar al Estado de residencia habitual del menor.

Existen varios ejemplos de casos en los que no se reunieron las opiniones de los menores en cuestión o éstas no se tuvieron en mira en principio y, en consecuencia, los menores tomaron medidas para evitar que se ejecutara la orden de restitución. En cada uno de estos casos, la orden de restitución fue posteriormente anulada o rechazada.²⁴⁵

De acuerdo con los datos del INCADAT, citamos en extenso, por ilustrativos, los siguientes comentarios del caso:

Reino Unido-Inglaterra y Gales

- *Re M. (A Minor) (Child Abduction) [1994] 1 FLR 390.*

Los menores intentaron abrir la puerta del avión que los llevaba de regreso a Australia mientras éste carreteaba por el aeropuerto de Londres-Heathrow para el despegue.

- *Re H.B. (Abduction: Children's Objections) [1998] 1 FLR 422.*

La menor de dos hermanos, una niña de 12 años, se negó a abordar un avión que la llevaría de regreso a Dinamarca. Irónicamente, el único fin por el cual el hermano mayor estaba sujeto a la orden de restitución era asegurar que los hermanos no fueran separados.

²⁴⁴ Lortie, Philippe, "Informe sobre las comunicaciones judiciales en el contexto de la protección internacional de menores", Oficina Permanente de La Haya, documento preliminar número 8, octubre de 2006, p. 5, http://www.bcch.net/index_es.php?act=publications.listing&sub=2

²⁴⁵ Caso *Re M. (A Minor) (Child Abduction) [1994] 1 FLR 390*. INCADAT, en comentarios, <https://www.incadat.com/es/case/59>

- *Re B. (Children) (Abduction: New Evidence) [2001] 2 FCR 531.*

Los menores atacaron a los funcionarios del tribunal. Habían sido enviados para llevarlos al aeropuerto de Londres-Heathrow para que tomaran un vuelo de regreso a Nueva Zelanda.

Australia

- *Re F. (Hague Convention: Child's Objections) [2006] FamCA 685.*

Un niño de 11 años se resistió a intentos de ubicarlo en un avión que se dirigía a los Estados Unidos de América.

También existen asuntos documentados de casos de amenaza de suicidio; tales casos deben ser dilucidados en una primera instancia con base en lo probado y el interés superior de los infantes; al efecto, observamos los siguientes casos:

Reino Unido-Inglaterra y Gales

- *Re R. (A Minor Abduction) [1992] 1 FLR 105.*

Israel

Las pruebas de que el menor había tenido, previamente un intento de suicidio en su Estado de residencia habitual, fueron rechazadas para justificar una orden de no restitución en:

- *Family Appeal 1169/99 R. v. L.*

La alegación de que un niño cometería suicidio no fue aceptada para justificar una orden de no restitución del niño.²⁴⁶

En todas las excepciones tratadas, la prudencia del análisis del caso, la ponderación de principios y el criterio basado en la experiencia del juzgador sobre un peligro real ante un grave riesgo, permitirán dilucidar si verdaderamente se consolida una circunstancia contraria al interés del menor en su seguridad personal o psíquica; con lo cual se evita, además, que puedan consolidarse situaciones dilatorias que buscan estructurar artificialmente escenarios en favor de intereses diversos al propio interés del infante. Incluso se ha llegado a considerar que el artículo 13 “constituye la piedra angular para quienes pretendan que se consoliden las consecuencias de la sustracción. La persona que haya sustraído al niño querrá hacer valer las excepciones en él recogidas y ampliar al máximo el contenido de los términos en él empleados.”²⁴⁷

²⁴⁶ *Ibidem*, comentarios.

²⁴⁷ Gómez Bengoechea, Blanca, *op. cit.*, p. 90.

En tal vertiente, el juez debe ponderar estos principios en el análisis de estos campos de tensión, toda vez que no se trata de aprobar una excepción por un riesgo hipotético o no hecho valer con premisas señaladas por quien las invoca; amén de que los tratados deben ser interpretados de buena fe, de acuerdo con su sentido ordinario, en cuanto a su contexto objeto y fin, con base en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969 (Convención de Viena d 1969).

Así, sobre el particular la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que:

La regla general ante dicha implica presumir, *iuris tantum*, que la restitución internacional del niño o la niña ilícitamente sustraída le garantiza la prevalencia de su interés superior. En este orden de ideas, de encontrarse plenamente probada una de las excepciones extraordinarias establecidas en los artículos 12, 13 y 20 del Convenio de la Haya de 1980, se entiende que dicha presunción fue desvirtuada, también aplicando el interés superior del niño, la niña o adolescente ilícitamente sustraído.²⁴⁸

Y al efecto se ha emitido la tesis “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”.²⁴⁹

Sobre este punto, el artículo “Evaluación psicológica y legislación internacional: Los traslados transfronterizos y sustracción de menores” es contundente al prever “en casos con potencial de secuestro, los jueces deben equilibrar el riesgo de restringir indebidamente las relaciones del menor con un progenitor contra el riesgo de que el secuestro prive al menor de su relación con el otro progenitor”,²⁵⁰ privilegiándose, como indica Montón García, “en el debido respeto

²⁴⁸ Amparo directo en revisión 9/2016 relacionado con la Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 243/2015. Ejecutoria emitida el 6 de septiembre de 2017, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, párrafo 128, p. 49.

²⁴⁹ Tesis 1a. XXXVII/2015 (10a.): Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro 2008642, Primera Sala, Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II, p. 1420.

²⁵⁰ *Cfr.* Rodríguez Domínguez, Carles *et. al.*, “Evaluación psicológica y legislación internacional: Los traslados transfronterizos y sustracción de menores”, *Papeles del*

que debe mantenerse con respecto a los menores en su condición de personas.”²⁵¹ Hay que subrayar que un criterio fundamental al resolver sobre estas excepciones es la opinión de los menores.

Es importante puntualizar que las excepciones a la regla general de restitución no son sustantivas a los derechos de los infantes que han sido ilícitamente sustraídos y/o retenidos. Así se ha interpretado en criterios federales:

Así, es claro que las normas convencionales bajo examen establecen excepciones a la regla general de restitución inmediata, por lo que no es posible entenderlas como el reconocimiento de derechos subjetivos a favor de los niños, niñas o adolescentes ilícitamente sustraídos y/o retenidos, ni menos aún del padre o la madre sustractores, siendo que más bien operan como consecuencias jurídicas contingentes, de interpretación restringida, en las que, pese a la ilicitud de la sustracción o retención del menor y a la existencia de una regla general de restitución, los niños y niñas afectados con dicha sustracción y/o retención, pueden permanecer legítimamente en el Estado requerido.²⁵²

3.7.5. *Opinión de menores*

Sobre el particular, la Convención sobre los Derechos de los Niños, en su artículo 12, establece:

Artículo 12

1. Los Estados Partes 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.

psicólogo vol. 36, núm.1 Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos, Madrid España enero-abril 2015, p. 50.

²⁵¹ Cfr. Montón García, Mar, *op. cit.*, p. 57.

²⁵² Amparo directo en revisión 9/2016 relacionado con la Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 243/2015. Ejecutoria emitida el 6 de septiembre de 2017, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, párrafo 253, pp. 90-91.

Sin embargo, esta opinión debe analizarse en su contexto. Los criterios orientadores para la valoración de estas opiniones son la edad y la madurez de los infantes, condiciones señaladas en la Convención sobre los Derechos del Niño, y que se puntualizan en el informe de Elisa Pérez Vera, quien al efecto señala que el Convenio admite que la opinión del menor respecto de la cuestión esencial de su retorno o no retorno pueda ser decisiva si, en opinión de las autoridades competentes, ha alcanzado una edad y una madurez suficiente, en donde por esta vía, el convenio les brinda la posibilidad de convertirse en intérpretes de su propio interés.²⁵³

Sobre el particular, en la práctica, los tribunales han resuelto la residencia habitual al considerar la opinión del infante sobre sus propias costumbres y tradiciones, así como el apego a su entorno, lo cual se valora de acuerdo con su grado de comprensión, entendimiento y edad.

La razón de esta decisión halla fundamento en el hecho de que los niños deben ser considerados, como indica Nelly Minyersky, seres humanos completos, vistos desde lo que son, lo que pueden, lo que tienen y de lo que son capaces.²⁵⁴

En este sentido, por ejemplo, refiere Amalia Uriondo, citando el caso *Delvoye v. Lee*:

Desde que EE.UU. se convirtió en un Estado contratante del Convenio, los tribunales han sido desafiados a diseñar una norma uniforme para la residencia habitual. En mayo de 2003, se creó un criterio judicial llamado el estándar “Delvoye”, que considera que la edad y madurez del niño determinan los elementos evaluados para conocer el Estado de su residencia habitual. Hay tres grupos de edad de los niños menores de dieciséis años: recién nacidos, infantes y niños mayores. El Tercer Tribunal de Circuito de Apelaciones *in re* “Delvoye v. Lee”, por primera vez, levantó el velo del mito de la residencia habitual y propuso que la presencia física no es un requisito previo para la residencia habitual de los recién nacidos, sino que se examina sólo la intención mutua de ambos progenitores de fijar domicilio en la que resultare la residencia habitual del niño.²⁵⁵

²⁵³ *cfr.* Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, *cit.*, párrafo 30, p. 7.

²⁵⁴ Minyersky, Nelly, “Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño”, *Lexis Nexis*, Buenos Aires, 2007, p. 255.

²⁵⁵ Uriondo de Martinoli, Amalia, *et. al.*, *op. cit.*, p. 37.

La tendencia entre los factores de la edad y madurez de los niños en los casos de sustracción y retención ilícita en su vinculación con su residencia habitual, se proyectan en un análisis en cuanto a los primeros años (como lo señala Amalia Uriondo, en su artículo en torno a los claroscuros de la aplicación de las convenciones sobre restitución internacional de menores), en referencia a la intención de los progenitores en un ámbito de responsabilidad parental, incluso de la duración de las estadías en diferentes Estados y la voluntad recíproca de los padres. A medida que evoluciona la edad de los infantes (mayores de cuatro años), es posible observar, además, la intención de los infantes de permanecer en un lugar y los actos previos de intención de permanecer en dicho lugar.

Al efecto, observamos el siguiente planteamiento:

A medida que éste crece, la presencia física se convierte en un factor más importante. En la etapa infantil —niños mayores de seis meses y hasta los cuatro años de edad—, el tribunal debe tomar en cuenta tres circunstancias: a) los Estados en los que se encontró físicamente presente el niño antes de la sustracción o la retención; b) la duración de dichas estadías; y c) la voluntad recíproca de los padres de establecerse en la que fuere la alegada residencia habitual del menor.

Cuando los niños fueran mayores de cuatro años, la aplicación de esta doctrina importa meritar [sic] cuatro circunstancias: a) los Estados en los que permaneció el menor antes de la sustracción o retención; b) la duración en el tiempo de dichas estadías; c) los deseos del niño de permanecer en dichos lugares; y d) los actos que el niño realizara previo a su sustracción y/o retención y que exhiben su intención de permanecer en dicho lugar.²⁵⁶

En este contexto, en la práctica según los datos del INCADAT, Re N. (Abduction: Habitual Residence) [2000] 2 FLR 899, en el comentario sobre residencia habitual y en relación con la opinión de los niños, existen algunas consideraciones:

La interpretación del concepto central de residencia habitual (Preámbulo, art. 3, art. 4) ha demostrado ser cada vez más problemática en años recientes con interpretaciones divergentes que surgen de distintos Estados contratantes. No hay uniformidad respecto de si al momento de determinar la residencia habitual el énfasis debe estar sobre el niño exclusivamente, prestando atención a las

²⁵⁶ *Ibidem*, pp. 37-38.

intenciones de las personas a cargo del cuidado del menor, o si debe estar primordialmente en las intenciones de las personas a cargo del cuidado del menor. Al menos en parte como resultado, la residencia habitual puede parecer constituir un factor de conexión muy flexible en algunos Estados contratantes y mucho más rígido y reflejo de la residencia a largo plazo en otros.²⁵⁷

Por lo tanto, los criterios trazados se orientan al menor, a la intención de los progenitores y la combinación de conexión entre estos foros; al efecto, es importante considerar tanto la intención de ambos progenitores en relación con su estancia en un lugar, como la opinión de los infantes en la medida que éstos tengan la edad y madurez para evaluar el contexto de su dicho.

En Estados Unidos de América, según los datos de INCADAT, han prevalecido los tres criterios, y el enfoque estándar considera la intención establecida de las personas a cargo del menor, en consonancia con la realidad fáctica de la vida de aquel.

Ahora bien, la opinión del menor también se asume como elemento en vía de excepción para el retorno, sin embargo, si el infante se opone, es necesario el estudio integral del caso íntimamente relacionado en cuanto a la edad y grado de madurez que pudiera tener el niño o niña.

Así se ha pronunciado el criterio federal que a continuación se cita:

A juicio de esta Sala, es claro que el sentido de la norma bajo examen no es permitirle a la niña, niño o adolescente cuya restitución internacional se solicita, que tome la decisión de regresar o no al Estado de residencia habitual. Dicha interpretación desconocería el propio objeto y fin del referido Convenio. Por ello, para que la persona sustractora pueda probar plenamente la alegada excepción de oposición de la niña o el niño, debe lograr que a partir de los medios probatorios aportados, la autoridad judicial adquiera la plena certeza, de que es el querer de la niña o el niño no ser restituido al Estado donde tiene su residencia habitual.

Empero, aun en esta hipótesis, dicha autoridad judicial no estaría en la obligación de tener por probada la excepción a la regla de restitución internacional, pues lo que el Convenio mandata es que sea tenida en cuenta dicha opinión, siempre y cuando sea emitida por una niña o niño del que se advierta que cuenta con una edad y grado de madurez suficientes para poder oponerse a su restitución.²⁵⁸

²⁵⁷ Re N. (Abduction: Habitual Residence) [2000] 2 FLR 899. INCADAT: HC/E/UKe302, <https://www.incadat.com/es/case/302?summlanguage=es#summary-part>

²⁵⁸ Amparo directo en revisión 9/2016 relacionado con la Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 243/2015. Ejecutoria emitida el 6 de septiembre de 2017,

Al efecto se ha establecido la siguiente tesis: “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU OPINIÓN EN UN PROCESO JURISDICCIONAL QUE LE AFECTE NO TIENE FUERZA VINCULANTE PARA EL ÓRGANO QUE CONOCE DEL ASUNTO”.²⁵⁹

De esta manera, si bien los jueces deben analizar caso por caso la manifestación de los infantes a un retorno, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha realizado algunos pasos que pueden considerarse para analizar la opinión de una niña o un niño que se niega a regresar a su país de residencia habitual; dichos pasos son consecutivos y acumulativos, con base en lo siguiente:

Primer paso: Identificar si la niña o el niño cuentan con la edad y el grado de madurez suficientes para manifestar su deseo de permanecer en el país.

Segundo paso: De cumplirse el requisito antedicho, analizar si por algún medio la niña o el niño ha manifestado su deseo de permanecer en el país.

Tercer paso: De cumplirse los dos requisitos antedichos, analizar si dicho deseo fue libremente expresado por la niña o el niño o si, por el contrario, se debe a algún tipo de manipulación imputable a la persona sustractora o de cualquiera otra persona.

Cuarto paso: De resultar que en efecto la niña o el niño, han expresado, sin manipulación alguna, su deseo de permanecer en el país, verificar si dicha permanencia pudiese resultar nociva para ella o él, siendo que, sólo en la hipótesis de que dicha permanencia claramente no resulte nociva para la niña o el niño y cumplidos los tres pasos anteriores, se actualizaría la excepción a la regla general de restitución y la niña o el niño podrían permanecer legalmente en México.

En este extremo, en la hipótesis de que la autoridad judicial encuentre que la permanencia de la niña o el niño en México resultaría nociva para ella o él, deberá aplicar la regla general de restitución inmediata.

Asimismo, en caso de duda sobre si puede resultarle nociva al niño o la niña su permanencia en el país, la autoridad judicial deberá ordenar su restitución inmediata. En cualquier caso, la motivación de la sentencia deberá ser explícita respecto de cómo fue tenida en cuenta la opinión de la niña o el niño y, de ser el caso, por qué la decisión adoptada no va en el mismo sentido que dicha opinión.²⁶⁰

por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, párrafo 295-296, p. 107.

²⁵⁹ Tesis: 1a. CVI/2015 (10a.): Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro 2008642, Primera Sala, Libro 16, Marzo de 2015, Tomo II, p. 1100.

²⁶⁰ Amparo directo en revisión 9/2016 relacionado con la Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 243/2015. Ejecutoria emitida el 6 de septiembre de 2017,

Elemento también a considerar es el apego que tiene el niño con uno de sus progenitores, por lo que debe tenerse especial cuidado en la manipulación que pueda tener un infante al emitir su opinión.

Al respecto citaré la postura de los criterios federales:

...en los casos en los que estén involucrados menores —particularmente de restitución— el juzgador debe tener especial cuidado al evaluar la opinión que los menores emitan, esto en atención a que ha sido separado de uno de sus progenitores y naturalmente la separación entre ellos producirá el apego al otro con el que vive, por lo que además de verificar que el menor tiene la madurez suficiente para entender la problemática sobre la que versa el juicio y emitir su opinión; sino que además, debe cerciorarse que aquella no este manipulada por el sustractor, a fin de que la opinión que emite el menor sea a juicio propio, en términos de la tesis de rubro:

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL. EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 867/2018 PROCEDIMIENTO SE DEBE EVALUAR LA OPINIÓN DEL MENOR SUSTRÁIDO O RETENIDO.

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.²⁶¹

En esta materia se ha sugerido que puede ser prudente que se efectúe una pericial en materia de psicología antes de las escuchas, cuando el infante alegue oposición a la restitución, a fin de contar con elementos y poder valorar adecuadamente la opinión del niño y conocer si pudo existir manipulación.

Sobre el particular el amparo directo en revisión 4102/2015, citado por el amparo en revisión 6927/2018, refiere:

...también en materia de restitución internacional de menores, donde se sostuvo que la falta de desahogo de una prueba pericial psicológica al menor de edad involucrado, en forma previa a la diligencia en que fue escuchado, sí debió ser ordenada por el juez, a efecto de contar con elementos para valorar adecuadamente la opinión del niño y, en su caso, conocer si pudo existir manipulación; esto, porque el hecho de que la carga probatoria de las excepciones recaiga en el

por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, párrafo 298, p. 108.

²⁶¹ Amparo directo en revisión 6927/2018. Ejecutoria emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, párrafo 85, p. 32.

sustractor, no debe verse como un impedimento del juzgador para que, en suplencia de queja en favor del interés superior del menor, esté facultado para ordenar la práctica, repetición o ampliación de cualquier diligencia probatoria que estime conducente e indispensable para dictar su resolución conforme al mayor beneficio del menor.

Además de la importancia de este criterio, su proyección en la praxis debe ser profesional y en un ambiente adecuado para no trasgredir la integridad mental de los infantes. Dado el valor integral del planteamiento, citamos las palabras de Elisa Pérez Vera sobre la escucha de infantes: "...esta disposición puede llegar a ser peligrosa si su aplicación se traduce en interrogatorios directos a jóvenes que pueden, ciertamente, tener conciencia clara de la situación pero que pueden asimismo sufrir daños psíquicos graves si piensan que se les ha obligado a elegir entre sus dos progenitores."²⁶²

Al efecto, en febrero del 2012, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México, ha implementado el Protocolo de Actuaciones para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes. Dicho instrumento se efectúa en concordancia con los compromisos internacionales de México, al aceptar la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos de tal corte, en busca del respeto de los derechos de la infancia, que se vinculan con el acceso a la justicia. Dicho instrumento tuvo una segunda edición en 2014, a través de una versión actualizada y en concordancia con las reformas Constitucionales del 2011.²⁶³

Dentro de las razones de dicho protocolo, existen dos fundamentales: la primera relacionada con el marco Constitucional y las obligaciones del Estado que se derivan del mismo; y la segunda se vincula con las características específicas de la infancia y de la adolescencia.²⁶⁴

3.7.6. *Cláusula pública*

El último trazo sobre excepciones tiene su trayecto en lo establecido en el artículo 20 de la Convención de estudio. La profesora Elisa Pérez

²⁶² Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, cit., párrafo 30, p. 7.

²⁶³ *cf.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo de actuaciones, *op. cit.*

²⁶⁴ *Ídem.*

Vera, en su informe explicativo, señala en general que se trata de una cláusula de carácter público que si bien contempla de cierta forma el derecho interno de los Estados, de acuerdo con las distintas comisiones, fue proyectada, pero con un carácter restrictivo. Ello refleja la finalidad de no entorpecer los objetivos del convenio ni la base de protección de los infantes. En tal orden de ideas, al hacerse valer dicha excepción "... 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."²⁶⁵

Ahora bien, sobre el particular existe un tratamiento especial, toda vez que las excepciones por regla general son a instancia de parte. Y en el punto que nos ocupa, Graciela Tagle afirma que, "lo interesante radica en que la causal de denegación puede ser alegada a instancia de la parte, pero en caso de que no sea invocada, el juez podrá aplicarla *de officio* por imperio del principio *iura novit curia*".²⁶⁶

Una vez analizadas las excepciones en sus particularidades, podemos concluir que la interpretación de ellas debe efectuarse con estricto apego a las pruebas que le sustenten y de manera restrictiva, aunque siempre ponderando los principios que se encuentran en tensión; toda vez que de esta forma se respeta en una primera instancia al infante en su conformación humana, y de acuerdo con el trazo de protección de los instrumentos internacionales que le protegen en su hábitat. En este sentido, la excepción de "grave riesgo" del artículo 13, párrafo 1 b, ha sido interpretada generalmente de forma restrictiva por los tribunales de los Estados contratantes.²⁶⁷

De la misma forma, el informe de Elisa Pérez Vera hace hincapié en esta interpretación restrictiva de las excepciones, permitiendo a la

²⁶⁵ Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, cit., párrafo 33, p. 8.

²⁶⁶ Graciela, Tagle de Ferreyra, "Excepciones en el Convenio de La Haya y la Convención Interamericana de Montevideo", en Lázaro Tenorio Godínez, *op. cit.*, p. 233.

²⁶⁷ *cf.* Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (22-28 de marzo de 2001), p. 10, http://www.bcch.net/index_es.php?act=publications.details&pid=24&dtid=2

comunidad jurídica la protección de los principios que consagra la Convención, en este caso, de La Haya.

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. En efecto, el Convenio descansa, en su totalidad, en el rechazo unánime del fenómeno de los traslados ilícitos de los menores y en la convicción de que el mejor método de combatirlos, a escala internacional, consiste en no reconocerles consecuencias jurídicas.²⁶⁸

3.7.7. *Carga de la prueba en las excepciones*

La carga de la prueba de quien debe evidenciar los extremos necesarios para la no restitución corresponde, dada la literalidad del artículo 13 del Convenio de estudio, a la persona, institución u organismo que se opone a la restitución. Ello consagra dos fundamentos procesales sobre quien afirma prueba y equilibrio procesal, en relación con primero reestablecer la situación de los interesados antes de la sustracción o retención y después resolver en consecuencia, con las medidas atingentes en la protección de los niños, niñas y adolescentes. Al respecto, "...la solución elegida se limita a precisar una máxima jurídica, según la cual el que alega un hecho (o un derecho) debe probarlo; no obstante, al adoptar esta óptica, el convenio ha pretendido equilibrar la posición de la persona desposeída en relación con el secuestrador que, en principio, ha podido elegir la jurisdicción que le convenía."²⁶⁹

En la práctica, lo cierto es que no todos los Estados han armonizado su Derecho doméstico con la intención y objetivos de los convenios, por lo que aún debe trabajarse sobre dicha finalidad.

En México, los Juzgados Federales han emitido el siguiente criterio sobre el particular:

CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. CARGA DE LA PRUEBA DE QUIEN SE OPONE A LA

²⁶⁸ Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, cit., párrafo 34, p. 8.

²⁶⁹ *Ibidem*, párrafo 114, p. 33.

RESTITUCIÓN DE UN MENOR.—Del artículo 13 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores se advierte que quien se oponga a la restitución de un menor tiene la obligación de demostrar las causas en que hace descansar esa oposición, de donde se sigue que éstas no son de aplicación automática y, en principio, a esta parte le corresponde la carga de la prueba. De manera excepcional, cuando el juzgador natural en salvaguarda del interés superior del niño ordena recabar pruebas oficiosamente, deben estar vinculadas con alguna de las causas de oposición que enumera el citado artículo 13 y su desahogo debe ajustarse al plazo de seis semanas que el juzgador tiene para resolver, según lo indica el artículo 11 de la convención en comentario.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito.²⁷⁰

Por otra parte, el artículo 18 contempla circunstancias que las autoridades del Estado pueden ponderar en beneficio del interés superior del menor, para desplegar sus facultades y ordenar la restitución del menor, en cualquier momento.

El procedimiento en el tratamiento de las excepciones está contemplado, en la misma proyección de los objetivos del Convenio de La Haya, en la Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños, en sus artículos 13, 14 y 15; en cuanto al trámite del procedimiento, incluyendo la importancia de la conciliación y la opinión de los niños.

Sobre el particular, el riesgo alegado en relación a los infantes sobre las excepciones propuestas, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala:

...para que se actualice la aplicación del literal b) del artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980, el riesgo alegado debe ser serio, real, actual y directo y deberá estar plenamente probado por quien se opone a la restitución internacional.²⁷¹

Lo anterior significa que la carga de prueba será para quien plantea excepciones, en virtud de que como se ha considerado el interés

²⁷⁰ Tesis aislada, II.3o.C.78, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, marzo, 2010, p. 2928.

²⁷¹ Amparo directo en revisión 9/2016 relacionado con la Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 243/2015. Ejecutoria emitida el 6 de septiembre de 2017, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, párrafo 223, p. 81.

superior del niño, se ve mayormente protegido mediante la restitución a su lugar de residencia habitual.

Al respecto, el amparo en revisión 867/2018 define:

Como se advierte, las excepciones precedentes se sustentan en el interés superior del menor, pues tienen como finalidad protegerlo en cualquiera que sea el contexto en que se encuentre; no obstante, sobre el tema, esta Primera Sala ya ha señalado en reiteradas ocasiones que al existir la presunción de que el interés superior del menor se ve mayormente protegido mediante la restitución a su lugar de residencia habitual, dichas excepciones tienen el carácter de extraordinarias, por lo que su actualización debe probarse plenamente, cuya carga recae específicamente sobre quien se opone a que el menor sea restituido.²⁷²

Es interesante el trazo que esta la Ley Modelo de cita prevé, en cuanto a su artículo 18.1, en torno al contenido de la sentencia que ordena la restitución cuando se trate de niños menores de 16 años bajo la conducta ilícita de violación de derecho de custodia efectiva; orden que ya se dibuja desde el procedimiento propuesto en el artículo 12.2, el cual señala que, admitida la demanda, en 24 horas el Tribunal despachará mandamiento de restitución, independientemente del trámite de las excepciones que, de no proceder, confirmarán este mandamiento de restitución. Lo anterior, conforme los principios de celeridad requeridos con los fines del convenio, tal como también se contempla en el artículo 3° de la Ley en comento. En tal virtud, esta ley puede ser observada por los Estados contratantes como un criterio orientador, según se ha precisado.

3.8. *Fisiología del Convenio*

La fisiología del Convenio se proyecta por medio de dos vertientes de acción del convenio: de forma directa —como lo contempla su artículo 29—, o mediante las autoridades centrales. Por ello, “el Convenio puede calificarse como sistema mixto, dado que, al margen de las obligaciones de las autoridades centrales, se introducen otras que son propias de las autoridades judiciales o administrativas”.²⁷³

²⁷² Amparo directo en revisión 867/2018. Ejecutoria emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 18-19.

²⁷³ Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, cit., párrafo 43, p. 11.

Lo cierto es que, en la práctica, la función del Convenio se da prioritariamente por medio de las autoridades centrales; circunstancia que también es contemplada por los artículos 9 y 10 de la Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños.

3.8.1. *Autoridades centrales*

De acuerdo con Seoane de Chiodi, la figura de las autoridades centrales se origina en la década de los sesenta y principios de los setenta, para la aplicación de las Convenciones de La Haya, con el propósito de agilizar la cooperación que hasta ese momento tramitaba por la vía diplomática y consular, que traía aparejada problemática y demora en la tramitación de las solicitudes de cooperación judicial.²⁷⁴

Su integración a la Convención de estudio responde a la propia vía de cooperación del instrumento internacional, de forma especializada. Al respecto "...la Autoridad central sigue siendo el destinatario de las obligaciones que el Convenio le impone, en su condición de "organizador" de la cooperación deseada para luchar contra los traslados ilícitos de menores."²⁷⁵

En tal virtud, las Autoridades Centrales son las unidades específicas de cooperación en el tratamiento de la sustracción internacional de menores al momento de aplicar la Convención. Para Elisa Pérez, su función es estratégica en una parte global de cooperación en dos contextos entre autoridades centrales y de promover la cooperación entre las autoridades competentes en la materia en sus Estados respectivos, independientemente de otras modalidades; en este contexto, la función de la Autoridad Central se da en forma directa o a través de un intermediario, como la propia literalidad del artículo 7 de la Convención cita.²⁷⁶

De este modo, establecer y consolidar la autoridad central en cada Estado vinculado por el Convenio, permitirá que el mismo tenga

²⁷⁴ *cfr.* Seoane de Chiodi, María del Carmen, "Autoridades centrales, su razón de ser en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980", en Tenorio Godínez, Lázaro, *op. cit.*, p. 158.

²⁷⁵ Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, *cit.*, párrafo 45, p. 12.

²⁷⁶ *cfr. Ibidem*, p. 26-27.

eficacia real en los Estados contratantes, lo que a su vez permite ir más allá de establecer únicamente relaciones diplomáticas. Así, “la integridad del Convenio se construye alrededor de la colaboración de las Autoridades centrales. Las primeras medidas importantes para asegurar el retorno de un menor desplazado, el envío y recepción de una solicitud, no pueden ser tomadas sin la Autoridad central.”²⁷⁷

En este sentido, el desempeño de las autoridades centrales debe ser ágil para privilegiar el objetivo del convenio sobre la restitución inmediata de los menores sustraídos o retenidos de manera ilícita.

En palabras substanciales de Blanca Gómez Bengoechea, sobre la Autoridad Central, el objeto de su cooperación es el cumplimiento de los objetivos. “Es decir, tratar de evitar los traslados internacionales de menores velando por el respeto de los derechos de custodia y visita y asegurar el retorno inmediato de los niños trasladados ilícitamente fuera de su lugar de residencia habitual”.²⁷⁸

En esta tesitura, las autoridades centrales deben coordinarse con otras autoridades, para lograr los fines del Convenio, tal como lo señalan sus artículos 6 y 7 del instrumento de estudio. De acuerdo con el Informe de Elisa Pérez Vera, “...el Convenio prevé que los Estados que establezcan más de una Autoridad central designarán a la vez la Autoridad central a la que puedan dirigir las solicitudes, con el fin de que las transmita a la Autoridad central competente en dicho Estado (artículo 6)”.²⁷⁹

En los trabajos de las *Guías de buenas prácticas* se ha observado que la autoridad central debe ser designada en el momento de la ratificación o de la adhesión del Convenio para estar lista en sus funciones. Por lo que corresponde a su conformación, “...generalmente se establece la Autoridad central en una autoridad gubernamental, como el ministerio de justicia, un ministerio encargado de la infancia y de la familia o el ministerio de asuntos exteriores.”²⁸⁰

²⁷⁷ Oficina Permanente de La Haya, *Guía de Buenas Prácticas, primera parte. Práctica de las Autoridades Centrales*, publicado por family law, 2003, p. 25, <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2780>

²⁷⁸ *cfr.* Gómez Bengoechea, Blanca, *op. cit.*, p. 47.

²⁷⁹ Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, *cit.*, párrafo 47, pág.13

²⁸⁰ Oficina Permanente de La Haya, *Guía de Buenas Prácticas, primera parte...* *cit.*, p. 26.

Sobre el funcionamiento de las autoridades centrales, se han desarrollado guías de buenas prácticas desde el punto de vista de la experiencia. Tales guías son abordadas en los trabajos y comisiones en relación con la Convención de La Haya de 1980; y en ellas, las directrices que se han delineado en forma primordial de actuación de las autoridades centrales, se sitúan en los recursos y poderes, que dichas unidades deben tener para su adecuado funcionamiento.

También se dibujan directrices de funcionamiento en líneas de cooperación, comunicación, coherencia y utilización de documentos expeditos de transparencia y aplicación progresiva, dada la experiencia práctica adquirida sobre el Convenio.

Por otra parte, sobre el tema de la coherencia, se ha observado y recomendado en los trabajos de comisión de guías de buenas prácticas, el uso de un formulario modelo para las solicitudes de retorno, dada la uniformidad de la información que se aporta, en virtud de que será la base para revisar si se acepta una solicitud de retorno por las autoridades correspondientes.

En otro orden de ideas, el funcionamiento de las autoridades centrales debe ser inmediato, pues el factor tiempo puede generar desequilibrio en favor de quien trata de regularizar una situación basada en la sustracción o retención de un menor.

El Preámbulo del Convenio indica que el interés superior de los menores es primordial y que su objetivo del Convenio es protegerlos contra los efectos perjudiciales de una sustracción. La experiencia muestra que las acciones rápidas, inmediatas y expeditas en aplicación del Convenio de La Haya son el medio más seguro para proteger el interés de los menores.²⁸¹

En estas funciones, como sugiere la experiencia en las Guías de buenas prácticas, se debe preparar y enviar la solicitud, verificando que esté completa y bajo una forma aceptable para el Estado requerido y que responda a las condiciones exigidas por el Convenio, con los datos suficientes sobre los fundamentos legales y hechos en que se basa la solicitud, incluyendo la documentación esencial en apoyo de la solicitud y, en su caso, las traducciones en la lengua del Estado requerido, ejerciendo un control sobre la evolución de la solicitud.

²⁸¹ *Ídem.*

Debe informarse, como lo indica la guía de estudio, primera parte —Práctica de las Autoridades Centrales—, sobre los recursos en el Estado requerido, de acuerdo con los procedimientos que pudieran darse, y tomar las medidas necesarias para el retorno de los infantes, incluidas las de protección y aquellas para asegurar que las condiciones entre las partes se respetarán o que los compromisos se mantendrán ante un retorno voluntario. Por ejemplo, en los casos de retorno, también es importante respetar los plazos y agilizar el procedimiento.

3.8.2. *Coordinación de autoridades centrales administrativas y judiciales*

En esa misma dirección, la función de las autoridades administrativas y judiciales también es primordial en el logro de las finalidades y protección de los principios que el convenio consagra.

Ello, en virtud de que independientemente de las autoridades centrales que coordinan los actos en un caso de sustracción o retención, son las autoridades administrativas o judiciales quienes verificarán que las condiciones exigidas por la Convención se cumplan cuando ya se instauró un procedimiento y resolverán lo concerniente a la restitución.

Se precisa en las guías de buenas prácticas que serán los tribunales quienes resuelvan si en todo caso un menor se ha integrado a su medio o si requiere medidas de protección para un retorno seguro, y se debe resolver con celeridad. En tal virtud, “la Comisión especial invita a los tribunales de primera y segunda instancia a fijarse plazos y a respetarlos para asegurar un tratamiento acelerado de las solicitudes de restitución (*omissis*). La Comisión especial pide a las autoridades judiciales que sigan rigurosamente el desarrollo de los procedimientos de restitución del niño tanto en primera instancia como en vía de recurso.”²⁸²

Por lo que respecta a la coordinación entre autoridades centrales, administrativas y judiciales, su intercomunicación permitirá que los objetivos del Convenio fluyan con perspectivas de viabilidad. En este sentido, “...la Autoridad central debe estar vinculada al sistema judicial y al de servicios sociales del Estado parte. La necesidad de una

²⁸² Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta...*cit.*, p. 9.

cooperación entre la Autoridad central, los tribunales, las profesiones jurídicas, la policía y los profesionales de servicios sociales hace esenciales estos lazos para el efectivo funcionamiento del Convenio.”²⁸³

En cuanto a las solicitudes que analiza la autoridad central, administrativa o jurisdiccional, deben cumplir con los requisitos que enmarca la Convención de La Haya de 1980.

La información debe ser completa y los documentos soporte deben ser fehacientes, ya que de acuerdo con la experiencia en las *Guías de buenas prácticas*, “los documentos que más comúnmente se olvidan con la solicitud son aquellos sobre la prueba del derecho de custodia del solicitante y las normas aplicables a su derecho de custodia.”²⁸⁴

Derivado de las disertaciones en las Comisiones de La Haya, en especial en 2006 y en cuanto al manejo de las solicitudes, se ha recomendado que “el problema de los conceptos jurídicos traducidos o interpretados deficientemente o erróneamente podría simplificarse si la Autoridad Central requirente provee una reseña de la ley aplicable correspondiente a los derechos de custodia. Esta reseña sería en adición a la traducción o copia de las leyes pertinentes.”²⁸⁵

Lo anterior permitirá al Estado requerido tener mayores elementos para visualizar el derecho protegido por el Estado requirente y, de esa forma, establecer si el caso se encuentra en el radio de protección de la Convención.

En este contexto, con base al principio del interés superior del menor, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que la Autoridad Central cumple un papel cardinal en los procedimientos de restitución internacional con una participación procesal *sui generis*:

En efecto, en este extremo no se puede soslayar que los Estados Parte en el Convenio de la Haya de 1980 depositaron en sus Autoridades Centrales la obligación de “garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución

²⁸³ Oficina Permanente de La Haya, *Guía de Buenas Prácticas, primera parte...* cit., p. 27.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 48.

²⁸⁵ La red internacional de jueces de La Haya en el contexto de la Quinta Reunión de la Comisión Especial, *Boletín de los Jueces*, t. XII, Primavera-Verano, 2007, p. 9, http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications_listing&sub=5

del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado” [artículo 7.h]. Por lo que, para efectos del cumplimiento de la decisión judicial de restitución internacional, la Autoridad Central es garante de que opere dicha restitución...²⁸⁶

Lo anterior significa que en algunos casos puede considerarse la Autoridad Central como Autoridad Ejecutora.

Por otra parte, un aspecto relevante en el retorno de un menor se presenta en el caso en que quien solicita la restitución haya cambiado de residencia, por circunstancias personales o laborales. Al respecto, ello conlleva circunstancias problemáticas en la praxis que si bien el Convenio no aborda como tal, “...hay que interpretar que el silencio del Convenio al respecto permite que las autoridades del Estado de refugio devuelvan al menor directamente al demandante, con independencia del lugar de su residencia actual.”²⁸⁷

Sin embargo, la experiencia en la aplicación del Convenio ha permitido observar que “mientras algunos países permiten el retorno a un país distinto de aquel de la residencia habitual, otros Estados no lo aceptan.”²⁸⁸ Por lo que se requiere un trabajo de cooperación al respecto y de razones suficientes; porque si lo que se protege es el hábitat, y el mismo es trastocado por el progenitor o persona que solicita la restitución a un lugar diverso, y si como hemos estudiado sobre las causas de procedencia de las excepciones, éstas pueden delinarse cuando existe peligro para el infante en relación con la persona que solicita la restitución, y los tribunales han considerado en algunos casos la no procedencia de la excepción bajo el argumento de que la restitución es al lugar de residencia habitual y con la medidas pertinentes se protegerá al infante, ello sería un contrasentido para determinar ahora la entrega del menor a un lugar diverso del de su residencia habitual, aun cuando lo que se respeta en este último caso es el equilibrio y contrarrestar la acción de sustracción; por ello cada asunto debe analizarse en su contexto.

²⁸⁶ Amparo directo en revisión 4102/2015. Ejecutoria emitida el 10 de febrero de 2016, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 8.

²⁸⁷ Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, cit., párrafo 110, p. 32.

²⁸⁸ Oficina Permanente de La Haya, *Guía de Buenas Prácticas, primera parte...* cit., p. 42.

3.8.3. *Localización del menor*

La localización del menor es un punto primordial en la función de las autoridades centrales; al efecto, la Guía de Buenas Prácticas señala que para proceder al tratamiento de la solicitud, es necesario confirmar que el menor se halla en el Estado requerido. El artículo 7(a) del Convenio impone la obligación a las autoridades centrales de tomar todas las medidas apropiadas para ayudar a localizar al menor.²⁸⁹

Aunque no siempre es una obligación inminente de la autoridad central, cuando por otros recursos esta localización se encuentre trazada, porque este punto ya se habría acotado. En tal virtud, “no se puede sostener que una Autoridad central esté obligada a localizar al menor cuando el demandante sepa con exactitud dónde se encuentra.”²⁹⁰

Al efecto, las autoridades centrales pueden apoyarse en organismos de localización, como lo sugiere la Guía de Buenas Prácticas; incluso, si un menor ya no está en un territorio, la autoridad central está obligada a transmitir sin demora la solicitud a otra autoridad central en que presumiblemente se encuentre el menor, como se explica en dichos trabajos. En esta vertiente, “en cuanto al fondo, las medidas provisionales que se han considerado giraron particularmente en torno a la idea de evitar un nuevo desplazamiento del menor.”²⁹¹

Existen instituciones que, en la actualidad, son de importancia vital, dada la agilidad para la localización de los menores; incluso debe existir una red de organismos estatales e internacionales en apoyo permanente a las autoridades centrales. Así lo recomienda la Comisión Especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya.²⁹²

Dentro de estos órganos pueden contarse las autoridades gubernamentales, encargadas de la familia, como el Sistema de Desarrollo Integral de la Familia, en México.

La práctica aconseja que la Interpol sea un organismo de gran utilidad en el proceso de localización de los infantes; sin ser menester

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 50.

²⁹⁰ Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, *cit.*, párrafo 90, p. 27.

²⁹¹ *Ídem*.

²⁹² *cf.* Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, *op. cit.*, p. 5.

un procedimiento penal, puede obtenerse apoyo con una declaración de desaparición.²⁹³

3.8.4. Retorno voluntario

El retorno voluntario y la actitud conciliadora es papel primordial en la función de las autoridades centrales, por lo cual, de acuerdo con la Guía de Buenas Prácticas, es importante dar a conocer a los interesados las ventajas de dicho retorno voluntario, con énfasis a señalar que las perturbaciones sufridas por el menor son mínimas, se evita la polarización de la actitud de las partes, donde la posibilidad de sostener una solución satisfactoria a largo plazo es mayor, y los gastos y duración del procedimiento judicial se reduce, entre otras prelación.

Sin embargo, debe tenerse cuidado de que ello no permita crear escenarios dilatorios. En tal virtud, Blanca Gómez indica que lo recomendable es presentar la solicitud de restitución cuanto antes, sin perjuicio de que, a la vez, se realicen todas las gestiones posibles de cara a lograr la restitución voluntaria o el acuerdo entre los progenitores.²⁹⁴

3.8.5. Representación del solicitante

Asimismo, las autoridades centrales pueden participar en la organización de la representación legal del solicitante o ayudarle a obtener una; en este sentido “...la mayoría de Autoridades centrales no participan en fase alguna del procedimiento, aunque pueden avisar y aconsejar el representante legal del solicitante. En algunos Estados, la Autoridad central es, o bien la demandante en el procedimiento, o bien representa directamente al padre demandante, o bien está presente en calidad de *amicus curiae*.”²⁹⁵

En México existe un criterio federal aislado del año 2017, el cual señala que la Secretaría de Relaciones Exteriores no se convierte en representante procesal directo del menor, y que, en todo caso, es

²⁹³ *cfr.* Oficina Permanente de La Haya, *Guía de Buenas Prácticas, primera parte...cit.*, p. 51.

²⁹⁴ *cfr.* Gómez Bengoechea, Blanca, *op. cit.*, p. 111.

²⁹⁵ Oficina Permanente de La Haya, *Guía de Buenas Prácticas, primera parte... cit.*, p. 57.

necesario que el solicitante otorgue su autorización por escrito, véase el rubro:

CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. UNA VEZ INICIADO EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL RESPECTIVO, LA SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES NO SE CONVIERTE EN LA REPRESENTANTE PROCESAL DIRECTA DEL MENOR INVOLUCRADO Y, EN TODO CASO, ES NECESARIO QUE EL SOLICITANTE OTORQUE SU AUTORIZACIÓN POR ESCRITO.—La atribución de la Secretaría de Relaciones Exteriores para fungir como autoridad central en los procedimientos internacionales de restitución internacional de menores derivados de la mencionada convención, se encuentra prevista en el artículo 22, fracción XI, del reglamento interior de la citada dependencia federal. Por tanto, dicha secretaría es la encargada de canalizar y promover la colaboración entre las autoridades centrales de los Estados Parte de la Convención en los Estados Unidos Mexicanos, a fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y, para conseguir los objetivos del convenio, tiene las obligaciones establecidas en el artículo 7 del citado instrumento. Ahora bien, de estas obligaciones, destaca la establecida en el inciso *f*), esto es, la relativa a la iniciación o apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de restituir al menor y permitir, a través de los medios legales disponibles, que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita del progenitor que ostenta la custodia del menor, pero que no lo tiene bajo su resguardo o cuidado en virtud de que fue trasladado o es retenido ilícitamente por su contraparte en un determinado país. Sobre estas facultades, la Guía de Buenas Prácticas, primera parte, Prácticas de las Autoridades Centrales, apartado 4.16, página 57, dispone que la Convención impone a las autoridades centrales la obligación de iniciar o dar facilidades para promover un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de obtener el retorno del menor, pero también señala que no están obligadas a iniciarlo ellas mismas, ni a representar directamente al solicitante, pues a pesar de que esto último es posible, no es recomendable. De esto deriva que la Secretaría de Relaciones Exteriores, al recibir una solicitud de restitución internacional de menores, no defiende un interés ni derecho en nombre de la Federación, sino los de la solicitante, ante la presunción que impera en la Convención de La Haya en el sentido de que el interés del menor es ser restituido, por lo que resulta inconcuso que en la integración del correspondiente expediente administrativo, la autoridad central mexicana representa los intereses de la requirente. Sin embargo, no debe soslayarse que, una vez que el expediente administrativo es remitido a la autoridad judicial, e inicia el procedimiento jurisdiccional de restitución internacional de menores, la mencionada

secretaría no se convierte en la representante procesal directa del menor pues, en todo caso, para ello es necesario que el solicitante de la restitución otorgue su autorización por escrito para dichos efectos en favor de la autoridad central, en términos del artículo 28 de la Convención referida.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 811/2015. 8 de abril de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: José Armando Jiménez Hernández.²⁹⁶

3.8.6. *Rechazo de solicitudes*

De la misma manera, en las *Guías de buenas prácticas* se puntualiza en torno al seguimiento de la evolución de las solicitudes, así como informar a los interesados sobre los recursos, en caso de resultar negativa la respuesta a éstas.

El artículo 27 de la Convención reseña la posibilidad de la autoridad central para rechazar una solicitud; al respecto, la Comisión especial, en 2006 señaló que la facultad discrecional de una autoridad central de rechazar, en los términos del artículo 27, una solicitud que sea manifiestamente infundada, debe ser ejercida con extrema cautela.²⁹⁷

No puede dejar de señalarse que un punto trascendental es que, en su caso, la restitución se efectúe sin mayor peligro en un marco de condiciones de seguridad para el menor. Al efecto, los Estados contratantes reconocen que las autoridades centrales tienen una obligación, en virtud del artículo 7, de asegurarse de que los órganos de protección de la infancia estén alertados en determinados casos en los que la seguridad del menor se ponga en cuestión, de tal forma que puedan actuar para proteger el bienestar del menor en el momento de la restitución, hasta que se haya hecho valer la competencia del tribunal apropiado.²⁹⁸

En la práctica, las resoluciones de restitución segura se han proyectado como órdenes espejo. Al respecto, el INCADAT en el caso *MacMillan vs. MacMillan*, en su comentario sostiene que:

²⁹⁶ Tesis: III.2o.C.72 C, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Libro 40, t. IV marzo de 2017, p. 2644.

²⁹⁷ *cfr.* Boletín de los Jueces, t. XII, Primavera-Verano, 2007, p. 9, http://www.bcch.net/index_es.php?act=publications.listing&sub=5

²⁹⁸ Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta... *cit.*, pp. 5-6.

Ha surgido una práctica en una serie de Estados Contratantes para que las órdenes de restitución estén sujetas al cumplimiento de determinados requisitos o compromisos específicos. A fin de asegurar que tales medidas de protección sean ejecutables, se le puede exigir al solicitante que registre estas medidas en términos idénticos o equivalentes en el Estado de residencia habitual del menor. Por lo general se hace referencia a estas órdenes replicadas como ‘restitución segura’ u ‘órdenes espejo’.

Las órdenes de restitución han estado sujetas a la sanción de la restitución segura/órdenes espejo en las siguientes jurisdicciones:

Australia

- Director-General Department of Families, Youth and Community Care and Hobbs, 24 September 1999, Family Court of Australia (Brisbane), [Cita INCADAT: HC/E/AU 294];

Reino Unido-Inglaterra y Gales

- Re W. (Abduction: Domestic Violence) [2004] EWHC 1247, [2004] 2 FLR 499 [Cita INCADAT: HC/E/ UKe 599];
- Re F. (Children) (Abduction: Removal Outside Jurisdiction) [2008] EWCA Civ. 842, [2008] 2 F.L.R. 1649, [Cita INCADAT: HC/E/UKe 982];

Sudáfrica

- Sonderup v. Tondelli 2001 (1) SA 1171 (CC), [Cita INCADAT: HC/E/ZA 309];
- Central Authority v. H. 2008 (1) SA 49 (SCA) [Cita INCADAT: HC/E/ZA 900].²⁹⁹

Entre los Estados que observan esta restitución segura y órdenes espejo, se encuentran Australia, Reino Unido-Inglaterra y Gales, y Sudáfrica.

La función de las autoridades centrales en esa coordinación de la restitución de los infantes entre los Estados contratantes, deben también vigilar que efectivamente se cumpla la resolución o acuerdo de retorno y las órdenes espejo. Al respecto, “la Comisión especial hace un llamamiento a los Estados contratantes para que ejecuten las decisiones de restitución sin demora y de forma efectiva.”³⁰⁰

Es importante puntualizar que en algunos casos, como indica Isabel Reig Fabado, si se llega a la conclusión de que el menor no debe

²⁹⁹ Caso *MacMillan vs. MacMillan* 1989 SLT 350. Referencia INCADAT: HC/E/UKs 25, <https://www.incadat.com/en/case/25?summlanguage=fr>

³⁰⁰ Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta... *cit.*, p. 10.

ser restituido, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio, se faculta a las autoridades administrativas judiciales del Estado requerido para que decida sobre la cuestión de fondo del derecho de custodia (SAP Santa Cruz de Tenerife 26 noviembre 2007).³⁰¹

3.9. *Comunicaciones judiciales directas*

Por otra parte, independientemente de la coordinación de las autoridades centrales, existen las denominadas comunicaciones judiciales directas entre jueces o tribunales de un Estado a otro; así en el trabajo de las Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, cita al respecto:

5.5 Se anima a los Estados contratantes a considerar la designación de uno o más jueces u otras personas o autoridades capaces de facilitar, a nivel internacional, la comunicación entre jueces o entre un juez y otra autoridad.

5.6 Los Estados contratantes deberían fomentar de manera activa la cooperación judicial internacional. Esta cooperación tomaría la forma de una presencia de los jueces a conferencias judiciales intercambiando ideas y comunicándose con jueces extranjeros o explicando las posibilidades de la comunicación directa en casos concretos.³⁰²

Es un hecho que la comunicación directa puede ser muy útil para resolver problemas prácticos; en especial al establecer medidas para el retorno seguro del infante, permitiendo además una información de primera mano de entendimiento sobre los sistemas jurídicos entre sí y los derechos subjetivos que se protegen de acuerdo con sus culturas.

En este punto es importante el conocimiento que los diferentes Estados tienen entre sí por medio de la comunicación directa, toda vez que como indica Philippe Lortie, la búsqueda de informaciones generales sobre las leyes y procedimientos vigentes, así como temas relacionados con la administración judicial, no tienen por qué llevar al

³⁰¹ *cfr.* Reig Fabado, Isabel, “El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”, *Revista Boliviana de Derecho*, número 20, Fundación Iuris Tantum, Santa Cruz, Bolivia, julio 2015, p. 250.

³⁰² Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta...*cit.*, párrafos 5.5 y 5.6.

prejuzgamiento. Si se conoce todo el contexto, incrementa la posibilidad de realizar una toma de decisión fundamentada.³⁰³

Estas comunicaciones son propicias entre los países que tienen juez de enlace, quien tendrá como función asesorar a sus colegas de jurisdicción sobre el convenio en general y su aplicación práctica: “El debate incluía la relación entre las Autoridades Centrales y los Jueces y la necesidad de mutuo respeto y confianza en sus respectivos poderes los beneficios de las redes judiciales regionales que sostienen la labor más amplia de la oficina permanente.”³⁰⁴

Los enlaces de comunicación directa han permitido que, por medio de la información, se enfrenten problemáticas en forma más eficaz, con ejemplos claros.

El juez Eberhard Carl, en su artículo sobre comunicaciones internacionales entre jueces, relata dos casos de comunicaciones directas que tuvo en Alemania con dos padres que habían iniciado procedimientos de restitución en los Estados Unidos. Un primer caso surgió en 1984, antes de que el Convenio de La Haya de 1980 entrara en vigor en Alemania. El segundo caso tuvo lugar en 1996. En los dos casos, el juez Carl Eberhard pudo persuadir a los padres a ir a Alemania para participar en la audiencia. En ambos casos, los dos padres aceptaron derecho de visita.³⁰⁵

Por ello, los trabajos de comunicación directa fueron también tema importante en la reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980, efectuada en Holanda en 2011. En esa ocasión se destacó la importancia del enlace y la salvaguarda en las comunicaciones, así como sus principios y formas de iniciación para una adecuada cooperación que potencialice el éxito de los acuerdos internacionales.

En su artículo 21, la Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños aborda el tema.

³⁰³ *cfr.* Lortie, Philippe, *op. cit.*, p. 11.

³⁰⁴ La red internacional de jueces de La Haya en el contexto de la Quinta Reunión de la Comisión Especial, *op. cit.*, p. 22, http://www.bcch.net/index_es.php?act=publications.listing&sub=5

³⁰⁵ Lortie, Philipp, *op. cit.*, p. 20.

3.10. *Procedimiento de urgencia*

En virtud de que para evitar que se consolide una nueva situación de un niño, una niña o adolescente, cuya base haya sido una retención o sustracción ilícita, el factor tiempo juega un papel trascendental, como se ha puntualizado con anterioridad. Debido a ello, el artículo 11 del Convenio de La Haya contempla el procedimiento de urgencia y el plazo máximo para que las autoridades informen sobre el resultado del procedimiento o, en su caso, pedir una declaración sobre las razones de la demora. En este sentido:

...el *apartado segundo* establece un plazo no vinculante de seis semanas, tras el cual el demandante o la Autoridad central del Estado requerido pueden solicitar una declaración sobre los motivos del retraso. Además, cuando la Autoridad central del Estado requerido haya recibido la respuesta, tendrá de nuevo una obligación de información, ya sea para con la Autoridad central del Estado requirente o para con el demandante si éste ha presentado directamente la demanda.³⁰⁶

El término obedece a la armonía con los objetivos del convenio, en cuanto a la restitución y la rapidez con que debe resolverse para evitar mayores elementos que consoliden la acción del sustractor. En este tenor, el Estado refugio debe resolver y 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.”³⁰⁷

Ello sin soslayar que dicho término de seis semanas también ha sido señalado por los tribunales federales en el sentido de que debe respetarse en todo caso el derecho de audiencia de las partes; por lo que si bien puede excederse el término, el tiempo adicional que se demore en resolver un asunto, deberá ser razonable y proporcional con la causa que lo originó.

CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. ATENTO AL INTERÉS SUPERIOR DE ÉSTOS, EL

³⁰⁶ Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo...*, cit., nota 7, párrafo 105, p. 30.

³⁰⁷ *Ídem*.

PLAZO DE SEIS SEMANAS QUE LA AUTORIDAD JUDICIAL O ADMINISTRATIVA COMPETENTE TIENE PARA RESOLVER LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA RESTITUCIÓN DE AQUÉLLOS, AL PODER EXCEDERSE DE ESE PERIODO RAZONABLE Y PROPORCIONAL CON LA CAUSA QUE LO ORIGINÓ, NO ESTÁ POR ENCIMA DEL DERECHO DE AUDIENCIA Y DEFENSA DE LAS PARTES.—La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores señala que las autoridades judiciales deberán actuar bajo el principio de celeridad; lo que se advierte claramente en su artículo 11, al establecer el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación del procedimiento, para que la autoridad judicial o administrativa competente llegue a una decisión en los procedimientos para la restitución de menores. Sobre dicho artículo, la jurista Elisa Pérez-Vera, en el informe explicativo de la Convención, destacó que aun cuando es importante dar un tratamiento prioritario a este tipo de asuntos, se trata de un plazo “no vinculante”. A partir de dicha premisa, se concluye que el plazo mencionado no puede estar por encima del derecho de audiencia y defensa de las partes, so pretexto de resolver lo antes posible en torno a la restitución del menor, ya que el plazo referido se considera razonable para que las partes ejerzan su derecho de contradicción, y desahoguen todas las diligencias probatorias para acreditar su derecho, lo cual permitirá al Juez identificar con mayor exactitud cuál es el interés superior del menor. Lo anterior en la inteligencia de que, si en un determinado asunto se requiere de un periodo mayor a las seis semanas para desahogar una prueba o practicar una diligencia, el juzgador deberá ponderar que es lo que le depara mayor beneficio al menor ya que, por ejemplo, en la hipótesis de que el desahogo de una prueba satisfaga de mejor manera los intereses del niño, desde luego que podrá exceder el indicado periodo, en el entendido de que el tiempo adicional que demore en resolver, deberá ser razonable y proporcional con la causa que lo originó.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 811/2015. 8 de abril de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: José Armando Jiménez Hernández.³⁰⁸

Sin embargo, lo cierto es que han existido interesantes disertaciones sobre la posibilidad de responsabilidad en el retraso de los procedimientos hacia los Estados y el juez, incluyendo sanciones a dichos Estados, al no actuar conforme a sus compromisos internacionales. Sobre el tema, Mariana Herz refiere:

³⁰⁸ Tesis: III.2o.C.71 C, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 40, marzo de 2017, t. IV, p. 2639.

Para el Tribunal no son defensas válidas los obstáculos procesales que impone el derecho local, ya que a cada estado le compete removerlos de modo de lograr, cumplir acabadamente con las obligaciones internacionales. Tampoco son excusas la omisiones en que pudo haber incurrido el padre para instar la ejecución ya que las omisiones de un solicitante no pueden absolver al Estado de sus obligaciones en materia de ejecución pues este último ejerce la autoridad pública.³⁰⁹

Aun cuando pueden darse casos de acuerdo con el interés superior del menor que justifiquen el retraso en la resolución, en tal hipótesis deben darse las razones suficientes motivadas y fundadas que sustenten el actuar de la autoridad.

De acuerdo con el artículo 2, los países que se encuentran vinculados a la Convención Americana sobre Derechos Humanos³¹⁰ tienen la obligación de adecuar su derecho doméstico con sus compromisos internacionales. En esta temática, en las conclusiones de La Haya-Países Bajos, del 28 de noviembre-3 de diciembre de 2005, se pronunció una recomendación en la sección de celeridad en los procesos de La Haya, punto 12, que establece lo siguiente:

En caso que, las leyes internas de procedimiento de un Estado contratante no permitan un procedimiento de urgencia, se recomienda enfáticamente a este Estado contratante que considere la promulgación de un procedimiento especial para los casos de sustracción internacional de niños que podría incluir disposiciones para resolver el caso en forma expedita en primera instancia de acuerdo con el espíritu del convenio y cuando fuera el caso también en la instancia de apelación.³¹¹

En tal virtud, el Poder Legislativo de los Estados está obligado a determinar las normas que den directriz a la celeridad en los procedimientos, incluyendo lo relativo a los recursos en su uso restrictivo, con la finalidad de ser compatibles dichas normas de los sistemas internos de los Estados, con el objeto convencional de celeridad.

³⁰⁹ Herz, Mariana, *op. cit.*, p. 11.

³¹⁰ https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

³¹¹ Proyecto de La Haya para la cooperación internacional y la protección de los niños funcionamiento de los convenios de la Haya sobre niñez y la protección transfronteriza de los niños en América Latina, 28 de noviembre-3 de diciembre 2005, La Haya, Conclusiones y Recomendaciones, p. 58, www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/restitucion.../seminario-jueces-la.pdf

En este contexto, Elisa Pérez Vera advierte que salvo que exista causa suficiente para entender que el menor se encuentra en una posición de desamparo, la apelación de la decisión judicial debería reservarse, como norma general, a quienes se disputan su guarda y custodia.³¹²

Por otra parte, el Poder Judicial también se encuentra inmerso en su trabajo jurisdiccional como parte del Estado, trabajo que desempeñan independientemente de un efecto inmediato en la solución de casos en la proyección de jurisprudencias y en el control de convencionalidad. Acerca de dicha obligatoriedad, se cita:

La Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.³¹³

Es importante puntualizar que en el sentido de que la restitución de un infante sea inmediata, se han pronunciado los Tribunales Federales, toda vez que se considera que el interés superior de los niños se ve mayormente protegido y beneficiado mediante el restablecimiento de la situación previa al acto de sustracción o de retención.

En el mismo orden de ideas, es importante precisar que el principio de celeridad también debe considerarse en la fase de ejecución, dado

³¹² *cfr.* Elisa, Pérez Vera, “Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980”, en Bonasso, Alejandro, *Programa Interamericano de Cooperación... op. cit.*, p. 43.

³¹³ Corte IDH Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Estado de Chile, p. 53, www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

que independientemente de que exista un procedimiento que inclusive puede estar litispendiente en sede constitucional, lo cierto es que la Guía de buenas prácticas, cuarta parte, Ejecución, contempla la posibilidad de la ejecución provisional de una orden de restitución que todavía no es definitiva, lo que deberá atenderse en el análisis de cada caso concreto en forma razonable con interés superior del niño.

Al efecto se cita: “3.2 La posibilidad de ejecución inmediata o provisional de una orden de restitución que todavía no es definitiva deberá no obstante existir para responder apropiadamente a las circunstancias de cada caso”.³¹⁴

Y es que el principio de celeridad es cardinal en el proceso de restitución donde debe observarse la vía procesal más expedita como procedimiento de urgencia y una debida diligencia del estado requerido.

En este contexto dada la obligación de los Estados en todos sus niveles de gobierno, es importante que el Poder Judicial, al conocer casos sobre restitución internacional de infantes, aplique los conceptos internacionales de la Convención de la Haya de 1980, que al momento se han estudiado, con la finalidad de salvaguardar el interés superior del infante y cumplir con los esfuerzos transfronterizos que los Estados han podido consensar sobre el particular.

4. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores

4.1. Clasificación y proyección

En la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menor se aborda la problemática desde un punto de vista geográfico; es decir, como su mismo nombre nos dice, está firmada por países del continente americano, con fecha de firma 15 de julio de 1989, y cuya fecha de entrada en vigor internacional fue el 4 de noviembre de 1994.

³¹⁴ Proyecto de Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, Cuarta parte, Ejecución. 2010, p. 21, <https://assets.hcch.net/docs/0ee87b01-cfcb-40be-a988-836eb074fbfd.pdf>

México la ratificó el 5 de octubre de 1994, con fecha de entrada en vigor para el 4 de noviembre de 1994 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 18 de noviembre de ese mismo año.

Se trata de un convenio de colaboración y cooperación con objetivos específicos, prevaleciendo el interés superior del menor como principio rector. Sonia Rodríguez Jiménez indica que: “Estamos ante una Convención de carácter bipartito desde que regula, por un lado, a través de la contemplación de tres foros competenciales neutrales (*omissis*) (artículo 6o.); por otro lado, a través de la inclusión del artículo 7o., regula el papel de las autoridades centrales, y por ello el sector de la cooperación procesal internacional”.³¹⁵

Su ámbito de protección es armónico con lo contemplado por el Convenio de La Haya de 1980, también en su artículo 16, con relación a no penetrar en el núcleo del derecho de custodia y reservar tal acto al juez de residencia habitual del infante

Como se precisó, la proyección de aplicación de dicha convención también se vincula a la ilicitud de la conducta desplegada, violentando los derechos que los padres, tutores o guardadores ejercían en lo individual o conjuntamente, o cualquier institución antes del hecho. Ello, vinculado el concepto de residencia habitual de los infantes, tal como lo preceptúa el artículo 4º de dicho acuerdo.

Por lo tanto, en este aspecto, al igual que en la Convención de La Haya, como punto de protección, se privilegia el derecho preexistente en la residencia habitual del menor, aun cuando no se especifique si es de pleno derecho, derivado de una resolución o un acuerdo. Esto se encuentra dentro de la adecuada interpretación de la frase “los derechos que ejercían” (según establece el artículo 4º de la Convención Interamericana), porque éstos pueden tener cualquiera de las fuentes enumeradas.

De acuerdo con su ámbito de aplicación, Amalia Uriondo precisa que, debido a los foros de codificación del que proceden, estos instrumentos no tienen la misma cobertura; el de La Haya es universal y el Interamericano es de carácter regional.³¹⁶

³¹⁵ Rodríguez Jiménez, Sonia, *La sustracción internacional... cit.*, p. 417.

³¹⁶ *cfr.* Uriondo de Martinoli, Amalia *et. al.*, *op. cit.*, p. 32.

4.2. *Objetivos*

La finalidad de esta Convención se establece en el artículo 1º, el cual señala:

La presente Convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.

Como podemos observar, los objetivos son armónicos con los planteados por la Convención de La Haya, en cuanto a la restitución de un menor en caso de ilicitud del acto del traslado o de la retención.

4.3. *Estructura del Convenio*

4.3.1. *Ámbito de aplicación personal*

Se traza también en forma armónica con la Convención de La Haya de 1980, toda vez que pone como limitante que el infante no haya cumplido 16 años para la aplicación de su normatividad.

4.3.2. *Ámbito de aplicación material*

El ámbito propiamente de acción es en vía civil; sin embargo, Adriana Dreyzin precisa que "...si incluye una norma de derecho penal entre sus disposiciones, cosa que resulta absolutamente novedosa en la trayectoria de la CIDIP (*omissis*) La incorporación de la norma inicia una senda que profundiza la CICIP V de manera innegable a pesar de las resistencias ofrecidas por algunos países, especialmente Estados Unidos."³¹⁷

Dicha norma se encuentra dentro de la Convención Interamericana, en su artículo 26, y que a continuación se cita: "la presente Convención no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la

³¹⁷ Dreyzin de Klor, Adriana, *op cit.*, p. 44.

restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya delito.”

Lo anterior imprime un sesgo penal, como se ha puntualizado, en el tratamiento de los casos de restitución que a la vez constituyan un delito.

4.3.3. *Ámbito espacial*

Se trata de un convenio entre partes, donde el Estado de la residencia habitual y el de destino o refugio adonde se traslada o retiene al menor deben vincularse en la obligatoriedad del convenio. De esta forma, Sonia Rodríguez Jiménez declara que:

...al igual que el instrumento de La Haya, el Interamericano es también un instrumento *inter partes*, es decir, se aplica sólo entre Estados parte; así, si el menor procede de un Estado parte, pero ha sido trasladado a un tercer Estado no parte, este instrumento no es aplicable. Tampoco se aplica (*omissis*) si el destino del menor es un Estado parte, pero procede de un Estado no parte.³¹⁸

4.4. *Excepciones*

La efectividad del ejercicio del derecho que protege la convención se trata en la Convención Interamericana como excepción para la restitución. Del mismo modo se contempla como excepción que se haya prestado, en su caso, anuencia de quien ejercía los derechos como el de custodia, con posterioridad a tal traslado o retención, donde, desde luego, la comprobación de tales extremos corre a cargo de la persona o institución que presentare oposición, tal como se desprende de su artículo 11; lo anterior también se da en armonía con lo preceptuado en la Convención de La Haya.

La Convención Interamericana, así como la Convención de La Haya, no definen los términos de residencia habitual ni de efectividad en el derecho ejercido; sin embargo, sobre tales conceptos nos ceñiremos a lo analizado en la Convención de La Haya, dado que protegen derechos substanciales y principios procesales acordes con los fines comunes en ambas convenciones.

³¹⁸ Rodríguez Jiménez, Sonia, *La sustracción internacional... cit.*, pp. 420-421.

Dentro de las excepciones, en el citado artículo 11, también se contempla la posibilidad de negar la restitución cuando sea acreditado por la persona o institución que presentare oposición, que el menor se opone a regresar, tomando en consideración su edad y madurez, en cuanto a la opinión de los mismos.

Tal elemento debe analizarse desde el punto de vista del interés superior del menor, toda vez que dependerá de la edad y madurez del menor, junto con los demás puntos de análisis, la determinación de lo que es mejor para él.

Como excepción también se contempla la existencia de un riesgo grave en que, por la restitución, esta excepción pudiera exponer al menor a un peligro físico y psíquico. Al igual que en la Convención de La Haya, se traza sobre el interés superior del menor, cuando existen principios en colisión entre el protegido por el consenso internacional y otro de integridad física o psíquica de los infantes; en consecuencia, deben resolver lo más favorable para los niños, las niñas o adolescentes, también con base en un análisis de ponderación.

Sin embargo, no hay duda de que el estudio de las excepciones debe ser restrictivo, con base en pruebas para evitar que pudieran consolidarse circunstancias de competencia y jurisdicciones, bajo intereses diversos al interés superior de los infantes, y hacer nugatorios los objetivos del Convenio internacional.

Dentro de las excepciones que se contemplan, en su artículo 25, la Convención Interamericana incluye también una cláusula de carácter público que contempla trazos relacionados con el Derecho interno de los Estados, al igual que la Convención de La Haya —artículo 20—. Sin embargo, en ambos cuerpos internacionales, esta cláusula es restrictiva, con lo cual se prueba, en todo caso, cuáles principios fundamentales y bajo qué perspectivas es violatoria, de acuerdo con instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño.

4.5. Fisiología del Convenio

Al igual que la Convención de La Haya, la Convención Interamericana funciona por medio de autoridades centrales en lo substancial, quienes deben coordinar los aspectos necesarios sobre el procedimiento de restitución al presentarles una solicitud, con las

autoridades centrales del Estado en que se encuentra el infante y con las autoridades competentes administrativas y judiciales.

Su objetivo primordial será el cumplimiento de los fines del Convenio, logrando la pronta restitución de menores a su residencia habitual y observando, en casos de excepciones, lo más favorable al interés superior del menor. En dicha tarea, debe privilegiarse una adecuada comunicación entre autoridades centrales.

Los procedimientos deben ser ágiles, de modo que hagan patente el fin del Convenio sobre “la pronta restitución”. Asimismo, las autoridades centrales deben privilegiar la devolución voluntaria del menor.

Ahora bien, además de instar ante las autoridades centrales, los titulares del procedimiento podrán hacerlo mediante exhorto o carta rogatoria o directamente por la vía diplomática o consular, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8 de la Convención de estudio.

Es importante puntualizar que el sistema de Derecho Internacional Privado con el uso de conocimiento general de exhortos y cartas rogatorias, aplica principalmente en relación a Estados que no se encuentren vinculados por un instrumento internacional.

Ahora bien, sobre el procedimiento, el artículo 9 de la Convención de estudio prevé el contenido de una solicitud de restitución, de cuyos requisitos se desprenden los datos concernientes sobre los derechos que se protegen (en la mayoría de los casos, derecho de custodia), la efectividad en el ejercicio de dichos derechos y la edad del infante, lo que permitirá determinar el ámbito personal y la factibilidad del caso dentro de los supuestos para la aplicación del consenso internacional; también se establece la temporalidad del acto y el nombre de la persona que le efectúa.

Desde luego, ello permitirá agilizar la visión de la autoridad requerida sobre el derecho interno que se protege en el Estado requirente y observar si se encuentra en el radio de acción del acuerdo internacional. En este sentido, Dreyzin de Klor sostiene:

El procedimiento para la restitución está previsto en los artículos 8° a 17 y como no podía ser de otra manera dada la acentuada influencia que recibe este Convenio de la Convención de La Haya, se caracteriza por su celeridad al establecer plazos breves para las actuaciones, a la vez que por la flexibilidad de sus disposiciones, en cuanto conceden amplias posibilidades a las autoridades competentes para

obrar con un ponderado y prudente criterio axiológico, en aras de la efectivización de los resultados.³¹⁹

Es necesario precisar que dentro de estos artículos 8° a 17 que enmarcan el procedimiento, el artículo 14 señala el plazo en que debe instaurarse el procedimiento de restitución —de un año—, a partir de la fecha en que el menor hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente, acorde con el señalado en el artículo 12 de la Convención de La Haya; sin embargo, en este último convenio no se especifica ningún caso específico para la cuantificación del término, circunstancia que si es observada en la Convención Interamericana—, al especificar en su citado artículo 14 que, respecto de los menores cuyo paradero se desconozca, el plazo se computará a partir del momento en que fueren precisa y efectivamente localizados.

Ambas convenciones observan la hipótesis de la restitución después de un año, excepto que se compruebe la integración del menor a su nuevo entorno; lo cual, como se ha analizado, debe ser interpretado en relación con lo más favorable para los infantes. El artículo 21 traza lo relativo al respeto del derecho de visita, y el trámite de la solicitud será en los mismos términos previstos en el acuerdo internacional para la restitución del menor.

Los artículos del 22 al 27 de la Convención establecen disposiciones generales, mientras que los artículos del 28 al 38 comprenden las disposiciones finales; resaltando que el artículo 34 contempla las circunstancias atinentes en caso de que los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos fueran parte de ambas convenciones, la Interamericana y la de La Haya, estableciendo al efecto lo siguiente:

Artículo 34.—Entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueran parte de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, regirá la presente Convención. Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de la Haya del 25 de octubre de 1980.

³¹⁹ Dreyzin de Klor, Adriana, *op. cit.*, p. 49.

Como se observa, ambos instrumentos internacionales —Convenio de la Haya de 1980 y La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores— configuran un esquema procesal con el que los Estados contratantes cuentan en casos de sustracción o retención ilícita de infantes; son Convenios íntimamente vinculados con el derecho sustancial que se establece en la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual plantea los derechos humanos y fundamentales de los niños, las niñas y adolescentes, privilegiando su interés superior y que dan pauta al marco internacional para resolver las problemáticas que sobre el particular se presenten, ello en concordancia con el Derecho interno de cada Estado.

Capítulo cuarto
**RECEPCIÓN DE LOS TRATADOS
INTERNACIONALES**

En los capítulos precedentes hemos reseñado la línea de los principales instrumentos internacionales que se abocan a la problemática de la sustracción internacional de menores.

Ante una controversia de tal naturaleza, dos sistemas jurídicos —el internacional y el propio sistema doméstico de cada Estado, con una cultura, soberanía, historia y política interna particular—establecen pautas, para analizar la forma en que ambos convergen y, en su caso, cómo se reciben las normas internacionales en los sistemas de los Estados.

En este punto, las fuentes del Derecho internacional y su vinculación con el Derecho doméstico orientan el criterio para la coordinación de los sistemas.

1. Fuentes y vértices entre el Derecho internacional público y los sistemas internos de los Estados

Al respecto, Manuel Becerra refiere que la doctrina tradicional considera que las formas de manifestación, es decir, las fuentes del Derecho internacional, son los tratados internacionales, la costumbre, los principios generales del Derecho; y como fuentes subsidiarias están la doctrina, las decisiones jurisprudenciales y la equidad.³²⁰

Esta tradicional forma de clasificar las fuentes se vincula directamente con el artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ). La denominación de las fuentes en este artículo ha suscitado polémicas en cuanto a su jerarquía; sin embargo, en palabras

³²⁰ *cfr.* Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, p. 1.

de Marco Gerardo Monroy, en la doctrina actual hay consenso en la idea de que no hay jerarquía formal entre tratado y costumbre. En caso de conflicto, la prioridad se establece según las reglas generales del conflicto en el tiempo.³²¹

Además de esta clasificación tradicional, hay una evolución práctica que ha permitido una reflexión sobre las fuentes del Derecho internacional. En este sentido, como lo expresa Manuel Becerra Ramírez, “es posible identificar algunas manifestaciones de normatividad internacional en las resoluciones de los organismos internacionales, en los actos unilaterales y los acuerdos ejecutivos internos, ya sea de los Estados como de los organismos internacionales.”³²²

El origen de estas obligaciones internacionales, de actos unilaterales y acuerdos ejecutivos, representan contextos de estudio fundamentales en cuanto a su génesis, su naturaleza jurídica, en virtud de la práctica recurrente de los Estados para generar vinculaciones que constriñen el cumplimiento en la interrelación interestatal; sin que propiamente se trate de convenios que obliguen a todo el Estado contratante, y su fuerza vinculante se puede limitar a los órganos que se obligan entre uno y otro Estado.

Cabe precisar que, de las fuentes enunciadas, únicamente profundizaremos en las más importantes, tomando en consideración la veta de estudio, es decir, la sustracción internacional de menores. En este sentido, los tratados internacionales constituyen la fuente que por excelencia y demanda establece obligaciones entre los Estados en forma transfronteriza; su introducción a los sistemas internos de los países no acontece en forma automática, y debe observarse de acuerdo con el esquema de recepción de los Estados.

Sobre el particular existen teorías doctrinales que cada Estado adopta según su esquema jurídico interno.

³²¹ Monroy Cabra, Marco Gerardo, “Aproximación al concepto de fuentes de derecho internacional”, *Revista estudios socio jurídicos*, Universidad del Rosario Colombia, vol. 7, núm. 2, julio-diciembre, 2005, p. 84.

³²² Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, p. 4.

2. Teorías de la recepción de los tratados

De acuerdo con la teoría tradicional, básicamente, existen dos posturas teórico normativas principales: la dualista y la monista, que se ocupan —ambas— de la intercepción y vinculación entre el sistema internacional y el doméstico de los Estados.

En cuanto a la primera —la teoría dualista—, Oricell Richard indica que su aparición se ubica a finales del siglo XIX y principios del XX en los países de Alemania e Italia, respectivamente.³²³

Desde el planteamiento dualista, una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo; por ello, o es Derecho interno o es Derecho internacional. Sus postulados son desarrollados esencialmente por los siguientes autores: Henrich Triepel y Dionisio Anzilotti, Gaytano Moreli, Ángel Opiero Zereni y Walter Rudholz, quienes postulan que el Derecho internacional y el Derecho interno son dos órdenes jurídicos esencialmente iguales en cuanto a sistemas jurídicos independientes, y al mismo tiempo son diferentes uno del otro en tres aspectos, en lo que se refiere a sus fuentes, relaciones y en su substancia.³²⁴

Desde la perspectiva de esta teoría, de acuerdo con Manuel Becerra Ramírez, tenemos dos conjuntos con diferencias específicas en cuanto a su origen, vinculación y contenido. En el sistema internacional, estas diferencias se dibujan en los tratados internacionales, la costumbre y los principios generales del Derecho principalmente; mientras que en el Derecho interno nos encontramos ante las leyes, los decretos, los reglamentos vinculados a la Constitución en cada uno de los Estados.

Las relaciones de ambos sistemas también difieren; en el Derecho internacional, se consideran vinculaciones entre los Estados; en el derecho interno, a los gobernados en relación con el Estado. En cuanto al contenido, el sistema interno de los países lo determinará con base en la recepción de la coordinación o subordinación de las normas.

En este sentido, la teoría dualista observa que se trata de dos construcciones de estructura propia y, para que la normatividad

³²³ *cfr.* Martínez Oricell, Richard “Una mirada a los presupuestos teóricos para la recepción de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico cubano”, *Revista Facultad de derecho y ciencias políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, vol. 42, núm. 116, Medellín, Colombia, enero-junio, 2012, p. 123.

³²⁴ Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, p. 13.

internacional pueda observarse en cuanto al cumplimiento práctico por los gobernados de un Estado y el Estado mismo, debe existir un canal que permita la introducción de estas normas en los sistemas propios de cada país.

De este modo, quienes fundamentan esta postura “reconocen que ante la existencia de dos ordenamientos jurídicos, la preceptiva internacional no es de directa aplicación, ya que no forma parte del ordenamiento jurídico interno, por lo que necesita ser incorporado a través de un procedimiento de recepción que propicie la eficacia del postulado internacional en el derecho nacional.”³²⁵

En otras palabras, existe un acto de transformación de normas de un sistema a otro; y la fuerza de la obligatoriedad se traslada al derecho interno, que ha hecho suya la normativa internacional.

Así, de acuerdo con el sistema dualista, tanto el Derecho internacional, como el interno, constituyen dos regímenes separados, y no basta la sola ratificación para que el tratado se convierta en ley, ya que, para poder ser aplicado, exige la creación de una ley interna posterior.³²⁶

Lo anterior significa, entonces, que requiere un acto legislativo que “legitime” la Ley Internacional para ser observada en el orden interno de los Estados. De la misma forma “...se identifica con la tesis dualista del derecho internacional como un orden completamente diverso del orden interno (*omissis*) que exige (*omissis*) que el contenido del tratado se reproduzca a través de una ley; una vez publicada ésta, el Tratado se considera incorporado al orden jurídico interno a través de la misma.”³²⁷

Debemos señalar que esta teoría es poco aplicada en la generalidad de los Estados.

³²⁵ Martínez Oricell, Richard, *op. cit.*, p. 123.

³²⁶ *cfr.* Thomas, Federico, “La aplicación de las normas del derecho internacional del trabajo en el derecho interno”, *Revista latinoamericana de derecho social*, núm. 14, enero-junio de 2012, p. 187, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/9681/11709>

³²⁷ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La aplicación judicial de los tratados internacionales de derechos humanos”, en Ricardo Méndez Silva, *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, 2002, p. 183.

Por lo que compete a la teoría monista —contrapuesta a la dualista—, en primer lugar, señalamos a sus principales representantes: Hans Kelsen, Josep Kunz y George Scelle, quienes rechazan los puntos básicos de la teoría dualista y mantienen que tanto el Derecho internacional como el Derecho interno son dos elementos de un solo concepto de Derecho que se dirige al individuo, ya que no cambia su naturaleza jurídica y se aplica como tal, como una norma de Derecho internacional, y en este caso es necesario que sea autoaplicativa; en el caso de que un tratado no sea autoaplicativo, entonces se requiere una ley interna.³²⁸

En esta teoría se plantea que el Derecho se traza en una misma línea; por lo tanto, no se trata de dos sistemas de diferente naturaleza, sino de dos niveles que se acoplan por auto aplicación o una adaptación en los Estados mediante leyes internas.

Kelsen Hans postula una integración del Derecho desde la teoría pura:

En tal sentido, los seguidores de la posición monista coinciden en catalogar el derecho interno y el derecho internacional como partes integrantes de un mismo ordenamiento jurídico, cuya vinculación viene dada, en buena medida, por las relaciones de subordinación entre unos y otros, cuestión ésta que determina el carácter de las relaciones entre ambos ordenamientos y garantiza la primicia del derecho nacional sobre el internacional o viceversa.³²⁹

En la tesis que analizamos, no se requiere un acto de transformación como la creación de una ley para dar viabilidad a un tratado en el Derecho interno de un Estado. En relación con ambas teorías, F. Thomas afirma que “...pocos países utilizan el sistema dualista y es admitido por la generalidad de la comunidad de las naciones el sistema monista, donde los instrumentos internacionales son *self-executing* o autoejecutables y forman parte de la ley interna.”³³⁰

Incluso, de acuerdo con la actual tendencia mundial sobre la fuerza de las normas en materia de derechos humanos y sus principios, se ha

³²⁸ Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, p. 14.

³²⁹ Martínez Oricell, Richard, *op. cit.*, p. 124.

³³⁰ Thomas, Federico, *op. cit.*, p. 187.

planteado la relación entre Derecho internacional y Derecho nacional, dada la subordinación y acoplamiento entre uno y otro

Conforme a dichos principios, Diego García-Sayán refiere que se ha ido debilitando hasta hacer desaparecer las viejas discusiones entre dualismo y monismo que hoy son un anacronismo superado.³³¹

Lo cierto es que, si bien no puede soslayarse la apreciación —aun en nuestros días— de la clasificación tradicional en materia de recepción de tratados, el tema puede apreciarse como un lienzo continuo de principios que ya no se delimita en Derecho nacional o internacional o que hace más tenuous sus divisiones.

En todo caso, en la práctica, cada Estado establece a qué teoría se apega en la recepción de tratados y de derecho internacional. Ahora bien:

Independientemente de que el derecho internacional mantiene una postura monista internacional, cuando reconoce el principio *pacta sunt servanda*, y además con la existencia del principio (*omissis*) de que no se puede alegar la existencia de una norma de derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado, es también evidente que el derecho internacional requiere de la estructura que el Estado ya ha explorado para la aplicación del derecho interno de las normas internacionales.³³²

Como es posible apreciar, desde la perspectiva de Manuel Becerra Ramírez, los esquemas jurídicos deben armonizar. La teoría monista descansa en el principio de Derecho internacional que se delinea en la Convención de Viena de 1969, y entre sus esquemas jurídicos se destacan principalmente los de *pacta sunt servanda*, y la no intromisión a asuntos internos, así como agotamiento de recursos internos.

Así, de acuerdo con su Derecho interno, los Estados adoptarán el tipo de recepción que consideren pertinente, si bien predomina, como se ha señalado, la tesis monista. En palabras de Martínez Oricell:

³³¹ *cfr.* García-Sayán, Diego, “La recepción nacional del derecho Internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en García Ramírez, Sergio *et. al.*, *Recepción Nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009, p. 94.

³³² Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, p. 19.

En tal sentido, el criterio de incorporación sugiere, *per se*, una tendencia a la postura monista con primicia del Derecho internacional, toda vez que la existencia, modificación o extinción de la norma foránea está condicionada en buena medida al Derecho internacional y no al orden jurídico interno. Es por tal razón que la norma internacional conserva su naturaleza cuando se incorpora al Derecho internacional, aunque el acto que le ofrece eficacia en el ordenamiento jurídico nacional es de Derecho interno (*omissis*) en estos casos la fuerza obligatoria del convenio está en el derecho interno y no en el derecho internacional.³³³

Una vez precisadas las teorías analizadas, debemos observar la vinculación de los tratados internacionales con los Derechos Humanos.

3. Tratados internacionales y derechos humanos

En la trayectoria de la historia humana, convulsionada por eventos que en su momento cuestionaron la estructura formal del Derecho —como los actos de genocidio de la Segunda Guerra Mundial—, en el ámbito internacional permeó la preocupación por la persona humana, al ser el centro en forma contundente en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y que más tarde derivó en la consagración de diferentes acuerdos sobre la persona en su contexto humano.

Esta proyección ha permeado los sistemas nacionales e internacionales; así “la subjetividad internacional que hasta hace un siglo reconocía al Estado como su principal figura, experimenta una transformación de gran importancia, ahora reconoce al individuo como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos.”³³⁴

En esta línea se configuran, sin duda, normas de *ius cogens*, en relación con lo establecido en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969, tales como el genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad.

Pudiera pensarse que los convenios internacionales en materia de derechos humanos, al vincularse con los Estados, afectarían la soberanía de estos; sin embargo, dicha problemática no se hace vigente, porque estos tratados vinculan directamente con las constituciones de

³³³ Martínez Oricell, Richard, *op. cit.*, p. 134.

³³⁴ Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, p. 60.

los Estados, toda vez que en ellas se contienen los principios y valores de los pueblos, como señala Becerra Ramírez: “Las constituciones más modernas, aquellas que datan de finales del siglo pasado hacen hincapié en los derechos humanos, creando un sistema que privilegia la incorporación de los mismos derivados del derecho internacional, con lo cual se fortalece o amplía el marco jurídico que tiene el individuo en lo interno.”³³⁵

Esta apreciación también ha proyectado lo que se denomina doctrinariamente *constituciones vivas*, que se ligan primordialmente a la dignidad humana y la cultura. En este sentido, Peter Haberle admite que “la constitución no es solo un texto jurídico o una obra normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumento de autorrepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. Las constituciones vivas como obra de todos.”³³⁶

Esta idea ha revolucionado los sistemas jurídicos de los Estados, quienes, incluso, han implementado una amplitud en el control difuso y concentrado constitucional y control de convencionalidad de acuerdo con resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Estado de Chile*,³³⁷ que permea a todos los ordenamientos de Derecho, en donde los jueces del fuero común pueden, en un asunto, analizar circunstancias relacionadas a derechos humanos protegidos por la Constitución o por Tratados Internacionales de los que dicho Estado sea parte, armonizando normas o desaplicando aquellas que vulneren derechos fundamentales, y no siendo únicamente una función que pueda realizarse a nivel de jueces constitucionales, quienes, en su caso, sí pueden calificar de inconstitucional una norma.

Así, por ejemplo, en palabras de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en América Latina, de forma paulatina, los ordenamientos nacionales sentaron las bases de sistemas internos de control constitucional,

³³⁵ *Ibidem*, p. 67.

³³⁶ Haberle, Peter, “El estado constitucional europeo”, en Carbonell, Miguel, *La Constitucionalización de Europa*, México, UNAM, 2004, p. 25.

³³⁷ Corte IDH Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Estado de Chile*, www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

incorporando en los textos fundamentales instrumentos específicos para su defensa. De esta forma, se configura un sistema procesal subsidiario y reforzado en la protección de los derechos humanos.³³⁸

Por tanto, la postura de los tratados en materia de derechos humanos es privilegiada al representar un objetivo afín a todos los Estados. Este objetivo se refleja en el papel fundamental de la persona como ser humano, como eje de los sistemas nacional e internacional. En tal sentido, “el derecho internacional de los derechos humanos tiene cierta primacía, ya que contiene un mínimo garantista y al mismo tiempo este derecho puede ser fuente inmediata del derecho en lo interno del Estado. La violación de este estándar mínimo acarrea responsabilidad internacional para el Estado, la cual se puede declarar por las Cortes de Derechos Humanos.”³³⁹

La adecuada interpretación de las autoridades de los Estados encargados de la aplicación del Derecho —en caso específico, los jueces y magistrados y ministros— permitirá que los esfuerzos internacionales plasmados en los convenios de protección a la persona en su humanidad alcancen su sentido real.

Es importante considerar que el Convenio de la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores comprende una norma relativa a derechos humanos, por lo que su aplicación debe ser apegada a los principios de interpretación conforme y pro persona.

Así lo ha establecido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

...el Convenio de La Haya de 1980 se relaciona indubitablemente con el goce y ejercicio efectivo de diversos derechos humanos de las niñas y los niños y a la vez establece una garantía interestatal [el procedimiento de restitución internacional en sí mismo considerado] para la protección de tales derechos; por lo que a juicio

³³⁸ *cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación Constitucional*, México, Universidad Nacional de México, Porrúa, 2005, p. 522.

³³⁹ Bidart Campos, Germán, “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José de Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vol. I, 1998, p. 450.

de esta Sala el referido tratado internacional debe ser considerado como una norma relativa a derechos humanos...³⁴⁰

Alberto Ricardo Dalla confirma “en un tiempo era la ley la fuente de legitimación de los derechos, hoy son los derechos humanos lo que legitiman y dan sentido a las leyes”.³⁴¹

En México, sobre el particular, la Constitución establece, en su artículo 15, lo siguiente:

Artículo 15. No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

4. Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969

En cuanto a cómo deben interpretarse e integrarse los tratados en los sistemas nacional e internacional, existe un instrumento que plantea reglas importantes que deben considerarse: la Convención de Viena de 1969,³⁴² de la que México forma parte y fue ratificada el 25 de septiembre de 1974. Entró en vigor el 27 de enero de 1980. Este acuerdo de voluntades traza vértices que establecen vínculos entre los sistemas jurídicos internacional y nacional de los Estados.

El instrumento se compone de ocho partes: 1) introducción; 2) celebración y entrada en vigor de los tratados; 3) observancia-aplicación e interpretación de los tratados; 4) enmienda y modificación de los tratados; 5) nulidad-terminación y suspensión de los tratados;

³⁴⁰ Amparo directo en revisión 9/2016 relacionado con la Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 243/2015. Ejecutoria emitida el 6 de septiembre de 2017, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, párrafo 152, p. 58.

³⁴¹ *cfr.* Dalla Vía, Alberto Ricardo, *Estudios sobre constitución y economía*, México, UNAM, 2003, p. 22.

³⁴² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

6) disposiciones diversas; 7) depositarios-notificaciones-correcciones; y 8) registro y disposiciones finales. Sus directrices trazan las líneas de análisis en la aplicación de los tratados, en los casos concretos.

Dicha Convención delinea los principios de congruencia, buena fe y obligatoriedad y son referencia obligada en la interpretación de las relaciones internacionales. Así, en sus artículos 26 y 27 establecen lo siguiente:

Artículo 26. *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Estas directrices dibujan un compromiso contundente de los Estados a no poder —salvo excepciones— hacer valer un sistema interno de Derecho, con el fin de incumplir obligaciones internacionales, amén de la conducta de buena fe en las relaciones transfronterizas, salvo lo establecido en el artículo 46 de dicha Convención:

Este precepto constituye una reserva en relación con la invocación del Derecho interno para el incumplimiento de compromisos internacionales por parte de un Estado; por ejemplo, cuando existe una violación relacionada con la competencia, para celebrar tratados de dicho Estado.

Sin embargo, como señala Crisólogo Bustos Valderrama, la violación se invoca para anular un tratado viciado, situación que nada tiene que ver con la utilización de la violación del Derecho Interno para no cumplir un tratado válido.³⁴³

Por consiguiente, la Convención de Viena de 1969 es un instrumento guía en la interpretación de los tratados. Las reglas que emanan de dicha Convención perfilan el proceso de comprensión y entendimiento

³⁴³ *cfr.* Bustos Valderrama, Crisólogo, “La incorporación de los tratados en el Derecho Interno chileno. Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional”, *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, Sistema de Información Científica*, Universidad de Talca, *Ius et Praxis*, vol. 2, núm. 2, Chile, 1987, p. 77.

sobre el que debe desentrañarse —en caso de controversia, o en caso necesario— la voluntad de las partes; proceso que ha sido utilizado por cortes internacionales, en asuntos relacionados con Estados vinculados con dicho acuerdo de voluntades.

El artículo 31 establece las reglas de interpretación basándose en el principio de buena fe, el cual plantea —en un primer término de análisis— una interpretación en el contexto del tratado, tomando en consideración su objeto y fin. También permite medios de interpretación complementarios, para confirmar el sentido de la aplicación del tratado cuando exista ambigüedad u oscuridad en el mismo; o cuando exista un resultado absurdo o irrazonable.

En esta línea interpretativa, para desentrañar el alcance de lo establecido en un instrumento internacional, México, en concordancia con esta Convención, observa que debe efectuarse una hermenéutica literal, sistemática y, en última instancia teleológica, tal como se establece en el siguiente criterio federal: “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)”.³⁴⁴

³⁴⁴ “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). Conforme a lo dispuesto en los citados preceptos para desentrañar el alcance de lo establecido en un instrumento internacional debe acudir a reglas precisas que en tanto no se apartan de lo dispuesto en el artículo 14, párrafo cuarto, de la Constitución General de la República vinculan a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En efecto, al tenor de lo previsto en el artículo 31 de la mencionada Convención, para interpretar los actos jurídicos de la referida naturaleza como regla general debe, en principio, acudir al sentido literal de las palabras utilizadas por las partes contratantes al redactar el respectivo documento final debiendo, en todo caso, adoptar la conclusión que sea lógica con el contexto propio del tratado y acorde con el objeto o fin que se tuvo con su celebración; es decir, debe acudir a los métodos de interpretación literal, sistemática y teleológica. A su vez, en cuanto al contexto que debe tomarse en cuenta para realizar la interpretación sistemática, la Convención señala que aquél se integra por: a) el texto del instrumento respectivo, así como su preámbulo y anexos; y, b) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre las partes con motivo de su celebración o todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado

Por lo tanto, como se ha señalado, la Convención de Viena de 1969 es un instrumento ampliamente útil en el análisis de la interpretación, de la extensión, nulidad y de la aplicación de los tratados en forma internacional; además, define la forma de comprender la intención y la voluntad de los contratantes, cuando dentro de los sistemas estatales que formen parte de dicha Convención y en el sistema transfronterizo en tribunales Internacionales haya controversia en un caso concreto.

5. Recepción de tratados en México

México no ha sido ajeno a los efectos de la globalización en materia económica, política y de la universalización de los derechos humanos y otros asuntos; ha asumido obligaciones internacionales y, en consecuencia, para el cumplimiento de ellas, requiere la aplicación del derecho internacional.

y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; y, como otros elementos hermenéuticos que deben considerarse al aplicar los referidos métodos destaca: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de su interpretación; y, c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes; siendo conveniente precisar que en términos de lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para realizar la interpretación teleológica y conocer los fines que se tuvieron con la celebración de un instrumento internacional no debe acudir, en principio, a los trabajos preparatorios de éste ni a las circunstancias que rodearon su celebración, pues de éstos el intérprete únicamente puede valerse para confirmar el resultado al que se haya arribado con base en los elementos antes narrados o bien cuando la conclusión derivada de la aplicación de éstos sea ambigua, oscura o manifiestamente absurda. Amparo en revisión 402/2001. Imcosa, S.A. de C.V. 16 de agosto de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia; en su ausencia hizo suyo el asunto Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Rafael Coello Cetina”. Tesis: 2a. CLXXI/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVI, diciembre de 2002, p. 292.

En primera instancia, se precisa que en nuestro país existe la Ley sobre la Celebración de los Tratados, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 2 de enero de 1992.

5.1. *Ley sobre la Celebración de los Tratados*

Esta Ley se conforma básicamente por once artículos y un transitorio: en el artículo primero, establece su objeto de regular la celebración de tratados y acuerdos interinstitucionales; en el segundo, precisa los conceptos que el cuerpo normativo contempla; los artículos tercero y cuarto reafirman la distribución de los poderes ejecutivo y legislativo en materia de tratados; el artículo quinto señala cómo se expresa la voluntad de los Estados Unidos Mexicanos para obligarse; en el sexto se atribuye la coordinación a la Secretaría de Relaciones Exteriores en acciones sobre la celebración de tratados sin perjuicio de atribuciones a otras dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, independientemente de la obligación de estos últimos organismos de informar a la Secretaría antes referida sobre acuerdos interinstitucionales, que se pretendan celebrar con otros órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales.

El artículo séptimo establece que las dependencias y organismos descentralizados de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal deberán mantener informada a la Secretaría de Relaciones Exteriores acerca de cualquier acuerdo interinstitucional que pretendan celebrar con otros órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales; el artículo octavo desglosa las garantías a observar en materia de celebración de tratados; finalmente, los artículos noveno, décimo y undécimo establecen una reserva en relación con las resoluciones de los tribunales internacionales cuando esté de por medio la seguridad del Estado, así como circunstancias relacionadas con las sentencias internacionales.

Ahora bien, la ley de estudio reafirma la titularidad del Ejecutivo en política externa para celebrar tratados, tal como lo establece el artículo 89, fracción X y 133 Constitucional. Sin embargo, también posibilita la celebración de acuerdos interinstitucionales, lo cual ha sido motivo de interesantes disertaciones, como la planteada por Manuel Becerra, toda vez que la Constitución “no contiene ninguna

facultad expresa a alguno de los Poderes, ni mucho menos al Ejecutivo sobre los acuerdos interinstitucionales.”³⁴⁵

Sobre el particular, aunque no exista una base sólida suficientemente compatible con la posibilidad de celebrar acuerdos interinstitucionales por alguno de los Poderes de la Unión, dichos acuerdos son una fuente práctica del Derecho internacional, que requiere adecuada regulación en el sistema transfronterizo y nacional para dar seguridad jurídica a quienes lo celebran y a quienes se ven vinculados por los mismos. Sus efectos son internacionales y debe dilucidarse con precisión si obligan al Estado Mexicano o solo a quienes los celebran y vinculan.

Ahora bien, independientemente del origen político y económico, en materia de tratados internacionales, la Ley sobre la Celebración de los Tratados apuntala la facultad del Ejecutivo ya enmarcada constitucionalmente, y se vincula con lo establecido en dicho cuerpo normativo relacionado con lo preceptuado en la Convención de Viena de 1969 (de la que México forma parte), sobre el derecho de los tratados, su interpretación, vigencia, reservas y nulidades.

5.2. Marco normativo fundamental sobre recepción de tratados

En concordancia con la Ley antes estudiada, la incorporación del Derecho internacional en nuestro sistema jurídico se determina con las normas que establece la Constitución Federal, en conformidad con sus artículos 1º, 15, 76, 89 y 133, los cuales establecen la estructura formal y material del Derecho internacional por medio de los Tratados Internacionales.

De la misma forma, la Carta Magna delinea el sistema de aprobación de los tratados y el poder facultado para celebrarlos, ello a través de las atribuciones conferidas a los Poderes de la unión y su división.

Acerca de esta división de Poderes, Ángela María Páez Murcia refiere que tradicionalmente se ha hablado de la existencia de tres ramas del poder, a saber: ejecutiva, legislativa y judicial, que se controlan por un sistema de pesos y contrapesos, que se diseña en el marco de la Revolución Francesa y que se mantiene vigente.³⁴⁶

³⁴⁵ Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, p. 150.

³⁴⁶ *cfr.* Páez Murcia, Ángela María, “Aplicabilidad de la teoría de división de poderes en la actualidad, en algunos estados de América Latina. Segundo Avance de

La naturaleza del poder, el Estado, su relación con el Derecho y su legitimación, son conceptos filosóficos que pueden considerarse desde diferentes teorías. Desde su justificación kelsiana del uso de fuerza, Locke los identifica con la legitimación, y se relacionan con el convencimiento, la razón y el bien común.

Sin embargo, puesto que estos temas no son fundamentales en la investigación que nos ocupa, aquí solo precisaremos que esta triple división de poderes interrelacionados para observar una formalidad de equilibrio desde una perspectiva económica, política y social, se delinea constitucionalmente en cada Estado, con independencia de que, en la actualidad, dicha división tradicional expanda sus fronteras desde una perspectiva fisiológica.

En México, este trazo constitucional de división de poderes puede observarse a nivel *perpendicular*, en el artículo 40, que a la letra dice lo siguiente: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa y democrática, federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental”.

También se dibuja una división de poderes en forma *horizontal* contemplada por el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual se expresa de la siguiente forma:

Artículo 49. El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.

Queremos destacar una premisa fundamental en este artículo: para su ejercicio, el Supremo Poder de la Federación se divide en legislativo, ejecutivo y judicial.

Investigación”, *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, Sistema de Información Científica*, Universidad de La Sabana, Dikaison, vol. 20, núm. 15, Colombia, noviembre de 2006, p. 251.

Manuel Becerra Ramírez señala sobre el tema que hay una doble división de poderes. Una división horizontal que se refiere a la distinción entre las funciones legislativa, ejecutiva y judicial; y una división vertical que existe en relación con la distribución del poder entre la federación y los Estados.³⁴⁷

En esta división de poderes, observamos que, según la distribución de funciones, se restringe a los Estados celebrar tratados internacionales, tal como lo establece el artículo 117 Constitucional: “Los Estados no pueden, en ningún caso: I. Celebrar alianza, tratado o coalición con otro Estado ni con las potencias extranjeras...”. Este artículo se vincula directamente con lo establecido en la hipótesis constitucional 40 ya citada y en la 124, que preceptúa: “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias (Artículo reformado DOF 29-01-2016)”.

Por ello, Becerra Ramírez apunta: “...en un principio, la Federación reserva para su ejercicio la posibilidad de realizar tratados internacionales, de obligar internacionalmente al Estado Mexicano (*omissis*). En esta tesitura la prohibición a los Estados de celebrar tratados es una norma tradicional en la historia del constitucionalismo Federal Mexicano.”³⁴⁸

Esta facultad reservada obedece justo a esa distribución de poderes y de niveles de funciones, aun en la misma línea de Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y entre la Federación y los Estados. En este sentido, como cita Manuel Becerra Ramírez “el Poder Ejecutivo es la máxima autoridad en materia de tratados internacionales.”³⁴⁹ Nuestra Constitución de 1917 así lo observa, tal como se señala en los artículos 89 fracción X y 133.

En primer lugar, cabe resaltar que, independientemente de la facultad del Ejecutivo para efectuar acuerdos internacionales, también se trazan los principios sobre los cuales el gobierno mexicano se obliga. En tal virtud, “...la Constitución los acepta [a dichos principios] e incorpora expresamente, por lo que, en esa medida, deben prevalecer

³⁴⁷ *cfr.* Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, p. 104.

³⁴⁸ *Ibidem*, pp. 104-105.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 108.

sobre cualquier norma que se les oponga, ya sea interna o externa; lo mismo sucede en el caso por ejemplo del artículo 15.”³⁵⁰

El artículo de cita establece una prohibición de celebración de tratados para extradición de reos políticos y en relación con esclavos, lo cual revela su pronunciación por reconocer la persona en su humanidad.

El artículo 27 Constitucional habla sobre el dominio de la nación respecto de los espacios situados sobre el territorio nacional, y hace referencia a que ello se vincula en la extensión y términos que fije el Derecho internacional: “En este caso la Constitución, sin determinar la extensión del espacio aéreo, ni del mar territorial, acepta, sean cuales sean, dichas normas. Es decir, sigue el sistema de reenvío a las normas internacionales.”³⁵¹

En los dos casos aquí reseñados (arts. 15 y 27 constitucionales), es posible apreciar las circunstancias de reenvío e incorporación que efectúa la Carta Magna; por ello estos sistemas:

...que hace la Constitución de manera excepcional implican que las normas internacionales en las materias relativas quedan comprendidas en la propia Constitución y que, por ende, adquieren su jerarquía. Por lo que es evidente que cualquier conflicto que se suscitara entre estas normas internacionales y las del derecho interno tendría que resolverse a favor de las primeras (*omissis*) con excepción de los casos antes señalados, no existe en la Constitución un reconocimiento de validez intrínseca del derecho internacional. Es decir, las normas de derecho internacional no son válidas *per se* en nuestro país, pues su eficacia opera en tanto son aceptadas expresamente por la Constitución.³⁵²

Precisado lo anterior, y respecto de la facultad del Poder Ejecutivo de celebrar tratados internacionales, dada la división de poderes, se concluye que dicha potestad debe tener un contrapeso. En otras palabras —de acuerdo con Becerra Ramírez—, esa facultad no se puede ejercer irrestrictamente, sino que está limitado por los demás poderes.³⁵³

³⁵⁰ Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, *La Constitución y los Tratados Internacionales*, Sinaloa, México, Cuadernos Jurídicos, 1999, p. 11.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 12.

³⁵² *Ibidem*, pp. 12-13.

³⁵³ *cfr.* Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, p. 108.

Sobre el particular, se pronuncian el artículo 133 antes citado, así como el 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece lo siguiente:

Artículo 76. Son facultades exclusivas del Senado:

I. Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario del Despacho correspondiente rindan al Congreso.

Además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos.

Luego entonces, la potestad de celebrar los tratados es del Presidente de la República y de sus representantes, como lo reglamenta el artículo 133, columna vertebral en la materia.

En atención a lo expuesto hasta este punto, es posible precisar que en México se adopta el sistema monista de recepción de los tratados, puesto que no se requiere la reproducción del mismo para tener fuerza vinculante.

En su artículo “La aplicación judicial de los tratados internacionales de derechos humanos”, Jorge Ulises Carmona Tinoco aborda la afirmación anterior de esta manera:

En México podemos afirmar que opera el sistema automático de incorporación; el camino que recorre un tratado a partir de su celebración o firma se integra por las etapas de aprobación, ratificación y promulgación. En efecto los tratados celebrados forman parte del orden jurídico interno, cuando habiendo sido aprobados por el órgano legislativo, lo cual es facultad exclusiva de la Cámara de Senadores, y habiendo procedido el Poder Ejecutivo a su ratificación internacional, son finalmente promulgados a través de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.³⁵⁴

Por otra parte, el artículo 133 constitucional se ha interpretado en cuanto a la jerarquía de las normas, que, si bien es explícita en cuanto a la supremacía constitucional, el nivel en que se sitúa a los tratados internacionales, las leyes federales y locales, ha motivado en la línea

³⁵⁴ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La aplicación judicial...”, *cit.*, p. 184.

del tiempo diferentes concepciones y criterios jurisprudenciales; desde aquellos en que se dio el mismo orden jerárquico a los tratados y a las leyes federales, hasta los que dieron prelación a los tratados en relación con las leyes federales. Y lo cierto es que, de acuerdo con la nueva arquitectura jurídica, a partir de las reformas del 2011 en nuestro país, el parámetro de control de regularidad constitucional, tiene como eje rector el principio *pro persona* para determinar la batería de normas aplicables a cada caso concreto, y buscando en todo momento entrelazar los sistemas jurídicos; cuando ello no sea funcional, debe desarticularse lo menos conveniente para la persona. En tal sentido y en relación con los tratados sobre derechos humanos: “Como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, se debe aplicar de manera obligatoria el principio *pro persona*, mismo que establece que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para la persona. Estas consideraciones se apoyan en las tesis de rubros: ‘principio *pro homine*. Su aplicación es obligatoria’ y ‘principio *pro homine*.’”³⁵⁵

Por ello, el papel de juez en la actualidad se traduce en un trabajo de interpretación y ponderación de las normas en cada caso concreto, en busca de lo más benéfico a la persona, y con la finalidad de justicia.

Así, en la actualidad, en palabras de Ariel Alberto Rojas, ante un problema jurídico concreto, el operador jurídico debe, en primer término, ubicar las normas de derechos humanos aplicables, ya sea de fuente interna o externa, y deberá optar por la que brinde un mayor espectro de protección a la persona, ya sea por su amplitud tutelar en sí misma o porque establece menos límites.³⁵⁶

³⁵⁵ Contradicción de tesis 293/2011, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en materia administrativa y trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. I, Libro 5, abril de 2014, p. 25.

³⁵⁶ *cfr.* Rojas Caballero, Ariel Alberto, “El Control de Convencionalidad *ex officio*, origen en el ámbito regional americano. Obligatoriedad para los jueces mexicanos, precisión de sus alcances y retos para el Poder Judicial de la Federación”, *Cuadernos de jurisprudencia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 8, México, 2012, p. 15.

5.3. Poder Judicial y los tratados

El artículo 94 de la Constitución establece la facultad del Poder Judicial de la Federación en materia de interpretación de los tratados internacionales, al señalar: “Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito”.

Por ello, la interpretación del juzgador en la materia de los convenios internacionales es de suma trascendencia, tomando en consideración que, a lo largo de la historia, la labor del juez nunca se ha encontrado desvinculada de la función del poder y, en su caso, del Estado; en virtud de que los hombres organizados en sociedad han entregado a quien ejerce el poder la potestad de juzgar y de protección.

En este sentido, si bien los Estados cuentan con un estado de derecho, la experiencia del hombre lo ha llevado a reflexionar que no únicamente se requieren sistemas jurídicos formales, lo cual revela la evolución de la proyección del derecho:

En Europa continental se está produciendo una transformación en la comprensión del Derecho, acercándose el sistema basado en las normas, al sistema del *common law*, que tiene una concepción del Derecho más abierta a la cultura y gira alrededor de la Constitución. El poder discrecional del Juzgador que caracteriza al sistema del *common law*, está penetrando en el sistema europeo continental, a través de la argumentación jurídica, y sustentada en la interpretación de las normas constitucionales, lo que ha determinado que a esta corriente se le denomine el Neoconstitucionalismo.³⁵⁷

También en América la forma de entender el Derecho se ha modificado; transformando el actuar del juez que participa activamente en la edificación de una ley aplicada.

Desde esta perspectiva, es posible observar un avance en las teorías del trabajo argumentativo del juez; ya que su labor es comunicativa no solo hacia un público, sino también hacia los interesados, los superiores y todos aquellos que se encuentren vinculados en los casos a resolver,

³⁵⁷ Morales Godo, Juan, “La función del juez en una sociedad democrática”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. 4, núm. 4, 2010, p. 3.

incluso hacia la sociedad en general, donde además el juez debe sustentar ese análisis de las leyes a la luz actual de las constituciones y de las obligaciones internacionales de los Estados. En este contexto:

La corriente del Neoconstitucionalismo le otorga al juez una posición singular dentro de la estructura del poder en un sistema democrático. Ya no es el legislador el elemento preponderante, al cual se sometía la función jurisdiccional. Las normas que promulga la función legislativa, ahora, vienen sometidas a un ejercicio de validación constitucional por parte de los jueces. Las normas, se entiende, no son algo acabado que el operador aprende para luego aplicarlo a la realidad mecánicamente, sino el operador se convierte en el último momento, a través de la interpretación y, por lo tanto, le otorga el contenido definitivo cuando lo aplica a un caso concreto de la realidad.³⁵⁸

En su artículo “La función del juez en una sociedad democrática”, Juan Morales Godo afirma que el estado de derecho moderno transita a un Estado Constitucional, y que en éste el juzgador adquiere una función de gran trascendencia, porque al analizar e interpretar la norma con discrecionalidad e independencia, interactúa en su concretización y la de otorgar fundamento constitucional, para emitir resoluciones razonables y justas.³⁵⁹

Estos problemas relativos a la sustracción y retención ilícita de menores resultan de gran sensibilidad, pues la estructura legal ya no responde únicamente a un aspecto formal y lógico, sino también a un aspecto humano de las personas a quienes se dirige las leyes.

En este nuevo enfoque, cobra relevancia la función del juez en cuanto a ser precisamente, como indica substancialmente Michele Taruffo, un portador de valores ético-políticos y un protagonista de los conflictos sociales.³⁶⁰

En esa intersección de circunstancias jurídicas, políticas, sociales y culturales en un tiempo y lugar determinado, su labor debe cumplir con la tarea específica de comunicar y transmitir que en la construcción de soluciones existe esa proyección de valores e intereses de una

³⁵⁸ *Ídem.*

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 1.

³⁶⁰ *cfr.* Taruffo, Michele, “La motivación de la sentencia civil”, traducción de Lorenzo Córdova Vianello, *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, México, 2006, p. 43.

comunidad dada, ante problemas de gran envergadura, como es el caso de la sustracción y retención ilegal de menores en la interpretación correcta de los tratados.

Así, el actuar del juez en la interpretación que vincula a los sistemas jurídicos nacional e internacional es clave, en caso de colisión de normas de ambos sistemas.

5.4. Diseño del Derecho en México a partir de las reformas del año 2011

Como se ha referido, en México, en 2011, se planteó una nueva directriz en la arquitectura del derecho, dadas las reformas constitucionales de junio 6 y 10, que dieron una nueva dimensión al esquema del Derecho en nuestro país. Entre otras vertientes, podemos citar el caso del tratamiento de los acuerdos internacionales, en especial, los vinculados a derechos humanos.

5.4.1. Causas del cambio de paradigma

Por otra parte, es necesario precisar un factor trascendental que interviene en la nueva visión del diseño jurídico en México: las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que proporcionaron criterios que proyectaron el sentido del Derecho en las sociedades, pues en ellas se privilegió a la persona en su contexto humano, como núcleo primigenio, especialmente en resoluciones donde el país resultó responsable, de acuerdo con los compromisos asumidos en forma transfronteriza. Tales fueron los casos, por ejemplo, del número de expediente 12,511 *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*; *Fernández Ortega y otros vs. México*; *Rosendo Cantú y otra vs. México*; y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*.

Esta temática ha dado amplia materia de disertación doctrinal y jurisprudencial relativas al control constitucional y de convencionalidad *ex officio*, con lo cual se han rediseñado los esquemas tradicionales.

En específico, el caso 12,511 *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* fue especialmente importante, pues se erigió como un punto fundamental de reflexión por parte de las autoridades competentes de México, con respecto al sistema interno hacia los compromisos internacionales asumidos.

El caso se desarrolló sobre la temática de la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco. Después del trámite interno del asunto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió el caso contra México al conocimiento de la Corte Interamericana, y se resolvió en 2009. El resultado fue condenatorio para el Estado, por lo que más tarde fue retomado por la Suprema Corte de la Nación, según consta en el expediente 912-2010.

De entre las conclusiones emanadas de esta problemática, se encuentra un hecho sobresaliente, al cual hace mención el ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, siendo que el pleno determinó que las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que el Estado mexicano sea parte, son obligatorias para el Poder Judicial de la Federación en sus términos.³⁶¹

Esta apreciación, entre otras, sentó las directrices y abrió las puertas del cambio que modeló el sistema jurídico en nuestra nación.

Entre otros factores que siguen influyendo en la directriz actual del Derecho en México, se encuentran las circunstancias económicas, sociales y políticas que el Estado en su conformación debe expresar internacionalmente, como parte de una comunidad transfronteriza que requiere una intercomunicación permanente y estar en trazos congruentes con el pensamiento, necesidades y razones pulsantes en el marco transnacional. En este tenor, la conexión entre el sistema jurídico internacional y el nacional va evolucionando.

5.4.2. *Cambio anatómico y fisiológico del modelo judicial*

Mención especial merecen algunas reformas sustantivas, las cuales, son de conocimiento público, se trazaron en las reformas a los artículos 94, 103, 104 y 107, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011; así como la denominación del artículo 1° —“Capítulo I, paso de las garantías individuales a los derechos humanos y sus garantías”—; y la reforma a los artículos 1°, 3°, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102, y 105 fracción II, el 10 de junio de 2011.

³⁶¹ *cfr.* Pardo Rebolledo, Jorge Mario, “El caso Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVIII, 2012, Bogotá, p. 338, www.corteidh.or.cr/tablas/r29682.pdf

Las reformas del 6 de junio, sin duda, brindan una nueva estructura al juicio de amparo y, en específico, la del 10 de junio, en relación con el artículo 105, fracción II, que amplía la facultad de control constitucional concentrado antes en los Tribunales Federales, en relación con las acciones de inconstitucionalidad.

Jorge Ulises Carmona indica que, a través de dichas acciones, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación básicamente puede corroborar y pronunciarse sobre la compatibilidad constitucional de toda norma de carácter general, llegando incluso a la posibilidad de declarar la invalidez de la norma en cuestión, y expulsarla del ordenamiento jurídico.³⁶² Asimismo, existe una ampliación en la nómina de personas que pueden hacer valer este tipo de acciones de inconstitucionalidad.

Por otra parte, en cuanto a las reformas del 10 de junio del año en cita, se observa en el artículo 1° constitucional, una diferencia substancial de sus contenidos. Antes de las reformas tenía la siguiente redacción:

Capítulo I. *De las Garantías Individuales*

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todo *individuo* gozará de las *garantías* que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

En la actualidad, tipifica la siguiente hipótesis:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las *personas* gozarán de los *derechos humanos* reconocidos en esta Constitución y en los *tratados internacio-*

³⁶² *cfr.*, Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos prevista en los Tratados Internacionales”, en Carbonell Miguel *et. al.*, *La reforma constitucional de derechos humanos, un nuevo paradigma*, Porrúa, México, 2012, p. 55.

nales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.³⁶³

Como se ha puntualizado en el marco jurídico, este perfil evoluciona al integrar un nuevo modelo, toda vez que se dio una nueva dimensión a instituciones, como el control difuso de la constitucionalidad, las facultades de los Tribunales Federales en materia de control concentrado, tratados internacionales y la jerarquía de normas.

Sobre el particular, las reformas del 2011 fueron fundamentales en nuestro país. Así, antes de las reformas, el artículo 1° establecía protección al individuo; con la redimensión que las reformas imprimen al sistema jurídico mexicano, se coloca a la persona en el epicentro del sistema, a quien se protege en sus derechos humanos, independientemente de su génesis y de garantías para su protección. Con ello, se efectúa un efecto de metástasis a los demás cuerpos normativos del Estado.

Como se ha señalado, el entendimiento del concepto se amplía, puesto que no se trata solamente de los derechos humanos nombrados en la Constitución, sino aquellos que por extensión se encuentren en sus líneas o en los tratados internacionales, cualquiera que sea la materia de los mismos, con la puntualización de proteger un derecho humano.

³⁶³ *Ídem.*

Por otra parte, el párrafo segundo del artículo 1° de la Constitución traza el principio de interpretación conforme y control difuso constitucional; el control conforme se aplicaba en virtud de la supremacía constitucional, y el control difuso lo efectúan los jueces del fuero común.

Hay que advertir que el control difuso constitucional no debe entenderse en todo momento como un cuerpo de normas del cual deba eliminarse alguna como resultado; puesto que, en primer lugar, dicho control debe buscar el equilibrio y compatibilizar las normas secundarias con la Constitución, en el nivel internacional, en relación con los tratados u obligaciones transfronterizas, de acuerdo con el control de convencionalidad.

Así, el control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad, de acuerdo con Eduardo Ferrer Mac-Gregor, no consiste simplemente en dejar de aplicar la norma nacional por ser contraria al parámetro de convencionalidad, sino que implica, en primer término, tratar de armonizar la norma nacional con la convencional; lo cual significa realizar una interpretación conforme de la norma nacional con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos y la jurisprudencia convencional (como estándar mínimo).³⁶⁴

Por otra parte, el párrafo segundo del artículo 1° también aborda el principio *pro persona*, el cual prevé que los actos de autoridad tiendan siempre a privilegiar aquello que sea más armonioso con los derechos de un ser humano.

En caso de conflicto normativo no solo debe prevalecer la norma jerárquicamente superior, que es la de la Constitución y la de derechos humanos de los Tratados Internacionales, sino que se debe realizar la interpretación de las disposiciones de derechos humanos conforme a éstas y, como resultado, derivar o generar el parámetro más favorable a la persona, que deberá finalmente ser aplicado al caso concreto.³⁶⁵

En este sentido, independientemente del sistema del que provengan, las normas deben someterse a un escrutinio para que entre ellas se dé

³⁶⁴ *cfr.* Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el Juez Mexicano”, en Carbonell, Miguel *et.al.*, *La reforma constitucional de derechos humanos, un nuevo paradigma*, Porrúa, México, 2012, p. 343.

³⁶⁵ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las Normas...”, *cit.*, p. 46.

preferencia a las que ponderen a la persona en su contexto humano, conforme a la Constitución y a los parámetros convencionales; lo que implica optar por la interpretación armónica más favorable y de mayor efectividad en la tutela de los derechos y libertades en aplicación del principio *pro homine o favor libertatis*, previsto en el artículo 29 del Pacto de San José, y ahora también en el segundo párrafo del artículo 1° constitucional, desechando aquellas interpretaciones incompatibles o de menor alcance protector.³⁶⁶

Sobre el particular, nuestro sistema mexicano ha emitido el siguiente criterio federal:

Principio *pro personae*. Congruente con su interpretación por la suprema corte de justicia de la nación y la corte interamericana de derechos humanos, en los procedimientos o juicios en los que, además de los entes estatales, estén involucradas personas (partes) con intereses contrarios, debe aplicarse velando por que todos los derechos humanos de éstas sean respetados y no solamente los de quien solicita su protección.³⁶⁷

³⁶⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme...”, *cit.*, p. 402.

³⁶⁷ “PRINCIPIO PRO PERSONAE. CONGRUENTE CON SU INTERPRETACIÓN POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, EN LOS PROCEDIMIENTOS O JUICIOS EN LOS QUE, ADEMÁS DE LOS ENTES ESTATALES, ESTÉN INVOLUCRADAS PERSONAS (PARTES) CON INTERESES CONTRARIOS, DEBE APLICARSE VELANDO POR QUE TODOS LOS DERECHOS HUMANOS DE ÉSTAS SEAN RESPETADOS Y NO SOLAMENTE LOS DE QUIEN SOLICITA SU PROTECCIÓN. Congruente con la interpretación que del principio *pro personae* ha efectuado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, derivada de la tesis 1a. XXVI/2012 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro V, Tomo 1, febrero de 2012, página 659, de rubro: “PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUÉL.”, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia (fondo, reparaciones y costas, párrafo 106), se le identifica de forma genérica con la protección eficaz de la persona y se deriva del propio objetivo y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual, en palabras de la propia Corte Interamericana, se inspira en valores comunes superiores, centrados en la protección del ser humano, está dotada de mecanismos específicos de supervisión, se aplica de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagra obligaciones de carácter esencialmente objetivo y tiene una naturaleza especial, que la diferencia de los demás tratados. Por tanto, en los procedimientos o juicios en los que, además de los entes estatales, estén involucradas personas (partes) con intereses contrarios, como por ejemplo, el juicio de amparo, en el cual interviene

En tal virtud, de no ser posible que se procure la armonía de los sistemas, “ahora tienen los jueces locales dentro de su competencia, la posibilidad de inaplicar la norma inconstitucional/inconvencional al caso particular, lo que les permite ejercer de oficio, el control difuso de convencionalidad con una intensidad fuerte.”³⁶⁸

Lo anterior, como se ha analizado, en otro tiempo estaba reservado a los jueces federales, y esta facultad constreñida en forma concentrada fue replanteada al analizar el caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, donde la Suprema Corte de Justicia, al resolver el expediente 912-2010, abordó tal temática en dicho sentido.

Se propuso replantear el tema relativo a si es posible que todos los jueces mexicanos realicen un control constitucional, es decir, se puso en el centro del debate el control difuso de la Constitución Federal, para lo cual se recordó que en el caso mexicano se presentaba una situación peculiar. En efecto, hasta ese momento, como derivado de una interpretación jurisprudencial, el control de constitucionalidad se había ejercido de manera exclusiva por el Poder Judicial Federal mediante los mecanismos de amparo.³⁶⁹

Sin embargo, el control difuso planteado a diferentes órganos del Poder Judicial Federal, no alcanza para efecto de una declaración de inconstitucionalidad de una norma, según el planteamiento efectuado al analizar el citado expediente 912-2010:

el quejoso, la autoridad responsable y en la mayoría de los casos, existe un tercero perjudicado o tercero interesado, el principio *pro personae* debe aplicarse velando por que todos los derechos humanos de los particulares sean respetados y no solamente los de quien solicita su protección. Aceptar lo contrario, es decir, que con la finalidad de proteger los derechos únicamente de alguna de las partes en el juicio se vulneraran los inherentes a la otra, desnaturalizaría el fin perseguido por el señalado principio, que no es otro que la tutela y mayor extensión en la protección de los derechos humanos como criterio hermenéutico y garantía colectiva. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL CUARTO CIRCUITO. Amparo en revisión 45/2013. Olga Adriana Garza Muñoz. 8 de agosto de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Hugo Alejandro Bermúdez Manrique. Secretario: Luis Alberto Calderón Díaz”. Tesis: IV.2o.A.44 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 2, noviembre 2013, p. 1383.

³⁶⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, p. 344.

³⁶⁹ Pardo Rebolledo, Jorge Mario, *op. cit.*, pp. 339 y 341.

Solamente los jueces federales, al conocer de acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y juicios de amparo, *están facultados para hacer una declaratoria de invalidez de las normas que contravengan el bloque de convencionalidad*. En tanto, los demás jueces solamente *pueden desaplicar estas normas*, y el resto de las autoridades deben interpretar las normas referentes a derechos humanos de la manera más extensiva, *pero sin capacidad alguna de declarar la invalidez de una norma o de desaplicarla en un caso concreto (omissis)* se precisó que, si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia.³⁷⁰

El artículo 15 de la Constitución traza un fundamento de la interpretación *pro persona* que permitirá, como indica Jorge Ulises Carmona, afirmar la existencia de una orientación constitucional a favor de la libertad y dignidad humanas, la cual reconoce un mínimo de protección susceptible de ser ampliada.³⁷¹

Por ello, la vinculación del artículo 1º con los artículos 15 y 133 constitucionales sienta bases sobre el control constitucional y de convencionalidad, además de los sujetos legitimados para hacer valer acciones de inconstitucionalidad.

Una vez que hemos precisado las figuras actuales de control de convencionalidad y de constitucionalidad, es preciso observar sus alcances, cuando dichos controles se realizan en un caso concreto, para delimitar con mayor nitidez ambos conceptos.

Por ejemplo, en la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional contra normas generales y en el amparo indirecto, si se estima inconstitucional la ley, generaría que la declaratoria correspondiente trasciende a los resolutivos de la sentencia y evitará su aplicación en el futuro, lo que no acontece en el control de convencionalidad que, como se verá, solo podría generar desaplicación de la norma en el caso concreto.³⁷²

³⁷⁰ *Ídem*.

³⁷¹ *cfr.* Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las Normas...”, *cit.*, p. 49.

³⁷² Rojas Caballero, Ariel Alberto, *op. cit.*, p. 18.

Ahora bien, el control de convencionalidad *ex officio* compete a todos los Estados parte y poderes que le integran en cualquier nivel. Al respecto, Ariel Alberto Rojas Caballero indica que, a través de este control, todos los jueces se vuelven juzgadores interamericanos, sin importar su especialidad, jerarquía o fuero.³⁷³

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene como objetivo la aplicación e interpretación de dicha Convención, lo cual se establece en su estatuto, en sus artículos 1° y 2°, señalando, además, sus funciones, que pueden ser jurisdiccional y consultiva:

Artículo 1. Naturaleza y Régimen Jurídico. La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto.

Artículo 2. Competencia y Funciones. La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva:

1. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención.³⁷⁴

Los casos que conoce dicha Corte son sometidos por los Estados Partes y la Comisión de Derechos Humanos, tal como se estipula en su artículo 61-1, que a la letra dice: “Solo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. 2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50”.³⁷⁵

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, mientras que sus funciones específicas y atribuciones se contemplan en el artículo 41 de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, la integración de la Corte se establece en términos de sus artículos 52, 53 y 54; en el primero de los numerales se precisa lo siguiente:

³⁷³ *cfr.* Rojas Caballero, Ariel Alberto *op. cit.*, p. 27.

³⁷⁴ Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, http://www.oas.org/36ag/espanol/docreferencia/Estatuto_CorteIDH.pdf

³⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, <http://www.corteidh.or.cr/>

52. La Corte se compondrá de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.

No debe haber dos jueces de la misma nacionalidad.

Los numerales 53 y 54 aluden a la forma de elección de los jueces y a su periodo, el cual tiene una duración de seis años, con posibilidad de una sola reelección.

Es esencial señalar que los artículos 1.1 y 2 de la Convención señalan el marco genérico de obligatoriedad al que se sujetan los Estados contratantes:

1.1 Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Por su parte, el artículo 2 de la Convención determina lo siguiente:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Del mismo modo, el artículo 63-1 prevé que, cuando se decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Comprendiendo los elementos del marco jurídico sobre el cual debe realizarse primordialmente el control de convencionalidad, Eduardo Ferrer Mac-Gregor indica que la incorporación de los derechos humanos de fuente internacional al catálogo de los derechos funda-

mentales en las Constituciones nacionales puede constituir parte de un bloque de constitucionalidad, sirviendo como parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos que violen dichos derechos.³⁷⁶

El punto de convergencia entre los sistemas jurídicos nacionales y los internacionales, en su contexto, serán los principios de mayor protección de la persona en su dimensión humana, y se traducen en el trabajo hermenéutico de las normas de ambos sistemas que se plasma en las resoluciones que les den congruencia.

En ese sentido, “el control de convencionalidad tiene dos manifestaciones, una de carácter concentrada por parte de la Corte Interamericana, en sede internacional y otra de carácter difusa por los jueces nacionales, en sede interna.”³⁷⁷

Por ello, la actividad interpretativa e integradora en la función del juez en la actualidad dará sentido y consolidará los principios y valores en el campo del derecho, armonizando los sistemas nacionales e internacionales en busca de la protección de las personas en su dignidad humana.

Ahora bien, más allá de estos avances en materia de control constitucional y de convencionalidad, en la actualidad se resolvió la contradicción de tesis 293/2011, entre las sustentadas por el primer tribunal colegiado en materia administrativa y de trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito, 3 de septiembre de 2013, la cual se publicó el 25 de abril de 2014, en el *Semanario Judicial de la Federación*.³⁷⁸ Esta contradicción de tesis si bien resuelve un asunto anterior a las reformas de 2011 en materia constitucional, el caso se analizó con el constructo de dichas reformas.

En este sentido, y con tales antecedentes en la resolución 293/2011, el “tribunal Pleno interpreta el contenido del artículo 1º Constitucional en el sentido de que el conjunto normativo previsto en dicho precepto se compone por ‘normas de derechos humanos’, cuya fuente de reconocimiento puede ser la Constitución o un tratado internacional ratificado por México con independencia de la materia de éste.”³⁷⁹

³⁷⁶ *cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme...”, *cit.*, p. 346.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 368.

³⁷⁸ Contradicción de tesis 293/2011, *op. cit.*

³⁷⁹ *Ídem*.

En dicha contradicción 293/2011, se enfatiza, asimismo, que si no existió reforma en el artículo 133 constitucional, es precisamente para evitar abordar el tema desde el criterio de jerarquía de las normas de derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales y en la Constitución, sino más bien en su integración al catálogo constitucional.

Por lo tanto, este criterio propone un parámetro de control de regularidad constitucional, de acuerdo con la interpretación del artículo 1º constitucional, según la interpretación conforme, y el principio *pro persona*, así como los demás principios objetivos de los derechos humanos. De ahí, la conclusión que se desprende es:

De acuerdo con lo anterior, de la literalidad de los primeros tres párrafos del artículo 1o. constitucional se desprende lo siguiente: (i) los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados de los cuales México sea parte integran un mismo conjunto o catálogo de derechos; (ii) la existencia de dicho catálogo tiene por origen la Constitución misma; (iii) dicho catálogo debe utilizarse para la interpretación de cualquier norma relativa a los derechos humanos; y, (iv) las relaciones entre los derechos humanos que integran este conjunto deben resolverse partiendo de la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos —lo que excluye la jerarquía entre unos y otros—, así como del principio *pro persona*, entendido como herramienta armonizadora y dinámica que permite la funcionalidad del catálogo constitucional de derechos humanos.³⁸⁰

Las normas de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, una vez incorporadas a nuestro sistema, amplían el catálogo constitucional de dichos derechos, en íntimo vínculo con el artículo 15 constitucional, sobre la regla especial de no celebrar tratados que alteren los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales. Por ello, la validez material de un tratado puede observarse también en función de su coherencia con otro tratado que ya tenga vigencia sobre materia de derechos humanos, tal como se precisa en la resolución de estudio:

Por ello, las normas de derechos humanos constituyen el parámetro de regularidad constitucional que deben atender todas las autoridades del Estado Mexicano, en el sentido de que los actos que emitan con motivo de su función deben ser coherentes con el contenido de esas normas.... En este orden de ideas, la

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 18.

supremacía constitucional se predica de todos los derechos humanos incorporados al ordenamiento mexicano, en tanto forman parte de un mismo catálogo o conjunto normativo.³⁸¹

De este modo, sobre la base de los razonamientos antes expuestos, este principio parámetro de control de regularidad constitucional, estructura la forma en que debe hacerse el control de constitucionalidad y de convencionalidad, desde la apreciación del conjunto de normas de derechos humanos que constituyen un mismo cuerpo, sin importar su origen (sea la Constitución o tratados internacionales incorporados a nuestro sistema jurídico) y que no se vinculan en una relación jerárquica.

6. Marco nacional en la sustracción y restitución internacional de menores

6.1. Bases constitucionales

En el foro nacional se traza el sistema jurídico en íntima vinculación con el sistema internacional, particularmente, en cuanto a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (en específico, su artículo 19), la Convención sobre los Derechos del Niño y en otras convenciones, incluso resoluciones y jurisprudencias de Tribunales Internacionales que, si bien no se vinculan en forma específica sobre el tema particular que nos ocupa, tampoco por ello son de menor importancia; como aquellas relacionadas con niños de la calle, niños víctimas y testigos de delitos, niños infractores, entre otros.

Y en específico existen instrumentos internacionales de íntima vinculación con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; en particular en relación con sus artículos 1° y 4°, sobre la sustracción internacional de menores; siendo estos la Convención sobre los Aspectos Civiles sobre la Sustracción Internacional de Menores, de 1980, de la Haya y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

³⁸¹ *Ibidem* p. 15.

Dicha relación entre sistemas, independientemente de su recepción ya estudiada, se vincula íntimamente con el artículo 4º constitucional, que en lo sustancial refiere:

Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia (*omissis*) 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 (*omissis*).

Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.³⁸²

La hipótesis constitucional reseñada, consagra los principios y valores que el Estado en materia de familia y de la niñez debe salvaguardar en todos los niveles de poder teniendo como principio nuclear el interés superior del menor, a partir de las reformas de 2011, incluyendo la actual reforma de 2014, en materia del derecho de identidad.

El contenido del principio orientador del interés superior del menor ya ha sido ampliamente analizado en el capítulo tercero; no obstante, con la intención de enlazar los sistemas nacional e internacional, citamos la siguiente tesis de los Tribunales Federales, sin el propósito de ahondar en ella:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO.—En términos de los artículos 4o., párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada

³⁸² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, último párrafo publicado en la *Gaceta de Gobierno del Estado de México*, número 81, Toluca, México, 6 de mayo de 2014, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 25 de enero de 1991; y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales, en todas las medidas que tomen relacionadas con los menores, deben atender primordialmente al interés superior del niño; concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998) de la siguiente manera: “la expresión ‘interés superior del niño’ ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.”³⁸³

La obligación de los Poderes se traza conforme a sus respectivas facultades; así, el Poder Legislativo dirigirá y formulará las leyes que permitan la congruencia del interés superior del menor como eje principal que asciende al sistema internacional, específicamente en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Así lo dispone el artículo 73 constitucional, que sobre el particular refiere:

El Congreso tiene facultad:

XXIX-P. Expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los mismos y cumpliendo con los tratados internacionales de la materia, de los que México sea parte.

Encargado de la política internacional al celebrar tratados con otros Estados, en términos del artículo 89-X y 133 Constitucional, el Poder Ejecutivo debe efectuar tal labor, cuidando privilegiar el interés superior del menor.

El Poder Judicial debe realizar el estudio de los casos, armonizando el sistema doméstico e internacional en un trabajo hermenéutico que priorice el principio *pro persona* en favor de lo más conveniente hacia

³⁸³ Tesis: 1a./J. 25/2012 (9a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XV, diciembre de 2012, p. 334. Tesis de jurisprudencia 25/2012 (9a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de veintiuno de noviembre de dos mil doce.

los niños, las niñas y adolescentes, y protegiendo sus derechos humanos y fundamentales, con sustento en la triada constitucional de los artículos 4º, 1º y 133. Estos artículos modelan el trabajo interpretativo e integrador, de acuerdo con las reformas a la Carta Magna de 2011, ya previamente estudiadas, y que se encuentran en sintonía con las obligaciones internacionales asumidas en la protección a la niñez, con el artículo 94 Constitucional.

En esta temática, los principios constitucionales permean todo el sistema de Derecho, en trazo horizontal y vertical en cada poder de la unión, protegiendo a la familia y a la niñez en sus ámbitos y facultades correspondientes.

6.2. Protección a nivel federal

En el ámbito federal, bajo esta vertiente, se contaba con la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 29 de mayo de 2000.

Sin embargo, actualmente se encuentra vigente la Ley General para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, de 2014, la cual se integra de 154 artículos, más 13 transitorios. Asimismo, se subdivide en seis títulos, el primero de las disposiciones generales; el segundo de los derechos de niñas, niños y adolescentes; el tercero de las obligaciones; el cuarto de la protección de niños, niñas y adolescentes; el quinto de la protección y restitución integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes; y el sexto de las infracciones administrativas.

La Ley de estudio es de orden público, interés social y observancia general, con el objeto de garantizar el ejercicio, respeto y protección de los derechos humanos de los infantes, conforme al principio de interés superior de la niñez, que da plataforma al artículo 4º constitucional, al establecer principios y criterios en materia de derechos; así como la concurrencia entre la Federación y las entidades federativas, que dan infraestructura procesal a los derechos humanos y fundamentales de los infantes.

En artículo segundo de esta ley, traza como principio rector al interés superior de la niñez y es innovadora al considerar los aspectos culturales, morales y afectivos armoniosamente para contribuir en el desarrollo integral de la niñez. En el artículo tercero se enmarca la

conurrencia de autoridades federativas y estatales para tal fin. En su artículo cuarto se establecen conceptos para mayor precisión de la ley.

Es importante el trazo del artículo quinto, el cual establece que son niñas y niños los menores de doce años, y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad.

El artículo sexto determina los principios que fortalecen el interés superior de la niñez; el artículo séptimo evoca el respeto de los derechos; y el artículo octavo impulsa la cultura de respeto.

De acuerdo con los derechos fundamentales de los niños, las niñas y adolescentes, en cuanto a su identidad y su derecho a vivir en familia, que pueden ser vulnerados ante una sustracción internacional, la Ley en cita contempla en sus artículos 19 y 22 el derecho a la identidad y de vivir en familia y, como parte primordial de tales conceptos, el pertenecer a un grupo cultural. Esta hipótesis legal se encuentra íntimamente vinculada con los artículos 7° y 8° de la Convención de los Derechos del Niño.

Así también, el artículo 23 de dicho cuerpo normativo consagra el derecho de niñas, niños y adolescentes de vivir en familia, como el núcleo prioritario, en cual deben desarrollarse los cuidados hacia este núcleo poblacional.

Es particularmente importante el artículo 25 de dicho ordenamiento legal, porque dicha enmarcación legal desde luego permite una plataforma de protección en los casos de retención y sustracción ilícita de menores fuera del territorio nacional.

Existen otras leyes que también contemplan derechos relacionados con la infancia. Tal es el caso de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la Ley Federal del Trabajo, la Ley de Amparo, Ley de Nacionalidad, Ley General de Población, etcétera. En la misma temática, existen reglamentos en materia de protección a la niñez y la familia como el Reglamento del Seguro de Salud para la Familia y el Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, entre otros.

Dichas legislaciones imprimen un sello de especialización a puntos particulares de derechos de menores. Sin embargo, no profundizan sobre la sustracción internacional de infantes, por lo que aquí solo se enuncian como parte del marco normativo en la protección de niñas, niños y adolescentes en nuestro país.

6.3. *Protocolo de actuaciones para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*

Dentro de los trabajos que ha desempeñado al respecto el Poder Judicial, destaca el protocolo de actuaciones para quienes imparten justicia, en caso de que afecten a niñas, niños y adolescentes, emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en marzo de 2012. Dicho protocolo se plantea como un instrumento de una adecuada introducción a la administración de justicia, el cual tuvo una importante actualización en el año 2014, en concordancia con las reformas Constitucionales del año 2011.³⁸⁴

Entre las razones de dicho instrumento, existen dos fundamentales; la primera relacionada con el marco Constitucional y las obligaciones del Estado que se derivan del mismo; y la segunda se vincula con las características específicas de la infancia y de la adolescencia.³⁸⁵

La versión del Protocolo del 2014 se compone de siete capítulos titulados: Sobre el protocolo; Principios y obligaciones generales; Reglas y consideraciones generales para las y los juzgadores; Consideraciones específicas para adolescentes en conflicto con la ley; Consideraciones específicas en materia penal; Consideraciones específicas en materia familiar; y Expectativas de la aplicación del protocolo.

En este documento se observan rangos como la edad, la madurez de los infantes al enfrentarse a un proceso, así como las técnicas de apoyo, privilegiando la escucha de los niños, las niñas y adolescentes, la infraestructura y preparación del personal; parámetros que se trazan en pos de ser un instrumento y herramienta que brinde viabilidad al derecho al acceso a la justicia de los infantes, observando los principios de interés superior del niño, la no discriminación, el derecho a opinar, y su derecho a la vida, supervivencia y desarrollo integral.

6.4. *Protección estatal*

Ahora bien, en el ámbito estatal, también existen normatividades en protección de la infancia, contando con la Ley para la Protección de

³⁸⁴ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo de actuaciones, *op. cit.*

³⁸⁵ *Ídem.*

los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México y que actualmente se transformó en La Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México, publicada en la Gaceta de Gobierno, el 6 de agosto del año 2015.

Esta última se compone de 112 artículos y 6 transitorios; dentro de su exposición de motivos se expresa lo siguiente: “Las niñas, niños y adolescentes son el sector más valioso de nuestra sociedad y su atención es prioritaria; ellos representan el presente y el futuro de la humanidad. Debido a esto, en las últimas décadas, grandes esfuerzos internacionales se han llevado a cabo para lograr tener una niñez mejor protegida, con mayores oportunidades y mayor felicidad”.³⁸⁶

Dicha ley consagra al niño, niña y adolescente como sujeto de derecho y tiene como principio rector, en concordancia con el sistema nacional e internacional, el interés superior del menor, tal como contempla en su artículo 4°.

En este cuerpo normativo se pondera a la familia, como el espacio primordial de desarrollo, de acuerdo con su artículo 15; y su derecho a la identidad, en su artículo 13.

En el artículo 16 se establece directrices que convergen en los derechos que se protegen ante un caso de sustracción internacional de menores, al establecer que niñas, niños y adolescentes no podrán ser separados de sus padres o de quienes ejerzan la patria potestad sobre ellos o de sus tutores, y en términos de las disposiciones aplicables de quienes ejercen la custodia, sino mediante orden de autoridad competente que así lo declare, velando en todo momento por su integridad física y escuchando la opinión de niñas, niños y adolescentes, conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez, y atendiendo a la preservación del interés superior de la niñez.

Por otra parte, los códigos civiles, de familia, penales y de procedimientos de los Estados también contienen normatividad en protección de los infantes; sin embargo, en materia de procedimientos específicos de sustracción internacional de menores, algunos de los Estados contemplan normas delimitadas en temática de medidas

³⁸⁶ Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México, exposición de motivos, <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/ley/vig/leyvig098.pdf>

cautelares, por ejemplo, el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Querétaro³⁸⁷ que al efecto cita:

Capítulo Tercero. *Medidas cautelares en materia de familia*

Artículo 199. En materia familiar pueden decretarse, antes de iniciarse el juicio o durante él, las siguientes medidas cautelares:..

...III. La guarda, custodia y restitución de los menores y las necesarias para evitar que los mismos sean retenidos de manera ilícita o trasladados a otra ciudad sin el consentimiento de quien conforme a la ley tenga el derecho a otorgarlo...

Y algunos otros remiten a tratados internacionales, como el de Chihuahua y Durango³⁸⁸ que, a letra sobre este último, señala:

Artículo 159 Bis.

En el caso de las sustracciones o retenciones ilícitas internacionales de menores, se estará, cuando sea aplicable, a lo dispuesto por los Tratados Internacionales que se hayan celebrado entre México y otros países.

Será competente para ordenar la restitución inmediata de un menor de edad cuya residencia habitual se encontrare establecida en el extranjero, y que haya sido objeto de un traslado o retención ilícita en México, en los términos previstos para tal efecto por los Tratados Internacionales celebrados por México, el Juez de lo Familiar del lugar en que éste se encuentre, sin que para ello resuelva sobre la cuestión de fondo del derecho de custodia.

En el Estado de Guanajuato, por su parte, se regula un procedimiento de restitución conforme al Procedimiento Oral Especial:³⁸⁹

Artículo 852.—Se tramitarán en el procedimiento oral especial los asuntos relativos a:

- I. Divorcio por mutuo consentimiento;
- II. Enajenación y transacción de derechos patrimoniales de niños, niñas, adolescentes, incapaces y ausentes;

³⁸⁷ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Querétaro, <http://legislaturaqueretaro.gob.mx/app/uploads/2016/01/COD001-1.pdf>

³⁸⁸ Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Durango, <http://www.eumed.net/libros-gratis/2008c/427/Durango.-%20Codigo%20Civil%20de%20Procedimientos%20Civiles.pdf>

³⁸⁹ Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, <http://www.testamentos.gob.mx/Documentos/cpc/cpc11.pdf>

- III. Adopción; y
- IV. Restitución internacional de menores.

Dicho procedimiento refiere como su sustento el Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores; se regula del artículo 879 al 890 del Código de Procedimientos de cita, en particular, textualmente el artículo 879 establece:

Artículo 879.—El procedimiento que regula este Capítulo tiene por objeto garantizar la restitución inmediata de menores que teniendo su residencia habitual en otro país, fueren trasladados o retenidos ilícitamente en el Estado; así como hacer efectivos los derechos de visita y convivencia que se hubieren decretado en otro país signante del Convenio o la Convención Internacional de la materia.

Se entiende por Convenio al Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y por Convención Internacional a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

Para los efectos de este procedimiento, se considera menor a toda persona que no ha alcanzado la edad de dieciséis años.

Se considera que el traslado o retención de un menor es ilícito en los supuestos que señalen el Convenio o la Convención Internacional.

Se tramita con traslado por tres días, y posteriormente con una audiencia única de conciliación dentro de los diez días siguientes y concluida la recepción de las pruebas, se pasará a la etapa de alegatos y sentencia conforme a las reglas previstas para la audiencia de juicio oral especial.

El Estado de México también tiene procedimiento especial, y señala al afecto:

Capítulo VIII. *Restitución Internacional de Menores*

Objeto

Artículo 2.361.—Si en términos de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores o convenio internacional en la materia, se pretende la restitución de un menor que hubiere sido sustraído ilícitamente del país de su residencia habitual o trasladado legalmente y retenido ilícitamente, se procederá de acuerdo con lo previsto en este capítulo...³⁹⁰

³⁹⁰ Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig003.pdf>

Se regula del artículo 2.361 al 2,372; si existe prevención será de tres días, con cinco días para el emplazamiento de la persona que haya sustraído al infante, cinco días para la audiencia oral, cinco días para la audiencia principal y cinco días adicionales en su caso para dictar sentencia.

En los Estados en que no existe procedimiento específico, debe recurrirse a reglas generales de los Códigos Estatales y a la Cooperación Internacional.

Las anteriores son circunstancias que pueden generar inseguridad jurídica, al no existir directrices específicas de actuación procesal en los asuntos de sustracción y retención ilícita de menores, puesto que la normatividad de las entidades tiene diferentes reglas de competencia, procedimientos, excepciones y recursos; además de que no orientan sobre la problemática en la materia de sustracción o retención ilícitas en el ámbito internacional en forma especial y en forma armónica, con los principios de celeridad y los derechos fundamentales que se salvaguardan, como el de identidad y el derecho a una familia de los infantes; del mismo modo tampoco contemplan medidas de protección o resoluciones “espejo”, para ser consideradas por los estados requirentes, sin observarse en tal sentido procedimientos de ejecución.

Se considera que ante la problemática de cita, una Ley General sobre restitución internacional de menores permitirá armonizar los criterios y privilegiar el interés superior de los menores con normas claras y congruentes con los sistemas nacionales e internacionales, como se analizará en el capítulo siguiente.

Capítulo quinto

CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN EN LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

1. Mecanismos alternos de solución de conflictos aplicados a materia familiar

Estos modelos de solución alterna en caso de conflicto, basados por su propia naturaleza en esquemas de confianza y comunicación, son ideales en materia familiar, puesto que en ellos se perfilan estructuras de gran sensibilidad y necesidad de los involucrados para encontrar respuesta a controversias en las que se implican emociones y sentimientos.

Se puede definir la mediación familiar como un sistema cooperativo de gestión y resolución de conflictos entre los miembros de una familia —entendida ésta en sentido extenso—, que a través de un proceso no jurisdiccional, voluntario y confidencial, posibilita la comunicación entre las partes para que traten de plasmar los intereses comunes en un acuerdo viable y estable, que resulte satisfactorio para ambas, y atienda, también, a las necesidades del grupo familiar, especialmente las de menores y discapacitados.³⁹¹

Así, dada la bondad de estos mecanismos, pueden abordar la responsabilidad parental de los progenitores y familia de manera más eficiente que en los procesos jurídicos, que, por su tiempo de solución y confrontación, pueden ser menos viables al tratar una problemática de familiar. Sobre el particular, la responsabilidad parental comprende “...todos los derechos y obligaciones legales de un padre, tutor o representante legal con respecto al niño en aras de criarlo y garantizar

³⁹¹ García Villaluenga, Leticia, “La mediación familiar: Una aproximación normativa”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 20, 2007, p. 89.

su desarrollo. El concepto de responsabilidad parental comprende tanto el derecho de custodia como el derecho de contacto, pero es mucho más amplio que ambos.”³⁹²

La plataforma que ofrece los mecanismos alternativos de solución alternos tiende a lograr mayor auge y un alto pronóstico de cumplimiento, debido a que quienes se involucran en la integración de la solución son directamente los interesados, ponderando sus intereses, necesidades, disposiciones y compromisos.

Más aun, frecuentemente se expresa que los acuerdos amistosos son más satisfactorios para las partes; cada una de ellas puede influir en el resultado y participar en la búsqueda de una solución considerada “justa” para ambas partes. Solucionar controversias por acuerdo evita la percepción de que como resultado una parte “gana” y otra “pierde”. Por el contrario, los procesos judiciales que versan sobre asuntos relativos a la custodia y al contacto pueden empeorar la relación entre los progenitores y, como consecuencia de ello, los niños pueden sufrir psicológicamente.³⁹³ En este orden de ideas, la mediación representa una vía adecuada para litigios en los que debe observarse un puente de vinculación constante entre los interesados.

La mediación o conciliación puede desarrollarse en un marco judicial o extrajudicial, por medio de juzgados, centros de mediación o instituciones establecidas con dicho fin.

Se le considera beneficiosa en situaciones en las que las partes necesitan una relación de continuidad, como suele ocurrir en las controversias de familia que involucren a los niños. También permite a las partes llegar a soluciones que se adapten a sus necesidades particulares, impone la responsabilidad de la toma de decisiones a las partes y puede ayudar a sentar bases para la futura cooperación y a reducir el nivel de conflicto entre las partes.³⁹⁴ Incluso genera mayor compromiso del cumplimiento de los acuerdos alcanzados.

³⁹² Oficina Permanente, Guía de Buenas Prácticas. Mediación, en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2012, p. 10, <https://www.hccb.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6561>

³⁹³ *Ibidem*, p. 22, párrafo 33.

³⁹⁴ Proyecto revisado de manual práctico sobre el funcionamiento del convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el

Luego, entonces, es esencial que, con independencia de la bondad de dichos medios de solución de conflictos, los mismos puedan revestirse de ejecutividad y vinculación entre los interesados y, en su caso, entre los Estados relacionados para que su efectividad sea acorde a un marco de seguridad jurídica.

2. Modelos alternos de solución de controversias en problemáticas de sustracción internacional de menores

Sobre el particular, la Convención de La Haya de 1980, que en capítulos anteriores hemos definido como el instrumento por excelencia de mayor aplicabilidad en las controversias de sustracción o retención de niños, preceptúa en su artículo 7 lo siguiente:

Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio. Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan:

- a)* localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita;
- b)* prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;
- c)* garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable.

Esta base legal permite observar el enclave normativo de los medios alternativos de solución de conflictos en un procedimiento de restitución internacional de menores.

Sobre el particular, se ha desarrollado la Guía de Buenas Prácticas de Mediación, la cual refleja el trabajo operativo de conferencias y comisiones de La Haya en la aplicación del convenio de 1980, y retoma las bondades de estos medios alternativos de solución de conflictos. Se compone de 16 capítulos, de los cuales el primero versa sobre las

reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, Documento preliminar No. 4, Oficina Permanente de La Haya, mayo 2011, párrafo 13.42, p. 106.

ventajas y riesgos del uso de la mediación en problemáticas familiares internacionales; el segundo plantea los desafíos en estas materias; en el tercer capítulo se aborda el perfil del mediador; y en los capítulos 4 al 13 se desarrolla precisamente el procedimiento de mediación. En los capítulos restantes se presenta la materia preventiva como elemento también importante a observar en la mediación.

La utilización de medios alternativos en la solución de controversias también se destaca en el trabajo de otros organismos: “un ejemplo de un instrumento regional que alienta el uso de la mediación y procesos similares es la *Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño* redactada por el Consejo de Europa y adoptada el 25 de enero de 1996.”³⁹⁵

En este sentido, la mediación también puede facilitar la restitución voluntaria del niño, al establecer un tiempo de regreso, si será acompañado del progenitor que lo sustrajo u otra transacción. En la Guía de Buenas Prácticas de mediación se señala: “...asimismo, la mediación puede contribuir a la emisión de una orden de restitución fundada en el consentimiento de las partes o a algún otro acuerdo ante el tribunal (*omissis*) la mediación puede utilizarse para establecer un marco menos conflictivo y facilitar el contacto entre el progenitor perjudicado y el niño durante el proceso.”³⁹⁶

En este orden de ideas, también permite prever conflictos futuros al abordarse la problemática de forma más constructiva e integral, incluso subsistir estos medios con sistemas jurídicos, como, por ejemplo: incluir en los juzgados especialistas en la materia de conciliación, que puedan despresurizar las problemáticas familiares de manera asertiva, y en caso de no lograrse el convenio, continuar en el mismo expediente con la tramitación legal correspondiente. Esto es: “En perfecta armonía con las normas internacionales, la mediación puede permitir resolver la restitución del menor de una forma eficaz y altamente beneficiosa para todas las personas implicadas.”³⁹⁷

³⁹⁵ Guía de Buenas Prácticas. Mediación, *op. cit.*, p. 18, párrafo 20.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 21, párrafo 30 a.

³⁹⁷ Mercedes, Caso Señal, “La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores”, *Revista de Mediación*, España, Madrid, núm. 8, año 4, segundo semestre, 2011, p. 27.

Sin embargo, es de vital importancia que en su aplicación debe darse seguridad jurídica. Ello, en virtud de que "...el acuerdo producto de la mediación, en todo o en parte, puede estar en conflicto con el derecho aplicable o no ser jurídicamente vinculante y ejecutorio si el acuerdo no ha sido registrado, aprobado por un tribunal o incluido en una orden judicial."³⁹⁸

En este sentido debe quedar claro que más que reemplazo de la jurisdicción, debe complementarse y vincularse a su ejecutividad.

Para García Villaluenga hay que tener presente que los sistemas no confrontativos, denominados ADR, no tienen, ni han de tener, como finalidad reemplazar al sistema judicial, que necesariamente ha de existir, sino que al configurarse como complementarios de aquél, pretenden ampliar el abanico de opciones para que los ciudadanos puedan resolver los conflictos según su naturaleza y características.³⁹⁹

A nivel internacional, muchos Estados ya aplican estos medios de solución de conflictos y han obtenido significativos resultados; así en la Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación, se precisa que estos servicios funcionan de manera exitosa. Así, por ejemplo, "...la legislación de aplicación suiza enfatiza la importancia de intentar arribar a una solución amistosa del conflicto solicitando al tribunal que, una vez instituido el proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya, inicie los procedimientos de mediación o conciliación cuando la Autoridad Central aún no lo haya hecho."⁴⁰⁰

Por otra parte, en todos los casos debe valorarse la naturaleza del conflicto para determinar si es viable la conciliación, para evitar someter un asunto que ofrezca desbalance de poder o situaciones críticas o de riesgo específico que no permitan su curso de tratamiento a través de la mediación.

La aplicación en medios alternativos de solución es altamente funcional en materia de sustracción internacional de menores, pues reduce la presión de la problemática y permite que los interesados participen activamente en la construcción de puentes adecuados para desarrollar con atingencia su responsabilidad parental.

³⁹⁸ Guía de Buenas Prácticas. Mediación, *op. cit.*, p. 25, párrafo 41.

³⁹⁹ *cf.* García Villaluenga, Leticia, *op. cit.*, nota 405, p. 82.

⁴⁰⁰ Guía de Buenas Prácticas. Mediación, *op. cit.*, p. 31, párrafo 62.

De igual manera, un punto que no puede dejar de observarse es la estrecha vinculación que puede darse con casos penales que hayan sido instaurados por los interesados y que pueden influir en el resultado viable de la mediación.

Incluso deben considerarse circunstancias del padre sustractor que en su caso solicita asilo político; sobre el particular, el INCADAT ofrece la postura jurisprudencial de los Estados. Por ejemplo:

IMPACTO DEL SUSTRADOR QUE SOLICITA ASILO / ESTADO DE REFUGIADO. —En ocasiones un progenitor sustractor solicitará asilo político o estado de refugiado en el Estado de refugio. Cuando ha ocurrido esto, el Estado de residencia habitual del menor normalmente no ha sido un Estado Contratante del Convenio de la Haya de 1980. No obstante ello el tribunal a cargo de la restitución fuera del Convenio debe decidir cómo ponderar las consideraciones generales de política de sustracción de menores respecto del otorgamiento real (o posible) del estado de refugiado o asilo.⁴⁰¹

En relación con una problemática penal, la vinculación de “peligro” para el padre sustractor en el retorno al Estado de residencia habitual del menor es un tema sensible. Por ello, debe ser atendida con la finalidad de estructurar, en caso necesario, los enlaces pertinentes para soslayar dichos obstáculos en beneficio del interés superior del menor; incluso las comunicaciones judiciales tienen gran éxito en la materia, y los procesos de mediación entre los interesados, aun cuando pudiera ser a distancia con los servicios que permite la tecnología.

Debido a ello, la mediación en los casos de sustracción internacional de niños debe considerar los posibles procesos penales iniciados en contra del progenitor sustractor en el país del cual fue sustraído el menor. Y cuando se hubiesen iniciado procesos penales, es necesario abordar el tema en la mediación. Se puede necesitar una estrecha cooperación entre las autoridades judiciales y administrativas pertinentes, a fin de garantizar que cualquier acuerdo alcanzado en la mediación, no se vea frustrado por los procesos penales en curso.⁴⁰²

Sobre el particular, existen importantes ejemplos que han permitido soslayar estos obstáculos con la finalidad de que fluyan adecuada-

⁴⁰¹ Jurisprudencia de la base de datos de INCADAT, <https://www.incadat.com/es/advanced-search>

⁴⁰² Guía de Buenas Prácticas. Mediación, *op. cit.*, p. 36, párrafo 84.

mente los procedimientos de restitución o, en su caso, se tengan bases sustentadas para configurar una excepción sobre el retorno de un infante.

En el *Boletín de los Jueces*, incluido en la página de INCADAT, existen interesantes casos, como el que a continuación se enuncia:

La madre no regresó a los Estados Unidos de América con su hijo de nueve años después de unas vacaciones con sus progenitores en Alemania. Para preparar la audiencia oral respecto de la solicitud de restitución presentada por el padre, de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980, el juez desearía aclarar si la madre, como ella declara verosímilmente, vía la documentación pertinente, corre el riesgo de ser arrestada si regresara de manera voluntaria a los Estados Unidos de América. A través de la mediación del juez de Red Internacional de la Haya, fue posible que se estableciera el contacto directo entre el juez alemán y su contraparte que entendía de la causa en los Estados Unidos de América y que se eliminara el temor a un arresto. Como consecuencia de ello la madre regresó a los Estados Unidos de América con el menor.⁴⁰³

Por otra parte, dentro de los procedimientos de mediación, en dicha temática también es importante observar el interés superior del menor como principio rector.

El tema es de gran actualidad, toda vez que Aura Esther Vilalta, sobre el particular en su artículo sobre mediación del año 2017, reseña que con ocasión de la celebración del Día Europeo de la Mediación, la Universitat Oberta de Catalunya (UOC), a través de los Estudios de Derecho y Ciencia Política y su coordinadora de la jornada, organizó un acto conmemorativo dedicado a la mediación familiar en el ámbito de la sustracción internacional de menores, en donde se trató como eje vertebral el Convenio de La Haya de 1980, tomando en cuenta otros importantes instrumentos como el Reglamento UE2201/2003, sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, el cual contiene previsiones para los casos de sustracción de un menor de un país de la Unión

⁴⁰³ *cfr.* Eberhart, Carl, “Experiencia de un juez de Alemania”, *El boletín de los Jueces sobre la protección internacional del Niño*, tomo XV/otoño 2009, enfoque especial, p. 10.

Europea que es trasladado a otro, lo que permitió reiterar la utilidad de estos medios, en el tratamiento sensible, incluso en casos penales.⁴⁰⁴

Lo cierto es que dichos convenios deben ser viables, exigibles y aplicables en los diferentes Estados en que se requiera traducir sus efectos, dado que los límites de competencia de los tratados en algunas ocasiones no abarcan el contenido total del convenio para que otro país le reconozca su validez; por ello se requiere que los sistemas nacional e internacional cuenten con tratados o buenas prácticas que puedan brindar certeza a los interesados de que un convenio al que ellos arriben en un Estado, será respetado en otro Estado.

Es por ello que, como se ha puntualizado en diferentes momentos, la autoridad jurisdiccional competente debe ser quien apruebe el convenio con efectos vinculantes y de ejecución. Sin embargo, debe surgir un análisis con profunda reflexión en cuanto al hecho de la convergencia de diferentes sistemas jurídicos en el tema y en relación con circunstancias de competencia y leyes aplicables.

Al respecto, la Guía de Buenas Prácticas de mediación puntualiza la vía de reconocimiento y de ejecución; de tal suerte que el acuerdo se reconoce en otro Estado (como el de residencia habitual del menor), dada la existencia de vinculación, por medio de un convenio internacional que observe dicho reconocimiento, o porque la orden judicial extranjera se reconoce por el sistema jurídico de dicho Estado.

Aún más, un marco funcional adecuado es la vinculación de los Estados, por medio de un convenio internacional o acuerdo bilateral, que permita el reconocimiento y ejecución simplificada de órdenes judiciales de un Estado a otro. Un convenio de tal naturaleza ideal es justamente el de La Haya de 1996, que versa sobre la protección de infantes, según lo señala la Guía de Buenas Prácticas en materia de mediación:

Así, una orden judicial que enmarque un acuerdo relativo a la custodia o contacto en un Estado contratante constituye una “medida de protección” y, como tal, será reconocido de pleno derecho y ejecutorio en todos los Estados contratantes. Esto

⁴⁰⁴ *cfr.* Vilalta, Aura Esther, “La mediación en sustracción internacional de menores Conferencia en el marco del día Europeo de la Mediación”, *IDP, Revista de Internet, Derecho y Política*, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, España, núm. 24, mayo 2017, pp.96-98

significa que “el reconocimiento se obtiene sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno” (traducción no oficial) en otros Estados contratantes. No obstante, en relación con la ejecución real de la medida, resulta necesaria la declaración de exequátur o el registro (art. 26(1)). Pero el Convenio de 1996 obliga a los Estados contratantes a aplicar un ‘procedimiento simple y rápido’ al respecto (art. 26(2)). La declaración de exequátur o registro sólo puede ser denegada cuando se aplique una de las causales restringidas para la denegación de reconocimiento detalladas en el art. 23(2).⁴⁰⁵

El tema reviste complejidad práctica, en virtud de que, si bien con el Convenio de La Haya de 1980, los Estados tienen competencia para decidir sobre la restitución o no de un menor, no la tienen para pronunciarse en fondo —independientemente de lo establecido en el artículo 16 de dicho instrumento—, sobre circunstancias de derechos y obligaciones derivados de la patria potestad; por lo tanto, se observa una falta de competencia internacional si existe pronunciamiento de fondo y puede existir problemática de vinculación y ejecución en otro Estado diverso de aquel en que se determinó el acuerdo u orden judicial. En tal contexto:

...conforme a un principio de competencia internacional de amplia aplicación, el tribunal de la residencia habitual del niño es el que tiene competencia para tomar decisiones a largo plazo respecto de la custodia y del contacto con el niño, y decisiones sobre la reubicación de la familia en países transfronterizos. Este principio encuentra su fundamento en el Convenio de 1996, el cual opera conjuntamente con el Convenio de 1980, así como con los instrumentos regionales pertinentes. El principio está basado en la premisa de que el tribunal de la residencia habitual del niño es, en general, el foro más adecuado para decidir sobre el asunto de la custodia, debido a que es el tribunal que tiene vínculos más estrechos con el medio regular del niño, *i.e.*, es el tribunal que puede evaluar fácilmente las condiciones de vida del niño y que está más capacitado para tomar una decisión en el interés superior del niño...⁴⁰⁶

Al respecto, la Guía de Buenas Prácticas enmarca la vinculación de los artículos 16 de la Convención de La Haya de 1980 y el artículo 7 del Convenio de La Haya de 1996. Del sentido de ambos artículos se desprende una competencia reservada en fondo al Estado, donde el

⁴⁰⁵ Guía de Buenas Prácticas. Mediación, *op. cit.*, p. 89, párrafo 297.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 92, párrafo 307.

menor tenía su residencia habitual, por lo que, en relación con un acuerdo entre los interesados, observamos que:

...El tribunal que entiende en el proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya gozará de competencia exclusivamente respecto de la parte (I) del acuerdo, i.e., la restitución o no restitución, y no gozará de competencia para aprobar la parte (2) del acuerdo sobre derechos de custodia y contacto a largo plazo. No obstante, si el tribunal incluyera el acuerdo completo de los progenitores en su orden judicial con la cual concluye el proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya, la orden judicial no podrá ser vinculante respecto de los tribunales del Estado requirente (i.e., el Estado del que el niño fue sustraído) en cuanto a las cuestiones de custodia a largo plazo debido a la falta de competencia en la materia.⁴⁰⁷

En este orden de ideas, la cooperación entre autoridades de los Estados y las autoridades centrales justo es lo que dará factibilidad a los acuerdos entre las partes para que tengan efectos vinculantes y de ejecutividad, más allá de la transferencia de competencia que puede observarse conforme lo preceptuado por los artículos 8 y 9 del Convenio de La Haya de 1996, como lo señala la Guía de Buenas Prácticas en materia de mediación; incluso cuando también exista problemática sobre la ley aplicable en cada caso concreto, dada la concurrencia de sistemas jurídicos internacionales y nacionales de los Estados involucrados.

Las partes de una controversia familiar internacional deben tener conocimiento de que la ley aplicable a determinadas cuestiones abordadas durante la mediación no es necesariamente la ley del Estado en el cual la mediación se está desarrollando. Deben saber que incluso existe la posibilidad de que las leyes de distintos Estados sean aplicables a las distintas cuestiones ventiladas en la mediación.⁴⁰⁸

Ahora bien, en los países donde no existe vinculación a través de instrumentos internacionales, el acuerdo o medidas conciliatorias y de mediación es un punto referente importante de gran trascendencia; así lo ha establecido el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que sobre el particular se señala: “...en caso de ausencia de un marco jurídico

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 93, párrafo 309.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 95, párrafo 315.

internacional o regional aplicable, la mediación u otros medios similares de solución amistosa de controversias son frecuentemente la única forma de encontrar una solución que permita que el niño en cuestión mantenga contacto continuo con ambos progenitores.”⁴⁰⁹

Resulta fundamental la existencia de un marco legal especializado como el que ofrece los acuerdos internacionales en la materia, de modo que es recomendable que los Estados formen parte de dichos tratados y convenciones en un marco de seguridad jurídica.

3. Violencia familiar y su vinculación en procedimientos de restitución internacional de menores

En primer lugar, es bien sabido que abundan interesantes disertaciones antropológicas y políticas en relación con la naturaleza violenta del ser humano, lo cual ha traído consigo, por ejemplo, justificaciones de guerras, y *actos de lesa humanidad*. Sin embargo, también existen posturas que establecen que nuestra anatomía y biología no necesariamente nos condena a actos violentos.

Ciertos estudios actuales, como el de Francisco Jiménez Bautista, se inclinan por señalar que el ser humano es conflictivo por naturaleza, pero pacífico o violento por cultura. Es decir, que la violencia del ser humano no está en sus genes sino en su ambiente, de forma que la biología resulta insuficiente para explicar la violencia.⁴¹⁰

Puesto que el tema filosófico sobre este sensible punto excede la finalidad del presente trabajo, no profundizaremos en su estudio; no obstante, es esencial destacar que el Manifiesto de Sevilla —redactado en 1896 por un equipo internacional de especialistas adoptado por la UNESCO en 1989—, señala dentro de sus proposiciones lo siguiente:

⁴⁰⁹ Oficina Permanente, Guía de Buenas Prácticas. Mediación. Anexo II, Memorando explicativo sobre los principios para el establecimiento de estructuras de mediación en el contexto del proceso de Malta, p. 110, <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2781>

⁴¹⁰ *cfr.* Jiménez-Bautista, Francisco, “Conocer para comprender la violencia: Origen, causas y realidad”, *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, Universidad Autónoma del Estado de México, México, volumen 19, número 58, enero-abril, 2012, p. 14.

Científicamente es incorrecto decir que la guerra o cualquier otra forma de comportamiento violento están genéticamente programadas en la naturaleza humana. Aunque los genes están implicados a todos los niveles del funcionamiento del sistema nervioso, son la base de un potencial de desarrollo que sólo se realiza en el marco del entorno social y ecológico. Aunque indiscutiblemente varía la predisposición de los individuos a sufrir la huella de su experiencia, no obstante, sus personalidades son determinadas por la interacción entre su dotación genética y las condiciones de su educación. Con excepción de algunos raros estados patológicos, los genes no producen individuos necesariamente predispuestos a la violencia. Pero el caso contrario también es cierto. Aunque los genes estén implicados en nuestro comportamiento, ellos solos no pueden determinarlo totalmente.⁴¹¹

En este orden argumentativo no es posible desconocer la existencia de tal conflicto en las relaciones humanas, como parte de la propia vinculación social, económica y política de los integrantes de una sociedad en un lugar y tiempo determinados; no obstante, ello no necesariamente debe observarse en resolver dichos conflictos de manera destructiva.

Por lo anterior, en primer lugar, debe aceptarse la existencia de circunstancias conflictivas para después abordarlas en su solución más aceptable, es decir, con sensatez y utilizando los medios procesales y alternos necesarios como herramientas para revertir la gravedad de una problemática y observar un esquema viable de resolución para los interesados.

Al respecto, la violencia se ha definido por la Organización Mundial de la Salud como “el uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho, o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones.”⁴¹²

La familia es un grupo de interrelación continua y frecuente, por lo que, como toda relación humana, puede generar vínculos conflictivos

⁴¹¹ El manifiesto de Sevilla de 1989, segunda proposición, unesdoc.unesco.org/images/0009/000943/094314so.pdf

⁴¹² Krug, Etienne G. *et. al.*, “Informe Mundial sobre la violencia y la salud”, *Violencia un problema mundial de la Salud Pública*, Organización Panamericana de la Salud, Oficina Sanitaria Panamericana, Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud, Washington, D. C., p. 5.

que requieren ser atendidos por los mismos integrantes de dicho grupo y, en casos especiales, por especialistas que ayuden a desarticular la problemática, y puedan las personas seguir interrelacionándose en un ambiente sano.

Así, lo cierto es que la violencia “comprende muchas facetas diferentes de abuso dentro de la familia. El abuso puede ser físico o psicológico; puede dirigirse al niño (‘abuso de niños’) y/o a la pareja (en ocasiones denominado ‘abuso conyugal’) y/o a otros miembros de la familia.”⁴¹³

La Guía de Buenas Prácticas en materia de Mediación distingue entre la violencia indirecta y directa en relación con un niño, “...la primera es la violencia doméstica hacia un progenitor u otros miembros de la familia, que afecta al niño, mientras que la segunda es la violencia doméstica hacia el niño. Sólo la última se denominará abuso de niños.”⁴¹⁴

Sin embargo, si bien es cierto que existen grados de violencia —distinguibles de la agresividad— en un escenario familiar conflictivo, es muy difícil afirmar que no hay agresión hacia los infantes cuando presencian el ejemplo en la conducta de sus padres o familiares cercanos.

De esta forma, “los niños que crecen entre abusos, humillaciones y crueldad tienden con el tiempo, a adoptar conductas agresivas; por lo general, los violadores han sufrido vejaciones en su infancia.”⁴¹⁵

Por consiguiente, el aspecto de violencia familiar es muy importante en materia de restitución internacional de menores, pues si bien puede configurarse la existencia en todo caso de un desplazamiento ilícito de un menor en términos del Convenio de La Haya de 1980, el origen de este hecho puede tener su raíz en la presencia de violencia en ese seno familiar.

Las posturas sobre el particular son muy diversas; existen posiciones en relación con apoyar al Estado de residencia habitual del menor para resolver lo conducente; mientras que, por otra parte, otras se pronuncian en el sentido de que debe investigarse para no colocar al menor en una situación que pueda ser intolerable y perjudicial para él.

⁴¹³ Guía de Buenas Prácticas. Mediación, *op. cit.*, p. 11.

⁴¹⁴ *Ídem.*

⁴¹⁵ Jiménez-Bautista, Francisco, *op. cit.*, p. 6

De este modo, el tratamiento del Convenio de La Haya prevé en su artículo 7° que las Autoridades Centrales dentro de sus funciones deben adoptar medidas apropiadas que permitan, entre otros fines, el establecido en el inciso b), concerniente a prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales: “Por lo tanto, si existe un riesgo de que el progenitor sustractor pudiera lastimar al niño, la Autoridad Central podría, dependiendo de las facultades otorgadas a ella por el Estado contratante pertinente, adoptar medidas provisionales o hacer que la autoridad competente adopte tales medidas.”⁴¹⁶

Entre las medidas que pueden adoptarse, tal como lo señala la Guía de Buenas Prácticas en materia de mediación, puede encontrarse el hecho de no dar a conocer al generador la localización de la víctima de violencia, así como evitar reuniones sin supervisión. Y aún más: “En el curso de los procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya, las acusaciones de violencia doméstica cumplen una función al momento de decidir si se puede establecer una excepción a la restitución del niño con arreglo al artículo 13 (1) b) del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores...”⁴¹⁷

Ello, con base en riesgo de la restitución que pueda colocar al menor frente a un peligro físico o psíquico, exponiéndolo a una situación intolerable, de acuerdo con la hipótesis del artículo antes citado, ya se trate de una violencia directa o indirecta.

Lo anterior ha promovido la reflexión, la investigación y la atención, en la aplicación del Convenio de La Haya de 1980; además, dio origen a un estudio efectuado por la oficina permanente, donde se realiza un análisis de muestra de jurisprudencia, principalmente del INCADAT.

Entre las más destacadas apreciaciones de dicho trabajo de cita, se observó que el nivel de la violencia varía enormemente entre las familias, y que tales variaciones son incluso de rango cultural. De esta manera, de acuerdo con lo establecido en ciencias sociales, se comprobó

⁴¹⁶ Guía de Buenas Prácticas. Mediación, *op. cit.*, p. 80, párrafo 269.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 81, párrafo 271.

que el desarrollo de los infantes en un núcleo donde existe violencia se ve definitivamente afectado en un sentido negativo.

Por otra parte, el Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13(1)(B) del Convenio de La Haya de 1980 señala al respecto:

... la doctrina postula que la sustracción o el secuestro a manos de un padre puede ser tanto una respuesta a violencia doméstica (p. ej., en algunos casos un padre puede “huir” de una situación de violencia doméstica con un menor) como constituir un tipo de violencia doméstica por sí mismo (p. ej., cuando un padre traslada a un menor para continuar con un comportamiento de abuso dirigido al padre privado del menor). Cada caso es distinto.⁴¹⁸

En este contexto, es posible afirmar que la violencia desarrollada en un seno familiar no es *in situ*, pues sus efectos se extienden y afectan a las personas que se encuentran al alrededor, con lo cual resultan perjudicadas; en este caso, los integrantes de una familia son quienes también terminan siendo víctimas de violencia.

Por otro lado, es fundamental tener presente que, de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, “la violencia es una de las principales causas de muerte en todo el mundo para la población de 15 a 44 años de edad.”⁴¹⁹ Asimismo, algunos estudios revelan la existencia de violencia en núcleos familiares que se proyecta preponderantemente hacia las mujeres.

Por otra parte, el Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13(1)(B) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 cita al respecto:

La mayor parte de las investigaciones demuestran que, si bien cualquiera puede ser víctima de violencia doméstica o familiar, las mujeres constituyen la mayoría de las víctimas de violencia en la pareja y son quienes sufren los daños graves. Se ha señalado que las mujeres, a causa de iniquidades socioeconómicas u otras

⁴¹⁸ Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13(1)(B) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños octubre de 2017, párrafo 11, p. 11, <https://assets.hcch.net/docs/13a63e16-fdf4-488b-9368-123c96cdf67.pdf>

⁴¹⁹ Krug, Etienne G. *et. al.*, *op. cit.*, p. 3.

modalidades de discriminación, pueden encontrarse en situaciones de victimización mucho más intensas y complejas dentro de sus familias (por ejemplo, cuando dependen social y económicamente de un cónyuge violento).⁴²⁰

Por lo anterior, es inevitable referir que en concordancia a una problemática de sustracción internacional de menores, puede existir anexa la obligatoriedad de un Estado para proteger grupos vulnerables, como las mujeres, que sufren violencia. Dicha protección la establecen diferentes instrumentos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará, que México ratificó el 19 de junio de 1998).

Al respecto, la Recomendación general núm. 19, sobre la violencia contra la mujer 29/01/92, refiere:

La violencia en la familia es una de las formas más insidiosas de la violencia contra la mujer. Existe en todas las sociedades. En las relaciones familiares, se somete a las mujeres de cualquier edad a violencia de todo tipo, incluidas las lesiones, la violación, otras formas de ataque sexual y formas de violencia, violencia mental y de otra índole, que se ven perpetuadas por las actitudes tradicionales. La falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a mantenerse en relaciones violentas. La negación de sus responsabilidades familiares por parte de los hombres puede representar una forma de violencia y coerción. Esta violencia compromete la salud de la mujer y entorpece su capacidad para participar en la vida familiar y en la vida pública en condiciones de igualdad.⁴²¹

Aunque no deja de ser un tema fundamental sobre el cual ha de investigarse con profundidad, en el tema que nos atañe —los infantes— no puede dejar de observarse que la salida de un Estado, aun tratándose de un traslado ilícito de menores, puede obedecer a una búsqueda de seguridad para quien sufre dicho maltrato.

⁴²⁰ Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13(1)(B), *op. cit.*, párrafo 14, p. 12.

⁴²¹ La violencia contra la mujer 29/01/92, Recomendación General, núm. 19, párrafo 23, p. 4. archive.ipu.org/splz-el/cuenca10/cedaw_19.pdf

Por otra parte, el Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13(1)(B) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, cita al respecto:

En literatura de las ciencias sociales se han identificado comportamientos de represalias por parte del cónyuge o la pareja violenta, que pueden manifestarse cuando la víctima toma una medida para salir de la relación violenta. Se ha señalado en investigaciones que inmediatamente después de salir de una situación de violencia (al solicitar el divorcio o abandonar el hogar familiar, por ejemplo), para la víctima, es el momento de mayor riesgo de sufrir lesiones graves o incluso morir a manos de su pareja violenta⁴²³. En algunos casos la dinámica puede ser similar tras la partida o el regreso de un padre cuando este ha huido a otro país por razones de seguridad.⁴²²

Es evidente que la violencia cometida hacia la pareja pone en grave riesgo también la integridad de los infantes, puesto que, como se ha dicho, no es un fenómeno que pueda ser contenido, sino que se extiende hacia los demás integrantes de un núcleo familiar, como lo refiere el Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13(1)(B) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, que sobre el particular establece:

Varios estudios han encontrado una correlación de entre 30 y 60% entre la violencia conyugal y contra los niños. Esto significa que los niños que tienen una familia en la que hay incidentes de violencia doméstica entre los adultos corren un riesgo mayor de resultar expuestos a daño físico. Varios estudios han indicado que el homicidio en la pareja y el homicidio de niños están vinculados de manera tal que “en aproximadamente un cuarto de los casos en que el hombre agresor mata a la mujer con quien tiene una relación de pareja, también mata a sus niños.”⁴²³

Luego entonces, es indudable que los Estados también se encuentran obligados a proteger la integridad de los infantes. Y en estos términos se pronuncia también la Convención de las Naciones Unidas, en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño, que, en su artículo 19, señala:

⁴²² Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13(1)(B), *op. cit.*, párrafo 19, p. 13.

⁴²³ *Ibidem.* p. 14-15, párrafo 24.

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.⁴²⁴

Desde esta óptica, el estudio de las excepciones preceptuadas por el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, debe observarse a la luz de un criterio adecuado al evaluar situaciones de violencia doméstica, guiándose, como lo refiere el informe explicativo de Elisa Pérez Vera, con base en el interés superior del menor.

Por lo tanto, en cada caso, el estudio de los asuntos debe efectuarse en forma particular con el fin de evitar circunstancias dilatorias apoyadas en este perfil, y dado el estudio restrictivo con el que debe valorarse las excepciones.

En este orden de ideas, sobre el “grave riesgo” como excepción, en la séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 y del Convenio sobre Protección de Niños de 2017, que trató sobre el Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el Artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya de 25 de 1980, se detectó una serie de diversos escenarios de violencia —verbal, física, control, dependencia económica, problemas relacionados con alcohol o drogas, abusos de nuevas parejas de los progenitores— y vinculados con el ocultamiento de los infantes.

Esta situación motivó reflexiones sobre el tratamiento de la excepción de grave riesgo del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, más allá de la apreciación del interés superior del menor, como lo relativo a la carga de la prueba al momento de hacer valer dicha excepción en un asunto determinado. Si bien los objetivos del Convenio, e incluso el informe explicativo de dicho Convenio, proyectan dicha vertiente en relación con ser la persona o institución que haga valer la excepción de mérito quien tiene la carga de la prueba, también hubo posturas de los tribunales sobre la importancia de realizar una investigación más activa en el contexto de violencia doméstica.

⁴²⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

En este sentido, el Proyecto de cita, es claro al respecto:

El ámbito de los procedimientos de restitución debe interpretarse en el contexto de que “las normas convencionales descansan en gran medida en la idea subyacente de que existe una especie de competencia natural de los tribunales de la residencia habitual del menor en un litigio relativo a su custodia”. La premisa subyacente del Convenio de 1980 es que las autoridades que están en mejores condiciones de decidir sobre el fondo de la cuestión de la custodia (que típicamente incluiría un examen exhaustivo del “interés superior”) son los tribunales del Estado de residencia habitual del menor, dado que, entre otras cosas, son los que mejor acceso tienen a la información y las pruebas pertinentes para resolver la custodia, y no los tribunales del Estado requerido. Como consecuencia de esta clara regla de competencia se obtiene mayor seguridad jurídica, predictibilidad y continuidad para los menores y sus familias.⁴²⁵

Por lo expresado en la cita anterior, no existe uniformidad en la práctica sobre el particular; no obstante, sí existen factores que deben considerarse al evaluar una situación de tal naturaleza. Nos referimos, por ejemplo, a la claridad de las pruebas, la evidencia, el que sea una situación inminente a considerar y que trastoque o pueda trastocar de forma real las esferas psicológica, social o emocional del infante; incluso si la violencia se efectúa sobre el padre que sustrajo o retiene al menor, dado los efectos de filtración hacia los menores. Hemos insistido en que todos estos datos pueden ser parámetros importantes para regir el criterio de investigar en el Estado requerido sobre el planteamiento de violencia, o abstenerse sobre la veracidad del hecho puesto en conocimiento, al ser competencia del tribunal de residencia habitual del menor, como elemento de fondo. Incluso:

El artículo 19(1) de la CDN también establece que los Estados Partes “adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual [...]”. En la Observación General N° 13 del Comité de los Derechos del Niño se aclara que la “violencia mental” puede consistir en “exponerlo a la violencia doméstica”.⁴²⁶

⁴²⁵ Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13(1)(B), *op. cit.*, párrafo 85, p. 20.

⁴²⁶ *Ibidem*, párrafo 22, p. 14.

Es importante destacar que de acuerdo con la Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13(1)(B) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, en el tema de violencia es importante considerar todas las pruebas preconstituidas que pudieran existir en un caso concreto, tales como:

- Información de acciones judiciales pendientes contra el padre privado del menor.
- Informes policiales.
- Registros de consulados o embajadas.
- Informes de refugios para víctimas de violencia doméstica y certificados médicos relativos a incidentes de violencia doméstica.
- Los correos electrónicos u otra correspondencia también pueden resultar particularmente útiles.
- Considerar si un tribunal extranjero constató la existencia de violencia doméstica, para verificar si se dictaron órdenes de protección y si hubo acciones judiciales como consecuencia de infracciones a tales órdenes.

El estudio de mérito señaló la importancia de pruebas periciales por las que algunos tribunales se inclinaron para resolver sobre el particular. En México también se aplica dicha prueba para observar el estado psicológico de las partes en asuntos relacionados con la violencia familiar. Al respecto, valga la siguiente cita extraída de Amparo directo 20/2008: “Prueba pericial en psicología en asuntos sobre violencia familiar. Su objeto directo es conocer el estado psicológico de las partes y no demostrar los hechos en que se sustenta”.⁴²⁷

Con base en lo anterior, es evidente que en este marco la aplicación de la prueba en comento es muy importante para determinar lo conducente.

Por otra parte, el Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13(1)(B) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, cita al respecto:

⁴²⁷ Amparo directo 30/2008. 11 de marzo de 2009. Mayoría de tres votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Fernando A. Casasola Mendoza.

El uso de la prueba pericial en procedimientos judiciales varía de un Estado a otro según su legislación, normas procesales y prácticas. En los casos en que se invoca el artículo 13(1)(b), se recurre a la prueba pericial para evaluar si existe un riesgo grave de que la restitución expondría al menor a daños físicos o psicológicos o si lo pondría en una situación intolerable. La prueba pericial puede resultar de utilidad para el juez cuando, por ejemplo, la persona o el organismo que se opone a la restitución no tiene elementos probatorios sustanciales pero plantea alegaciones serias para fundar la aplicación de la excepción de grave riesgo.⁴²⁸

Bajo esta óptica, lo cierto es que las evaluaciones psicológicas deben, como lo indica Carles Rodríguez Domínguez, revelar los posibles perfiles de los sustractores y debería contemplar la exploración sobre la situación psicosocial del menor, su nivel de adaptación al cambio e integración, su raigambre en ambas culturas y la configuración de la identidad del infante, su conocimiento del idioma de ambos países, la relación con los progenitores y si ésta puede, en alguna medida, resultar perjudicial o no para el menor.⁴²⁹

Por otra parte, la coordinación entre Estados para efecto de aplicación y seguimiento de medidas de protección de una jurisdicción a otra, podrá establecer un esquema de seguridad en el retorno del menor. En tal sentido, “...el hecho que consiste en determinar si las condiciones para la aplicación de la excepción de grave riesgo se cumplan en un caso con acusaciones de violencia doméstica dependerá, no sólo de las circunstancias del caso particular, sino también de la capacidad de concertar medidas de protección a fin de garantizar la restitución segura.”⁴³⁰

Incluso, según hemos destacado en páginas anteriores, esto aplica también en el caso del progenitor que cuida al menor, y que, a través de comunicaciones directas entre las autoridades de los Estados, puede establecerse un marco aceptable para el regreso del infante acompañado del progenitor que le haya sustraído o retenido ilícitamente. En este

⁴²⁸ Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13(1)(B), *op. cit.*, párrafo 173, p. 46.

⁴²⁹ *cfr.* Rodríguez Domínguez, Carles *et. al.*, “Evaluación psicológica y legislación internacional: Los traslados transfronterizos y sustracción de menores”, *Papeles del psicólogo*, vol. 36, núm.1 Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos, Madrid España, enero-abril 2015, p. 52.

⁴³⁰ Guía de Buenas Prácticas. Mediación, *op. cit.*, p. 81, párrafo 271.

contexto y de acuerdo con el estudio de violencia que efectuó el Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13(1)(B) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, determinó sobre el particular:

El Reglamento Bruselas II bis refuerza el principio de que el tribunal debe ordenar la restitución inmediata del menor y tiene por objetivo limitar al máximo la aplicación de la excepción del artículo 13(1)(b) del Convenio de 1980. Conforme al Reglamento Bruselas II bis, el niño deberá ser restituido siempre que pueda acordársele protección en el Estado de residencia habitual⁸¹. En este sentido, el artículo 11(4) del Reglamento Bruselas II bis establece que “[l]os órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución.”⁴³¹

En este orden de ideas, hemos tratado de resaltar la importancia de que el Convenio de La Haya de 1980 pueda entrelazarse con el Convenio de 1996, en virtud de que ambos armonizan normas de competencia y ejecución que pueden dar viabilidad a las medidas de protección reseñadas como esquema de seguridad *de facto* y jurídica para los infantes y sus progenitores.

4. Propuesta de una ley general en materia de sustracción internacional de menores en México

Lo desarrollado en el presente trabajo brinda la pauta para proponer en el ámbito nacional el diseño de la infraestructura jurídica necesaria que permita abordar con criterios unificados una problemática de sustracción o retención ilícita de menores.

Bajo esta vertiente, en primer lugar, México se encuentra obligado en términos de su adhesión a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, desde el 24 de marzo de 1981, a respetar los derechos consagrados en ella, de acuerdo con su artículo primero, tales como el

⁴³¹ Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13(1)(B), *op. cit.*, párrafo 69, p. 16.

derecho a la integridad personal, en el caso de sustracción internacional de menores, el respeto a los infantes de su integridad física, psíquica y moral; así como el derecho a la protección a la familia, contemplado en el artículo 17 de dicho instrumento, y los derechos del niño consagrados en su artículo 19, en relación con la obligación que recae en su familia, sociedad y Estado.

De la misma forma, debe adoptar sus disposiciones de Derecho interno, necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, tal como se preceptúa en el artículo 2° de dicho cuerpo normativo, que a la letra se cita:

Artículo 2. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.⁴³²

En este país los códigos civiles, de familia, penales y de procedimientos de los Estados, también contienen normatividad en protección de los infantes; sin embargo, como ya se dijo, en materia de procedimientos específicos de sustracción internacional de menores, únicamente pocos Estados contemplan normas limitadas en temática de medidas cautelares, por ejemplo, Querétaro y algunos otros remiten a tratados Internacionales como Chihuahua y Durango, así mismo el Estado de México y Guanajuato tienen procedimiento especial. En los Estados en los que no existe procedimiento específico, debe recurrirse a reglas generales de los Códigos Estatales y a la Cooperación Internacional (Anexo 1).

Inclusive la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció en el Amparo Directo en Revisión 4102/2015, lo siguiente:

...como no hay un procedimiento específico, en el Estado Mexicano, el juzgador que conoce del asunto, aplica el procedimiento que conforme a la legislación de la

⁴³² Convención Americana sobre Derechos Humanos, <http://www.bcch.net/index.es.php?act=text.display&tid=21>

Entidad Federativa que le es aplicable considera apropiado; por tanto, atendiendo al procedimiento que el juzgador de la Entidad Federativa decida aplicar, en algunos casos la sentencia o resolución que se dicte al respecto, puede ser objeto de impugnación en segunda instancia, o bien puede no serlo.⁴³³

Ahora bien, si cada Estado aplica su procedimiento pueden existir casos en los que no se les dé a conocer suficientemente a los interesados el procedimiento, plazos o términos, que van a aplicarse en los casos de restitución, lo que conllevaría a violaciones esenciales al procedimiento y es que la obligatoriedad, independientemente de la urgencia, también implica la transparencia, tal como se han pronunciado criterios federales.

Al efecto, se cita lo conducente en el amparo directo en revisión 997/2018: “...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”.⁴³⁴

Para muestra basta citar que los tribunales federales han considerado la siguiente tesis:

CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEBEN DAR A CONOCER A LAS PARTES LOS PLAZOS Y LAS ETAPAS EN LOS QUE SE SUSTANCIARÁ EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN, OTORGANDO AL SUPUESTO SUSTRADOR O RETENEDOR UN PERIODO RAZONABLE PARA ENTABLAR SU DEFENSA Y OFRECER PRUEBAS.⁴³⁵

De acuerdo con lo que establece el artículo 53, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, se dispone que los jueces de Distrito Federales conocerán —fracción I— de las controversias del

⁴³³ Amparo directo en revisión 9/2016 relacionado con la Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 243/2015. Ejecutoria emitida el 6 de septiembre de 2017, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, párrafo 235, p. 185.

⁴³⁴ Amparo directo en revisión 997/2018. Ejecutoria emitida el 5 de septiembre de 2018, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 66.

⁴³⁵ Tesis: XXX.1o.15 C (10a.): Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Número de registro 2019993. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 67, Junio de 2019, t. VI, p. 5148.

orden civil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano; cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer de ellas a elección del actor los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal.

Esta estructura no resuelve el problema de fondo, y si bien actualmente se encuentra vigente la Ley General para la protección de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 4 de diciembre de 2014, que establece en su artículo 25 una plataforma de protección en los casos de retención y sustracción ilícita de menores fuera del territorio nacional, lo cierto es que no es una ley especializada únicamente en la materia que nos ocupa, y los asuntos de sustracción internacional de menores siguen abordándose básicamente en los juzgados del orden común que tienen diversos procedimientos, términos y recursos, pero no existen, por tanto, criterios unificados en materia de sustracción internacional de menores.

Al respecto, existió la propuesta de Eileen Matus Calleros, en relación con que el tema de restitución internacional de menores sea competencia federal y no estatal, bajo el esquema antes reseñado. Según su argumento, “lo que proponemos es que se perfeccione y aplique el cuerpo normativo federal (CFPC y CCF) para regular los aspectos de minoridad internacional. Lo anterior con la finalidad de tener un derecho uniforme, de aplicación única y pareja para toda la República.”⁴³⁶

De la misma forma, otros autores se han preocupado por el particular y siguiendo a Matus Calleros, María Karen Robles señalan algunas propuestas al respecto, como la creación de una norma federal, y la inclusión en la normatividad civil existente en cada una de las entidades federativas de un apartado dedicado a la regulación del proceso de restitución.⁴³⁷

Sin embargo, el marco jurídico reseñado en las facultades de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, resulta insuficiente para

⁴³⁶ Matus Calleros, Eileen, *op. cit.*, p. 101.

⁴³⁷ Robles Cruz, María Karen, “Proceso de restitución internacional de la niñez en México”, *Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, p. 239.

abordar la factibilidad de reorganizar el conocimiento de los casos de sustracción internacional de menores en conocimiento de jueces federales, dado que, en primera instancia, dicha normatividad no otorga competencia a jueces federales, al tratarse de asuntos que sólo afecten intereses particulares, amén de que no existe una ley uniforme que cimiente las normas generales del procedimiento de sustracción internacional de menores, aun otorgando dicha facultad a los jueces en comento en materia federal y estatal para brindarles un lineamiento correcto y armonizado para evitar fragmentación de criterios o interpretaciones.

Las circunstancias anteriores generan inseguridad jurídica al no existir directrices específicas de actuación procesal en los asuntos de sustracción y retención ilícita de menores, puesto que la normatividad de las Entidades tiene diferentes reglas de competencia, procedimientos, excepciones y recursos; amén de que no orientan del todo sobre la problemática en la materia de sustracción o retención ilícitas internacionales, en forma especial y armónica con los principios de celeridad y los derechos fundamentales que se salvaguardan—como el de identidad y el derecho a una familia de los infantes—. Así mismo no se contemplan medidas provisionales, que puedan adoptar otros Estados en materia de ejecución o como resoluciones espejo, ni mucho menos transferencias de competencia, que en todo caso también deben sustentarse en vinculación a un tratado internacional pragmático.

No debe soslayarse que recientemente, en publicación del año 2017, el Poder Judicial de la Federación ha emitido un criterio importante en relación a considerar como excepción al principio de definitividad, para efectos de la procedencia del juicio de amparo, cuando el acto reclamado derive de un procedimiento de restitución internacional; al considerar que el recurso ordinario puede representar un retraso en la resolución final, lo que no contribuye al fin que persigue la Convención, ello en aras de respetar el compromiso internacional de México. Al respecto se cita el criterio de la Corte sobre el particular:

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.—Es propósito de la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, garantizar que el menor trasladado

o retenido de manera ilícita en cualquiera de los Estados contratantes, sea restituido de manera inmediata al país en donde residía, en tanto que existe la presunción de que el interés del menor se ve mayormente protegido y beneficiado mediante el restablecimiento inmediato de la situación previa al acto de sustracción o retención, por ser él quien resiente en mayor medida los perjuicios de la sustracción o la retención ilegal, por tanto el tiempo para resolver la petición de restitución por la sustracción o retención ilegal de un menor es fundamental para cumplir con el propósito o finalidad de la Convención, y si bien no se establece un procedimiento especial para el trámite de la petición, en su artículo 2, se ordena que el procedimiento que en su caso se siga, sea urgente. En razón de lo anterior se justifica que en contra de la sentencia o resolución dictada en los procedimientos seguidos en las diversas entidades federativas, se pueda acudir de manera inmediata al juicio de amparo, sin necesidad de agotar el recurso ordinario que la ley respectiva aplicada al procedimiento señale, pues es evidente que el trámite de ese recurso puede representar un retraso en la resolución final del asunto; lo que no contribuye al fin que persigue la Convención. Atendiendo a ello, donde el compromiso internacional radica en tramitar de manera urgente la petición de restitución, a fin de resolver lo más pronto posible la misma, se justifica que de manera inmediata se acuda al amparo sin necesidad de agotar el recurso ordinario correspondiente, por lo anterior, y en términos de lo previsto en la fracción XVIII, del artículo 61 de la Ley de Amparo, se actualiza una excepción al principio de definitividad en el juicio de amparo cuando el acto reclamado deriva de un asunto de restitución internacional.

Amparo directo en revisión 4102/2015. 10 de febrero de 2016. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Norma Lucía Piña Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Míguez.⁴³⁸

Sobre esta misma línea argumentativa, se emitió contradicción de tesis en el año 2019, en el sentido de que el amparo directo procede en contra de la resolución judicial que decide en forma definitiva sobre la restitución internacional de menores, solicitada conforme a la Convención de la materia.

Al efecto se cita rubro: “AMPARO DIRECTO. PROCEDE CONTRA LA RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE DECIDE EN FORMA DEFINITIVA SOBRE

⁴³⁸ Tesis: 1a. LVIII/2017, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 43, t. I, junio de 2017, p. 582.

LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DE EDAD, SOLICITADA CONFORME A LA CONVENCIÓN DE LA MATERIA”.⁴³⁹

Asimismo, existe criterio en cuanto a directrices generales de carácter procesal sobre la materia, y sobre que la legislación aplicable es la de cada Estado.

CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. EL DERECHO APLICABLE A TODO PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, TRAMITADO CONFORME A AQUEL INSTRUMENTO ES LA LEGISLACIÓN PROCESAL CIVIL DE CADA ENTIDAD FEDERATIVA (JUICIOS SUMARIOS).—El artículo 2 del mencionado instrumento internacional dispone que los Estados contratantes adoptarán “todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos de la convención”, y que para ello “deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan”. En relación con ello, el Máximo Tribunal de la Unión ha identificado que los procedimientos de “urgencia” que enuncia la citada convención, en México son conocidos como juicios “sumarios”. En consecuencia, el derecho aplicable a todo procedimiento de restitución internacional de menores, tramitado conforme a aquel instrumento internacional, es la legislación procesal civil de cada entidad federativa pues, en el Código Federal de Procedimientos Civiles, no existen los juicios sumarios. En efecto, de la lectura exhaustiva de la legislación procesal civil federal, se advierte que, además del juicio ordinario, sólo existen como especiales: a) Los “concursos” (libro tercero “Procedimientos especiales”, título primero, capítulo I); b) Los “juicios de sucesión” si la Federación es heredera o legataria en concurrencia con los particulares (capítulo II, ídem); c) Los “apeos y deslindes de un fundo de propiedad nacional” (capítulo III, ídem); d) El “avalúo en los casos de expropiación” (capítulo IV, ídem); y, e) Las “acciones colectivas” (artículos 587 a 602 del Código Federal de Procedimientos Civiles). Un argumento adicional para considerar que el derecho adjetivo aplicable a este tipo de procedimientos es el local, consiste en que, en el contexto mexicano, la reglamentación sobre aspectos de familia es de competencia exclusiva de los Estados y no de la Federación. En efecto, de la lectura e interpretación sistemática de los artículos 73 y 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que no es facultad expresa del Congreso General, legislar en materia familiar, por lo que, conforme al segundo de los preceptos mencionados, se entiende reservada para los Estados.

⁴³⁹ Tesis: 1a./J. 71/2019 (10a.): Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Décima Época. Número de registro 2021022. Primera Sala. Libro 72, Noviembre de 2019, Tomo I, p. 225.

En esa medida, aunque es el Poder Ejecutivo Federal quien está facultado para celebrar tratados internacionales (artículo 89, fracción X, de la Carta Magna), y el Senado de la República es el órgano responsable de ratificarlos (artículo 76, fracción I, ídem), sin importar la temática de aquéllos, tal circunstancia no significa que, por estar inmersa en el tratado, la materia sobre la que versa el instrumento se incorpore, a partir de entonces, a la esfera de competencia de los Poderes Federales. Por ende, dado que los procedimientos de restitución internacional de menores se vinculan con la materia familiar, se confirma que el derecho procesal aplicable a la controversia será el que establece la legislación local.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 811/2015. 8 de abril de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: José Armando Jiménez Hernández.⁴⁴⁰

Es de observarse que los criterios de la Corte antes reseñados, muestran un avance interpretativo, sobre la problemática de la sustracción internacional de infantes en México.

Asimismo, se ha emitido jurisprudencia en marzo de 2018, sin embargo no se encuentra vinculada al margen de celeridad del procedimiento que enmarca la Convención de la Haya de 1980 y el deber de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno, establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 2º, porque no sujeta las excepciones al tiempo obligado en la Convención primeramente señalada y el derecho interno incluyendo su jurisprudencia no bastará para alegar un incumplimiento a nivel internacional como se ha analizado. Se cita la tesis al afecto:

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.⁴⁴¹

En el mismo orden de ideas, se pronunció contradicción de tesis en relación a quienes deben ser escuchados en el proceso:

⁴⁴⁰ Tesis: III.2o.C.69 C, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima t. IV, Libro 40, marzo de 2017, p. 2643.

⁴⁴¹ Tesis de jurisprudencia 6/2018 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de 21-02-2018.

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. AL TRAMITARSE EL PROCEDIMIENTO RELATIVO EN LA VÍA JURISDICCIONAL, ANTE UN JUEZ FAMILIAR, EXCLUYE LA PRETENSIÓN DE SER UN ACTO INCONSTITUCIONAL EN SÍ MISMO (LEGISLACIÓN APLICABLE PARA LA CIUDAD DE MÉXICO). RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. CUANDO EN EL JUICIO DE AMPARO O EN EL INCIDENTE DE SUSPENSIÓN HA COMPARECIDO LA MADRE DEL MENOR QUE DEBE SER RESTITUIDO, ES INNECESARIO EMPLAZAR A LA SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES QUE INSTÓ EL PROCEDIMIENTO DE ORIGEN, ATENTO A LA PRONTA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. CUANDO SE TRATE DE LA SEPARACIÓN DE UN MENOR CONTRA LA VOLUNTAD DE SUS PADRES, DEBE DARSE A ÉSTOS PARTICIPACIÓN EN EL...”⁴⁴²

Sin soslayar la importancia del trabajo jurisdiccional, lo cierto es que ello no sustituye la forma más segura de unificar criterios, con el fin de generar un cuerpo normativo desde una plataforma de ley general, con la cual se permita armonizar interpretaciones existentes y privilegiar el interés superior de los menores con normas claras y congruentes con los sistemas nacionales e internacionales, con fundamento en los artículos 1º, 4º y 73 fracción XXIX-P de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como con base en los diversos tratados y convenciones internacionales en materia de protección de niños, niñas y adolescentes, de los que el Estado mexicano sea parte.

Esta ley se proyecta con base en el orden público, interés social y se plantea de observancia general en todo el Estado mexicano, obligado a instrumentar la concurrencia, cooperación, y coordinación de la Federación, los Estados, la Ciudad de México y los Municipios.

La Ley en comento deberá ser interpretada a la luz del artículo 1º constitucional, en vinculación directa con los artículos 4º y 133º, con base en lo establecido en materia de protección de niñas, niños y adolescentes, sus derechos fundamentales y humanos, y en concordancia con el parámetro de control de regularidad constitucional, más allá de la fuente del derecho humano analizado (constitucional o tratados, convenciones internacionales), y con base en el “núcleo duro”, es decir, el principio del interés superior del menor.

⁴⁴² Tesis: 1a./J. 6/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala, 02 de marzo de 2018.

Es importante dejar claro que lo anterior no vulnera la distribución de competencias y facultades establecidas por nuestra Constitución, puesto que el artículo 124 constitucional avala que “las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados”.

En este sentido, el artículo 124 constitucional “establece una relación de competencia determinada, no propiamente una problemática de jerarquía de normas, así se ha establecido por diferentes criterios federales”.⁴⁴³

Sobre el particular, también el artículo 73 Constitucional se pronuncia en los siguientes términos:

Artículo 73: El Congreso tiene facultad:

(omissis)

XXIX-P. Expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los mismos y cumpliendo con los tratados internacionales de la materia, de los que México sea parte.

De esta manera, en materia de concurrencia por medio de una ley general, puede proyectarse un esquema que unifique criterios en materia de restitución internacional de menores sin trastocar la distribución de competencias entre los Estados y la Federación, pero que dé viabilidad a las normas adoptadas para operar en los diversos ámbitos de competencia que esquematiza la Constitución.

Ahora bien, en esta línea se observa que el artículo 133 constitucional refiere dentro de la Ley Suprema de la Unión a las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y sobre el particular existen interesantes disertaciones en relación con precisar que dicho artículo se refiere a las Leyes Generales, no a Leyes Federales. Así, sobre el particular “...la corriente dominante en la SCJN considera que las leyes generales son aquellas respecto de las cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora

⁴⁴³ Amparo en revisión 178/2017. Ejecutoria. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 50, enero de 2018, t. IV, p. 2238.

entre las entidades políticas que integran el Estado Mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido para el artículo 124 Constitucional.”⁴⁴⁴

Dicho diseño ha operado en otras materias, como es el caso de la educativa, donde se sujetan a dichas leyes generales las expedidas por los Estados y la Ciudad de México.

Puede observarse, como analogía, el criterio que, en materia de salud, la Suprema Corte emitió sobre la ley general en dicha materia: el Constituyente adoptó el criterio utilizado en otros ámbitos en que la Federación, las Entidades Federativas y los Municipios pueden actuar respecto de una misma materia, pero será el Congreso de la Unión el que determine la forma y los términos de la participación de dichas entidades a través de una ley, dando lugar a lo que algunos han denominado como leyes-generales o leyes-marco, como aquellas que expide el Congreso para cumplir con dos propósitos simultáneos: a) distribuir competencias entre la Federación y los Estados otorgando las bases para el desarrollo de las leyes locales correlativas; y b) establecer el régimen federal para regular la acción de los Poderes Centrales en la materia de que se trate.⁴⁴⁵

Por consiguiente, el esquema de una ley general en materia de sustracción internacional de menores podría permear en todos los ordenamientos jurídicos, dando paso a una unificación en los procedimientos y seguridad jurídica al efecto, toda vez que las leyes generales, “una vez promulgadas y publicadas, por disposición constitucional deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito federal y municipales.”⁴⁴⁶ Así, el esquema de una Ley General en materia de sustracción internacional de menores sentaría las bases para que en materia de concurrencia, las Entidades Federativas y los Municipios expidan las normas legales y tomen las medidas administrativas correspondientes en el ámbito de su respectiva competencia, a efecto de dar cumplimiento a esta ley, dando paso a la unificación en los procedimientos y seguridad jurídica al efecto, conforme el artículo 133 “la

⁴⁴⁴ Amparo en revisión 120/2002, *op. cit.*, p. 156, www.scjn.gob.mx/transparencia/epocas/segundasala/novena/78/pdf

⁴⁴⁵ Tesis 1.8°.A.67 A., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXII, octubre de 2005, p. 2453.

⁴⁴⁶ Amparo en revisión 120/2002, *op. cit.*, p. 156.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados Internacionales y las leyes generales expedidas por el Congreso de la Unión, constituyen la Ley Suprema de la Unión.”⁴⁴⁷

En esta estructura, la normatividad puede recorrer los sistemas legales internos y lograr que armonicen con los criterios propuestos por dicha ley, la cual fijará las bases generales de coordinación, dirección y distribución de facultades y competencias que en esta materia corresponden a la Federación, a los Estados y a los Municipios, y será aplicada por las autoridades federales, locales y de la Ciudad de México; todo ello, en un marco de concurrencia de competencias, que dará uniformidad sobre materia de competencia, medidas provisionales, urgentes, y en materia de cooperación, y ejecución, en su caso de seguimiento de medidas y resoluciones, así como de vinculación con otros Estados.

Para lo anterior, es preciso definir los procedimientos necesarios al efecto que den énfasis en el tratamiento de excepciones, incluso normas a la vanguardia en materia de violencia doméstica, para realizar o requerir la información pertinente y resolver con atingencia en casos evidentes que pongan en una situación intolerable al menor. También deben trazarse normas en relación con la mediación y la conciliación, como medios que han sido suficientemente probados como catalizadores y con esquemas de soluciones viables entre los interesados.

Todas éstas son reglas internas que, en concordancia con los tratados y convenciones internacionales, darían un modelo de mayor seguridad jurídica, evitando fragmentaciones jurídicas en la aplicación de normas procesales y protegiendo los derechos sustantivos que se tutelan y que tengan como eje transversal el principio del interés superior del menor, en concordancia con el sistema internacional, específicamente, en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Es importante puntualizar que, en materia de Derecho comparado, existen otros Estados que se han preocupado por el particular. Lucía Rizik Mulet señala que sobre el procedimiento de urgencia que estratifica el artículo 2 de Convenio de La Haya de 1980, en el caso chileno, la cuestión no ha sido resuelta por las autoridades políticas ni

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 160.

administrativas, sino por la Corte Suprema Chilena, que en el ejercicio de su potestad normativa consagrada en el artículo 82 inciso 1 de la Constitución Política Chilena, dictó un auto acordado que prevé un procedimiento expedito para el ejercicio de la acción de retorno del menor de 16 años que fue trasladado o retenido ilícitamente en Chile, determinando qué tribunales tendrán competencia para conocer del asunto, la forma de notificar durante el procedimiento, los plazos para dictar resoluciones y sentencias, y los recursos procesales⁴⁴⁸

En la misma temática, y en relación con la competencia e instrumentos internacionales en Colombia, Jinyola Blanco Rodríguez plantea que el Tribunal Constitucional instó al Congreso para que promulgara una ley que estableciera tanto la competencia como el procedimiento aplicable en estos casos. Por esta razón en el año 2006 se promulgó la Ley 1008, “por la cual se fijan algunas competencias y procedimientos para la aplicación de Convenios internacionales en materia de niñez y de familia”. Esta ley estableció la competencia para tramitar las controversias que surjan de los derechos, garantías y libertades de los niños y de las familias, en materia de tratados o convenios internacionales vigentes en Colombia.⁴⁴⁹

Sobre aspectos estatales en el esfuerzo de garantizar los derechos de la infancia en materia de restitución internacional, el Estado de México creó en el año 2018, el Juzgado Especializado en Procedimientos de Adopción, Restitución de Menores y demás especiales y no contenciones relacionados con menores de edad y sumario de conclusión de patria potestad del Estado de México, que conoce en competencia concentrada de estos casos, bajo la circular 20/2018 y aún en tiempos de contingencia por el virus SARS-CoV-2, causante del COVID-19, se consideró continuar prestando servicio en los términos reseñados en las circulares 27/2020 y 32/2020, con todas las medidas sanitarias necesarias y privilegiando el apoyo tecnológico.

⁴⁴⁸ *cfr.* Rizik Mulet, Lucía, “El convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y su aplicación en Chile: Las modalidades de restitución del menor”, *Revista Tribuna Internacional*, volumen 3, núm. 6, versión en línea, Chile, 2014, p. 97.

⁴⁴⁹ *cfr.* Blanco Rodríguez, Jinyola *et. al.*, “La restitución internacional de menores sustraídos por sus propios padres”, *Revista Estudios-Jurídicos*, vol. 11, núm. 2, julio-diciembre, Universidad del Rosario Bogotá, Colombia, 2009, p. 272.

Y en términos de la Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, se facilitó la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita. Derecho que tiene como finalidad la protección de las relaciones jurídicas de la niña o el niño, en el ámbito familiar, representando no sólo la protección del derecho de custodia, sino el de visita y contacto trasfronterizo, obligación que corresponde a las autoridades judiciales que conocen de asuntos de sustracción internacional de menores.

Esfuerzo que no es menor en una protección reforzada para los infantes, sin embargo, ello no soslaya la importancia de procedimientos unificados en todo el territorio mexicano, de ahí la importancia de una ley general.

Lo importante de tomar medidas en uno u otro Estado es observar criterios regulares en las normas, y sobre la interpretación del derecho en materia de sustracción internacional de menores, es conducirnos a un ámbito de seguridad jurídica. En tal virtud, más allá de que el aspecto filosófico que implica el tema rebasa la finalidad de la presente investigación, es menester abordar los aspectos generales de lo que constituye la seguridad jurídica.

5. Seguridad jurídica

Tomando las palabras de Miguel Ángel Suárez Romero,⁴⁵⁰ entendemos por “seguridad jurídica” un valor superior del ordenamiento jurídico que, trasladado a la Constitución, se convierte en un derecho fundamental. Dicho valor es una aspiración del hombre que, si bien se ha reflejado a lo largo de la línea histórica en cuanto a la certeza y confiabilidad de quienes depositan su confianza en quienes gobiernan y las instituciones; lo cierto es que, como derecho fundamental, la seguridad jurídica se configura básicamente desde un ordenamiento

⁴⁵⁰ Suárez Romero, Miguel Ángel, “La seguridad jurídica a la luz del ordenamiento jurídico mexicano”, *Revista de la Facultad de Derecho en México*, t. LX, núm. 253, México, 2010, p. 311.

Estatal, institucional y de Derecho. Ahora bien, no se trata de un valor novedoso, por el contrario hunde sus raíces en la historia, con la virtud de que los conceptos evolucionan, se modifican o adicionan sus contenidos.

Luego entonces, el concepto de seguridad jurídica se encuentra interrelacionado con conceptos como el Derecho y el poder. Ha sido concebido como un valor fundamental de la idea del Derecho desde la perspectiva de García Maynez, quien precisa que el hecho de que las normas jurídicas sean eficaces no se sigue, sin más, que su *efectividad* sea valiosa. La última sólo tiene este atributo cuando el sistema de que forman parte realiza los valores para cuyo logro fue instituido y en un primer término, el de justicia.⁴⁵¹

Por tanto, como lo refiere García Maynez, la seguridad jurídica se orienta en dimensiones, desde su origen legislativo y su correcta aplicación.

La integración del concepto desde diversas posturas filosóficas es complejo, pues no debe confundirse con sometimiento y ha sido abordado por autores como Tocqueville, Hobbes y el Derecho positivo, así como con el uso del poder desde la perspectiva de Weber; y si bien dicho concepto se vincula con el de poder y derecho —incluyéndose como valor de los ordenamientos jurídicos—, también tiene tintes puramente sociales y culturales desde su entendimiento como unidad y certidumbre, pero que finalmente deben articular con el cumplimiento de las normas y reglas. Por ello, la visión es distinta si se aborda en tesis positivistas o desde una visión de la seguridad jurídica como derecho natural.

En esta evolución o parámetros, Peces-Barba indica:

Tanto en el ámbito del Derecho público, como seguridad ante el poder y ante su Derecho, de los ciudadanos, y del Derecho privado, en las relaciones entre particulares en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, se va generando la seguridad jurídica, más que como un derecho fundamental como un principio o un valor que inspira a todo el Ordenamiento Jurídico y del que se desprende esa certeza, esa ausencia de temor, esa tranquilidad como reflejo en el individuo de

⁴⁵¹ *cfr.* García Maynez, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1994, p. 479.

esa situación objetiva aunque en algunos aspectos aparecerá como derecho humano.⁴⁵²

Este concepto, como se ha dicho, ha tenido una evolución histórica, impulsado por el estado de derecho, pero también por las circunstancias sociales del entorno. En dicho orden debe “entenderse a la seguridad jurídica como esa previsión, confianza y certeza que proporcionan las normas jurídicas y que tienen como finalidad hacer efectivos los valores de igualdad, libertad y solidaridad; es decir, la seguridad jurídica es justicia formal y material.”⁴⁵³

Por otra parte, es importante puntualizar que existen interesantes propuestas doctrinales en cuanto a la clasificación de diversos enfoques de la seguridad jurídica.

En esta temática, sobre dicha clasificación la seguridad jurídica, en sentido objetivo, Miguel Ángel Suárez Romero indica que permite hacer efectivos los demás valores superiores del Ordenamiento, como son la igualdad, la libertad y la solidaridad que se traducen en derechos liberales y aquellos denominados sociales. A su vez, la seguridad jurídica objetiva permite y posibilita la eficacia de la seguridad jurídica subjetiva traducida en distintos derechos fundamentales.⁴⁵⁴

Sin duda, el énfasis del tema también se encuentra en la efectividad y en los valores que otorga la seguridad jurídica en un marco de Derecho desde una estructura formal eficiente y congruente con el desarrollo social en que se aplica un sistema legal. Al respecto, Peces Barba indica que “...la seguridad jurídica es un concepto cultural o histórico del mundo moderno (*omissis*) supone asumir una concepción sistemática del Derecho como conjunto de normas o como Ordenamiento. El punto de vista tópico, del Derecho como problema, sitúa la seguridad jurídica en un orden ideal de justicia.”⁴⁵⁵

En el mismo sentido, como lo refiere Miguel Suárez, el ámbito objetivo de la seguridad jurídica se vincula con la certeza en la génesis

⁴⁵² Peces-Barba, Gregorio, “La Seguridad Jurídica desde la Filosofía del Derecho”, *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad de Complutense, 1990, p. 220.

⁴⁵³ Suárez Romero, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 330.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 321.

⁴⁵⁵ Peces-Barba, Gregorio, *op. cit.*, p. 313.

de la norma, y el ámbito subjetivo se relaciona con la previsibilidad y certidumbre de la persona que de antemano sabe a qué atenerse. De este modo, la “certeza que desde el propio ordenamiento se genere en la creación y derogación de las normas, en su aplicación e interpretación y en su preservación y garantía”,⁴⁵⁶ también la vincula con la sociedad en su aplicación.

En esta misma línea argumentativa, es importante señalar que la seguridad jurídica comprende un derecho humano, previsto en el artículo 16 Constitucional, tal como observamos los siguientes criterios federales:

...en relación a la garantía de seguridad jurídica, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que dicha garantía son prescripciones jurídicas que impone el constituyente a todas las autoridades en el sentido de que éstas deberán cumplir con determinados requisitos, condiciones o procedimientos para afectar válidamente la esfera jurídica del gobernado.⁴⁵⁷

SEGURIDAD JURÍDICA. ALCANCE DE LAS GARANTÍAS INSTRUMENTALES DE MANDAMIENTO ESCRITO, AUTORIDAD COMPETENTE Y FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 16, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PARA ASEGURAR EL RESPETO A DICHO DERECHO HUMANO.⁴⁵⁸

Justo en este marco formal y material de seguridad jurídica es donde los procedimientos de sustracción internacional de menores deben fluir para que exista mayor orden, estructura y eficacia en ellos; pero además, se fortalecerían otros valores que permitirían en los gobernados observar credibilidad y confianza en las normas y los sistemas legales nacionales e internacionales, desde criterios legales e interpretativos, conforme a parámetros orientados al ideal de la justicia.

⁴⁵⁶ Suárez Romero, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁵⁷ Amparo directo en revisión 146/2015. Ejecutoria emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, párrafo 48.

⁴⁵⁸ Tesis: IV.2o.A.50 K (10a.): Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 3, Febrero de 2014, t. III, p. 2241.

CONCLUSIONES

Con esta nueva edición se pretendió desplegar mayores elementos que vinculan la doctrina con la práctica para observar los derechos que se protegen en materia de restitución como verdaderos derechos humanos basados en la dignidad.

Se abordaron temas de la más alta sensibilidad en materia de excepciones, alcances de las autoridades en materia de migración, opinión de infantes desde un acercamiento que permite observar su desarrollo y cómo se ha incursionado en él, en la praxis.

Se expusieron elementos que permiten comprender con mayor profundidad el tema de custodia efectiva y de los casos cuando ya se ha emitido otra resolución en un Estado contratante en materia de custodia, desde el enfoque del artículo 17 de la Convención de la Haya de 1980 y cómo se ha estudiado.

De la misma forma, se contaron con mayores elementos en relación con el estudio del artículo 12 de la Convención de la Haya de 1980, con lo cual se pudo desglosar la pluralidad de cuestiones que en la práctica pueden observarse respecto de la temporalidad.

Con el objetivo de brindar al lector elementos diversos, pero puntuales que han enriquecido los lineamientos doctrinales en el derecho instrumental, se abordaron temas para orientar los criterios en la solución de los casos de este sensible tema de sustracción y retención ilícita.

La presente obra contó con una línea argumentativa que da sentido real y actual al tema, al exponer el pulso del sentir social y la forma en que las autoridades han proyectado las pautas de solución.

Asimismo, se enfatizó la importancia de una Ley General en la materia con la cual se daría mayor seguridad jurídica en los casos de

sustracción o retención ilícita, buscando cumplir el objetivo de brindar derecho dúctil y de utilidad práctica.

En el trayecto de la presente investigación se puso de manifiesto que los derechos fundamentales de los menores han sido evolutivos, toda vez que no se trata únicamente de la supervivencia física de los individuos, sino también de observar todos los elementos inherentes al crecimiento biológico, psicológico y social de los seres humanos, los cuales se gestan en su niñez y se proyectan en las sociedades presentes y lo harán también en las futuras, y por ello su estudio ha dado paso a importantes esfuerzos nacionales e internacionales que se consolidaron con instrumentos, como la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, columna vertebral actual de protección integral infantil.

Lo anterior apela a la importancia del derecho de identidad como matriz en su protección, al confrontar una problemática de sustracción internacional de menores, toda vez que el niño en su hábitat se encuentra en plena formación de sus particularidades, captando con su razón y sus sentidos su entorno para procesarlo y tomar de acuerdo con su naturaleza, lo que es compatible con su ser para definirse, e interactuar con su exterior, según sus afinidades.

Estos derechos se protegen básicamente por medio de los procedimientos que cada Estado establece en su normatividad doméstica, así como en fundamento con los convenios internacionales que se suscriben en materia de sustracción internacional de menores, básicamente por medio de la Convención de La Haya, sobre aspectos civiles, y la Convención Interamericana, sobre restitución internacional de menores.

Como se planteó en el capítulo II, se debe dar un tratamiento correcto al marco conceptual que estructura la problemática de la sustracción internacional de menores, con la finalidad de dar claridad y actualidad en el manejo de los conceptos y un significado correcto de acuerdo con la vinculación mental y razonada de su proyección que se transmite de la idea.

Ahora bien, las instituciones de familia se han redimensionado en un sentido de introyectar en sus bases los trazos esenciales de los derechos humanos y fundamentales de sus integrantes, instituciones como la patria potestad que ahora puede estudiarse desde una plataforma de interés público y regulación activa del Estado, se proyecta asimismo

sobre dos ejes: la guarda y custodia, y la convivencia como se analizó desde diversas posiciones autorales.

En este sentido, como se ha estudiado, el derecho de custodia es eje rector en el tratamiento de los asuntos al vincularse con la ilicitud del traslado y la residencia habitual del menor.

Por su parte, el derecho de convivencia es también una relación jurídica familiar esencial de contacto y transmisión de ideas, vivencias y experiencias, cuando los padres y los hijos no cohabitan en el mismo domicilio.

El trabajo de las Guías de buenas prácticas es esencial para regir como criterios orientadores o de *soft law* en la aplicación e interpretación de los convenios y tratados internacionales al respecto, dado que las restricciones legales aplicadas al derecho a mantener el contacto entre padres e hijos, no deben ser más que las necesarias para proteger los intereses del menor, así como la importancia de los acuerdos y vías alternas de solución con directrices que hagan efectivos dichos acuerdos.

Es importante observar que los términos conceptuales de los sistemas jurídicos de los Estados no siempre convergen con el significado internacional, lo cual, al interpretar los asuntos por cortes transfronterizas, ha permitido trazar resoluciones no en un sentido uniforme al respecto.

Sobre la temática de transpolar la figura del secuestro del ámbito puramente civil al ámbito penal como se estudió desde diversas posiciones autorales, se busca no sólo resarcir un daño, sino sancionar la conducta, por lo que esta visión concuerda con el nivel de repercusión del acto desplegado por quien sustrae a un infante y debe sancionarse con estricto rigor, como ya se hace en España.

Por lo que toca a México, es necesario seguir trabajando para tipificar como delito la conducta asumida por un progenitor que priva de libertad a su propio hijo; en esta temática, como ya lo plantea Sonia Rodríguez, ello impone al agraviado una nueva condición psicológica, emocional, física y social totalmente distinta de la de su estado natural.

Una vez precisado lo anterior, el marco internacional que se estructura en relación con la problemática de sustracción internacional de menores es esencial toda vez que los problemas complejos de las relaciones humanas familiares en un campo internacional, conjugan nuevos retos transfronterizos que implican un compromiso de los

Estados, más allá de sus sistemas legales domésticos, tal como se expuso en el capítulo III.

Es un hecho que los esfuerzos internacionales se concentraron en una cooperación valiosa a través de los convenios para formular una visión de valores y principios que consagran la formación del ser humano en su entorno habitual, como matriz que le nutre de cultura y tradición de contacto social y vínculos afectivos, los cuales lo identifican ante sí mismo y ante otros como un ser particular.

En el marco de los instrumentos internacionales que consagran el esfuerzo de los Estados en esta temática, se recurrió en varias ocasiones al tratamiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, por ser punto de génesis de derechos desarrollados en otras convenciones y tratados transfronterizos.

También se explicaron fundamentos de la Convención de La Haya de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en lo sucesivo, Convención de La Haya de 1980), por ofrecer una plataforma instrumental y sustancial que marca directrices ciertas de compromiso y certidumbre en la actuación a aplicar en los casos de sustracción o retención ilícita de menores, con su observación se tiene la posibilidad de un éxito mayor de aquellos Estados que no cuentan con un instrumento de esta envergadura y que fue ampliamente estudiada en su constructo legal desde diferentes perspectivas autorales.

Dicha convención debe tener un estudio armonioso con la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Menores.

Como punto primordial en el desarrollo de la Convención de La Haya de 1980 y la actividad de las autoridades centrales, se planteó como punto focal de estudio la localización del infante, así como proponer y desarrollar con atingencia las bondades de un retorno voluntario, sin que con ello se entorpezca la celeridad del procedimiento de restitución en caso de no ser voluntario; mereciendo particular desarrollo el tratamiento de excepciones que fue desarrollado en la obra y el procedimiento de urgencia, en virtud de que, para evitar que se consolide una nueva situación de un niño, una niña o cualquier adolescente cuya base haya sido una retención o sustracción ilícita, el factor tiempo juega un papel trascendental, sin soslayar el estudio de la oposición al efecto que pudiese ser debidamente sustentada vía excepción.

Aun cuando pudieran existir casos en los que, de acuerdo con el interés superior del menor (aunque con el tiempo otorgado internacionalmente por la Convención de La Haya de 1980 de seis semanas), sí justifiquen el retraso en la resolución, en tal hipótesis deben darse las razones suficientes motivadas y fundadas que sustenten el actuar de la autoridad encargada de ordenar la restitución y que no lo hace en tiempo.

Otro instrumento de máxima importancia analizado, fue la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores (en adelante, Convención Interamericana), cuyo corpus refiere un convenio de colaboración y cooperación con objetivos específicos, prevaleciendo el interés superior del menor como principio rector.

En varios aspectos concuerda con el funcionamiento de la Convención de La Haya de 1980, en cuanto a sus objetivos, ámbitos personal, material y espacial y excepciones, en cuanto al tratamiento de la problemática de sustracción y retención infantil.

Una vez que se estudiaron los principales instrumentos internacionales que se abocan a la problemática de la sustracción internacional de menores, en el capítulo IV se abordó la forma en que vinculan los sistemas jurídicos nacional e internacional, donde la sinapsis que surge en las relaciones interestatales dependerá del nivel de adaptación para perfilar la prelación de uno y otro sistema o la armonía en la unidad de los ordenamientos jurídicos. En dicho, contexto, se observó que las fuentes del derecho internacional y su vinculación con el derecho doméstico orientan el criterio para la coordinación de los sistemas.

Ahora bien, los tratados internacionales en materia de derechos humanos, al representar un objetivo afín a todos los Estados, tienen un tratamiento especial, reflejado en el papel fundamental de la persona como ser humano y eje de los sistemas nacionales e internacional.

La Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969 es un instrumento guía en la interpretación de los tratados; las reglas que emanan de dicha Convención trazan el proceso de comprensión y entendimiento sobre el que debe desentrañarse en caso de controversia la voluntad de las partes.

En México prima la recepción de los Tratados en íntima vinculación con lo establecido en la Ley sobre la celebración de los tratados, concordante con lo preceptuado en la Convención de Viena de 1969

(de la que México forma parte) sobre el derecho de los tratados, su interpretación, vigencia, reservas y nulidades.

La incorporación del derecho internacional en nuestro sistema jurídico se determina con las normas que establece la Constitución, con base en sus artículos 1º, 15, 76, 89 y 133, los cuales reconocen la validez formal y material del derecho internacional, a través de los tratados internacionales.

De la misma forma, la Carta Magna configura el sistema de aprobación de los tratados y el poder facultado para celebrarlos; ello, por medio de las atribuciones conferidas a los poderes de la unión y su división en poder legislativo, ejecutivo y judicial, establecidas en los artículos 40 y 49 constitucionales.

En esta perspectiva, también se observa un avance en las teorías en el trabajo argumentativo del juez, toda vez que su labor es comunicativa hacia un público, hacia los interesados, los superiores y aquellos que se encuentren vinculados en los casos a resolver, así como hacia la sociedad en general.

Por otra parte, es importante puntualizar que, en México, en 2011, se planteó una nueva directriz en la arquitectura del derecho, derivado de las reformas constitucionales de junio 6 y 10, las cuales redimensionaron el esquema del derecho en nuestro país.

En relación con el control de convencionalidad, se vincula al planteamiento del sistema regional interamericano en México, por lo que es atingente el estudio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del funcionamiento y estructura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

En materia nacional las bases constitucionales en materia de protección de niñas, niños y adolescentes se trazan desde el artículo 4º, el cual consagra los principios y valores que el Estado en materia de familia y de la niñez y como principio nuclear al interés superior del menor.

En la esfera federal, se cuenta con Ley General para la protección de Niñas, Niños y Adolescentes, de 2014, la cual se integra de 154 artículos más 13 transitorios.

Dentro de los trabajos que ha desempeñado al respecto el Poder Judicial, destaca el protocolo de actuaciones para quienes imparten justicia, en caso de que afecten a niñas, niños y adolescentes, emitido

por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que fue analizado en concordancia con las reformas Constitucionales del año 2011.

En cuanto a la esfera estatal, también existen normatividades en protección de la infancia; tal es el caso de la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México, publicada en la Gaceta de Gobierno, el 6 de agosto del 2015. Esta última se compone de 112 artículos y 6 transitorios.

En el capítulo V se estudiaron circunstancias especiales en la materia de sustracción internacional de menores, como los mecanismos alternativos de solución, la violencia familiar y, finalmente, la propuesta de esta investigación en el marco jurídico nacional e internacional. Estos modelos de solución alternan en caso de conflicto, dada su propia naturaleza, basado en esquemas de confianza y comunicación.

Otro tema que se abordó en este estudio y que resulta de suma importancia es el relacionado con la violencia familiar y su vinculación en procedimientos de restitución internacional de menores, desde un enfoque en la naturaleza del hombre, y la presencia inminente de existencia en el conflicto de la historia de los seres humanos.

Dentro de las apreciaciones de dicho trabajo, se observó que el nivel de la violencia varía enormemente entre las familias; incluso dichas variaciones son de rango cultural. Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el ámbito de las ciencias sociales, se percibió que el desarrollo de los infantes en un núcleo donde existe violencia es muy perjudicial.

Se han revisado algunas posturas doctrinales en favor y en contra de establecer el retorno de un menor cuando el caso se encuentra vinculado a aspectos de violencia.

Por esta razón, no puede dejar de establecerse que en concordancia a una problemática de sustracción internacional de menores, puede existir anexa la obligatoriedad de un Estado para proteger grupos vulnerables, como las mujeres que sufren violencia, según lo establecen diferentes instrumentos internacionales, como se estudió en la presente investigación.

En la práctica existen escenarios en los que, de acuerdo con los datos del INCADAT, y las Guías de buenas prácticas, se ha considerado que el Estado requerido debe realizar las investigaciones pertinentes y otras en relación con que es el Estado requirente quien, ante el retorno del menor, debe implementar las medidas necesarias para la protección

del infante o los miembros familiares involucrados, amén de posturas contradictorias entre quien tiene que realizar investigación en caso de violencia.

No existe uniformidad en la práctica sobre el particular; aunque si al evaluar una situación donde se adoptan medidas de protección, debe existir coordinación entre Estados para efecto de aplicación y el seguimiento de dichas medidas de una jurisdicción a otra podrá establecer un esquema de seguridad en el retorno del menor.

Bajo esta tesitura se propone el diseño de la infraestructura jurídica necesaria que permita con criterios unificados abordar una problemática de sustracción o retención ilícita de menores, lo cual se encuentra en línea con las obligaciones que ha adquirido México en términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 2º y si bien actualmente se encuentra vigente la Ley General para la protección de Niñas, Niños y Adolescentes, de 2014, que establece en su artículo 25 una plataforma de protección en los casos de retención y sustracción ilícita de menores fuera del territorio nacional, lo cierto es que no es una ley especializada únicamente en la materia que nos ocupa, y los asuntos de sustracción internacional de menores siguen abordándose básicamente en los juzgados del orden común que tienen diversos procedimientos, términos y recursos, pero no existen por tanto criterios unificados en materia de sustracción internacional de menores

En este sentido, sólo algunos Estados en México cuentan con legislación específica en relación con la sustracción internacional de menores; y en los estados en que no existe procedimiento específico, debe recurrirse a reglas generales de los Códigos Estatales y a la Cooperación Internacional. Estas son circunstancias que pueden generar inseguridad jurídica al no existir directrices específicas de actuación procesal en los asuntos de sustracción y retención ilícita de menores circunstancias que no son armónicas con los principios de celeridad y los derechos fundamentales que se salvaguardan como el de identidad y el derecho a una familia de los infantes.

No debe soslayarse que recientemente, en una publicación del año 2017, el Poder Judicial de la Federación emitió importantes criterios; sin embargo, lo cierto es que se tratan aún de criterios aislados, en muchos de los casos y ello no incide en la posibilidad de generar un cuerpo normativo desde una plataforma de ley general que de verdad permita armonizar los criterios existentes y privilegiar el interés

superior de los menores con normas claras y congruentes con los sistemas nacionales e internacionales, con fundamento en los artículos 1º, 4º y 73, fracción XXIX-P de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y conforme los diversos tratados y convenciones internacionales en materia de protección de niños, niñas y adolescentes, de los que el Estado Mexicano es parte.

Esta propuesta de diseño de ley se proyecta con base en el orden público, interés social y de observancia general en todo el Estado Mexicano, con la finalidad de instrumentar la concurrencia, la cooperación y la coordinación de la Federación, los Estados, la Ciudad de México y los Municipios, en concordancia con los tratados y convenciones internacionales, dando pauta a un modelo de mayor seguridad jurídica, evitando fragmentaciones jurídicas en la aplicación de normas procesales, protegiendo los derechos sustantivos que se tutelan y que tengan como eje transversal el principio del interés superior del menor, en concordancia con el sistema internacional, en específico, en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La restitución internacional de menores comprende un tema muy amplio y complejo que en cierta medida está ligado con otros temas jurídicos de igual importancia; del mismo modo, es uno de los temas que ha ocupado a diversos doctrinarios, especialistas, abogados y estudiosos del derecho, especialmente aquéllos relacionados con el ámbito familiar, puesto que su trascendencia involucra a un sector que demanda la urgente armonización de la legislación, en aras de su bienestar y su interés superior.

ANEXOS

NOTAS SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN EN ALGUNAS ENTIDADES FEDERATIVAS

Código de Procedimiento Civil del Estado de México

I. PROCEDIMIENTO PRIMERA INSTANCIA (23 DÍAS)

- 3 días para prevenir (en su caso)
- 5 días para que comparezca con el infante la persona que sustrajo (emplazamiento art. 2.365 CPC)
- 5 días audiencia oral
- 5 días audiencia principal
- 5 días dictar sentencia (en su caso)

II. PROCEDIMIENTO SEGUNDA INSTANCIA (28 DÍAS)

- 10 días para interponer el recurso (artículo 1.379 del CPC)
- 3 días para que contesten agravios
- 5 días para alegatos
- 10 días para resolver

III. PROCEDIMIENTO DE AMPARO

- El término para su substanciación.

Código de Procedimiento Civil del Estado de Querétaro

El artículo 199 señala que existen medidas cautelares, aunque dicho código no establece un procedimiento en específico.

Capítulo Tercero. Medidas cautelares en materia de familia

Artículo 199. En materia familiar pueden decretarse, antes de iniciarse el juicio o durante él, las siguientes medidas cautelares:

(omissis)

III. La guarda, custodia y restitución de los menores y las necesarias para evitar que los mismos sean retenidos de manera ilícita o trasladados a otra ciudad sin el consentimiento de quien conforme a la ley tenga el derecho a otorgarlo...

Los juicios sumarios son de 21 días (artículo 452) (el más rápido)
Más la segunda instancia y el amparo.

Código de Procedimiento Civil del estado de Durango

En el artículo 159 bis remite a Tratados Internacionales que se hayan celebrado entre México y otros países, careciendo de procedimiento especial para la sustracción de menor:

Artículo 159 Bis.

En el caso de las sustracciones o retenciones ilícitas internacionales de menores, se estará, cuando sea aplicable, a lo dispuesto por los Tratados Internacionales que se hayan celebrado entre México y otros países.

Será competente para ordenar la restitución inmediata de un menor de edad cuya residencia habitual se encontrare establecida en el extranjero, y que haya sido objeto de un traslado o retención ilícita en México, en los términos previstos para tal efecto por los Tratados Internacionales celebrados por México, el Juez de lo Familiar del lugar en que éste se encuentre, sin que para ello resuelva sobre la cuestión de fondo del derecho de custodia.

Por su parte, en el Estado de Guanajuato se regula un procedimiento de restitución conforme al Procedimiento Oral Especial:

Artículo 852.—Se tramitarán en el procedimiento oral especial los asuntos relativos

a:

- I. Divorcio por mutuo consentimiento;
- II. Enajenación y transacción de derechos patrimoniales de niños, niñas, adolescentes, incapaces y ausentes;
- III. Adopción; y
- IV. Restitución internacional de menores.

Dicho procedimiento refiere tener como sustento el Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, se regula del artículo 879 al 890 del código de procedimientos de cita.

Artículo 879.—El procedimiento que regula este Capítulo tiene por objeto garantizarla restitución inmediata de menores que teniendo su residencia habitual en otro país, fueren trasladados o retenidos ilícitamente en el Estado; así como

hacer efectivos los derechos de visita y convivencia que se hubieren decretado en otro país signante del Convenio o la Convención Internacional de la materia.

Se entiende por Convenio al Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y por Convención Internacional a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Se tramita con traslado por tres días, y posteriormente con una audiencia única de conciliación dentro de los diez días siguientes y concluida la recepción de las pruebas, se pasará a la etapa de alegatos y sentencia conforme a las reglas previstas para la audiencia de juicio oral especial.

El Estado de México también tiene procedimiento especial, y señala al afecto, en su Código de Procedimientos Civiles:

Capítulo VIII. Restitución internacional de menores

Objeto

Artículo 2.361.—Si en términos de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores o convenio internacional en la materia, se pretende la restitución de un menor que hubiere sido sustraído ilícitamente del país de su residencia habitual o trasladado legalmente y retenido ilícitamente, se procederá de acuerdo con lo previsto en este capítulo...

Se regula del artículo 2.361 al 2.372, si existe prevención será de tres días, con cinco días para el emplazamiento de la persona que haya sustraído al infante, cinco días para la audiencia oral, cinco días para la audiencia principal y cinco días adicionales en su caso para dictar sentencia.

Código de Procedimiento Civil del Estado de Chihuahua

No tiene procedimiento especial para la sustracción, pero menciona que en caso de sustracción ilegal de menores, el depósito provisional o recuperación deberá sustanciarse conforme a lo previsto por el Capítulo IV, del Título Decimotercero de este Código, el cual trata el procedimiento de adopción, independientemente de los recursos que se tramiten y el juicio de amparo.

Todos los demás Estados también contienen normatividad en protección de los infantes; sin embargo, no cuentan con un procedimiento específico de sustracción internacional de menores, en los términos de celeridad requeridos convencionalmente.

FUENTES DE CONSULTA

- Becerra Ramírez, Manuel**, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006.
- Beck-Gernsheim, Elisabeth** y Beck, Ulrich, *El normal caos del amor. Las nuevas formas de la relación amorosa*, Paidós, Barcelona, 2001.
- Benavides Santos, Diego**, “La ilicitud en el traslado del menor de edad”, en Tenorio Godínez, Lázaro, *La restitución internacional de la niñez*, Porrúa, México, 2011.
- , “Los menores como titulares de la acción”, en Tenorio Godínez, Lázaro, *La restitución internacional de la niñez*, Porrúa, México, 2011.
- Bidart Campos, Germán**, *Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos*, en Héctor Fix-Zamudio, *Liber Amicorum*, San José de Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vol. I, 1998.
- Boaventura de Sousa, Santos**, *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta, Bogotá, 2009.
- Canales Pérez, Adriana**, “Derecho de contacto transfronterizo”, en Tenorio Godínez, Lázaro, *La restitución internacional de la niñez*, Porrúa, México, 2011.
- Capuñay, Luz María**, “Los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, en Tenorio Godínez, Lázaro, *La restitución internacional de la niñez*, Porrúa, México, 2011.
- Carmona Tinoco, Jorge Ulises**, “La aplicación judicial de los tratados internacionales de derechos humanos”, en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho Internacional de los derechos humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de derecho constitucional*, UNAM, México, 2002.
- , “La reforma y las normas de derechos humanos prevista en los Tratados Internacionales”, en Carbonell Miguel *et. al.*, *La reforma constitucional de derechos humanos, un nuevo paradigma*, Porrúa, México, 2012.
- Dalla Vía, Alberto Ricardo**, *Estudios sobre constitución y economía*, UNAM, México, 2003.
- Dreyzin De Klor, Adriana**, “La restitución internacional de menores”, en Dreyzin de Klor, Adriana, (coord.), *La protección internacional de menores*, Advocatus, Córdoba, 1996.
- Elizondo, Gonzalo et. al.**, “Derecho a la identidad” en González Volio, Lorena, *Presente y Futuro de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998.

- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el Juez Mexicano”, en Carbonell, Miguel *et. al.*, *La reforma constitucional de derechos humanos, un nuevo paradigma*, Porrúa, México, 2012.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación Constitucional*, Universidad Nacional de México, Porrúa, México, 2005.
- García Máynez, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1994.
- García Ramírez, Sergio, *Derechos humanos de los menores de edad. Perspectiva de la Jurisdicción Interamericana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2010.
- García-Sayán, Diego, “La recepción nacional del derecho Internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en García Ramírez, Sergio *et. al.*, *Recepción Nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009.
- Gómez Bengochea, Blanca, *Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Problemas de aplicación del convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980)*, Dykinson, Madrid, 2002.
- González Contró, Mónica, “¿Menores o niñas, niños y adolescentes?, Reflexiones en el contexto del debate en América Latina”, en Monserrat Pérez Contreras, María de *et. al.*, *Marco teórico conceptual sobre menores vs. Niñas, niños y adolescentes*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011.
- Guillo Jiménez, Juan, “Niños, niñas y adolescentes: los nuevos ciudadanos”, en Villagrana Alcaide, Carlos e Isaac Ravetllat Ballesté (coords.), *El desarrollo de la Convención de los Derechos de los Niños en España*, Bosch, Madrid, 2006.
- Haberle, Peter, “El Estado Constitucional Europeo”, en Carbonell, Miguel, *La Constitucionalización de Europa*, UNAM, México, 2004.
- Jiménez Blanco, Pilar, *Litigios sobre la custodia y sustracción Internacional de Menores*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2008.
- Makianich de Basset, Lidia N., *Derecho de visitas*, Hammurabi, 1993.
- Matus Calleros, Eileen, *Derecho Internacional Privado Mexicano ante la restitución internacional de menores*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2009.
- Minyersky, Nelly, *Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los derechos del niño*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.
- Montón García, Mar, *La Sustracción de Menores por sus propios padres*, Tirand lo Blanc, Valencia, España, 2003.
- Myriam Diana, Lucero, “El derecho de custodia”, en Tenorio Godínez, Lázaro, *La restitución internacional de la niñez*, Porrúa, México, 2011.
- Pérez Duarte, Alicia Elena, “El menor ¿sinónimo de niña, niño y adolescente?”, en Monserrat Pérez Contreras, María de *et al.*, *Marco teórico conceptual sobre menores vs. Niñas, niños y adolescentes*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011.

- Rodrigo Lara, María Belem**, *La libertad de pensamiento y creencia de los menores de edad*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 2004.
- Rodríguez Jiménez, Sonia**, *La protección de los menores en el derecho internacional privado mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006.
- _____, *La Sustracción Internacional de Menores por sus propios padres, su destipificación en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012.
- Sabido Rodríguez, Mercedes**, “Algunas cuestiones sobre el régimen legal de la sustracción internacional de menores a partir de su práctica judicial”, en Castellanos Ruiz, Esperanza et. al., *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Editorial Constitución y Leyes, Colex, España, 2004.
- Sánchez Cordero de García Villegas, Olga**, *La Constitución y los Tratados Internacionales*, Cuadernos Jurídicos, Sinaloa, 1999.
- Seoane de Chiodi, María del Carmen**, “Autoridades Centrales su razón de ser en el ámbito de la Convención de la Haya de 1980”, en Tenorio Godínez, Lázaro, *La restitución internacional de la niñez*, Porrúa, México, 2011.
- Sifuentes, Mónica**, “Cuestión de fondo acerca de los derechos de custodia artículo 16 del Convenio de La Haya” en Tenorio Godínez, Lázaro, *La restitución internacional de la niñez*, Porrúa, México, 2011.
- Tagle de Ferreyra, Graciela**, “Excepciones en el Convenio de La Haya y la Convención Interamericana de Montevideo” en Tenorio Godínez, Lázaro, *La restitución internacional de la niñez*, Porrúa, México, 2011.
- Taruffo, Michele**, *La motivación de la sentencia civil*, traducción de Lorenzo Córdova Vianello, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006.
- Tenorio Godínez, Lázaro** y otra, *La restitución internacional de la niñez. Enfoque iberoamericano doctrinario y jurisprudencial*, Porrúa, México, 2011.

HEMEROGRAFÍA

- Acuña San Martín, Marcela**, “Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto” *Revista de Derecho (Valdivia)*, Universidad Austral de Chile Valdivia, Chile, vol. XXVIII, núm. 1, junio, 2015.
- Aguilar Cavallo, Gonzalo**, “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Centro de estudios constitucionales, vol. 6, núm. 001, Santiago de Chile, 2008.
- Arias Ramos, J. y Juan Antonio Arias Bonet**, “Derecho romano”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1990.
- Azcárraga Monzoní S., Carmen**, “Sustracción internacional de menores: Vías de actuación en el marco jurídico vigente”, *Revista Boliviana de Derecho*, Fundación Iuris Tantum, Santa Cruz, núm. 20, 2015.
- Baeza Concha, Gloria**, “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, núm. 2.

- Benavides, Jorge**, “¿Es necesario tipificar como delito el secuestro parental?”, *Revista. Pensamiento. Penal*, núm. 155, <http://www.pensamientopenal.com.ar/Idoctrina/35903-es-necesario-tipificar-delito-secuestro-parental>
- Blanco Rodríguez, Jinyola**, “Sustracción interparental de menores una forma de violación de los derechos de las niñas, niñas y adolescentes”, *Misión jurídica. Revista de derecho y ciencias sociales*, Editorial: Una nueva época de misión jurídica, Quinta Edición, Bogotá, 2012.
- Blanco Rodríguez, Jinyola, y otro**, “La restitución internacional de menores sustraídos por sus propios padres”, *Revista Estudios-Jurídicos*, vol. 11, núm. 2, julio-diciembre, Universidad del Rosario Bogotá, Colombia, 2009.
- Bonasso, Alejandro**, “El daño provocado por el desconocimiento voluntario de la filiación” *Revista Jurídica Universidad Americana*, vol. 2, noviembre, 2011. <http://revistacientifica.uamericana.edu.py/index.php/revistajuridica>
- Bustos Valderrama, Crisólogo**, “La incorporación de los tratados en el Derecho Interno chileno. Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional”, *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, Sistema de Información Científica*, Universidad de Talca, *Ius et Praxis*, vol. 2, núm. 2, Chile, 1987.
- Calvo Caravaca, Alfonso Luis y otro**, “Globalización, Secuestro Internacional de Menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980), Internacional Law”. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 2, diciembre, 2003, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia.
- Carreras Marañas, Juan Miguel**, *El cambio de domicilio del progenitor custodio, Problemas Sustantivos y procesales*, [http:// eu.uwlex.com](http://eu.uwlex.com)
- Carrillo, Edith**, “Niñas y niños involucrados en procesos de sustracción familiar en México”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, núm. 2, vol. 9, 2011.
- Caso Señal, Mercedes**, “La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores”, *Revista de Mediación*, España, Madrid, No. 8, año 4, segundo semestre, Madrid, 2011.
- Chamberland, Jacques**, “25 años después, el punto de vista del derecho romanista”, en *Enfoque especial, el Convenio de La Haya de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. 25 años* (trad. de la oficina permanente en Boletín de los Jueces), t. XI, 2006.
- Dávila Balsera, Paulí y Naya Garmendía, Luis María**, “La evolución de los derechos de la infancia: Una visión internacional”, *Encounterson Education*, Universidad Compluteren de Madrid, vol. 7, otoño, 2006, Madrid.
- Eberhart, Carl**, “Experiencia de un juez de Alemania”, *El boletín de los Jueces sobre la protección internacional del Niño*, t. XV, otoño 2009.
- Fisher, Shireen**, “Restitución del menor sin peligro”, *Boletín de los Jueces*, t. XII, Primavera-Verano, 2007, http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications_listing&sub=5
- Galvis Ortiz, Ligia**, “La Convención de los Derechos del Niño veinte años después”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud. Centro de Estudios Avanzados en Niñez y Juventud*, vol. 7, núm. 2, Manizales, Colombia, 2009.

- García Villaluenga, Leticia**, “La mediación familiar: Una aproximación normativa”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 20, 2007.
- González Martín, Nuria**, “Convivencia paterno-materno en el panorama internacional: un acercamiento en torno a la Sustracción de Menores, alienación parental y mediación familiar internacional”, Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2013/12/Convivencia-paterno-materno-NURIA-GONZALEZ.pdf>
- Herz, Mariana**, “Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las convenciones sobre restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 15, junio 2008.
- Hüßtege, Rainer**, “El artículo 13 (1) b) del Convenio de La Haya sobre sustracción internacional de menores a la luz de la práctica judicial”, *Boletín de los Jueces*, t. XI, 2006, http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.listing&sub=5
- Jiménez-Bautista, Francisco**, “Conocer para comprender la violencia: origen, causas y realidad”, *Convergencia, Revista de Ciencias Sociales*, vol. 19, núm. 58, Universidad Autónoma del Estado de México, enero-abril, 2012.
- Lázaro González, Isabel E.**, y otro, “El —derecho de custodia— en la jurisprudencia sobre sustracción internacional de menores”, *Revista ICADE*, Universidad Pontificia Comillas, núm. 83-84, Madrid-España, año 2011.
- Lennon González, Viviane I.**, y otro, “¿Cuidado personal a partir del régimen de la relación directa y regular? La importancia del derecho internacional y comparado”, *Revista Chilena de derecho privado*, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Fundación Fernando Fueyo Laneri, núm. 17, Santiago Chile, 2011.
- Martínez Oricell, Richard**, “Una mirada a los presupuestos teóricos para la recepción de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico cubano”, *Revista Facultad de derecho y ciencias políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, vol. 42, núm. 116, Medellín, Colombia, enero-junio, 2012.
- Medina, Graciela**, “Daños y perjuicios derivados de la obstaculización injustificada del derecho de visita por parte del progenitor guardador”, *Doctrina Judicial LL*, Editorial La Ley, Argentina, 2008.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo**, “Aproximación al concepto de fuentes de derecho internacional”, *Revista estudios socio jurídicos*, Universidad del Rosario, Colombia, vol. 7, núm. 2, 2005.
- Morales Godo, Juan**, “La función del juez en una sociedad democrática”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. 4, núm. 4, 2010.
- Páez Murcia, Ángela María**, “Aplicabilidad de la teoría de división de poderes en la actualidad, en algunos Estados de América Latina. Segundo Avance de Investigación”, *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, Sistema de Información Científica*, Universidad de La Sabana, Dikaison, vol. 20, núm. 15, Colombia, 2006.
- Pardo Rebolledo, Jorge Mario**, “El caso Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVIII, 2012, Bogotá, www.corteidh.or.cr/tablas/r29682.pdf

- Peces-Barba, Gregorio, “La Seguridad Jurídica desde la Filosofía del Derecho”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Complutense, Madrid, 1990.
- Pérez Manrique, Ricardo C., “Quinta reunión de la comisión especial sobre el Convenio de 1980. Análisis enclave latinoamericana”, *El boletín de los Jueces sobre la protección internacional del niño*, t. XII, primavera-verano, 2007, www.hcch.net
- Pérez Vera, Elisa, “En el XXV, Aniversario del Convenio de la Haya Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Boletín de los Jueces* tomo XI 2006, http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.listing&sub=5
- Reig Fabado, Isabel, “El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, Fundación Iuris Tantum, Santa Cruz, Bolivia, 2015.
- Rizik Mulet, Lucía, “El Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y su aplicación en Chile: Las modalidades de restitución del menor”, *Revista Tribuna Internacional*, vol. 3, núm. 6, versión en línea, Chile 2014.
- Robles Cruz, María Karen, “Proceso de restitución internacional de la niñez en México”, *Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
- Rodríguez Domínguez, Carles *et. al.*, “Evaluación psicológica y legislación internacional: Los traslados transfronterizos y sustracción de menores”, *Papeles del psicólogo*, vol. 36, núm.1 Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos, Madrid, 2015.
- Rojas Caballero, Ariel Alberto, “El Control de Convencionalidad ex officio, origen en el ámbito regional Americano Obligatoriedad para los jueces Mexicanos, precisión de sus alcances y retos para el Poder Judicial de la Federación”, *Cuadernos de jurisprudencia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 8, México, 2012.
- Rojas de Rojas, Morelba, “Identidad y cultura”, *Educere*, Universidad de los Andes Venezuela, vol. 8, núm. 27, 2004.
- Seoane de Chiodi, María del Carmen, “La Sustracción Internacional de Menores por sus propios padres”, en Bonasso, Alejandro, *Programa Interamericano de Cooperación para Prevenir y Reparar Casos de Sustracción Internacional de Menores por uno de sus padres, propuesta de la reunión de expertos gubernamentales sobre sustracción internacional de menores al Consejo Directivo Iin.*, Instituto Interamericano del Niño, Organización de Estados Americanos OEA, Uruguay, 2002.
- Suárez Romero, Miguel Ángel, “La seguridad jurídica a la luz del ordenamiento jurídico mexicano”, *Revista de la Facultad de Derecho en México*, t. LX, núm. 253, México, 2010.
- Thomas, Federico, “La aplicación de las normas del derecho internacional del trabajo en el derecho interno”, *Revista latinoamericana de derecho social*, núm. 14, 2012, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/9681/11709>

- THORPE, Mathew**, “Convenio de La Haya sobre Sustracción de Menores- 25 años (traducción de la Oficina Permanente), *Boletín de los Jueces*, t. XI 2006, http://www.bcch.net/index_es.php?act=publications.listing&sub=5
- URONDO DE MARTINOLI, Amalia y otro**, “Los claros oscuros de la aplicación de las convenciones sobre restitución internacional de menores”, *Revistas de la Universidad Nacional de Córdoba*, vol. II, núm. 2, Buenos Aires, 2011.
- VILALTA, Aura Esther**, “La mediación en sustracción internacional de menores Conferencia en el marco del día Europeo de la Mediación”, *IDP, Revista de Internet, Derecho y Política*, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona España, núm. 24, 2017.

INTERNET

- El manifiesto de Sevilla de 1989, <http://unesdoc.unesco.org/images/0009/000943/094314so.pdf>
- INCADAT. Base de Datos de la Sustracción Internacional, <https://www.incadat.com/es>
- Jurisprudencia de la base de datos de INCADAT, www.incadat.com/index.cfm?act=analysis.show&lng=3&sl...
- Red Regional de Innovaciones Educativas para América**, Coordinación del Estudio y Publicación Hirmas Carolina y Eroles Daniela, Equipo Innovemos, Convivencia democrática, inclusión y cultura de paz: Lecciones desde la práctica educativa innovadora en América Latina, Publicado por la Oficina Regional de Educación de la UNESCO para América Latina y el Caribe, Pehuén Editores, Santiago, Chile, agosto de 2008, p. 31, unesdoc.unesco.org/images/0016/001621/162184s.pdf
- UNICEF, Inequidades en el desarrollo en la primera infancia que indican los datos, febrero de 2012, p. 2, http://www.unicef.org/lac/Inequities_in_Early_Childhood_Development_SP_03232012.pdf
- Varsi Rospigliosi, Enrique**, Derecho de Relación Régimen de visitas y derecho a la comunicación entre los parientes, <http://studylib.es/doc/5404545/derecho-de-relaci%C3%B3n-r%C3%A9gimen-de-visitas-y-derecho-a-la>

DOCUMENTOS OFICIALES-LEGISLACIÓN

- Código Civil de España, www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf
- Código Civil del Estado de México, legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/.../codvig001.pdf
- Código de Procedimientos Civiles del Estado de Querétaro, <http://legislaturaqueretaro.gob.mx/app/uploads/2016/01/COD001-1.pdf>
- Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Durango, <http://www.eumed.net/libros-gratis/2008c/427/Durango.-%20Codigo%20Civil%20de%20Procedimientos%20Civiles.pdf>

- Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, <http://www.testamentos.gob.mx/Documentos/cpc/cpc11.pdf>
- Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes. República Dominicana, 22-07-2003, Contemplado por la Organización de los Estados Americanos.
- Código Penal del Estado de México. Decreto núm. 165, del 03-09-1999, <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/cod-vig006.pdf>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Convención de Ginebra de 1924, <http://www.humanium.org/es/ginebra-1924/>.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, www.oas.org/xxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf
- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html>
- Convención sobre los Derechos del Niño, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>
- 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 de Medidas de Protección de los Niños, <https://www.bcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=70>
- Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, <https://www.bcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24>
- Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, Publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 25-01-1936, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D14.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, <http://www.corteidh.or.cr/>
- Corte Internacional de Justicia, http://www.bcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=157
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, www.un.org/es/documents/udhr/
- Diccionario de la Real Academia Española, www.rae.es/
- Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estatuto de la Inequidades en el desarrollo en la primera infancia que indican los datos, Unicef, febrero de 2012, http://www.unicef.org/lac/Inequities_in_Early_Childhood_Development_SP_03232012.pdf
- Ley de los Derechos de Niñas Niños y Adolescentes del Estado de México. Decreto núm. 428, del 27-04-2015, <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/ley/vig/leyvig098.pdf>
- Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgdna.htm>

DOCUMENTOS OFICIALES-SOFT LAW

- Caso **Australia-Murray vs. Director, Family Services** (1993) FLC 92-416. INCADAT: HC/E/AU 113, <https://www.incatat.com/es/case/113>
- Caso **B. vs. B. (Minors: Enforcement of Access Abroad)** [1988] 1 All ER 652. INCADAT: <https://www.incatat.com/es/case/165>
- Caso **Friedrich vs. Friedrich**, 78 F.3d 1060 (6th Cir. 1996). INCADAT: <https://www.incatat.com/es/case/82>
- Caso **MacMillan vs. MacMillan** 1989 SLT 350. INCADAT: <https://www.incatat.com/en/case/25?summlanguage=fr>
- Caso **N. vs. N. (Abduction: Article 13 Defence)** [1995] 1 FLR 107. INCADAT, <https://www.incatat.com/es/case/19>
- Caso **Obergericht des Kantons Zürich** (Court of Appeal of the Zurich Canton) (Switzerland), decision of 28 January 1997, U/NL960145/II.ZK, INCADAT, <https://www.incatat.com/es/case/426>
- Caso **PROD vs. DDMV**. INCADAT: <https://www.incatat.com/es/case/1341>
- Caso **Re C. (Abduction: Settlement)** [2004] EWHC 1245, INCADAT: HC/E/UKe 596, <https://www.incatat.com/es/case/596>
- Caso **Re M. (A Minor) (Child Abduction)** [1994] 1 FLR 390. INCADAT: <https://www.incatat.com/es/case/56>, en comentarios.
- Caso **Re N (Minors) (Abduction)** [1991] 1 FLR 413. INCADAT: HC/E/UKe106], <https://www.incatat.com/es/case/106>
- Caso **Re N. (Abduction: Habitual Residence)** [2000] 2 FLR 899 Referencia INCADAT: <https://www.incatat.com/es/case/302?summlanguage=es#summary-part>
- Caso **Reino Unido-Escocia Soucie vs. Soucie** 1995 SC 134. INCADAT: HC/E/UKs107, <https://www.incatat.com/es/case/107>
- CNUDN y el art. 5 b) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer e Informe Final de 2002, archive.ipu.org/splz-el-cuenca10/cedaw_19.pdf
- Corte IDH caso **Almonacid Arellano y otros vs Estado de Chile**, www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf
- Corte IDH caso **Cabrera García y Montiel Flores vs. México**, 26 de noviembre de 2010, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf
- Corte IDH caso **González vs. Gutiérrez**, 311 F.3d 942 (9th Cir 2002), <https://www.incatat.com/es/case/493>
- Corte IDH caso **Villalta vs. Massie**, No. 4:99cv312-RH (N.D. Fla. Oc t. 27, 1999), <https://www.incatat.com/es/case/221>
- Informe de La Haya, Países Bajos 28-11, 03-12-2005, conclusiones y recomendaciones. Boletín de los Jueces, t. XI 2006, http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.listing&sub=5
- Informe explicativo de Elisa Pérez Vera, <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779>
- KRUG, Etienne G. et. al., “Informe Mundial sobre la violencia y la salud”, *Violencia un problema mundial de la Salud Pública*, Organización Panamericana de la Sa-

- lud, Oficina Sanitaria Panamericana, Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud, Washington, D. C.
- La red internacional de jueces de La Haya en el contexto de la quinta reunión de la comisión especial**, Boletín de los Jueces, t. XII, Primavera-Verano 2007, http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.listing&sub=5
- Ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños**, presentada en Buenos Aires, *Seminario sobre Sustracción Internacional de Niños*, organizado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el 14-10-2008; en la Ciudad de Ottawa, Canadá Oficina Permanente de La Haya, www.hcch.net/upload/iap28ml_s.pdf
- LORTIE, Philippe**, “Informe sobre las comunicaciones judiciales en el contexto de la protección internacional de menores”, Oficina permanente de La Haya, documento preliminar núm. 8, octubre de 2006, http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.listing&sub=2
- Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (22-28 de marzo de 2001)**, http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.details&pid=24&dtid=2
- Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya**, Contacto transfronterizo relativo a los niños, Principios Generales y Guía de buenas prácticas, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Family Law, Editorial Jordan Publishing Limited, Reino Unido, 2010, <https://assets.hcch.net/docs/230b60d3-0418-4cc0-a2f1-fdcb6add9605.pdf>
- Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya**, *Guía de buenas prácticas, primera parte-Práctica de las Autoridades Centrales*, publicado por family law, 2003, http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=21
- Oficina Permanente de La Haya**, Documento Preliminar núm. 11-01-2012 a la atención de la Comisión Especial de enero de 2012 sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños, p. 4, <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd11s.pdf>
- Oficina Permanente de La Haya**, Guía de Buenas Prácticas. Mediación, publicada con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2012, <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6561>
- Oficina Permanente de La Haya**, Guía de Buenas Prácticas. Mediación, Anexo II, Memorando Explicativo sobre los principios para el establecimiento de es Centrales, <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2781>
- Oficina Permanente de La Haya**, Guía de buenas prácticas, Parte III. Medidas preventivas, <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=3639>
- Pérez Vera, Elisa**, “Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción

- Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980”, en Alejandro Bonasso, *Programa Interamericano de Cooperación para Prevenir y Preparar casos de Sustracción Internacional de Menores por uno de sus padres* OEA, Instituto Interamericano del Niño, Uruguay, 2002.
- Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes”, Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2014, <https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/protocolo?sid=197123>
- Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13(1)(B) del Convenio de La Haya de 25 de Octubre de 1980 Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, párrafo 11, p. 11 <https://assets.hcch.net/docs/13a63e16-fdf4-488b-9368-123c96cdf67.pdf>
- Proyecto de La Haya para la cooperación internacional y la protección de los niños funcionamiento de los convenios de La Haya sobre niñez y la protección transfronteriza de los niños en América Latina, 28 de noviembre-3 de diciembre 2005, La Haya conclusiones y recomendaciones, www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/restituicion.../seminario-jueces-la.pdf
- Proyecto de Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Cuarta parte. Ejecución, 2010, <https://assets.hcch.net/docs/0ee87b01-cfcb-40be-a988-836eb074fbfd.pdf>
- Proyecto revisado de manual práctico sobre el funcionamiento 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 materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, Documento preliminar núm. 4, Oficina Permanente de La Haya, mayo 2011.
- ZERMATTEN, Jean, *El interés superior del niño del análisis literal al alcance filosófico*, Instituto Internacional, Informe de Trabajo 3/2003, http://www.childsrighths.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf

PONENCIAS:

- Bonasso, Alejandro, Programa Interamericano de Cooperación para Prevenir y Preparar casos de Sustracción Internacional de Menores por uno de sus padres, OEA, Instituto Interamericano del Niño, Uruguay, 2002.
- Pérez Manrique, Ricardo C., *El interés superior del niño en el Convenio de La Haya de 1980*, Escuela Judicial de Costa Rica, [https://www.poder-judicial.go.cr/.../Ricardo%20Perez%20Manrique%20\(Spanish\).pdf](https://www.poder-judicial.go.cr/.../Ricardo%20Perez%20Manrique%20(Spanish).pdf)
- , “Quinta reunión de la comisión especial sobre el Convenio de 1980. Análisis enclave latinoamericana”, *El boletín de los Jueces sobre la protección internacional del niño*, t. XII, primavera-verano, www.hcch.net

JURISPRUDENCIA

- Amparo directo 210/2013.** Carlos Octavio Quintero Inzunza. 20 de febrero de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Federico Rodríguez Celis. Secretario: Martín Alonso Raygoza Topete.
- Amparo directo 29/2016.** Ejecutoria emitida el 15 de febrero de 2017, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Amparo directo 30/2008.** 11 de marzo de 2009. Mayoría de tres votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Fernando A. Casasola Mendoza.
- Amparo directo en revisión 146/2015.** Ejecutoria emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Amparo directo en revisión 4102/2015.** Ejecutoria emitida el 10 de febrero de 2016, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Amparo directo en revisión 444/2018.** Ejecutoria emitida el 31 de octubre de 2018, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Amparo directo en revisión 4465/2014.** Ejecutoria emitida el 14 de enero de 2015, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Amparo directo en revisión 867/2018.** Ejecutoria emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Amparo directo en revisión 9/2016 relacionado con la Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 243/2015.** Ejecutoria emitida el 6 de septiembre de 2017, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Amparo directo en revisión 997/2018.** Ejecutoria emitida el 5 de septiembre de 2018, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Amparo en revisión 120/2002,** Mc. Cain México, Sociedad anónima de capital variable, www.scjn.gob.mx/transparencia/epocas/segundasala/novena/78/pdf
- Amparo en revisión 178/2017.** Ejecutoria. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 50, Enero de 2018, t. IV.
- Amparo en revisión 402/2001.**
- Imcosa, S.A. de C.V. 16 de agosto de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia; en su ausencia hizo suyo el asunto Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Rafael Coello Cetina.
- Contradicción de tesis 293/2011,** Entre las sustentadas por el primer Tribunal colegiado en materia administrativa y trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en materia civil del primer circuito
- Jurisprudencia** Época: Décima Época Registro: 2016310, Instancia Primera Sala, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, marzo de 2018, Materia(s): Constitucional, Civil Tesis: 1a./J. 6/2018 (10a.)
- Tesis 1.8°.A.67. A.** Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXII, octubre de 2005.

- Tesis 1a. LXXI/2015 (10a.):** Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro 2008500, Primera Sala, Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II, p. 1418.
- Tesis aislada, II.3o.C.78,** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, marzo 2010.
- Tesis: 1a. CCLIV/2016 (10a.):** Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Número de registro 2013151. Primera Sala. Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, p. 910.
- Tesis: 1a. CVI/2015 (10a.):** Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro 2008419, Primera Sala, Libro 16, Marzo de 2015, Tomo II, p. 1100.
- Tesis: 1a. XXXVII/2015 (10a.):** Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro 2008642, Primera Sala, Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II, p. 1420.
- Tesis: 1a./J. 25/2012 (9a.)** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. 159897, Primera Sala, Libro XV, diciembre de 2012, t. 1.
- Tesis: 1a./J. 6/2018 (10a.),** Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala 02 de marzo de 2018
- Tesis: 1a./J. 7/2018 (10a.):** Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Número de registro 2016311. Primera Sala. Libro 52, Marzo de 2018, Tomo I, p. 858.
- Tesis: 1a./J. 71/2019 (10a.):** Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Décima Época. Número de registro 2021022. Primera Sala. Libro 72, Noviembre de 2019, Tomo I, p. 225.
- Tesis: Aislada** Época: Décima Época Registro: 2013812 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 40, marzo de 2017, t. IV, Materia(s): Constitucional, Civil Tesis: III.2o.C.71 C (10a.), p. 2639.
- Tesis: Aislada** Época: Décima Época Registro: 2013816 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 40, marzo de 2017, t. IV Materia(s): Constitucional, Civil Tesis: III.2o.C.69 C (10a.), p. 2643.
- Tesis: Aislada** Época: Décima Época, Registro: 2013135, Instancia: Primera Sala, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, noviembre de 2016, t. II, Materia(s): Constitucional Tesis: 1a. CCLIII/2016 (10a.), p. 893.
- Tesis: Aislada** Época: Décima Época, Registro: 2013815 , Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 40, marzo de 2017, t. IV Materia(s): Constitucional, Civil Tesis: III.2o.C.67 C (10a.), p. 2642.
- Tesis: Aislada.** Época: Décima Época, Registro: 2013813 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 40, Marzo de 2017, t. IV, Materia(s): Constitucional, Civil Tesis: III.2o.C.68 C (10a.), p. 2640.

- Tesis: Aislada.** Época: Décima Época, Registro: 2014575, Instancia: Primera Sala, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 43, junio de 2017, t. I Materia(s): Común Tesis: 1a. LVIII/2017 (10a.) Página: 582
- Tesis: Aislada:** Época: Décima Época Registro: 2013817, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 40, marzo de 2017, t. IV, Materia(s): Constitucional, Civil Tesis: III.2o.C.72 C (10a.), p. 2644.
- Tesis: I.3o.C.309 C (10a.):** Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Número de registro 2016117. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 50, Enero de 2018, Tomo IV, p. 2282.
- Tesis: IV.2o.A.44 K (10a.)** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, 2005026. Tribunales Colegiados de Circuito, Libro XXVI, noviembre de 2013, t. 2. Tesis Aislada.
- Tesis: VI.1o.C.28 C.** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, 191852, Tribunales Colegiados de Circuito, t. XI, mayo de 2000, Tesis Aislada.
- Tesis: XXX.1o.15 C (10a.):** Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Número de registro 2019993. Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 67, Junio de 2019, Tomo VI, p. 5148.

Esta obra se terminó de imprimir
en diciembre de 2020. La edición consta de
300 ejemplares más sobrantes de reposición.

