



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DIVISIÓN DE ESTUDIOS SUPERIORES DE POSGRADO**

**CREACIÓN DE UN PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA
CONVENCIÓN DE LA HAYA DE 1980, PARA LA RESTITUCIÓN
INTERNACIONAL DE MENORES**

T E S I S

**PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO Y GLOBALIZACIÓN**

**PRESENTA
M. EN D. CESIA TRINIDAD RAMALES**

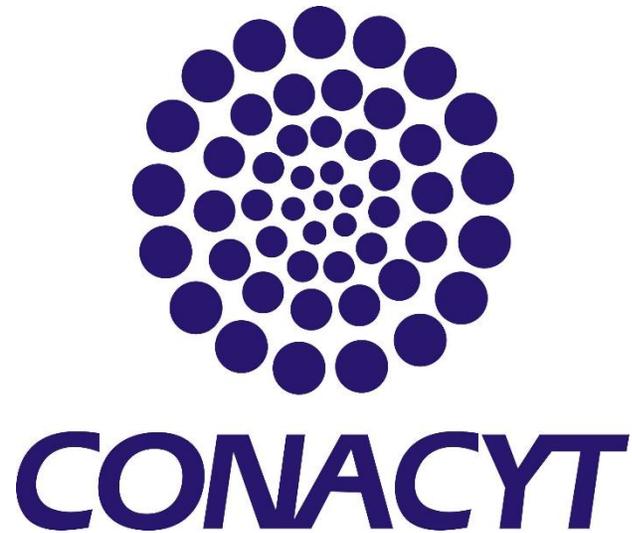
DIRECTORA DE TESIS

**DRA. DANIELA CERVA CERNA
PROFESORA INVESTIGADORA DE TIEMPO COMPLETO
DE LA UAEM**

CUERNAVACA, MORELOS

DICIEMBRE, 2018

RECONOCIMIENTO



ESTA TESIS FUE REALIZADA POR BECARIO NACIONAL CONACYT
EN EL PROGRAMA EDUCATIVO DEL DOCTORADO EN DERECHO
Y GLOBALIZACIÓN PNPC (002764)

AGRADECIMIENTOS

A mi madre Abigail, gracias por ese apoyo y amor incondicional en todo momento, porque siempre he recibido motivación para ser una mejor persona en cualquier aspecto de la vida y sobre todo a luchar por mis aspiraciones. Como siempre un pilar en mi vida.

A mi tutora de tesis Doctora Daniela Cerva Cerna que sin su confianza, paciencia, respaldo y dedicación, este trabajo no habría prosperado. Con aprecio y respeto, un gran ejemplo a seguir, por su ardua labor en el campo que se desenvuelve. Una motivación más para ser una profesionalista de excelencia.

Al Doctor Eduardo Oliva Gómez, gracias por la confianza depositada en una alumna que hace varios años tuvo la fortuna de recibir cátedra de un profesionalista al que admiro y respeto, y que en la actualidad sigue confiando en su servidora. Con sincero aprecio gracias por su respaldo. Un placer seguir compartiendo logros al lado de su gran formación académica recibida.

Al Doctor Juan de Dios González Ibarra por el apoyo recibido, para formar parte de este grupo de profesionalistas que aspiraban hace algunos años para ser parte del Doctorado en derecho y Globalización, mi profundo respeto y admiración. Fue un honor recibir cátedra de su gran labor como Profesor de esta Universidad.

Al Doctor Víctor Manuel Castrillón y Luna por su gran apoyo y aportación a mi preparación académica. Por esa motivación a ser mejor persona y profesionalista. Un placer haber sido su alumna mi aprecio y admiración.

Al Doctor Xavier Xinebra Serabou, gracias por esa estupenda formación académica, es un honor haber recibido conocimiento en aula de un admirado y respetado profesionalista, además del apoyo reflejado en su servidora.

Al Doctor Ricardo Tapia gracias por el gran respaldo, desde el inicio de mi formación, hasta el término de este trabajo de investigación, un placer coincidir con un gran profesionalista y ser humano, a quien admiro y respeto.

Ala Doctora Luz Estela Tobón Berrio y al Doctor Juan Pablo Isaza Gutiérrez, quienes además de ser excelentes anfitriones en la Universidad del Norte, en Barranquilla Colombia, compartieron no solo tradiciones de ese bello lugar, sino además gran conocimiento y respaldo académico, mi respeto, admiración y enorme aprecio. Gracias por su innegable apoyo.

Al Doctor Julio Cabrera Dircio, gracias por su respaldo a mi formación académica, a la motivación de ser una gran profesionalista, y lograr mis objetivos. Sin duda alguna mi respeto y admiración.

A mi hermano querido, tu disciplina y dedicación siempre me han motivado para ser mejor en todo, gracias por no soltar mi mano, eres un motor en mi vida, y en todo.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	7
-------------------	---

CAPITULO PRIMERO

1.- MARCO TEORICO

1.1.- CONSIDERACIONES PREVIAS	13
1.2- DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	14
1.1.2.- Relación entre globalización y derecho internacional	18
1.3.- GARANTISMO.....	21
1.3.1.- Derechos Humanos	23
1.3.2.- Derechos Fundamentales	28
1.4.- CONCEPTO DE TRATADOS, CONVENCIONES Y PROTOCOLO	31
1.5.- LA FAMILIA.	39
1.5.1.- Familia y globalización desde el punto de vista sociológico.	43
1.5.2.- Derechos de la familia. Un derecho a pertenecer	46
1.5.3.- Derecho internacional, protección a la familia y a la niñez	57
1.5.4.- Niño o menor, su denominación.....	63
1.5.5.- En que consiste el Interés superior de la niñez	70
1.6.- GUARDA, CUSTODIA Y PATRIA POTESTAD.....	78
1.6.1- Derecho de custodia	82
1.6.2.- Derecho a ser escuchado o derecho de escucha.....	84
1.6.3.- Derecho de visita	85
1.7.- RESIDENCIA HABITUAL.....	89
1.7.1.- Traslado o retención ilícita	93
1.7.2.- Sustracción	95
1.7.3.- Sustracción Internacional de menores	101
1.7.4.- Restitución Internacional de menores	102
RECAPITULACION	104

CAPITULO SEGUNDO

2.-LA PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ, DESDE EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y NACIONAL

2.1.- CONSIDERACIONES PREVIAS	108
2.2.- EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS A TRAVÉS DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS DE 1969.	110
2.3.- LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS DE 1969.	110

2.4.- LA CONVENCÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACÓN INTERNACIONAL DE 1980.....	113
2.5.- LA CONVENCÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1989.....	116
2.6.- LA CONVENCÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCÓN INTERNACIONAL DE MENORES DE 1989.....	120
2.7.- CORPUS JURIS.....	123
2.7.1.- El Estado como garante de la proteccón de la niñez y de la familia en términos de los instrumentos internacionales.....	124
2.8.- ACUERDOS BILATERALES EN LATINOAMÉRICA, EN MATERIA DE RESTITUCÓN INTERNACIONAL.....	129
2.8.1.- LEY MODELO DE NORMAS PROCESALES PARA LA APLICACÓN DE LOS CONVENIOS SOBRE SUSTRACÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS.....	130
2.8.1. Red de cooperacón jurídica hemisférica en materia de derecho de familia y niñez.....	132
2.9.- LA PROTECCÓN FAMILIAR DESDE DEL MARCO JURÍDICO NACIONAL.LEY GENERAL DE LOS DERECHOS DE NIÑAS NIÑOS Y ADOLESCENTES.....	134
RECAPITULACION.....	138

CAPITULO TERCERO

3.-SITUACION ACTUAL

3.1.-CONSIDERACIONES PREVIAS.....	140
3.2.- INDICES DE TRASLADO O RETENCÓN DE NIÑOS EN MÉXICO.....	141
3.2.1.- Proceso de restitucón internacional de menores de acuerdo al Convenio de la Haya en México.....	142
3.3.- PROCESO DE RESTITUCÓN DE ACUERDO A LA CONVENCÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCÓN INTERNACIONAL DE MENORES. MÉXICO.....	148
3.4.- PROCESO DE RESTITUCÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN COLOMBIA.....	149
3.5.- CASOS DE ORDEN JUDICIAL. PROBLEMAS IDENTIFICADOS.....	155
3.5.1.- Problemas identificados de orden judicial (casos en particular).	155
3.5.2.- México.....	159
3.5.3.-España.....	166
3.6.- SENTENCIAS Y JURISPRUDENCIAS.....	169
3.6.1.- México. Jurisprudencia.....	169

3.6.2.- Colombia.....	181
RECAPITULACION	225

CAPITULO CUARTO

4.-PROPUESTA DE CREACION DE UN PROTOCOLO FACULTATIVO PARA LA RESTITUCION INTERNACIONAL DE LA NIÑEZ

4.1.-CONSIDERACIONES PREVIAS	228
4.2.- ¿QUE JUSTIFICA LA CREACIÓN DE UN PROTOCOLO FACULTATIVO PARA LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE LA NIÑEZ?	228
4.3.- PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA DE 1980, PARA LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. (PROPUESTA)	234
RECAPITULACION	245
CONCLUSIONES FINALES	247
PROPUESTAS	251
FUENTES CONSULTADAS	253

INTRODUCCIÓN

Una de las formas en la que los progenitores ponen en riesgo a sus hijos, y de alguna manera violentan su interés superior, es cuando a pesar de no ser poseedores de la guarda y custodia definitiva, en uso de una convivencia o visita, deciden trasladar o retener ilícitamente al(os) hijo(s), a un lugar distinto del de su residencia habitual, evitando el retorno con el padre o la madre a quien le fue otorgada la guarda y custodia definitiva, cuando esta proviene de una sentencia.

Lo anterior no significa que el traslado o retención, únicamente se suscite de la separación de padres, que infraccionan un derecho de custodia, que haya sido otorgado judicialmente, mediante una sentencia, y como consecuencia de un divorcio. Pues existe la posibilidad de que este traslado o retención acontezca sin consentimiento del progenitor, con el cual los hijos tenían su residencia habitual, en parejas que aún viven en matrimonio, o en parejas separadas, que no necesariamente vivían en matrimonio y que culminaron en divorcio, pues este supuesto, también puede acontecer en el concubinato o en una simple relación, en el que indiscutiblemente existan hijos,

Sin embargo este trabajo de investigación, propone concretarse en casos que mayormente provienen de sentencias, en las que se otorgó una guarda y custodia, derivados de resoluciones judiciales algunos derivados de casos de divorcio; y también se incluirán en menor porcentaje, ejemplos que no provienen de algún juicio como tal, pero que por supuesto, sirven de ejemplo, porque puntualizan los problemas observados.

Lógicamente el traslado o retención, puede suceder de manera interna, del país del que se trate, sin embargo, para efectos de estudio de la presente investigación, únicamente se estudiara el tema, en el aspecto internacional, es

decir, cuando se rebasan fronteras de un país a otro hablando en términos geográficos. Ya que “entre los sectores que han crecido en su realidad exponencial cabe señalar el significativo incremento (inimaginable hace solo una década) de casos en materia de restitución internacional de menores.”¹

Cada vez es más común el tránsito internacional de las familias, por cuestiones de recreación, trabajo, etc., en virtud de los efectos de la globalización, por lo tanto, los casos de retención y traslado de un país a otro, es una situación en la que cualquier persona que tenga hijos, en algún momento de su vida, en caso de separación de su pareja, podría estar expuesta, de manera lamentable. Situación que se complejiza aún más, cuando se trata de padres pertenecientes a distintas nacionalidades.

Ahora bien, ha de mencionarse, que son dos los convenios que contemplan y regulan los casos de restitución internacional de niños y de los cuales México es signatario: el primero, es el Convenio de la Haya del 25 de octubre 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el segundo es la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de 1989. Señalando, que para efectos prácticos, el que goza de aplicación en México, es el de la Haya y la misma aplicación ocurre en distintos países, esto en virtud de la amplia cobertura que contempla el Convenio en cita.

Como bien puede advertirse ambos convenios son de décadas pasadas, lo que hace evidente la descontextualización de su contenido, en comparación con la actualidad. Por citar un ejemplo, el término que se utiliza al nombrar “menores”, es un concepto que en la actualidad se encuentra superado y en

¹ Dreeysin de Klor, Adriana, *Restitución Internacional de niñas y niños*, Editorial Jurídica Continental, México, Argentina 2013.p.80

desuso, en virtud del significado que se le ha dado, el cual será explicado en un numeral específico.

En tal sentido cabe cuestionar, si las normas vigentes en materia de restitución internacional de la niñez son efectivamente protectoras.

Considerando lo anterior, el presente trabajo de investigación, se dirige a analizar los problemas que se gestan e identifican, al promover las solicitudes de restitución internacional de la niñez, ya que en considerables casos, las autoridades que resuelven estos supuestos, incurren en una mala e incorrecta interpretación, así como en una indebida aplicación del Convenio de la Haya, lo que genera fallas, desde el momento en que se inicia el procedimiento de solicitud de restitución internacional, hasta el momento de otorgar o negar el retorno inmediato a la residencia habitual del niño, con el progenitor que inicial y legalmente sustentaba la guarda y custodia.

Dado a lo anterior y al espíritu del contenido del Convenio, al tratar de cumplir con el objetivo de restituir de manera inmediata a un niño o niña, se tergiversa, dando como resultado que se obstaculice su retorno, en virtud de dichas fallas e incorrectas interpretaciones.

Cabe aclarar que lo anterior no significa que la Convención está funcionando mal en su totalidad, lo cierto es que hay un vacío y necesidad de plasmar con claridad los lineamientos a seguir y respetar en los casos de solicitud de restitución internacional, para determinar, cómo deben enfrentar las autoridades responsables las solicitudes de restitución internacional de la niñez y así evitar vulnerar el interés superior del menor, así como su derecho a ser escuchado.

De tal forma, esta investigación se propone a partir del estudio del proceso que involucra el fenómeno de restitución internacional de la niñez, generar un documento que integre esos elementos específicos, que sirvan de sustento y

utilidad en la práctica a las autoridades correspondientes para una atención legal adecuada, y así evitar la ya acostumbrada y errónea interpretación.

Robusteciendo el Convenio de la Haya, con la Creación de un protocolo facultativo para la restitución internacional de la niñez.

Partimos de la hipótesis de que si existiera un protocolo que contemplara cuáles son los mecanismos a seguir, de una forma más específica, en los casos de solicitud de restitución internacional de la niñez, se respetaría con mayor exactitud, prontitud, y debida diligencia, el interés superior de la niñez, así como su derecho a ser escuchado; derechos que deben estar protegidos en todas las decisiones judiciales en los que los niños se vean involucrados.

En tal tesitura la presente investigación incluye como sustento los siguientes objetivos:

- Investigar si las normas vigentes en materia de restitución internacional son efectivas.
- Señalar problemas u obstáculos que se perciben en los procesos de solicitud de restitución internacional de la niñez, acontecida una sustracción o retención ilícita
- Al identificar los problemas, contemplar en el Protocolo Facultativo propuesto, lineamientos específicos para evitar obstaculizar el retorno del niño, por no seguir un proceso más específico.
- Analizar que es inaceptable permanecer indiferentes ante el dinamismo de las sociedades puesto que estas deben evolucionar y cambiar a su ritmo para adaptarse a las necesidades y reclamaciones de estas.
- Resaltar que durante todo el procedimiento judicial se debe proteger a la niñez, teniendo en cuenta su situación personal y sus necesidades inmediatas y especiales, edad, sexo, discapacidad, si la tuviera y grado de madurez con el fin de asistirle, anteponiendo su integridad física, mental o moral

- Proponer en forma, el protocolo facultativo para la restitución internacional de la niñez.

Atendiendo a estos objetivos, la exposición de esta investigación se ordena de la siguiente manera:

En el Capítulo I se presenta un marco teórico, en el cual se desarrollan los temas y conceptos relacionados con la problemática de esta investigación y que además forman parte del lenguaje y contexto de la restitución internacional infantil.

Estas nociones que se ven entrelazadas cuando germina el problema de retener o sustraer a un niño, con temas como derechos humanos, tratados, convenciones y protocolo, la familia, la diferencia entre utilizar el término niño o menor, el interés superior de la niñez, la guarda y custodia, derecho de visita, residencia habitual, traslado o retención ilícita, sustracción internacional de menores, la restitución internacional infantil. De igual forma se abordaran las posturas sociológicas de algunos autores para entender la influencia que se observa con la globalización, la identidad y los traslados o retenciones internacionales.

En el Capítulo II se plasma cual es la protección no sólo familiar, sino infantil que proponen y establecen los distintos Convenios internacionales, los cuales precisan en señalar la protección a la familia, el derecho de familia al que tiene la infancia, la protección de la infancia tomando en consideración su vulnerabilidad y probables abusos de los cuales son objeto; lo cual se puede observar en las dos convenciones que regulan el tema de la restitución infantil como la Convención sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores, signada al amparo de la Conferencia de la Haya en 1980 y la Convención Interamericana sobre restitución Internacional de Menores signada en la CIDIP-IV, en Uruguay en el año de 1989, así como en otros instrumentos internacionales como la convención Americana sobre Derechos

Humanos, y la Convención sobre los derechos del niño de 1989, así como otros que también se incluyen este capítulo.

En el capítulo III, se establecen los problemas detectados en los casos de solicitud de restitución internacional de la niñez, cuando se suscita un traslado o retención ilícita y que en la práctica se observan tendientes a obstaculizar el retorno inmediato de los niños(as), lo cual impide el cumplimiento de los objetivos de la Convención de la Haya de 1980. Además se incluyen sentencias y jurisprudencias en su estudio, relativas a casos de restitución internacional de la niñez.

En el capítulo IV, en sus últimos temas, se presentan los motivos que justifican la “Creación de un protocolo facultativo de la Convención de la Haya de 1980, para la restitución internacional de menores”, sumado con la propuesta en forma y contenido, del protocolo en cita, mismo en el que se incluye los elementos que se consideran fundamentales para promover una correcta y certera interpretación de los objetivos de la Convención de la Haya. Finalmente se agregan las conclusiones y propuestas respectivas, de la presente investigación.

CAPITULO PRIMERO

MARCO TEORICO

1.1. Consideraciones previas; 1.2 Derecho Internacional Privado; 1.1.2 Relación entre globalización y derecho internacional; 1.3 Garantismo; 1.3.1 Derechos Humanos; 1.3.2 Derechos fundamentales; 1.4 Concepto de Tratados, Convenciones y protocolo; 1.5. La familia: ¿Es solo una célula social?; 1.5.1 Familia y globalización desde el punto de vista sociológico.1.5.2. Derecho de familia, un derecho a pertenecer; 1.5.2.1. Derecho de familia; 1.5.3.Derecho internacional, protección a la familia y a la niñez; 1.5.4 Niño o menor, su denominación; 1.5.5.En que consiste el Interés superior de la niñez; 1.6 Guarda y custodia y patria potestad; 1.6.1. Derecho de custodia; 1.6.2. Derecho a ser escuchado o derecho de escucha; 1.6.3. Derecho de Visita, 1.7. Residencia habitual; 1.7.1 Traslado o retención ilícita; 1.7.2 Sustracción; 1.7.3 Sustracción Internacional de menores; 1.7.4. Restitución Internacional de menores. RECAPITULACION

1.1.- Consideraciones previas

Para aterrizar el tema de investigación, que va directamente relacionado con los casos de restitución internacional de la niñez, resulta oportuno incluir cuales son los conceptos utilizados en este contexto, ya que forman parte de un lenguaje técnico, utilizado en estos caso, que sirven de base para estudiar, entender y analizar los casos en particular, que de alguna manera están provocando transgredir a la niñez, en su interés superior.

En tal sentido es oportuno considerar y desarrollar el siguiente marco teórico, que servirá de sustento en la presente investigación.

1.2.- Derecho Internacional Privado

Todo acto, conflicto, o problema que se pretenda investigar necesita respaldarse y descansar en materias que justifiquen su estudio. En el caso del tema objeto de investigación que se presenta el derecho internacional privado es la materia en que se apoya, y para ello es necesario entender a que nos referimos cuando hablamos de la misma.

El derecho Internacional privado tiene como objeto, de acuerdo al Leonel Péreznieto Castro el estudio de los diversos métodos que se emplean para la resolución de problemas derivados del tráfico jurídico privado internacional.

Hablando en una definición más delimitada, pero sobre todo jurídica encontramos la que aporta el Departamento de Derecho Internacional de Derecho Internacional Privado, a través de su Secretaria de Asuntos Jurídicos la cual como parte de la organización de los estados Americanos señala que “el Derecho Internacional Privado, es el marco jurídico formado por convenciones, protocolos, leyes modelos, guías legislativas, documentos uniformes, jurisprudencia, práctica y costumbre, así como otros documentos e instrumentos, que regula la relación entre individuos en un contexto internacional.

Su estudio varía según los temas a tratar en cada país, de acuerdo a Pereznieto en Inglaterra y Estados Unidos de América el Derecho Internacional Privado se circunscribe al estudio de los conflictos tanto de competencia judicial como de leyes.

“Los programas de las Universidades Italianas también están centradas al conflicto de leyes y de jurisdicciones. En Alemania suelen incluirse dos temas complementarios como los son el derecho de nacionalidad y la condición

jurídica de los extranjeros”.² Temas que se encuentran ligados de alguna forma con el tema de investigación.

En América Latina incluyendo a México, debido a la influencia del derecho civil y doctrina civilista francesa también son objeto de estudio los temas citados, sumados con el método de conflicto de leyes y métodos de conflictos de competencia judicial.

México no ha sido ajeno a la introducción del estudio del Derecho internacional Privado y el claro ejemplo se observa desde el año de 1993 en la Universidad Autónoma del Estado de México, en su Facultad de Derecho, la cual aprobó en sus planes de estudio la materia de Derecho Internacional Privado³.

Al derecho Internacional Privado en algún tiempo se le homologó con el nombre de derecho conflictual como materia; ya que por tradición las disposiciones del derecho internacional privado tenían un objeto puramente formal, que consistía simplemente en elegir entre una legislación y otra mediante la utilización de la norma de conflicto o conflictual⁴; por el contrario estaba la postura de no comparar a ambos como iguales, ya que tratándose del segundo en mención, éste atiende a normas de carácter público que nada tienen que ver con las de carácter privado. Aunque esta opinión en la actualidad ya quedó en el pasado, no deja de ser importante mencionarla debido a que su importancia deriva porque “existe una cierta conexión con el

² Pereznieto Castro, Leonel. *Derecho Internacional Privado Parte General*, 9ª edición, México, Oxford 2011. p 4.

³ Idem

⁴ La utilización de la norma de conflicto o conflictual, con la cual se escogía al juez competente y el derecho de fondo aplicable en aquellas controversias en las que un determinado aspecto de la situación debatida se encontraba vinculado con leyes de diversos estados o entidades. Contreras Vaca, Francisco José, *Derecho internacional Privado*, México, Ed Oxford, 2004.p.4.

derecho conflictual y al homologarla con la misma caeríamos en el error de ofrecer una visión parcial de la realidad a la que esta se avoca⁵.

Por otra parte se dice que no debe confundirse con el derecho público, ya que comparado con el derecho privado internacional, se puede observar claramente que la diferencia reside en los sujetos objeto de estudio, ya que para el derecho público internacional los sujetos de estudios son los Estados y para el derecho privado internacional los sujetos, son sujetos privados, personas físicas o jurídicas.

Es decir que el contexto del derecho internacional privado maneja el contexto de situaciones jurídicas privadas internacionales, relaciones privadas con elementos de extranjería, y relaciones transfronterizas.⁶

Ahora bien destacando lo anterior, cierto es que el Derecho internacional privado tiene autonomía y dependencia pero a pesar de que tenga diferencias con el derecho público internacional “esto no significa que no exista influencia en clave de cooperación entre ambas ramas”⁷.

Espinar Vicente define al derecho internacional privado de la siguiente forma:

“como el conjunto de normas y principios que cada ordenamiento particular establece para dotar de una regulación especial a los supuestos de tráfico externo. La construcción de este sistema exige el recurso a una metodología propia. Su positivación y aplicación es particularmente dependiente de la realidad social y jurídica del momento histórico que se considere.

⁵ González Martín Nuria, y Rodríguez Jiménez, Sonia, *Derecho Internacional Privado parte general*, México, Nostra Ediciones S.A. de C.V., 2010, p.20

⁶ *Ibidem*, p.26

⁷ *Idem*

De manera general, en la introducción a su estudio, el Derecho Internacional Privado contempla temas como el derecho de la nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros y métodos para resolver problemas derivados del tráfico jurídico internacional. Temas que como puede observarse están íntimamente ligados con el tema de restitución internacional de la niñez.

Para esta investigación, la importancia del estudio de dicha materia es relevante debido a los notables cambios que acontecen en la sociedad y que generan el flujo de personas de un Estado-Nación, es decir, de un país a otro, hablando geográficamente.

Se dice que es un derecho internacional privado, porque su estudio se basa en las relaciones jurídicas privadas internacionales, incluyéndolo en dos ramas: a) el de las personas y las relaciones familiares, en el orden en que las sistematiza el derecho civil y b) el de las relaciones vinculadas al comercio internacional.

Entonces, es internacional porque “se regulan relaciones de individuos que extienden su actividad fuera de sus fronteras. Y que prácticamente no se dice internacional en función de la producción de las normas como origen, sino por el objeto regulado que en este caso se refiere al tráfico jurídico externo”⁸.

Y es privado, en relación a las personas que se encuentran atañidas mediante una relación jurídica que esta rama estudia. Visto lo anterior, se reconoce que las situaciones jurídicas privadas internacionales, en las que está vinculado México, se resolverán conforme a lo dispuesto por las normas de derecho internacional privado mexicanas.

Puesto que las normas mexicanas determinaran si el juez mexicano es competente o no para conocer de la situación jurídica privada internacional

⁸ Ibidem, p.21

planteada, si se aplicara de conformidad con la norma de conflicto, su normativa material o la de un tercer estado, y como se reconocerá y ejecutara una sentencia extranjera⁹

Finalmente, es importante mencionar que el derecho internacional privado se pondrá en acción cuando estemos ante una relación jurídica con dos elementos necesarios como los son una relación entre particulares y que se dé un elemento de internacionalidad o extranjería, requisitos *sine quanon*¹⁰.

Con todo lo anterior queda claro que el Derecho internacional privado busca soluciones satisfactorias a través de la unificación del derecho mediante instrumentos convencionales, leyes modelo y otros instrumentos, debido a que estos robustecen los marcos jurídicos internos, provocan un efecto vinculante, y obligan a los países signantes de esos tratados y convenciones a generar una armonización en el marco jurídico internacional.

Finalmente, resulta significativo estudiar la regulación internacional de la persona y familia, en éste trabajo de investigación, porque derivado de los desplazamientos de personas de un lugar a otro, que con el paso del tiempo se han incrementado y facilitado, sumado con la extensa posibilidad de relaciones de parejas de distinta nacionalidad, dan como resultado que en algún momento habidos hijos, pueda acontecer un traslado o retención ilícita.

1.1.2.- Relación entre globalización y derecho internacional

El incluir la relación entre temas de globalización con el derecho internacional y sobre todo, con el tema de restitución internacional de la niñez, es a razón

⁹ Ibídem p.23

¹⁰ Ibídem p.28

de los diferentes acontecimientos, actos, avances, diferencias y conflictos que influyen nuestra estructura social, derivado de los efectos de lo que conocemos como globalización.

La globalización que nace a principios de los años setentas, ha provocado a la fecha, una magnitud de cambios, como alterar la geografía política, el derecho internacional y las relaciones internacionales, la organización social, los paradigmas de la democracia y la soberanía, las escalas de valores y las configuraciones propias de cada país¹¹. Lo que algunos autores llaman como una nueva etapa histórica.

Ciertamente, el ser humano no pudo quedarse estancado, sino que en virtud de ese intelecto y raciocinio que lo caracteriza, éste evoluciono en muchos sentidos.

Ya lo dice el destacado argentino Marcos Kaplan; la especie humana se diferencia de otras formas de vida, por su capacidad para inventar un mundo de sentimientos y significados simbólicos compartidos y para actuar luego sobre ellos de común acuerdo.

De inicio pudiera pensarse, que el tema de la globalización solo va encaminado al ámbito económico, sin embargo varios especialistas mencionan que la globalización, no solo se limita a esos sectores.

Es notorio que la economía capitalista global parece no reconocer fronteras ni límites de cualquier tipo, beneficiaria de una nueva división mundial del trabajo, del progreso de la producción industrial, de la estabilidad de un talón-oro que

¹¹ Velázquez Elizarraras, Juan Carlos, *Visión sociológica del impacto de la globalización en el derecho internacional y la soberanía*, México, 2013. México, UNAM 2013. p.33.

reina como moneda mundial, del desarrollo de intercambios internacionales, tanto comerciales como financieros.¹²

Esta división mundial del trabajo, permite y sobre todo genera efectos en la familia, cuando estas rebasan fronteras; ya que en la actualidad es susceptible de movilidad y traslado por distintos motivos y uno de ellos, es por el trabajo, lo que genera un intercambio, que en décadas pasadas era menos estimable. Esto genera la facilidad de relaciones de parejas de distintas nacionalidades, que en lo futuro si nacieren hijos de dichas relaciones, podrían surgir casos de restitución internacional de niños.

Ciertamente, en las últimas décadas del siglo XIX, se constituye un mundo global, ya casi totalmente conocido y mapeado, en el cual una población cada vez más numerosa y densa, establece fuertes flujos y estrechos lazos de personas, productos, bienes y servicios, capital, comunicaciones e ideas¹³

Entonces es notorio que “el lenguaje, la tecnología, la organización militar y una reconversión económica se realizan y constituye una cascada de descubrimientos, invenciones e innovaciones que renuevan la tecnología y los conocimientos y aceleran la transformación de las prácticas y las estructuras sociales”¹⁴.

Es notoria la influencia que genera cambios en las estructuras sociales, las cuales han cambiado radicalmente por la influencia de los elementos señalados con antelación. Por un lado, los procesos actuales de las relaciones internacionales y el fenómeno globalizador de la sociedad internacional influyen categóricamente en el concepto, objeto, contenido, extensión y

¹² Kaplan, Marcos, Estado y Globalización, 2ª ed., México, UNAM, 2008.p. 159.

¹³ Ibidem, p.159

¹⁴ Ibidem. p. 22

diversificación de la ciencia del derecho internacional, e incluso han llegado a jugar un papel fundamental en su función normativa¹⁵.

Como producto de esos cambios, puede señalarse nuevamente a la familia, la cual se han modificado notoriamente en la actualidad, y de lo anterior puede incluirse el comentario que pone en reflexión, si acorde a esos cambios, los Convenios que regulan los casos de restitución internacional de la niñez, son suficientes para subsanar, atender y enfrentar los casos de restitución internacional que acontecen en la actualidad, puesto que los citados Convenios, datan de hace muchos años.

1.3.- Garantismo

Es oportuno incluir al garantismo, por el sentido que esta ideología jurídica aporta, en torno a la protección de los derechos fundamentales que propone. "Actualmente el modelo garantista de Luigi Ferrajoli, es una de las propuestas, más ambiciosas en la cultura jurídica europea en materia de derechos, fundamentales"¹⁶ Y que sin duda alguna, han provocado influencia en diversos sistemas normativos.

Ferrajoli explica, que se le denomina garantismo, porque lo primero que debe garantizar la ley son los derechos humanos, porque son los derechos fundamentales de todos. Es así que se entiende que "el garantismo es un modelo ideal, al que la realidad puede acercarse más o menos. Como modelo

¹⁵ Velázquez Elizarraras, Juan Carlos, *op.cit.* p.4.

¹⁶ Aguilera Portales, Rafael Enrique (coord.), *Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, 2011, p.49.

representa una meta que permanece tal, aunque no se alcance y no pueda ser alcanzada del todo”.¹⁷

En un análisis de dicha teoría, realizado por Juan de Dios González Ibarra, se advierten las siguientes características:

- a) Un modelo normativo positivista pegado a la estricta legalidad.
- b) Estado de derecho democrático y social al servicio, como sistema de la garantía de los derechos fundamentales de los individuos
- c) Dominio de la ley del más débil, por oposición a la ley del más fuerte en el estado de naturaleza a través de la violencia, esto apoyando el carácter supraestatal de los derechos fundamentales como entes fundantes o constituyentes de lo jurídico.....
- d) Cognitivamente implica una teoría crítica formal del derecho y de la ciencia jurídica contra el absolutismo del mercado
- e) En lo epistémico privilegia la meta razón de las garantías de los derechos humanos fundantes o constituyentes
- f) Constituye una filosofía del derecho y una crítica de la política.¹⁸

Resulta destacado citar este sistema garantista, por el sentido en el que va encaminado a la protección de los derechos humanos, además es importante porque en el estudio Ferrajoli es muy claro en señalar, la existencia de una crisis de legalidad, crisis del Estado Social y crisis del Estado-Nación, que en consecuencia provoca una grave crisis de la democracia, por lo que “postula el sistema garantista, el cual surge para remediar el caos normativo, la

¹⁷ Ferrajoli, Luigi en Derecho y razón. *Teoría del garantismo penal*, citado por González Ibarra, Juan de Dios en *metodología Jurídica y Epistémica*, 2da edición, México, Fontamara, 2015 p.78.

¹⁸ González Ibarra Juan de Dios, *metodología Jurídica y Epistémica*, 2da edición, México, Fontamara, 2015 p 78.

proliferación de fuentes, la violación sistemática de las reglas por parte de los titulares del poder público, la ineficacia de los derechos y la incertidumbre e incoherencia del ordenamiento jurídico actual”.¹⁹

Lo anterior se menciona, porque la ineficacia de los derechos a los que hace referencia Ferrajoli, son detectables en la mayoría de las ramas jurídicas existentes; en el caso de los temas de restitución internacional de la niñez, son evidentes, debido a la incertidumbre que le provoca a los padres que padecen casos de traslado o retención ilícita, cuando no se cumplen los objetivos y efectos que se supone debieran producir los Convenios, en tal sentido, es cierto como lo señala Ferrajoli, que es notable la incoherencia del ordenamiento jurídico actual, específicamente en los casos de restitución internacional de la niñez, en relación con las antiguas Convenciones que regulan dichos casos, siendo visible la descontextualización jurídica, al margen de nuestra realidad.

1.3.1.- Derechos Humanos

De manera práctica, al escuchar derechos humanos, se sabe que se trata de derechos que inminentemente son otorgados a los seres humanos, por el simple hecho de serlo, y que estos deben ser protegidos y garantizados por el propio Estado.

Sin embargo, de su significado y de sus distintas denominaciones que la doctrina y la normativa proyectan, resulta necesario su estudio y comprensión para una adecuada aplicación.

En tal sentido, es oportuno estudiar algunas concepciones respecto a su significado, su comparación con otros términos, además de enfatizar la

¹⁹ Aguilera Portales, Rafael Enrique (coord.), *op.cit* p.51.

diferencia que existe con los derechos fundamentales. Sin olvidar la reforma de junio del dos mil once, sumado con la jerarquización de los tratados internacionales contemplados en el artículo 133 constitucional.

Su revisión cobra especial interés, toda vez que en los casos de restitución internacional de la niñez, se aprecian derechos humanos y derechos fundamentales que deben ser protegidos y garantizados, no solo constitucionalmente, sino en todos los procesos judiciales, en los que intervengan los niños.

Jorge Carpizo Mc Gregor, señala que a través del tiempo, los derechos humanos han recibido diferentes nombres; por mencionar algunos, éstos, han sido comparados como: "derechos del hombre, garantías individuales o sociales, derechos naturales, derechos innatos, derechos esenciales, libertades públicas, derechos de la persona humana, derechos públicos subjetivos, y una denominación que se ha extendido a derechos fundamentales"²⁰.

Y además señala que los derechos humanos, implican un mayor matiz filosófico, y guardan una connotación prescriptiva y deontológica, sin embargo aún no han sido objeto de recepción en el derecho positivo.

Los derechos humanos son bastante amplios y como lo señala Carbonell existen derechos humanos que aún son expectativas no previstas en el orden jurídico o como bien lo cita Perez Luño, son "un conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico, concretan las exigencias, la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas

²⁰ Carpizo Jorge, *Los Derechos Humanos: Naturaleza, Denominación y características*, Revista mexicana de Derecho Constitucional, México Numero 25,julio-diciembre2011, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/25/ard/ard1.pdf> f, (consultado el 15-02-2012 quince de febrero del dos mil doce) , p.13

positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.²¹

Doctrinariamente se define a los derechos humanos como

“todos aquellos que reconocen la dignidad, los valores de hombres y mujeres, como miembros de la familia humana. Los derechos humanos son valores que poseen las personas, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o política u cualquier otra condición. Son normas aplicables a toda la humanidad y se deben imponer como principio regulador entre todos los seres humanos.”²²

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en relación a los derechos humanos, establece lo siguiente:

Capítulo I

De los Derechos Humanos y sus Garantías

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales 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.²³

²¹ Pérez Luño, Antonio Enrique, *op.cit.* 46.

²² *Idem*

²³ Cfr. Denominación del Capítulo reformada DOF 10-06-2011 de la CPEUM.

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.²⁴

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.²⁵

Lo anterior significa que:

Debe “reconocerse que todas las personas son titulares de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el estado Mexicano sea parte, que deberá aplicarse un criterio de convencionalidad, lo que conlleva a que las normas deberán interpretarse de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, que deberán favorecer el principio *pro personae* lo que significa que las decisiones que se tomen deberá garantizarse la protección más amplia a la persona.”²⁶ Es decir en todo

²⁴ Párrafo reformado DOF 10-06-2011

²⁵ Párrafo adicionado DOF 10-06-2011

²⁶ *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan a niñas, niños y adolescentes*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, véase en <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/publicaciones/protocolos-de-actuacion>.

momento se debe velar por la protección más amplia de los derechos humanos.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que de la literalidad de los primeros tres párrafos del artículo 1o. constitucional se desprende lo siguiente:

- 1) los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados de los que México es parte integran un mismo conjunto o catálogo de derechos;
- 2) la existencia de dicho catálogo tiene por origen la Constitución misma;
- 3) dicho catálogo debe utilizarse para la interpretación de cualquier norma relativa a los derechos humanos, y
- 4) 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*.

Ciertamente, después de la reforma de junio del año dos mil doce, México dio un gran paso y transformación, precisamente derivado del reconocimiento de los derechos humanos, sin embargo, sin embargo no basta limitarse a ese punto, porque existe una amplia gama de derechos humanos, que debe incluirse en todo ordenamiento, principalmente en uno como la Constitución.

1.3.2.- Derechos Fundamentales

Para iniciar con este tema, es preciso mencionar, que el término de “derechos fundamentales” aparece en Francia (droits fondamentaux) a finales del siglo XVIII, dentro del movimiento que culmina con la expedición de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Y en la actualidad, son utilizados con mayor frecuencia.

Ahora bien, es necesario resaltar que hay una diferencia entre derechos humanos de los derechos fundamentales, ya que en muchas ocasiones se confunden o se homologan; afirmativo es, que están íntimamente ligados, pero ciertamente existe una diferencia entre ambos. Y la razón por la cual son distintos, tiene que ver principalmente en términos de su aplicación, prácticamente, podría referirse a los derechos humanos, como la antesala de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales, pueden ser abordados desde dos puntos de partida, unos conceptuales y otros metodológicos. Desde la parte conceptual se intenta dar respuesta a ¿Que son los derechos fundamentales?, ¿Porque se llaman de este modo? ¿Cómo se puede saber cuándo estamos frente a un derecho fundamental en México? y ¿quiénes son los titulares de los derechos fundamentales? Si se habla de la cuestión metodológica, se incluirán cuestiones referentes a la clasificación de los derechos, y a la forma en que deben ser interpretados.

En su obra los Derechos Fundamentales en México, Miguel Carbonell esclarece que los derechos fundamentales, en el carácter jurídico, son aquellos que se encuentran consagrados en la Constitución y de acuerdo a la dogmática jurídica, se estudian los derechos fundamentales que se encuentran consagrados en los textos constitucionales o en algunos tratados internacionales. De los derechos fundamentales conocidos filosóficamente,

resulta el derecho a la igualdad, derecho a la libertad, y el derecho a la participación política.

Para Luigi Ferrajoli, es posible identificar cuatro criterios axiológicos que responden a la pregunta de ¿Qué derechos deben ser o es justo que sean fundamentales? y estos criterios son basados en: la igualdad, la democracia, la paz, y el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil.²⁷ Y la importancia de su aplicación emerge porque se trata de intereses vitales de toda persona, independientemente de sus gustos o preferencias, es decir debe ser universal.

En términos generales, puede decirse que los derechos fundamentales, son considerados como tales en la medida que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos necesarios para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna. Los cuales, están dados por el valor de la persona humana; en el sentido kantiano: ser siempre un fin y nunca un medio.

Esto quiere decir, que “la noción de los derechos fundamentales tiende a aludir a aquellos derechos humanos, garantizados por el ordenamiento jurídico positivo en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional y que suelen gozar de una tutela reforzada.”²⁸

En el caso de México, posterior a la reforma que sufrió la Constitución Política el diez de junio del dos mil once, en su artículo primero, y en varios de sus

²⁷ Garzón Valdés, Ernesto, Derecho, ética y política, en Carbonell, Miguel, “*Los derechos fundamentales*”, México, Instituto de investigaciones Jurídicas, 2004, p. 9, ISBN 970-32-1580-7 en Carbonell, Miguel, Los derechos fundamentales en México, Ed México, Porrúa p 5.

²⁸ Ibidem p. 12.

articulados, se puede observar el gran paso que se dio al considerar a los derechos humanos.

Jorge Ulises Carmona Tinoco explica que “la reforma y las normas de derechos humanos previstas en los Tratados Internacionales, se trata sin duda alguna del cambio constitucional en materia de derechos básicos más importante del último siglo, que representa un nuevo paradigma para el respeto protección, garantía y satisfacción de los derechos humanos”²⁹

Ahora bien, si los derechos fundamentales son vistos desde la óptica de Carpizo, se puede especificar que lo que realmente será útil, en términos jurídicos y de derechos humanos, son los considerados como derechos fundamentales. Puesto que son los reconocidos por la norma.

En términos generales, puede decirse que los derechos fundamentales, son considerados como tales en la medida que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos necesarios para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna. Además, los derechos fundamentales “describen el conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidas y garantizadas por el derecho positivo.”³⁰

²⁹ Carmona Tinoco, Jorge Ulises. *La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los Tratados Internacionales*. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones de la UNAM, p. 39.

³⁰ Perez, Luño, *Los derechos fundamentales*, cit, p.46 y 47 en Carbonell, Miguel, “Los derechos fundamentales”, México, Instituto de investigaciones Jurídicas, 2004, p. 9

En tal tesitura “todos los derechos humanos fundamentales, son derechos humanos constitucionalizados”³¹, y por supuesto, que para su validez en cada ordenamiento jurídico de cada Estado, todos los derechos humanos deberían ser reconocidos, sin embargo la realidad nos dice que no ocurre así.

1.4.- Concepto de Tratados, Convenciones y protocolo

Los tratados y convenciones, son acuerdos de naturaleza internacional mediante los cuales los Estados establecen derechos y obligaciones a su cargo sobre diferentes asuntos de su interés.

Un tratado se puede definir independientemente de su denominación, forma o contenido como “la expresión de voluntades concurrentes, imputables a dos o más sujetos de derecho internacional, que pretende tener efectos jurídicos en conformidad con las normas del derecho internacional”³²

Las convenciones utilizan el término tratado, como un término genérico. Al respecto, esto queda corroborado por lo establecido en los artículos 36 y 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la siguiente forma:

El término tratado se utiliza en todo proyecto de artículos en un sentido genérico para denominar toda clase de acuerdos internacionales celebrados entre Estados y consignados por escrito.....

Una Convención general sobre derecho de los tratados debe abarcar todos esos acuerdos y la cuestión de si, para

³¹ Idem

³² Reuter, Paul, *Introducción al Derecho de los Tratados*, 2da edición, trad. Eduardo López Suárez México, UNAM-FCE, 2001, p.47.

denominarlos, ha de emplearse el término tratados en vez de acuerdos internacionales, es una cuestión de terminología más que de fondo. ...³³

Los tratados celebrados entre Estados y organizaciones Internacionales o entre organizaciones internacionales, entre sí, los define el artículo 2, numeral 1, inciso a), de la Convención de Viena sobre los Tratados como:

“...Un acuerdo internacional celebrado entre Estados por escrito y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea denominación.”

La Convención de Viena, sobre los Tratados entre estados y Organismos internacionales entre sí, en el artículo 2, numeral 1 inciso establece:

“un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito

- I. Entre uno o varias organizaciones internacionales; o
- II. Entre organizaciones internacionales, ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

Ahora bien, además de los temas anteriores, cuantas veces no hemos escuchado el término o concepto de protocolo, al responder a este cuestionamiento, encontramos que el término protocolo se utiliza para “designar un instrumento que modifica o complementa un tratado, ya sea multilateral o bilateral, pero también se ha utilizado para designar un tratado autónomo”. También se suele denominar como protocolo a los documentos

³³ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966, vol. II, p.27

anexos al tratado como parte integral del mismo.³⁴ Otro concepto a señalar en este numeral, es el de protocolo facultativo el cual se utiliza “para indicar que una parte del tratado original no tendrá necesariamente que llegar a ser parte del protocolo”.³⁵

Como se ha indicado desde un principio, este trabajo de investigación propone la creación de un protocolo facultativo, con la finalidad de subsanar el vacío existente, que se desprende del Convenio de la Haya, lo que hace evidente la necesidad de plasmar con claridad los lineamientos a seguir y respetar en los casos de solicitud de restitución internacional, para determinar, cómo deben enfrentar las autoridades responsables las solicitudes de restitución internacional de la niñez.

En tal sentido, resulta prudente señalar la obligación que el Estado mexicano ha adquirido, para hacer efectivos los derechos humanos. Después de la reforma del año 2011³⁶.

Si se estudia la norma constitucional que establece las bases para que los convenios y tratados se incorporen en el sistema jurídico mexicano, lo vemos contemplado en el artículo 133 Constitucional:

Artículo 133. Esta constitución, las leyes del congreso de la unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de

³⁴ Rojas Amandi, Víctor Manuel, *Derechos de los Tratados*, México D.F., Tirant lo Blanch, 2014. p.45

³⁵ Idem

³⁶ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio del 2011, mediante la cual se modificó la denominación del capítulo I del título primero y reformó diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos.

la república, con aprobación del senado, serán la ley suprema de toda la unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

El artículo en cita, engloba una esencia e interpretación, que ha sido desentrañada desde diferentes ángulos y uno de ellos, son las tesis y jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las cuales contemplan, que la anterior disposición puede resumirse en tres direcciones:

1. Se afirma el concepto de dualismo jurídico ³⁷ conforme el cual el derecho interno no está supeditado al derecho internacional, pero se reconoce la existencia de este.
2. Se ubica a los tratados por encima de las leyes.
3. Se confirma la procedencia del juicio de amparo, en tanto medio de control de la legalidad en contra de los tratados internacionales. ³⁸.

Según Verdross, “el dualismo se fundamenta en el principio de que en el orden jurídico interno y el orden jurídico internacional son ordenamientos distintos porque cuentan con fundamentos de validez y destinatarios diferentes”.³⁹

³⁷ Los conceptos de dualismo y monismo jurídico ayudan a explicar la integración del derecho internacional en el orden jurídico de un Estado. Diversos autores consideran que la adopción de una posición monista o dualista es de suma importancia para los Estados, ya que la constitucionalización del derecho internacional es relevante para los Estados democráticos, Véase Tom Ginsburg, Svitlana Chernykh y Zazhary Elkins en Pereznieta Castro, Leonel. Derecho Internacional, .*op.cit.* p 376.

³⁸ Semanario Judicial de la Federación, vols.151-156, sexta parte, p 196, ART 256/81 C.H. Bohering Sohn 9 de julio de 1981.

³⁹ Verdross Alfredo, *Teoría dualista o pluralista*. Derecho Internacional Público (trad. Antonio Truyol y Serra) 5ª edición Aguilar Madrid, 1967, p 63.

Aspecto que genera falta de armonización e incorrecta aplicación, y una notoria confusión en muchas de las resoluciones emitidas por los juzgadores, cuando se pretende determinar el equilibrio o correcta aplicación, al invocar lo establecido en los tratados o Convenciones.

Lo anterior se relaciona precisamente con el problema al cual se enfrentan los operadores judiciales en los procesos de solicitudes de restitución internacional de niños, ya que reiteradamente resuelven con fallas e incorrectas interpretaciones, y no solo ocurre, en casos resueltos en México, sino en otros países acontece lo mismo, les es complicado lograr una armonización entre ordenamientos internos en relación con los internacionales, en consecuencia es notoria la incorrecta aplicación.

El interés por mencionar los temas desarrollados, va encaminado a la propuesta de creación de un protocolo facultativo para la restitución internacional de la niñez. Mismo que contemplaría puntos clave, respecto a los errores que se detectan en análisis y que se observan en la aplicación y objetivo de la Convención de la Haya.

Como ya se mencionaba en párrafos anteriores, el derecho a exigir la protección de los derechos humanos, proviene del artículo 133 Constitucional, sin embargo al desentrañar al mismo, también se cuestiona la ubicación o jerarquía alcanzada, entre los Tratados y la Constitución mexicana. A consideración particular ha de señalarse, el tema de jerarquización en el plano interno, toda vez que ocasiona ciertos conflictos en su aplicación.

Las posturas que critican esa jerarquización crean ciertos cuestionamientos del porque igualar a los Tratados con la propia constitución, lo que incluso hace pensar, en donde queda la supremacía constitucional, pero lo anterior se explica de la siguiente forma:

LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el Ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional.⁴⁰

Ahora bien, sumado al artículo 133, se detecta también lo previsto en el artículo 15 constitucional el cual garantiza que con independencia de la jerarquía normativa del instrumento que las reconozca, las normas internacionales de derechos humanos, y no el tratado en su conjunto, se integren al parámetro de regularidad contenido en el artículo 1o. constitucional. De forma que las normas internacionales de derechos humanos que cumplan con el requisito del artículo 15 constitucional se desvinculan del tratado internacional que es su fuente y, por tanto, de su jerarquía normativa, para gozar, en consecuencia, de la supremacía constitucional en términos previamente definidos.⁴¹

En esta línea se plantean tres escenarios:

⁴⁰ Amparo en revisión 2069/91.-Manuel García Martínez.-30 de junio de 1992.- Mayoría de quince votos.-Ponente: Victoria Adato Green.-Secretario: Sergio Pallares y Lara.

⁴¹ Montoya Zamora, Raúl, *Derecho Global, estudios sobre derecho y justicia, El principio de supremacía constitucional frente a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos*. Año 2, Numero 6, julio-octubre 2017, p.127-143.

1) en caso de que tanto las normas constitucionales como normas internacionales se refieran a un mismo derecho, éstas se articularán de manera que se prefieran aquellas cuyo contenido proteja de manera más favorable a su titular atendiendo al principio pro persona;

2) cuando un derecho humano contenido en un tratado internacional del que México sea parte no esté previsto en una norma constitucional, la propia Constitución en su artículo 1o. contempla la posibilidad de que su contenido se incorpore al conjunto de derechos que gozarán todas las personas y que tendrán que respetar y garantizar todas las autoridades y, conforme con los cuales, deberán interpretarse los actos jurídicos tanto de autoridades como de particulares a efectos de que sean armónicos y coherentes con dichos contenidos fundamentales, y

3) derivado de la parte final del primer párrafo del artículo 1o. constitucional, el Pleno de la SCJN, entiende que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.

Ciertamente se aduce una mayor cobertura de derechos humanos en virtud de que los tratados internacionales se encuentran preocupados y enfocados por protegerlos. Y como parte de su enfoque el artículo 133 permite realizar una búsqueda para que los mismos se implementen, siempre y cuando estén directamente orientados a los derechos humanos. Esto permite la administración de justicia más amplia para los justiciables.

Y la obligación de cumplirlos nace precisamente “en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y

Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "*pacta sunt servanda*", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional". Tal y como se plasma en este Amparo en revisión 120/2002.

Finalmente para dar mayor certeza a la obligación que México adopta al ser signatario de Tratados internacionales y ser partícipe de las Convenciones, la justificación más amplia se puede advertir, tomando en consideración lo siguiente, en primer lugar

“los requisitos de existencia o vigencia de los tratados internacionales están contemplados en los artículos 89, 76 y 133 constitucionales, consistentes en que sean firmados por el Presidente y aprobados por el Senado. Su incumplimiento conduciría a concluir que un tratado internacional no es derecho vigente en México. En tanto que los requisitos de validez material se contemplan en los artículos 133 y 15 constitucionales, que exigen, respectivamente, que los contenidos de los tratados internacionales “estén de acuerdo” con los contenidos en el texto constitucional y que no “alteren” los derechos humanos previstos en la propia Constitución y en otros tratados internacionales, la no satisfacción de los mismos obligaría a declarar su invalidez.”

En tal sentido dentro de las obligaciones de los estados también van acompañados los de la parte en la que interviene la función jurisdiccional, la cual es de vital importancia, en el desahogo de todo juicio en el que se encuentren inherentes derechos que deben protegerse constitucionalmente, por lo que “en contextos democráticos constitucionales como el nuestro, donde la premisa primordial es la protección de la Constitución y por ende de los

derechos fundamentales de las personas, la actuación de quienes integran la magistratura y la judicatura resulta de la mayor relevancia en la medida en que la actividad jurisdiccional es un mecanismo de garantía de los derechos.⁴²

1.5.- La familia.

Al hablar de la familia, indiscutiblemente se piensa en los elementos que permiten formarla, en cómo se integra, en que consiste, como funciona, esto atendiendo obviamente al tipo de contexto en que se desenvuelva, lo cierto es que “durante siglos, la familia como institución social ha sido una agrupación de personas conectadas por vínculos conyugales y de parentesco u otras circunstancias que son de todo punto de vista obvios, pero que a su vez dependen de consideraciones sociológicas, éticas, morales, históricas, etcétera que determinan la aceptación social de esquemas familiares muy variados”.⁴³ Lo anterior apunta a entender que la familia y su estructura se ha ido modificando y evolucionando a lo largo del tiempo. Sin embargo no debe olvidarse considerarla “como base primordial para el desarrollo del ser humano.”⁴⁴

Ahora bien, aludiendo al origen, “el termino familia, proviene del latín familia, que a su vez deriva de “fámulus “, palabra que deriva del osco “famel” que

⁴² *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan a niñas, niños y adolescentes*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, véase en <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/publicaciones/protocolos-de-actuacion>.

⁴³ Muñoz Rocha , Carlos I. *Derecho familiar*, 1ª edición, México, Oxford 2013, p.14

⁴⁴ González Martín Nuria, *Familia Internacional en México, Adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata*, México, Porrúa, 2009. p. 11.

significa siervo y más remotamente deviene del sanscrito "vama" que significa casa o habitación".⁴⁵

Con el paso del tiempo, la familia ha cambiado desde su estructura y por ende su concepción es otra. Así, su evolución actual es el fruto de ese proceso de adaptación a las nuevas realidades.

En su libro el origen de la familia, la propiedad privada y el estado, de la familia, Karl Marx y Friedrich Engels, realizaron estudios de los diferentes tipos de familia, de épocas pasadas, tomando en consideración las investigaciones de Morgan.

Por citar algunas, estudian a la familia consanguínea, seguida de la familia punalúa, continuando con la familia sindiásmica en la que un hombre vive con una mujer, de tal forma que la poligamia y la infidelidad ocasional siguen siendo un derecho para los hombres, al grado que siempre se les exige mayor fidelidad a las mujeres y el adulterio se castiga cruelmente; finalmente la familia monogámica en como finalidad procrear hijos, cuya paternidad sea indiscutible, pues ellos serán los herederos directos, entraran en posesión de los bienes de su padre. Dicha familia se caracteriza por una solidez mucho más grande de los lazos conyugales, que ya no pueden ser disueltos por deseo de cualquiera de las partes.

Tomando en consideración el aspecto gramatical, tal cual la precisa el diccionario de la real academia española, se define a la familia como: "1 Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas., 2.-Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje., 3 Hijos o descendencia., 4 Numero de criados de uno aunque vivan dentro de su casa. 5. Conjunto de individuos que tienen alguna condición común. 6. Cuerpo de

⁴⁵ Morales Acacio, Alcides, *Protección penal a la familia*, Bogotá Colombia, editorial Leyer, 2003, p.33

una orden o religión o parte considerable de ella. 7. Grupo numeroso de personas. 8. Hijo, madre, padre de familia. 9. Madre, padre de familia.”⁴⁶

Como se puede observar la perspectiva de la Real Academia no solo da la definición de familia, sino que también incluye a quienes pueden considerarse como integrantes de la misma.

Ernesto Gutiérrez y González, propone el concepto de familia con los siguientes elementos.

- a) “Un conjunto de personas naturales, físicas o humanas.
- b) Integradas a través de un contrato de matrimonio de dos de ellas
- c) Integradas a través de la apariencia o posesión de un estado de casados o
- d) Por lazos de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil
- e) Que habitan en una misma casa que es el domicilio familiar por ley tienen unidad en la administración del hogar familiar
- f) por acuerdo tienen unidad en la administración del hogar familiar.”⁴⁷

Atendiendo a los sujetos que integran la familia, la doctrina contempla a

- a) Los parientes, pues de ellos o vinculadas con ellos se derivan las consecuencias jurídicas que impactan el derecho familiar, de acuerdo al tipo de parentesco del que estamos hablando, ya sea consanguíneo, por adopción o por afinidad.
- b) Los cónyuges, concubinos o convivientes.
- c) Las personas que ejercen la patria potestad y las personas menores sujetas a ella.

⁴⁶ Real academia española

⁴⁷ Gutiérrez y González, *Derecho civil para la familia*, México, Porrúa, 2015 pág. 155

- d) Los tutores y los incapaces, así como las instituciones tutelares que prevé el derecho de familia.
- e) Los curadores, quienes se ocupan de la vigilancia relacionada con la tutela.
- f) Los custodios y acogedores.”⁴⁸

La clasificación anterior contempla a los sujetos que forman parte de la familia, pero también de manera útil, nace una clasificación de los tipos de familia que actualmente se puede encontrar en la sociedad, como:

1. La familia nuclear compuesta por padres e hijos que viven en común.
2. La familia extendida; incluye padres, hijos, nietos, abuelos, aun cuando no vivan en el mismo techo.
3. La familia compuesta: derivada del matrimonio plural, ya sucesiva (cuando ha habido divorcio o divorcios y nuevos matrimonios) o simultanea (cuando hay poligamia o poliandria.
4. La familia monoparental: se establece entre uno solo de los progenitores, la madre o el padre y los hijos.
5. La familia ensamblada o reconstruida: que reconoce vínculos procedentes de dos o más uniones conyugales”

Ciertamente “el derecho, en el desarrollo de la historia humana, no crea la institución de la familia, sino que a lo largo de los siglos ha ido reconociendo la forma en que la familia se ha organizado socialmente, con base en aspectos biológicos, sociales, culturales, morales, éticos, religiosos, etc.”⁴⁹ Lo que resulta claro, puesto que la familia ha existido desde hace mucho tiempo, lo

⁴⁸ Muñoz Rocha, Carlos I., *Derecho familiar, op.cit.* p.10

⁴⁹ *Ibidem.* p.15

real es la necesidad de regularla en sus derechos y obligaciones, que evidentemente generan consecuencias jurídicas.

Una consideración importante, es que lastimosamente el derecho no siempre cubre las expectativas de resolver los problemas que deben regularse, y en este caso tratándose del tema de familia, el derecho ha evolucionado gradual y lentamente, enfocándose incluso a temas económicos internacionales de manera prioritaria, que de acuerdo a varios doctrinarios han dejado a un lado temas de familia y de niñez.

1.5.1.- Familia y globalización desde el punto de vista sociológico.

La globalización trajo entre sus despliegues el desarrollo de la familia internacional, cuyas particularidades culturales, religiosas, sociales, influyen en la modificación de la concepción tradicional del DIPr de familia.⁵⁰

En su libro titulado la imaginación sociológica Wright Mills plasma que ningún estudio que no vuelva a los problemas de la biografía, de la historia y de sus intersecciones dentro de la sociedad ha terminado su jornada intelectual.⁵¹

Octavio Ianni contempla que por primera vez desde comienzos del siglo XXI, las ciencias sociales son desafiadas a pensar en el mundo como una sociedad global. Y con ello se refiere a las relaciones, los procesos y las estructuras económicas, políticas y demográficas, geográficas e históricas, culturales y sociales que se desarrollan a escala mundial adquieren preeminencia sobre la escala nacional.

⁵⁰ Dreeysin de Klor, Adriana, *op.cit*, p.80

⁵¹ C. Wright Mills Charles. *La imaginación sociológica*, Traducción de Florentino M. Torner, Edición Revolucionaria, Habana, Cuba, Instituto del libro, p. 26.

Partiendo desde el tema de investigación, es importante incluir temas que alimentan al tema de la restitución internacional de la niñez. Y estos son conceptos como la familia, el divorcio, la globalización, su influencia en la familia.

Desde el punto sociológico en el que se contempla a la familia, es una comunidad natural, universal, con base afectiva, de indiscutible influencia formativa en el individuo y de importancia social tal, que determina la necesidad de su regulación jurídica.

¿Tiene alguna relación el tema de la familia con la Globalización? esa sería la primera pregunta que podría realizar. Por supuesto que el tema de la Globalización se encuentra relacionada con el tema de la familia y es importante estudiarla.

La globalización como bien se sabe no está ligada únicamente al tema de la economía, es un tema que se encuentra relacionado con varios aspectos de la vida del ser humano; la familia, es un sector que está íntimamente ligado al tema de la globalización.

Giddens por ejemplo estaba en contra y consideraba errónea la opinión que tienen los escépticos y los radicales respecto a que la globalización solamente se encuentra relacionada o abarca fenómenos económicos. Decía Giddens: la globalización es política, tecnológica, cultural y además económica.⁵² Además afirmaba que la globalización influye en los aspectos íntimos y personales de nuestras vidas.

⁵² Giddens, Anthony. Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas, 1ª edición México, Taurus. 2000, p. 7

Tal parece que “los sistemas familiares tradicionales están transformándose, o en tensión, en muchas zona del mundo”⁵³. Significativamente la familia comparada con años anteriores ha sufrido diferentes cambios en su estructura.

De todos los cambios que ocurren en el mundo, ninguno supera en importancia a los que tienen lugar en nuestra vida privada en la sexualidad, las relaciones, el matrimonio y la familia.⁵⁴ Sin duda alguna, los efectos generados en la actualidad dan muestra de grandes cambios.

Giddens explica como pocas personas viven en la que antes conocíamos como familia estándar, de los años cincuenta, en la que solo estaba formada por hijos producto de ambos padres, en donde la madre era ama de casa y solo el padre era quien se encargaba del sostenimiento del hogar.

En tal sentido la familia en la actualidad, es una célula que ya no se puede conservar tan aglomerada como en otros tiempos, ya que de manera lamentable y a últimas fechas los índices de divorcios lo reflejan⁵⁵, pues estos van aumentado de manera considerable.

⁵³ Ibidem, p. 8

⁵⁴ Ibidem, p. 26

⁵⁵ En México entre los años 2000 y 2015 el monto de divorcios aumentó 136.4%, mientras que el monto de matrimonios se redujo en 21.4 por ciento. Al 2014 se registraron 577 mil 713 matrimonios, en 2013 fueron 583 mil 264 y en 2012 la cifra se ubicó en 585 mil 434. Al 2013 se registraron 108 mil 727 divorcios, en 2012 fueron 99 mil 509 y en 2011 la cifra se ubicó en 91 mil 285. INEGI Población, Matrimonios y divorcios, en <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/myd.aspx?tema=P>, consultada el 4 de febrero del 2016.

Por otra parte datos de Escandinavia muestran un alto porcentaje de parejas que viven juntas y tienen hijos, pero no están casados.⁵⁶ Haciéndose evidente que el formalizar la familia mediante el matrimonio no es clave o requisito.

Y por cuanto hace a las mujeres, una cuarta parte que tienen entre 18 y 35 años en Estados Unidos y Europa, afirma que no quiere tener hijos, y parecen decirlo en serio, concluye el autor. Lo anterior significa que en todos los países se mantiene una diversidad de formas familiares. Y que como Giddens menciona la familia tradicional está amenazada, está cambiando y lo hará mucho más.

1.5.2.- Derechos de la familia. Un derecho a pertenecer

Los derechos de la familia son aquellos que se encuentran adheridos a la misma, por su única y especial naturaleza; en sí, se trata de una condición que nace entre los integrantes y que no necesariamente se rigen porque están regulados en el que y como deben comportarse quienes la integran, sino que surgen por esos lazos que indubitablemente no se rompen, a pesar de una separación matrimonial por ejemplo.

Y ¿porque se afirma lo anterior? siguiendo la doctrina se encuentra que “los derechos de la familia, los cuales están impresos en la conciencia del ser humano y en los valores comunes de toda la humanidad. Son derechos que derivan de la ley natural inscrita en el corazón del ser humano. La sociedad debe respetarlos y promoverlos integralmente”.⁵⁷

Y es innegable que deberán ser respetados por la sociedad, ya lo decía Aristóteles “el ser humano es un ser social por naturaleza que no puede vivir

⁵⁶ Giddens, Anthony. *op. cit.*, p. 26

⁵⁷ Villalobos de González Elvira, *Manual de Derecho de familia*, México, Tirant lo Blanch, 2014, p.40.

sino en comunidad y en asociación, cuyos pilares son el parentesco, la localidad y el trabajo⁵⁸, en tal sentido el hombre siempre vivirá integrado de dicha forma, y lo hará “en una sociedad estructurada y ordenada. Y la primera sociedad o el primer conglomerado social al que el ser humano tiene derecho es el derecho a nacer, vivir y desarrollarse en una familia unida y estable.”⁵⁹

Es útil observar que “los derechos y obligaciones que nacen en la familia, carecen de contenido patrimonial. Aunque generalmente los derechos y deberes familiares no se cumplen con dinero, hay algunos que si tienen contenido patrimonial, como la obligación alimentaria por ejemplo.”⁶⁰

Esta explicación enseña algo claro, al formar parte de una familia, las obligaciones que se adquieren, inevitablemente generan consecuencias jurídicas, sin embargo nacen de manera natural y voluntaria, y se amplifican a un acto de cumplimiento, en consecuencia al adquirir no solo derechos, sino también obligaciones, interviene de manera natural esa la voluntad por adquirir dichas obligaciones.

Al hablar de ese elemento sentimental, no puede eludirse una característica especial y este es el amor incondicional, el cual surge “entre familiares se aprende a amar de verdad, Amar supone vulnerabilidad. Amar supone poder poner nuestras necesidades afectivas más vitales a merced de otro, supone expresar nuestros sentimientos más delicados e íntimos que puedan ser heridos si la otra persona responde a nuestra ofrenda con frialdad o indiferencia. La familia es el refugio donde sus miembros se reponen de las

⁵⁸ Tena Suck, Rafael e Italo Morales, Hugo, *Manual de derecho laboral*, México, Trillas, 2013, p.519

⁵⁹ Villalobos de González Elvira, *op. cit.* p.40.

⁶⁰ *Ibíd.* p.39.

tensiones sociales. Donde el niño y adolescente aprenden a convivir con el prójimo y donde ensayan su actuación social futura.”⁶¹

Contrario al elemento sentimental, perniciosa en algunos casos al surgir una ruptura de pareja y provocar una afectación dentro mismo círculo familiar. Lo que tiene mucho que ver con situaciones de sustracción internacional que necesariamente recaen para solicitar una restitución internacional.

Ahora bien haciendo mención de cuáles son los derechos de la familia, se citaran algunos, que acertadamente describe Elvira Villalobos de González.

Y estos son:

- a) el derecho a la vida;
- b) derecho a elegir estado civil libremente;
- c) derecho a elegir libremente cónyuge;
- d) derecho a decidir sobre el número y esparcimiento de los hijos;
- e) derecho originario de los padres como los principales educadores de sus hijos
- f) Derecho de la familia a existir y progresar como tal
- g) Derecho de la familia a vivir su vida religiosa tanto en el hogar como fuera del mismo.
- h) Derecho de la familia a ejercer su función social y política en la construcción de la sociedad
- i) Derecho de la familia a poder contar con políticas publicas adecuadas en el orden económico y social
- j) Derecho de la familia a un orden social justo
- k) Derecho de la familia a un orden social justo
- l) Derecho de la familia a una vivienda decente

⁶¹ Ibídem p.38.

- m) Derecho de la familia de inmigrantes a ser protegida de la misma manera en que se protegen las otras familias nacionales
- n) Derecho a la privacidad.⁶²

Los derechos anteriores son parte fundamental y también se ven reflejados constitucionalmente en los artículos que se citaran a continuación.

Constitución política de los estados unidos mexicanos

Artículo 3º Toda persona tiene derecho a recibir educación...

Además:

- c) Contribuirá a la mejor convivencia humana, a fin de fortalecer el aprecio y respeto por la diversidad cultural, la dignidad de la persona, la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos..⁶³

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

Por su parte, la ley para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes establece el derecho a vivir en familia, además instauro lo relativo a establecer que la convivencia de los niños con sus padres no se debe perder salvo casos excepcionales, esto es cuando se trate de asuntos resueltos mediante sentencia u orden preventiva, de otra forma no habría justificación porque los hijos no convivan con sus padres y sean separados de

⁶² Ibídem. 40-43

⁶³ Inciso reformado DOF 09-02-2012, 26-02-2013

los mismos, lo que resulta atractivo en virtud del tema de investigación, señalado en su capítulo séptimo, en el que se plasma lo siguiente:

Capítulo Séptimo

Del Derecho a vivir en Familia

Artículo 23. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en familia. La falta de recursos no podrá considerarse motivo suficiente para separarlos de sus padres o de los familiares con los que convivan, ni causa de la pérdida de la patria potestad.

El Estado velará porque sólo sean separados de sus padres y de sus madres mediante sentencia u orden preventiva judicial que declare legalmente la separación y de conformidad con causas previamente dispuestas en las leyes, así como de procedimientos en los que se garantice el derecho de audiencia de todas las partes involucradas incluidas niñas, niños y adolescentes. Las leyes establecerán lo necesario, a fin de asegurar que no se juzguen como exposición ni estado de abandono, los casos de padres y madres que, por extrema pobreza o porque tengan necesidad de ganarse el sustento lejos de su lugar de residencia, tengan dificultades para atenderlos permanentemente, siempre que los mantengan al cuidado de otras personas, los traten sin violencia y provean a su subsistencia.

Se establecerán programas de apoyo a las familias para que esa falta de recursos no sea causa de separación.

Artículo 24. Las autoridades establecerán las normas y los mecanismos necesarios a fin de que, siempre que una niña, un niño, una o un adolescente se vean privados de su familia de origen, se procure su reencuentro con ella. Asimismo, se tendrá

como prioritaria la necesidad de que niñas, niños y adolescentes, cuyos padres estén separados tengan derecho a convivir o mantener relaciones personales y trato directo con ambos, salvo que de conformidad con la ley, la autoridad determine que ello es contrario al interés superior del niño.

1.5.2.1.- Derecho de familia.

El derecho tiene diferentes ramas de estudio, entre ellas se encuentra el derecho civil, mercantil, laboral, penal, entre otros, incluyendo el derecho de familia, como una rama reciente. Y no solo la parte doctrinaria, sino también la normativa jurídica, se han preocupado por su estudio, que incluso se ve reflejado en el plano internacional, aunque de los avances para regular ciertos problemas, han sido de modo lento y gradual.

Se dice que “ha sido una preocupación constante regular las relaciones familiares en particular porque se ocupa de las personas que requieren protección en el núcleo familiar, como es el caso de los menores y en general de las personas necesitadas dentro del conglomerado social, mediante mecanismos sustitutivos cuando la familia no existe o no resulta suficiente para tal fin”.⁶⁴

Previo a mencionar las definiciones de derecho de familia, resulta necesario y práctico, tratar su naturaleza y ubicación en el derecho. Y ¿por qué es importante? lo es, porque en años pasados el derecho de familia, únicamente formaba parte integrante del derecho civil, además de ser considerado por su naturaleza, solamente dentro del derecho privado.

⁶⁴ Muñoz Rocha, Carlos I. *op. cit.* p.7.

A pesar de que la finalidad no reside en desentrañar la explicación a fondo, es necesario mencionar que la afirmación de colocar al derecho de familia dentro del derecho civil, es una postura heredada por años, que afirmaba no ser en la que se encuadraba en una rama que no podía ser autónoma e independiente, postura que además de obsoleta, para algunos autores resulta un tanto inoperante a últimas fechas.

Por el contrario Antonio Cicu, afirma que “en el derecho familiar se tutelan intereses superiores a los individuales y aboga por su salida del ámbito privado, ya que posee características de derecho público, como lo estipulan algunas legislaciones”.⁶⁵ Agrandando además que se trata de “un tercer derecho que no forma parte ni del derecho público ni tampoco del derecho privado”⁶⁶, sino que por el contrario se trata de un nuevo género que es autónomo e independiente, y que la familia tiene más importancia que el propio Estado.

Para recordar una aproximación respecto a la ubicación del derecho de familia, tal y como la realizaron diversos autores en el pasado, se encuentran por mencionar algunos a Bonnacase, quien afirma, “la parte del derecho civil que rige la organización familiar y que define dentro de ella, el estado de cada uno de sus miembros”⁶⁷

Transcribiendo a Diego Zavala Pérez, afirma que el derecho familiar.

“Es la parte del derecho civil, que organiza a la familia como núcleo social fundamental, crea y regula las instituciones instrumentales para su estabilidad y cumplimiento de sus fines, norma la disolución

⁶⁵ Idem

⁶⁶ Tapia Vega, Ricardo, Oliva Gómez, Eduardo, *Temas selectos 2 Hacia el ámbito del derecho privado*, Universidad autónoma del Estado de Morelos, México, 2015, edición eternos malabares. P.16

⁶⁷ Muñoz Rocha, Carlos I. *op.cit.*, p.7.

matrimonial, las relaciones derivadas de la filiación y el parentesco y establece las disposiciones idas a la protección los menores y su promoción humana.”⁶⁸

No obstante a lo anterior, es notorio que dado su contenido, su alcance, efectos y trascendencia, el derecho de familia de acuerdo a otros trabajos doctrinarios, de autores como Antonio Ciccu y Roberto Ruggiero, han aportado una postura contraria, en la que afirman una completa autonomía.

Postura que incluso puede justificarse de acuerdo Roco, quien analiza “¿Cuándo una ciencia jurídica puede considerarse como autónoma?: y afirma que “para que una ciencia jurídica pueda decirse autónoma, es necesario y suficiente que sea bastante extensa, que amerite un estudio conveniente y particular, que también contenga doctrina homogénea, dominando el concepto general común y distinto del concepto general informativo de otra disciplina; que posea un método propio, es decir que adopte procedimientos especiales para el conocimiento de la verdad constitutiva de la verdad del objeto de la indagación.”⁶⁹

Tales estudios, evidentemente traen consecuencias positivas en los sistemas jurídicos, por lo que es claro, que “parece superada la polémica disquisición jurídica acerca de la propuesta para considerar al derecho familiar como una rama independiente del derecho civil, ya que en tiempos recientes se ha consolidado la postura de quienes afirman que por su naturaleza jurídica el derecho familiar debe apartarse de los principios que rigen al Derecho civil.”⁷⁰

⁶⁸ Ibidem. p.7.

⁶⁹ Tapia Vega, Ricardo, Oliva Gómez, Eduardo, *op. cit.*, .p.14

⁷⁰ Idem

Contrario a lo anterior hay quienes afirman que “las normas del derecho de familia son de orden público, esto quiere decir que por las trascendencia que tiene el derecho familiar el Estado se subroga funciones concretas para asegurar la aplicación de las normas y en su caso proteger a las partes o sujetos del derecho familiar”.⁷¹

Otras posturas sostienen que las normas de derecho de familia son de interés social, tomándolo como célula básica de la sociedad, grupo primario al cual pertenecemos y cuyos vínculos, antes que jurídicos son de solidaridad y de socorro.

El destacado jurista mexicano, Julian Guitron Fuentes sustenta que “el derecho de familia tiene una naturaleza distinta del derecho civil y fundamentalmente porque no se le aplican las mismas teorías ni los mismos principios en que se apoya el derecho civil”; desglosando una serie de puntos por los cuales asevera lo anterior:

- La autonomía de la voluntad
- La de la exteriorización de la voluntad, que va asociada a la anterior
- La de la representación del mandato de poder
- La de las modalidades del acto jurídico, como el término y la condición
- La de la renuncia de derechos privados
- La de la enajenación, cesión, comercialización, venta, compra, etc de derechos privados
- La teoría de las nulidades del derecho civil (inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa)
- La no intervención del estado en relaciones particulares, que si aplica en el derecho familiar.”⁷²

⁷¹ Muñoz Rocha, Carlos I. *op. cit.* p.9

⁷² *Ibíd.* p.55

Finalmente, puede resumirse de lo anterior, que respecto a la ubicación del derecho de familia es evidente que se trata de una rama autónoma e independiente del derecho civil, que naturalmente nace del mismo, sin embargo es necesaria su independencia de acuerdo a algunos autores, considerando que puede tener influencias de derecho público y social, aun cuando por tradición se ha delimitado dentro del derecho privado y en consecuencia del derecho civil. De ahí la importancia de mencionar ese aspecto tradicionalista ya modificado.

Aunque no por ello algunos doctrinarios prefieran delimitarlo dentro del derecho privado, para tener un objeto de estudio más determinado.

Ahora bien, transitando en la búsqueda de definiciones del derecho de familia, está la de Ruggiero quien explica, que antes que se pueda conferir a la familia como institución jurídica; ésta debe considerarse como un organismo ético, que se llega a juridizar, es decir, el derecho se la apropia, quedando convertidos en preceptos jurídicos.

Por su cuenta Belluscio toma en consideración un aspecto importante y tiene cierta relación con la definición anterior, si bien es cierto se rige una organización familiar como una conexión común, dentro de su estructura, es cierto que dentro de la misma, de acuerdo a sus integrantes y sus lazos generados, se producen consecuencias jurídicas, y con ello ha de referirse a las relaciones jurídicas que se derivan del derecho de familia y que por ende están reguladas por un conjunto de normas jurídicas.

Entendiéndose que la relación jurídica familiar “es aquella que la ley establece entre personas, imputándoles derechos y obligaciones interdependientes y recíprocas tendientes a la realización de fines o intereses familiares”.⁷³

⁷³ Idem

Por lo anterior es acertado saber ¿quiénes son los integrantes, o elementos que integran el derecho familiar?; “de acuerdo a la doctrina francesa, el derecho de familia comprende:

1.- La constitución de la familia, que a su vez abarca: a) el matrimonio; b) las capitulaciones matrimoniales; c) el concubinato.

2.- La organización de la familia; dentro de esta se estudian:

- a) La relaciones entre cónyuges
- b) El régimen sobre los bienes
- c) El parentesco
- d) La filiación
- e) La adopción
- f) Los alimentos
- g) La patria potestad
- h) La tutela
- i) La curatela
- j) El patrimonio familiar

3.-La disolución de la familia. Comprende el divorcio.”⁷⁴

Como puede observarse, el derecho de familia, incluye cuestiones que regulan derechos y obligaciones, cuando la familia se encuentra unida, y también cuando esta se desintegra. Ahora bien, si los lazos familiares que consecuentemente generan efectos de derecho, se trasladan para su regulación en su tiempo y espacio, se puede apuntar que el tratamiento normativo afronta un complicado panorama para que sea del todo adecuado y que satisfaga las necesidades de los justiciables. Situación que claramente se observa en los casos de restitución internacional de la niñez.

⁷⁴ Ibídem. p.10

En tal sentido, formando un eje de estudio, encontramos de acuerdo a Pérez Nieto que “en el continente americano, el derecho de familia en el Derecho internacional privado, se centra en tres problemas de época:

- 1- En la década de 1980, la represión del tráfico de menores y la regulación de la sustracción ilegal de menores por parte de familiares, principalmente los padres cuando están separados o divorciados, mediante normas derivadas de tratados internacionales, que aportan soluciones para los países miembros del tratado y que permiten la devolución de los niños a sus hogares.
- 2- El otorgamiento de pensiones alimentarias.
- 3- La adopción internacional.”⁷⁵

Lo anterior resulta indispensable señalarlo en virtud del tema de lograr una adecuada regulación los casos de restitución internacional, puesto que es un problema identificado, que el derecho de familia debe enfrentar.

1.5.3.- Derecho internacional, protección a la familia y a la niñez

Como parte de una obligación, cada Estado debe regular la protección de la familia y la niñez, y además debe ser partícipe de suscribir tratados o convenciones internacionales, que le permitan no solo robustecer su normativa interna, sino que además, al emplearlos en la práctica, sirvan de protección para esos dos rubros. Y esto se comprueba, derivado de varios instrumentos jurídicos internacionales que contemplan la protección de la familia y a la niñez.

La insistencia de abordar temas de familia, es porque el principal foco de donde germinan los problemas de traslado o retención ilícita de niños, proviene sin duda alguna del seno de la familia, y dado a la notoria regulación jurídica

⁷⁵ Pereznieto Castro, Leonel, *op. cit.* p 7.

en el marco normativo interno e internacional, que además no siempre es suficiente o adecuado, surge la necesidad de estudio, por la enorme preocupación de expresar los problemas yacentes en los casos de traslado y retención ilícita, que eminentemente decantan en procesos de restitución internacional de niños.

En tal sentido resulta práctico presentar lo que expresan los diferentes convenios, tratados o convenciones internacionales, respecto a temas de familia. Agregando de inicio que la base jurídica sobre la cual se justifica referenciar o utilizar a los tratados internacionales en México, se establece en el artículo 133 constitucional.

Por su parte el comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, realiza una especificación acertada, respecto al concepto de familia, aclarando que este puede modificarse de un Estado a otro y aun entre regiones de un mismo Estado, de tal manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Lo que resulta cierto, por la influencia que genera la cultura, civilización, moral, costumbres, tradiciones y más elementos que pueden marcar la diferencia al definir a la familia. No obstante a lo anterior, hay diferentes instrumentos internacionales que se han dado a la tarea de conceptualizar el tema de familia.

Para el Pacto internacional de derechos civiles y políticos en su artículo 23 y 24 establece que:

Artículo 23

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

El numeral cuatro interesa plenamente a este trabajo, puesto que incluye la necesidad de asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades en los casos de disolución, que particularmente aseguren la necesaria protección a los hijos, en la cual eminentemente está ligado el no perder la convivencia con ambos padres, salvo sus excepciones.

El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales en su artículo 10 reconoce lo siguiente:

ARTÍCULO 10

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges...

La Convención Americana sobre Derechos Humanos cita en el artículo 11. Numeral 2.- Reconoce el derecho a una vida familiar libre de injerencias

ilegítimas, del cual se desprende una obligación de respeto, interdicando las injerencias arbitrarias o ilegítimas al derecho a la vida familiar.⁷⁶

Artículo 17.- Protección a la Familia.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado...
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Además de los artículos antes citados, es interesante incluir el artículo 19 mismo que incluye la protección de los niños que se encuentran en el seno de la familia el cual menciona lo siguiente:

Artículo 19: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y el Estado”.

Sumado a lo anterior, pero en el sentido de que la familia y el Estado están obligados a la protección de los infantes, la Corte Interamericana de derechos

⁷⁶ Convención Americana sobre derechos humanos. San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969. en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

humanos se ha manifestado en los siguientes términos: En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños (...). Y el Estado se halla obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”.

En ese sentido, “el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁷⁷.

No podía quedar excluida la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual aborda el tema de la familia como el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños.

En el Informe elaborado en el marco del Convenio entre la CIDH y UNICEF en el año 2003, se consideró que el derecho internacional de los derechos humanos reconoce a la familia como el núcleo central de protección de la infancia y la adolescencia, además de reconocer el derecho que los niños tienen de vivir con su familia.

La responsabilidad que se le adjudica a la familia respecto al cuidado de los niños es notoria, ya que la omisión de ello provocaría daños perjudiciales, puesto que la familia

“engendra relaciones jurídicas de gran trascendencia, tanto entre los integrantes de la pareja inicial, como con respecto a las personas que han derivado de ella. Y este es el aspecto que lleva a considerar la familia, como núcleo jurídico en cuya organización interviene

⁷⁷ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 66.

directamente el Estado regulando las complejas consecuencias legales que este núcleo puede engendrar. Los efectos jurídicos y las normas destinadas a organizar el núcleo configuran una materia especial que se conoce con el derecho de familia.⁷⁸

Por otra parte, una característica importante es la que establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que el concepto de familia, no debe reducirse únicamente al vínculo matrimonial ni a un concepto unívoco e inamovible de familia.

Y esto se confirma citando una decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos⁷⁹ la cual sostiene que el concepto de vida familiar “no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”.

Esto es útil discutirlo porque en efecto no todos los derechos y obligaciones derivan de la vida en matrimonio o derivada de un divorcio, puesto que los modelos de familia en la actualidad superan el concepto clásico del cómo se forma una familia.

En tal sentido sirviendo como base el caso *Atala Ríffo y niñas vs Chile*, resulta oportuno y necesario destacar lo siguiente:

En el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más

⁷⁸ Morales Acacio, Alcides, *Protección penal a la familia*, Bogotá Colombia, editorial Leyer, 2003, p.60.

⁷⁹ La Corte, en la decisión “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, serie A No. 17., citando una decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos.

incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos”⁸⁰

La preocupación por resolver los problemas visibles en los casos de restitución internacional, se hace presente precisamente por la última parte señalada en la postura anterior, la cual va encaminada a evitar el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos, que visible y lamentablemente son observados en los procesos de restitución internacional de niños, en contra del interés superior de la niñez. Problemas que en base al estudio serán presentados con posterioridad.

1.5.4.- Niño o menor, su denominación

Al utilizar la denominación niño o menor, existe una diferencia en cuanto a la utilización del mismo, hablando jurídicamente, porque no solo se relaciona en torno a la edad, sino a su concepción y esencia, la cual varía en base a la interpretación. Actualmente hay posturas doctrinarias, que argumentan que la utilización del término “menor” es denostativo, minimiza su persona y denigra los derechos de su niñez.

Hasta hace algunos años, era común la utilización del término “menor” en los ordenamientos jurídicos, incluso los textos de los tratados y convenios internacionales, incluyendo los que regulan el tema de investigación, contienen y utilizan el término “menor”.

⁸⁰ Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, párr. 120.

Nuria González Martín secunda lo antes mencionado, señalando que en el contexto del Derecho Internacional privado, la denominación clara e indubitada es de “menores”, además afirma que sin ninguna connotación, ni excluyente, así lo veremos desde los títulos de los tratados internacionales más relevantes en la materia v.gr. Convención Interamericana sobre conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores, la Convención Interamericana sobre tráfico Internacional de Menores.⁸¹

En la doctrina también sucede lo mismo, así como en los textos de leyes nacionales, sin embargo con el paso del tiempo se ha ido modificando la utilización del mismo, pasando del manejo del término “menor” a referirse a la “niñez” o “infancia”, considerándolos correctos y menos denostativos que el primero en cita.

Después de haberse cumplido más de dos décadas de la entrada en vigor, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN), esta Convención, propone un modelo distinto, y utiliza el término de “niño” a diferencia de Convenios anteriores, por lo tanto, no cabe ninguna duda de que este instrumento internacional de derechos humanos supuso una de las mayores transformaciones en la concepción de la niñez, desde el punto de vista del derecho, a la vez que trajo consigo profundas implicancias en las actitudes sociales y culturales hacia los niños y las niñas.

En tal sentido la transformación más profunda operada por la CDN fue el reconocimiento del niño y la niña como sujetos titulares de derechos, además de reconocerles el derecho a una protección especial y reforzada debido a su condición de personas en desarrollo y crecimiento.⁸²

⁸¹ González Martín Nuria, *op.cit.*, p. 24.

⁸² Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la Institucionalización en las Américas. OEA/Ser.V/II. Doc/.54/13-17-octubre

En México por ejemplo, hay una ley que para referirse a la niñez, abarca todos sus periodos de edad, lo cual se advierte desde su título siendo la ley general de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Para entender la diferencia entre niño y menor, es importante explicar, el tema de la edad, porque quizás justificando la utilización del término “menor” en los textos jurídicos, podría considerarse que giran en torno al tema de la minoría de edad, catalogada en los Estados.

En tal sentido, Elvira Villalobos de González menciona que no todos los niños son menores, ni todos los menores son niños, la afirmación que realiza se debe a que sostiene que existen etapas para distinguirlos y entre ellas se encuentran la gestación, la primera y la segunda infancia; y en tal sentido aquellos que se encuentran en la pubertad y/o adolescencia.

El Derecho canónico contemplaba la minoría de edad en su canon 88, y consideraba al menor o niño, como todo aquel que no tuviera la edad de veintiún años, y la descripción de ello la realiza en su numeral dos, en el que a la letra dice: “El menor si es varón se considera púber después de cumplidos los catorce años; si es mujer, una vez cumplidos los doce” y en su numeral tres nos habla del impúber el cual es aquel que no ha cumplido los siete años de edad que se le llama infante, niño o párvulo y se le consideraba sin uso de razón.⁸³

Con el paso del tiempo la postura citada por el derecho canónico se ha ido modificando paulatinamente, no solo en la concepción de lo que implica hablar

2013.Oginal español. Véase <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf>

⁸³ L. Mendizabal Oses, en el término infancia de la G.E.R., en Rico Pérez, Francisco, *La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho Civil*, Madrid 1980, Ed. Montecoruo, S.A. p. 21

de temas de niños, sino además de la preocupación por atender a la niñez en diferentes sectores sociales. Para ello, la normativa jurídica también ha desencadenado una serie de avances gradualmente.

La afirmación en la que se alude al niño como falta de razón en el derecho canónico, es una definición que a la fecha no puede quedar firme, pues resultaría insostenible. Es evidente que carece de experiencia, pero no se puede concebir, ni estar de acuerdo con estar privado de razón, por lo menos no, desde una postura particular.

Para lo cual resulta útil mencionar la información que arroja la Oficina de la defensoría de los Derechos de la Infancia, A.C. en el año 2010, en el que se muestra las actividades que puede o no realizar un niño o niña; el cual se encuentra titulado como: “El niño ante la justicia, orientaciones para el operador jurídico, contiene lo siguiente:

SI PUEDEN	NO PUEDEN
Razonar si manipulan objetos	Razonar solo con ideas abstractas
Describir lo que paso	Explicar lo que paso
Señalar/ mostrar con objetos concretos	Describir variables de lugar, ubicación solo con palabras
Describir la sucesión de hechos vividos siguiendo el hilo subjetivo de su recuerdo. Describir lo que sintió y lo que vivió.	Explicar la causalidad que provoco un hecho.
	Ponerse en el lugar de otras personas; describir lo que otras personas hacían.
Narrar los hechos vividos, según golpes de recuerdo y siguiendo un hilo subjetivo.	Narrar objetivamente, estructurando el relato con un inicio, un desarrollo y un fin, para que lo que comprenda quien funge de interlocutor.
	Controlar las emociones mediante la razón y la voluntad.

Lo anterior refleja una postura muy interesante y esto significa “que las niñas, niños y adolescentes son sujetos plenos de derechos, lo que significa un cambio fundamental en la percepción de la infancia, pasando de la idea del “menor” como objeto de compasión-represión a la idea de la infancia-adolescencia como sujetos plenos de derechos.”⁸⁴ Y como bien lo dice la aportación anterior, los niñas, niños y adolescentes, no deben ser atendidos con compasión, ni mucho menos represión, ya que son seres humanos en toda la extensión de la palabra y solo se encuentran en proceso de madurez, en consecuencia del modo de conservar un entorno sano y afectivo en su niñez, dependerá un desarrollo en su etapa adulta.

Ser menor entonces, no significa que se trate de una incapacidad física, o mental, sino más que nada se refiere a una actitud propia de su edad, puesto que la realidad del menor es percibida desde una perspectiva diferente a la observada por los adultos.

Por lo tanto, tomando en consideración al niño en su carácter de persona, este es titular de derechos no sólo en su dimensión jurídica, sino también en su dimensión humana, considerándolo en todo momento como un ser que siente y piensa.

Asociado a lo anterior se observa que el deber de protección especial en términos de “la Declaración Americana se fundamenta en el reconocimiento de las condiciones especiales del niño quien, debido a su desarrollo progresivo en todas sus facetas - a nivel físico, cognitivo, emotivo, psicológico y social depende de los adultos para el efectivo acceso y disfrute de todos sus

⁸⁴ Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan a niñas, niños y adolescentes, Suprema Corte de Justicia de la Nación, véase en <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/publicaciones/protocolos-de-actuacion>.

derechos, así como para el ejercicio de las acciones jurídicas tendientes a exigir los mismos.⁸⁵.

Ciertamente es, que “esta dependencia de los adultos, y su intensidad, se ve modificada de acuerdo con la evolución de las capacidades del niño y grado de madurez.”⁸⁶

Significativamente el término de niñez, varía dependiendo de cada Estado y básicamente se diferencian en el sentido de definir la minoría o mayoría de edad, situación que puede convertirse en un problema al diferir de Estado a Estado, el margen que se considera como minoría de edad, incluso hasta en los propios convenios.

Y es así que por ejemplo, el artículo 34 del Código Civil Colombiano se encuentra con la siguiente clasificación “llámese:

- infante o niño, todo aquel que no ha cumplido siete años;
- impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce;

⁸⁵ Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 185; etc...Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 40° período de sesiones, U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006. párrafo 17.

⁸⁶ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 56 y 60; *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrs. 126 y 134; etc...Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párrafo 184.

- adulto, el que ha dejado de ser impúber, mayor de edad o simplemente mayor, el que ha cumplido veintiún años-, y en menor de edad o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.⁸⁷

Esta clasificación que el código colombiano realiza a detalle, se modifica en México, considerando la mayoría de edad, hasta los 18 años.

La doctrina en México define por su cuenta a los niños, niñas y adolescentes y los clasifica de acuerdo a su edad, y de acuerdo a sus características físicas y fisiológicas además menciona sus limitaciones en algunos aspectos, y lo realiza de la siguiente manera:

Infantes	Impúberes	Los púberes
<p>“Son los menores de siete años.</p> <p>Estos son totalmente incapaces para manejarse por sí mismos y constituyen el grupo de la primera infancia.</p>	<p>Son los niños de siete a doce años.</p> <p>Quienes carecen de aptitud fisiológica para la reproducción; ellos forman la segunda infancia.</p>	<p>Son los adolescentes que no han alcanzado la mayoría de edad.</p> <p>Que aunque fisiológicamente son aptos para la reproducción, no tienen todavía la madurez suficiente para gobernar sus actos, su vida y su patrimonio y se encuentran sujetos a la patria potestad o a la tutela.”⁸⁸</p>

⁸⁷ Umaña luna, Eduardo, *El niño menores de edad investigación y análisis interdisciplinarios*, Universidad Nacional de Colombia, Primera Edición, Bogotá, Colombia 2002, p.16.

⁸⁸ Villalobos de González, Elvira, *op.cit.* p182.

A pesar de las diferencias biológicas, físicas y psicológicas, es indispensable no descuidar, lo que bien advierte el código civil federal, el cual señala que “la minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la dignidad de la familia”.

En conclusión se entiende claramente que el reconocimiento de los derechos de los niños, no están sujetos a negociación deben de ser respetados en sentido afirmativo.

1.5.5.- En que consiste el Interés superior de la niñez

El tema del interés superior de la niñez, es un tema de gran importancia en cualquier estudio a realizar y en cualquier conflicto a resolver, ya que de manera repetida, es notoria la necesidad de no descuidar la protección de la niñez.

En subtemas anteriores se ha hecho mención del concepto de familia, su génesis y su evolución, así como la perspectiva desde el ámbito internacional, particularmente desde convenios internacionales, por lo que, en vías de desarrollo del tema de investigación, no podemos dejar a un lado el tema de la niñez y el interés superior que lo protege, siendo una obligación de la familia, y del Estado.

En lo que se refiere a la comunidad internacional de Estados, ésta a través de la adopción de un gran número de resoluciones y de instrumentos internacionales de diversa naturaleza sobre diversos aspectos relacionados con los derechos de la niñez, ha asentado una clara posición en cuanto a

reconocer que los niños, niñas y adolescentes son titulares de los mismos derechos que los adultos y además merecedores de una protección especial.⁸⁹

Concretamente al iniciar el estudio sobre el interés superior de la niñez, tal como lo cita Nuria González Martín, se debe ser cuidadoso en los aspectos conceptuales o terminológicos ya que, con cierta frecuencia, nos encontramos ante definiciones o conceptos jurídicos indeterminados como es el caso concreto del denominado Interés Superior del menor⁹⁰, por lo que no solamente se trata de hacer alusión al tema de manera indefinida, sino que es necesario estudiarlo detenidamente, ya que el simple hecho de tratarse de un sector vulnerable y delicado como lo son los niños, niñas y adolescentes, requiere ese detallado y cuidadoso estudio en pro de una buena aplicación del mismo.

⁸⁹ Por ejemplo, cada año la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba una “Resolución Ómnibus” dedicada a los derechos de los niños. En la actualidad el Consejo de Derechos Humanos aprueba anualmente una Resolución sobre los Derechos del Niño, y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprueba Resoluciones sobre la Cuestión de la Niñez Afectada por los Conflictos Armados. A su vez, en relación con los procedimientos especiales del sistema de las Naciones Unidas, es de destacar la existencia de mandatos relacionados con los derechos de la niñez, entre ellos se encuentran: la Relatora especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; el Relator especial sobre el derecho a la educación; la Relatora especial sobre la trata de personas, especialmente las mujeres y los niños. Otros procedimientos especiales han abordado también los derechos de los niños dentro de su ámbito temático de competencia, por ejemplo: la Relatora especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud incluidas sus causas y consecuencias; la Relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos; el Relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes; y, el Relator especial sobre los derechos humanos de las personas internamente desplazadas. Adicionalmente, es de destacar la existencia de una Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la violencia contra los niños y una Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la Niñez y los conflictos armados.

⁹⁰ *Ibíd*em p. 31

Porque “uno de los obstáculos que se presenta cuando se trata de definir su significado, es que se trata de un concepto que no es unívoco, sino dinámico, debido a que su contenido de manera diferente para cada niño o niña a partir de su estado particular, considerando diversos aspectos como su situación, desarrollo, contexto cultural, social, sus necesidades, entre otros elementos.”⁹¹

En la búsqueda por encontrar una definición de interés superior de la niñez los argentinos Uriondo de Martinoli y Cruz Pereira señalan que “encontramos legislaciones que han optado por hacer mención al principio, sin atribuirle un concepto específico, evitando una definición que pudiera quedar demasiado rígida⁹², lo que implica que el interés superior de la niñez, se convierta en un concepto sin una definición clara o con una definición muy corta.

Y surge aquí una desventaja, porque no podemos hablar del interés superior del niño, como un concepto preciso, sino contamos con una definición completa, en la que se cuestiona saber ¿cuáles son sus alcances?, ¿que debe incluir?, ¿en qué va a consistir?, o ¿cuáles son sus límites?.

No se puede rehusar que el interés superior del niño, niña o adolescente, es uno de los principios rectores de la Convención de los derechos del niño, y que ha sido interpretado, como el principio rector guía de la misma, lo que significa que con base en él, deben entenderse el resto de los derechos reconocidos en aquella.⁹³

⁹¹ *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan a niñas, niños y adolescentes*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, véase en <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/publicaciones/protocolos-de-actuacion>.

⁹² Tenorio Godínez, Lázaro y Tagle de Ferreyra, Graciela (coordinadores). *La restitución internacional de la niñez*, México, Porrúa, 2011. p. 145.

⁹³ *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan a niñas, niños y adolescentes*, SCJN. *op.cit*, p.19

Ya lo dice Miguel Bruñol, nos encontramos ante el surgimiento de un nuevo derecho de menores, cada día más consolidado y que gira en torno al concepto del interés superior del menor. No obstante, la indeterminación de este concepto jurídico puede producir resultados no deseados, por lo que habrá que aplicarlo en función de los elementos de precisión que el derecho suministra para cada caso concreto.⁹⁴

Por lo anterior, al no tener una definición precisa del interés superior de la niñez, se hará presente lo que establece la regulación jurídica nacional e internacional, en torno al tema.

El artículo 4° en relación al interés superior de la niñez en su párrafo sexto y séptimo se establece el tema de la siguiente forma:

A) Principio del interés superior de la niñez en el marco constitucional

El artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos respecto al interés superior nos dice a la letra lo siguiente:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS
MEXICANOS TEXTO VIGENTE ⁹⁵

Artículo 4

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

⁹⁴ Bruñol, Miguel Cillero, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño en infancia de los derechos y la justicia", Editorial del Preto, 1998.

⁹⁵ Última reforma publicada DOF 08-10-2013

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.⁹⁶

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.⁹⁷

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.⁹⁸

Lo anterior considera de manera ineludible que la postura constitucional es enfatizar la responsabilidad que el Estado tiene encomendado para hacer efectivos los derechos de la infancia y estos tengan la posibilidad de un sano desarrollo en la mayoría de los sentidos.

La postura internacional también ha hecho lo propio, cronológicamente desde la primera Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos de los niños surgió un concepto que ya buscaba definir este principio, sin embargo un buen comienzo, textualmente expresa que “la Humanidad debe conceder al niño cuanto estime mejor y más beneficioso para él”.

En el año de 1959 la Declaración Universal de los Derechos del niño se proclamó en favor de que la humanidad debe reconocer a la niñez en sus

⁹⁶ Párrafo adicionado DOF 07-02-1983

⁹⁷ Párrafo adicionado DOF 18-03-1980. Reformado DOF 07-04-2000, 12-10-2011

⁹⁸ Párrafo adicionado DOF 07-04-2000. Reformado DOF 12-10-2011

derechos y que el Interés Superior de las niñas y los niños debe inspirar a quienes tienen responsabilidades al respecto.

Ya para el año de 1979 se proclama el año Internacional del niño y es en donde aparece la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en la cual en una parte del artículo 5, inciso b contempla en algunas de sus partes el reconocimiento de la responsabilidad común de los hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de los hijos, en la agudeza en el que el interés de los hijos constituirá una parte primordial en todos los casos.

En el año de 1986 la Declaración sobre los principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los niños también reconoce como parte integrante de la misma. Y como un parte aguas de las anteriores nace en 1989 un organismo sobremanera destacable gracias a la firma y ratificación de gran parte de la comunidad internacional y con ello nos referimos a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño del 20 de Noviembre de 1989, en la que destaca como punto base en el artículo 3, fracción I, el reconocimiento de este interés en el cual a la letra dice:

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

La Convención sobre los derechos del niño, al hablar del concepto de interés superior del niño define al mismo de la siguiente forma:

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

ARTÍCULO 3

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

ARTÍCULO 9

1. 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.

Finalmente mencionare cual es la postura que la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece respecto al interés superior del niño “en términos de los artículos 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3° de la Convención sobre los derechos del niño (ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991); y 3° y 4°, 6° y 7° de la Ley de protección de los derechos de niña, niños y adolescentes , los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño, en todas las medidas que tomen concernientes a estos, concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derecho Humanos (cuya competencia acepto el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de la siguiente manera: “la expresión interés superior del niño....implica que el desarrollo de este y el

ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”⁹⁹

Tal y como puede advertirse no es solo una cuestión o decisión unilateral, ni mucho menos se trata de un capricho, en el que se exija por el pleno reconocimiento de los derechos del niño, traducido como interés superior del niño, ya que no solo existe una cobertura en el sector interno, sino además en el sector internacional, que no solo justifica su aplicación, sino que también apremia por su constante reconocimiento.

La relevancia por respetar dicho principio trasciende porque

- a) Porque conlleva a que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos del niño, niña o adolescente
- b) Porque coloca los derechos de la niñez sobre otros intereses especialmente si entran en conflicto con aquellos.
- c) Porque obliga a que en toda decisión concerniente al niño, niña o adolescente se valore el impacto de la decisión en su futuro.
- d) Obliga a la autoridad a actuar más allá de la demanda puntual que se le presenta cuando esto se en aras del interés superior del niños, niña o adolescente.¹⁰⁰

En conclusión, la afectación que resultaría de la omisión en la aplicación de este principio del interés superior del niño, generaría una afectación directa en el futuro de los niños, niñas o adolescentes, por lo que finalmente citaríamos la

⁹⁹ Tesis aislada: 1° CXLI/2007, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XXVI, julio de 2007, p.265.

¹⁰⁰ *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan a niñas, niños y adolescentes*, SCJN, *op.cit.*p.19.

frase de Mirko Badiele, que reza de la siguiente forma: “sobre cada niño se debería poner un cartel que dijera tratar con cuidado contiene sueños”.

1.6.- Guarda, custodia y patria potestad

Dentro de los elementos de la restitución internacional de la niñez, encontramos este tema, como esencial, ya que al no respetarse la custodia por alguno de los progenitores, e infraccionar dicho derecho, trasladando o reteniendo a un hijo en un lugar distinto, fuera de su residencia habitual, de manera ilícita, sin el consentimiento para el traslado o extensión de tiempo, necesariamente deberá solicitarse una restitución internacional del niño.

Para comenzar, es importante destacar que “custodiar es la acción de guardar con cuidado una cosa o una persona. La palabra proviene del verbo latino *curare*, que quiere decir cuidar.”¹⁰¹ A lo anterior y sobre todo enfatizando el tema al rubro, se encuentra que la guarda y custodia es una figura derivada de la filiación y el parentesco, y se encuentra regulada dentro de la institución de la patria potestad, es decir la “custodia es uno de los deberes y derechos que nacen de la patria potestad”¹⁰².

La Constitución española por ejemplo en su “artículo 39.2 señala que la patria potestad se otorga por ministerio de ley a ambos progenitores con independencia de que estén casados o no siendo la patria potestad un concepto amplio que engloba los derechos de custodia y visita.”¹⁰³

¹⁰¹ Villalobos de González Elvira, *op.cit*, p.179.

¹⁰² *Idem*

¹⁰³ Marin Pedreño, Carolina. *Sustracción Internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*. España, 2015, Editorial Ley 57, p.37.

En México sucede lo mismo, la patria potestad está implícita dentro de las obligaciones de los padres, que únicamente se perderá, por casos excepcionales, sin embargo se conserva aún y cuando lo padres estén separados.

Un punto importante, es destacar que la patria potestad se encuentra ejercida mientras los infantes no hayan cumplido la mayoría de edad, la cual en México está establecida a quienes no hayan cumplido dieciocho años, pues llegada esa edad, significaría alcanzar la mayoría de edad. Otra manera de desligarse de dicha responsabilidad es mediante la emancipación *vgr.*, cuando un menor de edad (menor de dieciocho años, en México), contrae matrimonio.

“Jurídicamente hablando, la custodia es el primer deber de los padres respecto a sus hijos menores no emancipados. Este deber de custodia y cuidado se traduce en el deber de tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado”¹⁰⁴

Ahora bien, incluso en ausencia de los padres, las leyes que regulan la materia familiar hablando de México, determinan en un escalafón de familiares directos, quienes en ausencia de los padres serían los responsables de la guarda y custodia.

Edgar vaqueiro apunta que la patria potestad consiste en “el poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes.”¹⁰⁵

Ahora bien, en el caso en que los padres que ejerzan la patria potestad decidan vivir separados, por diferentes causas que lo motiven (como el divorcio o separación en el caso de concubinato), los menores tendrán que estar a cargo

¹⁰⁴ Villalobos de González Elvira, *op.cit*, p.179.

¹⁰⁵ Pereznieto Castro, Leonel y Silva Silva Jorge Alberto. *op.cit* .p.257.

de alguno de ellos, y es en este momento, en el que se conecta directamente el concepto de guarda y custodia, que ejercerá algunos de los progenitores.

Esto es visible, en el ejercicio de la patria potestad porque comprende tres áreas como lo son: custodia, representación y administración de los bienes del hijo, palpablemente su ejercicio va acompañado y en conjunto, cuando exista como lo denomina Lizandro Cruz Ponce como “armonía conyugal”¹⁰⁶, y es cuando alguno ejercerá la guarda y custodia del menor.

En si la patria potestad, la custodia o la tutela son los derechos que se ejercen contra cualquier persona que quiera perturbar los derechos del pupilo, suponen como explica Pedro Pablo Miralles Sangro, “mecanismos de protección en el ámbito de la familia”¹⁰⁷.

Pero es importante destacar que la patria potestad también puede extinguirse, perderse o suspenderse, según sea el caso.

Pereznieto ilustra con un ejemplo, como en el caso de Colombia se puede perder la patria potestad al padre que haya sido condenado a prisión, situación que en México no se encuentra regulada de en tal forma, ni con dichos efectos.

Si buscamos el concepto de guarda y custodia podemos encontrarlo como un pacto voluntario o por decisión judicial que determina cuál de los cónyuges en proceso iniciado o terminado de separación o divorcio habrá de atender del

¹⁰⁶ Cruz Ponce, Lisandro Derechos de la niñez, Patria potestad y guarda alternativa y conjunta o compartida, México 1990,p.63

¹⁰⁷ Pereznieto Castro, Leonel y Silva Silva Jorge Alberto. *op.cit* p.258

cuidado de los hijos menores de edad (o incluso mayores de edad, hasta que no hagan vida independiente) habidos en el matrimonio.¹⁰⁸

La expresión "guarda", "cuida", "custodia" o "tutición" de los hijos debe considerarse en su sentido más amplio. Comprende, el cuidado personal del hijo, su protección, vigilancia y dirección; dotarle de elementos necesarios para su pleno bienestar físico, proporcionarle los medios recreativos propios de su edad, velar por su salud integridad física; otorgarle alimentación y vivienda adecuadas; atender su educación velar por su preparación técnica científica y cultural todo ese conjunto de deberes podrá realizarse en mayor o menor grado, en la medida de los recursos de que dispongan.¹⁰⁹

Cierto es que ya sea que se cuente o no con la guarda y custodia de los hijos, los progenitores, (padre y madre) tienen deberes que no se agotan por una separación física y al respecto Elizabeth González Reguera hace una clara separación:

Con custodia

Derechos: El propio disfrute de los hijos, tomar decisiones que afectan a los niños diariamente, administración de sus bienes y de pensión alimenticia.

Obligaciones: Alimentarles, educarles, darles compañía y el cariño necesario, El progenitor que tiene la custodia también debe facilitar

¹⁰⁸ Guarda y custodia de menores véase, <http://www.consumoteca.com/familia-y-consumo/consumo-y-derecho/guarda-y-custodia-de-menores>, consultada 18 abril 2012.

¹⁰⁹ Cruz Ponce, *op. cit.*, p.63

el cumplimiento del régimen de visitas así como informar al otro de las incidencias importantes que le sucedan al menor.

Sin custodia

Derechos: Disfrutar del régimen de visitas acordado, ser informado de todas incidencias importar, ejercer la patria potestad, que sigue siendo compartida salvo que el juez indique lo contrario y la posibilidad de acudir al juez en caso de que se produzca algún incumplimiento.

Obligaciones. Cumplir con todo lo acordado en el convenio regulador; régimen de visitas, pensiones alimenticias, así como velar por ellos en todo lo que se refiere a salud, educación desarrollo integral de su persona.

Finalmente mencionare que el Convenio de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, señala que el derecho de custodia 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.

Entiéndase que uno de los objetivos de dicha Convención versa sobre la protección de ese derecho de custodia, cuando este se infracciona por un traslado o retención ilícita a nivel internacional.

1.6.1- Derecho de custodia

Cuando se habla de derechos de custodia, tanto en el ámbito del derecho interno como al que se refiere la Convención, varios son los autores que manifiestan una errónea interpretación en las sentencias, Carolina Marín Pedreño, opina al respecto que incluso han sido obstáculo de retorno del menor.

El derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y en concreto el de decidir su lugar de residencia.¹¹⁰

Sin embargo este derecho no implica que el o los padres, o las personas que ejerzan la custodia, puedan realizar cualquier acto de poder sobre los niños.

De ahí que México como país signante de las Convenciones relacionadas al tema de la restitución y sustracción internacional de menores, está obligado, según acuerdos internacionales a adoptar todas las medidas legislativas, 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 encuentra bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

El derecho de custodia se reconoce en la Convención sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores que lo define como el relativo al cuidado del menor en especial, al de decidir su lugar de residencia“. En realidad, esta convención no regula la custodia ni indica el derecho aplicable a la misma, ni quien es la autoridad competente para constituir la, solo supone o da por hecho la existencia de la custodia, estableciendo mecanismos de cooperación.

Por su parte la convención de la Haya sobre sustracción de menores tiene un concepto propio sobre la custodia. Citado en su artículo 5º al referir que el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor.

¹¹⁰ Artículo 3, Convención Interamericana sobre Restitución internacional de menores

1.6.2.- Derecho a ser escuchado o derecho de escucha

El Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan a niñas, niños y adolescentes emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, clasifica este título como un principio que denomina derecho a participar.

De manera lógica cuando se escucha este tema, se puede entender que se refiere a un acto, que debe atenderse esencialmente, y que además es necesario tener en cuenta en cualquier momento en el que un niño se encuentre inmerso, principalmente cuando se habla de la intervención del menor en los procesos judiciales, y este derecho o principio se encuentra ligado directamente con el principio de interés superior del niño.

Ciertamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes prácticamente tienen que estar protegidos o custodiados por los progenitores, en virtud de que esos derechos y obligaciones nacen principalmente de la familia y solo se permite la intervención del sistema protectorio de las autoridades públicas cuando existe una falla en el grupo primigenio.¹¹¹

Sin embargo, cuando surge la necesidad de recurrir a la intervención jurisdiccional, es sumamente importante que todo niño, niña o adolescente tenga derecho a expresar sus opiniones libremente y en sus propias palabras, y a contribuir especialmente sobre las decisiones que le afecten, incluidas las adoptadas en el curso de cualquier proceso de justicia, y a que estos puntos de vista sean tomados en consideración según su edad, madurez y evolución de su capacidad.¹¹²

¹¹¹ Dreeysin de Klor, Adriana, *op.cit.*p.107.

¹¹² *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan a niñas, niños y adolescentes*, SCJN, *op.cit.* p.27.

Es decir que en ningún momento debe soslayarse dicho principio, porque el omitir considerarlo es restarle mérito a su papel de persona y de ser humano.

Esto además les va a permitir tener un papel activo en la determinación de su propio interés y que su punto de vista sea tomado en consideración al momento de adoptar decisiones que le afecten directa o indirectamente.¹¹³

Opiniones contrarias dirían que la falta de madurez en un niño pierde objetividad en algunos casos, sin embargo y muy a pesar de la falta de madurez que pueda tener un niño, este es un derecho que no debe estar en negociación, sino que simplemente debe respetarse, en todo momento y especialmente en los procesos judiciales.

Y resulta del todo importante incluir este derecho y sobre todo respetarlo, puesto que en repetidas ocasiones, ve sumamente transgredido, y puesto en segundo plano, en los casos de restitución internacional de niños, puesto que a veces se omite escucharlos y en los casos que se les da la oportunidad a manifestarse, se resta importancia a su participación, y se coloca en segundo plano.

1.6.3.- Derecho de visita

La Convención de la ONU de los Derechos del niño de 1989, establece que los padres deben mantener comunicación con sus hijos.

Lo que significa que cuando exista la ausencia de alguno de los padres, el hijo tiene el derecho a comunicarse con su padre o madre por cualquier medio o

¹¹³ Idem

visitándolo. Es decir el derecho no debe impedir el derecho del menor a convivir con uno u otro de sus padres.¹¹⁴

De acuerdo al ámbito internacional en el que se desarrolla la Convención de la ONU “se reconocen dos direcciones migratorias orientadas a la integración, los cuales consisten en el derecho de salir de su país para visitar o reunirse con su familia y el derecho de entrar para reunirse con su familia, que se enfatiza en la “reunión de la familia”¹¹⁵

Luego entonces “el niño cuyo padre (o padres) residan en Estados diferentes de la comunidad internacional tiene derecho a mantener, periódicamente, salvo circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres a lo que se le conoce como derecho de visita, que también se dice es parte del derecho de convivencia”.¹¹⁶

Esto significa que en el ámbito internacional, el derecho de integración familiar se ha reconocido con mayor énfasis en favor de los menores que tienen el derecho de permanecer con sus padre o visitarlos.¹¹⁷

En el desarrollo del derecho convencional internacional solo la última hipótesis (la visita) ha sido abordada, seguramente porque se trata de uno de los derechos humanos más apreciables.

¹¹⁴ Semanario judicial de la federación, AR 4940/99, Lucia López Calzada y Adolfo Ramos Lemus, 28 de enero del 2000, unanimidad de votos. Ponente Rafaela Reyna Franco Flores, secretaria del tribunal autorizada por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de magistrada: Leticia Araceli López Espíndola.

¹¹⁵ Pereznieto Castro, Leonel. y Silva Silva Jorge Alberto. *op.cit.*, .p 298

¹¹⁶ Idem.

¹¹⁷ Idem

Tanto la Convención Interamericana sobre restitución Internacional de menores, como el Convenio de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, definen el derecho de visita como el “Derecho de llevar al menor por un periodo de tiempo limitado a otro lugar diferente de aquel en que tiene su residencia habitual”

Otra definición es la aportada por Nuria González Martín quien cita que el derecho de visita, comprenderá el derecho de llevar al menor por un periodo de tiempo limitado a un lugar diferente del de su residencia habitual.¹¹⁸

Lo anterior quiere decir que el niño cuyo padre o padres residan en Estados diferentes de la comunidad internacional, tiene derecho a mantener periódicamente, salvo circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres o con aquel del que este separado.

Como ya se había planteado con anterioridad, el derecho de visita también es conocido como derecho de convivencia. Derecho que significativamente es un derecho humano universal que debe ser respetado en cada Estado.

También es conocido como régimen de visita, que de una forma más extensa se refiere a casos en que el menor viva con uno de los padres en consecuencia el otro progenitor, podrá y deberá ejercer únicamente la custodia física en los tiempos designados, como en el caso de vacaciones, fines de semana, fiestas, días después de la escuela, pasar juntos la cena y regresarlo a casa o cuando duerma con él entre semana en días de escuela, por mencionar algunas situaciones objeto de los acuerdos o resoluciones que influyen directamente en la convivencia del menor, con uno o ambos padres e igualmente podrá

¹¹⁸ González Martín Nuria, y Rodríguez Jiménez, Sonia, *op.cit.*, p.120

resolver sobre las cuestiones no fundamentales y del día a día durante los tiempos de convivencia fijados para el padre como régimen de visitas.

Como puede observarse cualquier situación, que sea de relevancia en la vida o salud integral del niño, deberá ser consultada entre ambos padres, pero específicamente consultada y tomada por el progenitor que ejerce la guarda y custodia.

El hecho de que se haya determinado que a uno de los padres le corresponde la guarda y custodia, y en consecuencia el hijo o los hijos vivan en el domicilio de este, considerándose su como residencia habitual, no significa que por el contrario el otro padre, aun viviendo en otro lugar, se vea impedido a trasladar a sus hijos fuera de ese domicilio, siempre y cuando ese traslado sea con consentimiento del padre que ostenta la guarda y custodia o de lo contrario se consideraría un traslado ilícito. El fundamento jurídico internacional se observa reflejado en el artículo 10 de la Convención de los derechos de los niños.

Artículo 10

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. 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. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

El abordar los problemas que se enfrentan en los procesos de restitución internacional de la niñez, es con el propósito de defender el interés superior del niño, en todo momento, que además de lograr el retorno inmediato, también es con el propósito de no limitar la convivencia y visitas con un solo padre, lo que implica que se respete una guarda y custodia judicial, previamente asignada y que además no se pierda la convivencia y visitas de acuerdo a lo ya establecido

En tal tesitura, los problemas derivados de un traslado o retención ilícita, son evidentemente significativos en la vida de cualquier niño que se encuentre expuesto en tal supuesto.

1.7.- Residencia habitual

El concepto de residencia habitual, aunque bien pudiera asociarse y semejarse al concepto de domicilio, los doctrinarios se encargan de dilucidar esa postura, en base a ciertas explicaciones, aunque particularmente consideraría si van totalmente ligados ambos conceptos y quizás la diferencia sea el sector al que va dirigido que es al de la niñez. Por lo que para generar el ánimo de apreciación, basta arrojar dichas posturas.

La profesora Elisa Pérez Vera, en su informe explicativo del párrafo 66, indica que el concepto de residencia habitual es un concepto que se encuentra bien definido en la Conferencia de la Haya y que se entiende como un asunto de puros hechos, de los que difiere en particular del concepto de domicilio, ya que alude al centro de vida del menor.¹¹⁹

Y respecto al centro de vida, Fresnedo señala lo siguiente:

Esa solución supera las dificultades que planteaba la conexión domiciliar clásica en materia de menores y debe ser interpretada como el lugar donde efectivamente vive el menor, donde asiste a la escuela, recibe atención médica, tiene amigos y otras conexiones culturales, deportivas, etc, las cuales constituyen elementos indicativos del lugar de realización del referido punto de conexión factico y que deberá, en caso de duda, ser desentrañado por el Juez.¹²⁰

Carolina Marín Pedreño, define a la residencia habitual de un niño como el lugar en que estado físicamente durante un tiempo suficiente que le ha permitido integrarse, de forma que el niño, tiene un grado de voluntad suficiente de permanecer allí.

Para permanecer en una residencia habitual, el aspecto voluntario de niño se modifica, cuando se resuelven los juicios en los que a criterio del juzgador, que conoce del asunto, se definirá a que progenitor le corresponde la guarda y custodia del niño y por consecuencia será el que determinara su residencia habitual, en ese momento se deja un poco de lado, la voluntad del niño, y si

¹¹⁹ Tenorio Godínez, Lázaro; Tagle de Ferreyra Graciela, *op.cit.*p. 274.

¹²⁰ Idem

además se consideran reglas como lo que sucedía en México con los niños menores de siete años, quienes salvo sus raras excepciones, se consideraba corrector que durante esos primeros años de vida, quedaran al cuidado de la madre.

En el artículo 282, Apartado B, fracción II del Código Civil, para el entonces llamado Distrito Federal, ahora ciudad de México, se establecía un principio rector del otorgamiento de la guarda y custodia de los menores de doce años a favor de la madre, pues por razones naturales, culturales y sociales, la mujer se encuentra mayormente capacitada para atender a los hijos con esmero y eficacia, y por ello, debe tener preferencia sobre el padre, a menos que se demuestre que la conducta de ésta.¹²¹

¹²¹ En un recurso de revisión que se interpuso, básicamente se sostuvo que la presunción de idoneidad contenida en el numeral del código civil citado, así como la interpretación que el Tribunal Colegiado de Circuito realizó del mismo, transgreden los artículos 1° y 4° de la Constitución Federal, pues vulneran el principio de igualdad y no discriminación al tomar una decisión basándose en cuestiones de género y edad. Además, señaló que la conclusión a la que arribó el órgano jurisdiccional no se efectuó a la luz del interés superior de las menores, pues no se valoraron las condiciones que representarían un mayor beneficio para ellas basado en las aptitudes reales de ambos padres, sino que únicamente se obedeció a cuestiones biológicas, lo cual, representaba un desequilibrio procesal para el padre. El asunto llegó al conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Al respecto, los Ministros de la Primera Sala precisaron que el artículo 282, apartado B, Fracción II, tercer párrafo del Código Civil para el Distrito Federal abrogado, ya había sido motivo de estudio por parte del Alto Tribunal del país, al analizarse si la preferencia que da esa norma a la madre, como persona encargada de la guarda y custodia de menores de doce años, era contraria a los artículos 1° y 4° constitucionales, 3 en donde se llegó a las siguientes conclusiones: • Que de un análisis a las normas sobre guarda y custodia, a partir de la Novena Época, se interrumpió el criterio que enmarcaba el interés social que perseguía que los menores de doce años permanecieran al lado de su madre por ser la más capacitada para atenderlos, pues dicha preferencia se basa en estereotipos de género que resultan incompatibles con el principio de igualdad. • Que a partir de lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño, si bien son constitucionales las normas que privilegian que los menores permanezcan hasta cierta edad con su madre, lo cierto es que el juzgador está en posibilidad de determinar que, en aras del interés superior del menor, éstos queden bajo la guarda y custodia del padre. • Que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha separado de las justificaciones que presumen que la mujer goza de mayor aptitud para el cuidado familiar, toda vez que la realidad

En el año 2014 el artículo antes citado fue revisado por la Suprema Corte de Justicia de la nación y se determinó que era constitucional, siempre y cuando favoreciera el interés superior de la niñez y además reconoció que la Corte, se ha separado de las justificaciones que presumen que la mujer goza de mayor aptitud para el cuidado familiar, toda vez que la realidad social y las costumbres imperantes en el núcleo social nacional, así como los roles establecidos en la familia, han evolucionado, logrando una mayor participación de los hombres en el cuidado de los hijos.

Por su parte y de manera muy acertada, la jurisprudencia del Tribunal Europeo (TJUE) considero características importantes para determinar a que nos referimos cuando hablamos de residencia habitual, considerando “ la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro o del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado.”¹²²

social y las costumbres imperantes en el núcleo social nacional, así como los roles establecidos en la familia, han evolucionado, logrando una mayor participación de los hombres en el cuidado de los hijos. • Que por tanto, para determinar a cuál de los progenitores corresponde la guarda y custodia de un menor, se deben examinar las circunstancias especiales del caso tomando el interés superior del niño como principio rector, a fin de lograr un estudio objetivo de las aptitudes reales de los padres, que resulte acorde al principio de igualdad, es decir, que se realice libre de visiones estereotipadas de género y se incluya la complejidad de la dinámica familiar. : Amparo directo en revisión 1958/2017, Ministro Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Votación: El asunto fue resuelto por mayoría de cuatro votos a favor de los Ministros José Ramón Cossío Díaz, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández, en contra del emitido por el Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo. Primera sala.

¹²² Marín Pedreño, Carolina. *op.cit*, p.4.

Este tema es un eje importante en los casos de restitución internacional de la niñez, toda vez que uno de los objetivos plasmados en la Convención de la Haya de 1980, es lograr el retorno inmediato del niño a su residencia habitual.

1.7.1.- Traslado o retención ilícita

Debe entenderse que una solicitud de restitución internacional de niños, puede y debe solicitarse cuando ocurre de manera previa e inesperada un traslado o retención ilícita, sin permiso y consentimiento del padre o madre, trasladándolo a un país distinto y violando un derecho de custodia.

Al respecto el convenio de la Haya de 25 de octubre 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, menciona lo siguiente.

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; y

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.

Sonia Rodríguez Jiménez agrega que el progenitor que no detenta la custodia del niño, pero si dispone del derecho de visita suele utilizar con frecuencia los periodos de visita al menor para atraer hacia si al hijo y alejarlo de quien tiene bajo su custodia.

Y en relación a esto cabe mencionar un problema que ha ocurrido siempre, solo que ahora goza de reconocimiento y se le ha aportado un nombre y a esto he de referirme a la alienación parental, y aun cuando no es tema objeto de estudio, no debemos esquivar que este problema trae como probable efecto un traslado o retención de hijos, que en repetidas ocasiones forma parte detonante entre los padres o madres hacia hijos por una mala convivencia con el padre o madre que no detenta la guarda y custodia.

Lamentablemente, es común utilizar y quebrantar el derecho de visita para trasladar o retener a un hijo lejos de su residencia habitual, con lo que se infringe la “custodia” del menor ya atribuido al otro progenitor.

Sonia Rodríguez Jiménez sostiene que mientras que el traslado es lícito, la retención del niño se torna ilícita una vez pasados los días de visita asignados o acordados sin que el niño, niña y adolescente se devuelva al otro padre.

En resumen hay traslado o retención ilícita de un niño cuando ha sido trasladado a otro país o jurisdicción, sin el consentimiento de la persona, institución u organismo que tiene derechos de custodia sobre el traslado ilícito o bien, este ha sido retenido, igualmente sin el consentimiento de la persona, institución u organismo con derechos de custodia sobre el fuera de la jurisdicción donde reside habitualmente retención ilícita. ¹²³

El traslado o retención ilícita, son situaciones con las que la Convención de la Haya lucha en los casos de restitución internacional de la niñez, ya que de su

¹²³ Ibídem, p.35.

regulación pretende lograr el retorno inmediato del mismo a su residencia habitual toda vez que se ha infraccionado un derecho de custodia.

1.7.2.- Sustracción

La infracción al derecho de custodia, para privar la convivencia entre el padre o madre con su(s) hijo(s), sustrayéndolo o reteniéndolo fuera de su residencia habitual, no necesariamente acontece o se deriva de la separación de padres, que infraccionan un derecho de custodia, que haya sido otorgado judicialmente, mediante una sentencia, y como consecuencia de un divorcio. Pues existe la posibilidad de que este traslado o retención, acontezca sin consentimiento del progenitor, con el cual los hijos tenían su residencia habitual, en parejas separadas, que no necesariamente vivían en matrimonio y que culminaron en divorcio, pues este supuesto también puede acontecer en el concubinato o en una simple relación, en el que indiscutiblemente existan hijos.

Sin embargo, en la presente investigación se centrara únicamente en los casos que derivan de la infracción a un derecho de custodia otorgado judicialmente, y derivado de un divorcio con la finalidad de acotar el tema.

Se trata de un traslado ilícito cuando no hay consentimiento al padre para realizar dicha acción toda vez que no detenta la guarda y custodia definitiva, otorgada por un juez y en los casos de retención del niño, puede haber consentimiento para trasladar, con el acuerdo de devolver al niño en cierto periodo, para que visite o conozca un lugar distinto al de su residencia habitual, sin embargo, se torna ilícito cuando no se devuelve al niño, en el periodo establecido y además se le retiene en un país distinto al de su residencia habitual, produciendo acciones de ocultamiento, y en casos extremos hasta cambio de identidad de forma ilegal, con tal de que este hijo o hijos no regresen con el progenitor que posee la guarda y custodia definitiva.

Dicho en otras palabras la sustracción es el simple traslado de un menor a un lugar distinto de aquel en el que reside con quien ejerce su guarda y custodia de conformidad a la ley y la resolución judicial correspondiente.¹²⁴

El tema de la sustracción, no va ligado exclusivamente a solicitar una restitución internacional de la niñez, ya que el traslado o retención puede darse de manera interna, trasladando a un hijo dentro del propio país en el que resida, infringiendo el derecho de visita de manera incorrecta, trasladando o reteniendo al niño, en un estado que no residía, un ejemplo claro, sería que acontezca en el contexto interno de la República Mexicana. Entonces se entiende, que la solicitud de restitución internacional de la niñez, únicamente aplica en los casos en los que el niño sea trasladado de un país a otro, hablando geográficamente.

Sonia Rodríguez Jiménez menciona que hoy en día, al configurarse la sustracción de un menor por sus padres estamos ante un daño, ante lesión a un interés humano tutelado, valorado normativamente como antijurídico e imputable, objetiva y subjetivamente, cuyo origen y motivo se encuentra en la conducta humana, la cual está ligada por una relación de casualidad.

Nuria González Martín, en sus propias palabras y de manera más sintetizada señala que cuando el menor sea desplazado fuera del lugar de su residencia habitual y sea sometido a una custodia de facto a cargo de quien carece de la custodia permanente e incluso temporal, se trata del caso típico de plagio o secuestro de menores. Sin embargo, el tema de secuestro en la práctica jurídica, lleva implícito tintes penales, materia que no se pretende englobar en esta investigación.

¹²⁴ Pérez Contreras, María de Montserrat, *El entorno familiar y los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes: una aproximación*, México, Boletín Mexicano de Derecho comparado, número 138, pp. 1151-1168, bibliojurídicas UNAM. p.1162.

Ciertamente se es consciente, de que esta investigación no se limita, ni se convierte en rígida, al hablar de casos de sustracción y restitución internacional de la niñez, puesto que se reconoce que el fenómeno de estos casos, abre causas en otro sentido, y uno de ellos podría encuadrar en una acción penal, ya que se es consciente de lo multifactorial del tema, que evidentemente es necesario profundizar en las investigaciones sin embargo este trabajo se acotara al aspecto civil.

No obstante a lo anterior, resulta oportuno reflejar, como el fenómeno de la sustracción en México, está tipificada en los códigos penales, de los cuales a efecto de ejemplo se mencionaran el de Morelos, Chiapas y ciudad de México. Comenzando en el orden citado

CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MORELOS¹²⁵

CAPÍTULO II SUSTRACCIÓN O RETENCIÓN DE MENORES O INCAPACES ARTÍCULO 203.- Al que sin tener relación familiar o de tutela con un menor de edad o incapaz, lo sustraiga o lo retenga, sin el consentimiento de quien tenga su legítima custodia o guarda, se le impondrá de uno a cinco años de prisión.

Si el agente es familiar del menor, pero no ejerce la patria potestad o la tutela sobre él, se le aplicará hasta la mitad de la sanción prevista en el párrafo anterior. Cuando quien sustrae o retiene indebidamente al menor o al incapaz lo devuelve espontáneamente dentro de los tres días siguientes a la consumación del delito, se le impondrá hasta una tercera parte de la sanción señalada. El juez podrá prescindir de dicha sanción si lo considera pertinente, en vista de las circunstancias del caso. Los delitos previstos en este artículo se perseguirán por querrela de quien

¹²⁵ Código penal para el estado de Morelos. Última reforma: 21-03-2018

tenga derechos familiares o de tutela con respecto al menor o al incapaz.

Del código penal de Chiapas se advierte en su contenido en los artículos 223 y 224 la sustracción de menores sin que existan lazos de parentesco y se establece también su penalización, sin embargo el artículo 225 del código penal, es el artículo que ocupa debido al tema de investigación desarrollado, para lo cual se agrega el contenido mencionado.

CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE CHIAPAS¹²⁶

Retención y Sustracción de Menores y los que no Tengan Capacidad de Entender el Significado del Hecho

Artículo 223.- Al que sin tener relación familiar, de parentesco o de tutela con un menor de edad o con un incapaz, lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o su guarda, se le impondrá prisión de uno a cinco años y de cien a quinientos días multa. A quien bajo los mismos supuestos del párrafo anterior sustraiga a un menor o a un incapaz de su custodia legítima o de su guarda, se le impondrán de cinco a quince años de prisión y de doscientos a mil días multa.

Artículo 224.- Si la sustracción tiene como propósito incorporar al menor o incapaz a círculos de corrupción de menores o incapaces o traficar con sus órganos, las penas se aumentarán al doble.

Artículo 225.- Si el sujeto activo de la sustracción del menor o del incapaz no tiene la finalidad de corromperlo, es familiar del sustraído pero no ejerce la patria potestad o la tutela sobre el mismo, o no ejerce

¹²⁶ Código penal para el estado de Chiapas. Última reforma P.O. 06-07-2016

la guarda o custodia por resolución judicial, se le impondrá la mitad de las penas previstas para el delito de sustracción.

Lo anterior refleja un avance al clasificarse ya en materia penal, sin embargo la recurrencia en los que se solicita la implementación de dichas sanciones hacia los padres es la parte interesante, porque la sanción no es muy elevada.

Finalmente agregare lo que establece el Código Penal¹²⁷ para la ciudad de México, referente a las sanciones a padres sustractores.

CAPÍTULO VI RETENCIÓN Y SUSTRACCIÓN DE MENORES O INCAPACES

ARTÍCULO 171. Al que sin tener relación de parentesco, a que se refiere el artículo 173 de este Código, o de tutela de un menor de edad o incapaz, lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o su guarda, se le impondrá prisión de uno a cinco años y de cien a quinientos días de multa.

A quien bajo los mismos supuestos del párrafo anterior los sustraiga de su custodia legítima o su guarda, se le impondrá de cinco a quince años de prisión y de doscientos a mil días multa. (REFORMADO, G.O.D.F. 29 DE SEPTIEMBRE DE 2015) ARTÍCULO 172. Si la retención o sustracción se realiza en contra de una persona menor de doce años de edad, las penas previstas en el artículo anterior se incrementarán en una mitad. Si la sustracción tiene como propósito incorporar a la persona a círculos de corrupción de menores, la mendicidad o traficar con sus órganos, las penas se aumentarán en un tanto. ARTÍCULO 173. Se impondrá de uno a cinco años de prisión y de cien a quinientos días multa, al ascendiente, descendiente, cónyuge, pariente colateral o afín

¹²⁷ Publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002. Última reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 22 de diciembre de 2017

hasta el cuarto grado, que sustraiga, retenga u oculte a un menor o incapaz y que sobre éste no ejerza la patria potestad, la tutela o mediante resolución judicial no ejerza la guarda y custodia. Cuando el sujeto devuelva espontáneamente al menor o al incapaz, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del delito, se le impondrá una tercera parte de las sanciones señaladas.

Al padre o madre que, sin tener la guarda y custodia del menor o incapaz que viva en el Distrito Federal, lo sustraiga, retenga u oculte fuera del Distrito Federal o fuera del territorio nacional, se le aumentarán en una mitad las penas previstas en el primer párrafo de este artículo. Se equipara al delito de retención, sustracción u ocultamiento de menor o incapaz, y se sancionará con las penas señaladas en el primer párrafo del presente artículo, a la persona que mediante amenazas o engaños obtenga del padre o madre que tiene la guarda y custodia del menor o incapaz, el consentimiento para trasladarlo, con la finalidad de retenerlo, sustraerlo u ocultarlo fuera del Distrito Federal o fuera del territorio nacional. La pena señalada en el primer párrafo se aumentará en una mitad al cónyuge que sustraiga, retenga u oculte a un hijo menor de edad o incapaz, con la finalidad de obligar al otro cónyuge a dar, hacer o dejar de hacer algo.

Lo anterior muestra que en México se ha avanzado en la tipificación de conductas en materia penal para atacar este tipo de situaciones.

Sin embargo para efectos de estudio del presente trabajo nos enfocaremos a los aspectos civiles que involucra el requerir una solicitud de restitución internacional infantil.

1.7.3.- Sustracción Internacional de menores

A diferencia de la sustracción interna, el tema de restitución internacional de la niñez, implícitamente deriva de una sustracción de carácter internacional, la cual da inicio derivado de un traslado de un niño fuera de su residencia habitual a un lugar distinto del cual fue señalado, esto es que geográficamente se está hablando del traslado a un país distinto y jurídicamente hablando a un Estado-nación distinto, que trae como consecuencia la necesaria solicitud de una restitución internacional de menores, aclarando que la utilización del término menores, es tal y como los convenios encargados del tema lo citan, recordando que el termino correcto y actualizado gira en torno a la “niñez”.

Ahora bien el derecho de un niño a permanecer con su familia o con quien legalmente ejerce el derecho de custodia se ve afectado cuando se le impide ese derecho, ya sea por desplazamiento o retención ilícitos. Esto ocurre cuando se quebranta el derecho de visita o el de custodia.¹²⁸

Sonia Rodríguez Jiménez en su libro, “la sustracción internacional de menores por sus propios padres, su des tipificación en México” nos da una definición de sustracción, desde una arista social que es como ella lo llama enfatizando lo siguiente:

El punto de partida necesario consiste en afirmar que la sustracción es la acción que conlleva la vulneración de los derechos de guarda/custodia, convivencia/visita/contacto, asignados o por asignarse por autoridad competente, o sencillamente acordado por los padres; una acción que implica la necesidad de llevar a cabo un proceso restitutorio respecto del menor de edad, eficaz, expedito, transparente,

¹²⁸ Treviño Sosa, José “El drama de la sustracción internacional de menores” en el Mundo del abogado año 5, núm.46, 2003, p 57.

con reducción de formulismos y formalidades, en el cual se respeten las debidas garantías.¹²⁹

Y precisamente abordar estos temas para explicar la problemática, dan la pauta para precisar que sucede en el contexto internacional.

1.7.4.- Restitución Internacional de menores

Hablar de restitución internacional de menores, como lo definen las convenciones internacionales¹³⁰ encargadas de regular este tema, trae aparejado considerar elementos que permiten que una solicitud de restitución internacional de la niñez prospere para lograr el retorno inmediato del niño a su residencia habitual.

En principio, debe mencionarse que los casos de sustracción se derivan del acto de llevarse al niño fuera de su residencia habitual y que la restitución no es más que la reacción a una acción de sustracción, esto significa que cuando el progenitor solicite la restitución previamente tuvo que haberse dado una sustracción.

Indiscutiblemente la restitución internacional de la niñez, tiene como objetivo la protección de los derechos de guarda, custodia y/o visita asignados, o por asignarse, a los progenitores sin que haya esta figura un ánimo de lucro¹³¹.

Ya que en la restitución el bien jurídico tutelado es el derecho del menor de convivir con sus progenitores...¹³² pues al nacer de ambos padres derechos y

¹²⁹ Rodríguez Jiménez, Sonia, La sustracción internacional de menores por sus propios padres, su des tipificación en México, UNAM 2012, p.2.

¹³⁰ Convención Interamericana sobre el tráfico internacional de menores de 1989 en el plano regional, y la Convención sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores, signada al amparo de la Conferencia de la Haya en 1980.

¹³¹ González Martín Nuria, *op. cit.*, p.44.

¹³² Idem

obligaciones de protección hacia los infantes en el seno de la familia, no importando como sea su estructura, resulta obvio que una disolución, no constituye una separación con los hijos, de ahí que la afirmación anterior certeramente considera como bien jurídico el derecho de convivir con los padres, exceptuándolo de aquellas situaciones que pongan en riesgo la integridad del niño.

En México es hasta años recientes que los códigos a nivel nacional fijan una sanción a los padres que lleven a cabo una sustracción de menores, y además lo contemplan con una pena no muy elevada. Si bien esta investigación no va encaminada en sanciones de tipo penal para los padres sustractores, si va en busca de la protección de la niñez en su aspecto civil.

Al respecto Eileen Matus Calleros, encuentra una distinción entre sustracción y restitución, partiendo de la Convención Interamericana sobre restitución Internacional de Menores, haciendo referencia “que este instrumento convencional tiene como finalidad regular una problemática de naturaleza meramente civil excluyendo cualquier connotación de carácter penal”. Ya que hablar de restitución internacional de la niñez o de sustracción de niños, genera problemas que encajan en algunas ocasiones en las figuras de maltrato psicológico infantil, falsedad en documento público, falsedad de declaración ante autoridad, etc., situación que evidentemente entorpece el retorno inmediato y vulnera el interés superior de la niñez.

RECAPITULACION

Recapitulando el contenido anterior, comencare mencionado que la globalización, llamada por algunos autores como una nueva etapa histórica, ha provocado una magnitud de cambios, que incluso provoca efectos en la familia, ya que en la actualidad son más susceptibles de movilidad y traslado por distintos motivos y uno de ellos, es por el trabajo, lo que genera un intercambio, que en décadas pasadas era menos estimable, y significa que también se genera la facilidad de relaciones de parejas de distintas nacionalidades, que en lo futuro si nacieren hijos de dichas relaciones, podrían padecer casos de restitución internacional de la niñez.

Un tema abordado son los derechos humanos, porque se trata de valores que poseen las personas, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o política u cualquier otra condición. Son normas aplicables a toda la humanidad y se deben imponer como principio regulador entre todos los seres humanos.¹³³ Y fundamentalmente van relacionados con la protección de la niñez, su interés superior y los derechos que de ello deriven particularmente en los casos de restitución internacional de la niñez.

Afortunadamente en México se aduce una mayor cobertura de derechos humanos a partir de la reforma del año dos mil once, toda vez que se permite invocar tratados internacionales que los protegen; sumado con el artículo 133 constitucional, que sin duda alguna permite una administración de justicia más amplia para los justiciables.

Dado a que el derecho, en el desarrollo de la historia humana, no crea la institución de la familia, sino que a lo largo de los siglos ha ido reconociendo

¹³³ Pérez Luño, Antonio Enrique, *op. cit.* p. 46.

la forma en que la familia se ha organizado socialmente, en tal sentido le corresponde, regularla en sus derechos y obligaciones, así como todo lo relativo a su protección, incluyendo los derechos de la niñez.

La Corte Europea de Derechos Humanos aporta un concepto interesante y este es el de vida familiar el cual “no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”.

Del Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, se rescata considerar como los cambios sociales en las sociedades contemporáneas evidencian la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. Y que en este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos”¹³⁴ Puesto que los modelos de familia en la actualidad, superan el concepto clásico del cómo se forma una familia.

Un aspecto trascendente es la utilización del término “menor” que usan las Convenciones que regulan los casos de restitución internacional de la niñez, el cual se vio modificado por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN), el cual propone un modelo distinto, y utiliza el término de “niño” a diferencia de haber utilizado por décadas el concepto menor.

El derecho de custodia como tema relacionado a los casos de restitución internacional de la niñez, versa en la práctica, sobre una errónea interpretación en las sentencias, que como Carolina Marín Pedreño afirma, han sido

¹³⁴ Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, párr. 120.

obstáculo de retorno del menor, en los casos de traslado o retención ilícita. Ya que el derecho de custodia, se cuestiona por los juzgadores, cuando en realidad el propósito no es resolver cuestiones de fondo, sino propiamente el retorno inmediato.

El no retornar de manera inmediata a un niño para cumplir con el objetivo de la Convención de la Haya vulnera su interés superior, transgrediendo su persona como ser humano. Entendiéndose que el retorno salvo casos excepcionales, podrá negarse.

“El niño cuyo padre (o padres) residan en Estados diferentes de la comunidad internacional tiene derecho a mantener, periódicamente, salvo circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres a lo que se le conoce como derecho de visita, que también se dice es parte del derecho de convivencia”.¹³⁵

Es preciso aclarar que el derecho de custodia puede resultar de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado. Lo que significa que la violación para privar la convivencia entre padre o madre con su(s) hijo(s) sustrayéndolo o reteniéndolo fuera de su residencia habitual, no necesariamente acontece o se deriva de la separación de padres, que infraccionan un derecho de custodia, que haya sido otorgado judicialmente, mediante una sentencia, y como consecuencia de un divorcio. Pues existe la posibilidad de que este traslado o retención, acontezca sin consentimiento del progenitor, con el cual los hijos tenían su residencia habitual, en parejas separadas, que no necesariamente vivían en matrimonio y que culminaron en divorcio, pues este supuesto también puede acontecer en el concubinato o en una simple relación, en el que indiscutiblemente existan hijos.

¹³⁵ Idem.

Sin duda alguna, el padre que alegue que le asiste un mejor derecho a detentar la guarda y custodia, deberá recurrir a las instancias competentes para lograr por la vía judicial se le favorezca su petición, previo a realizar una acción de traslado o retención, no de manera posterior a esa acción ilícita, pretendiendo que en lo futuro dicha situación se modifique y le favorezca.

CAPITULO SEGUNDO

LA PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ, DESDE EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y NACIONAL

2.1. Consideraciones previas; 2.2. El Sistema interamericano de derechos humanos a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.; 2.3. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; 2.4 La Convención sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980; 2.5. La convención sobre los derechos del niño de 1989; 2.6. La Convención Interamericana sobre restitución Internacional de 1989; 2.7. *Corpus juris*; 2.7.1. El Estado como garante de la protección de la niñez y de la familia en términos de los instrumentos internacionales; 2.8 Acuerdos bilaterales en Latinoamérica, en materia de restitución internacional; 2.8.1 Ley modelo de normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños, 2.8.2 Red de cooperación jurídica hemisférica en materia de derecho de familia. 2.9 La protección desde el Marco Jurídico Nacional. Ley general de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Recapitulacion.

2.1.- Consideraciones previas

En el marco del derecho internacional podemos encontrar varios convenios o convenciones internacionales, que sirven de base para el tema de investigación, el cual versa sobre la restitución internacional de la niñez. Los cuales se convierten en útiles, siempre y cuando respondan a la realidad.

Los Convenios o Convenciones internacionales existentes, que de manera particular se van a estudiar en el desarrollo de este capítulo, son aquellos relacionados en materia de derechos humanos y de la familia, encargados

también de promover y sustentar derechos de los niños, así como el derecho a pertenecer a la familia, y a no ser separados de sus padres, salvo las excepciones previstas en la ley.

Ahora bien, es importante enfatizar que tenemos dos marcos de referencia para considerar a que ámbito pertenecen los tratados y/o convenciones internacionales; uno es el regional y otro el universal como algunos lo citan en la doctrina.

El objeto de estudiar los tratados y/o convenciones internacionales, es para evidenciar la obligación que adquieren los Estados Nación, para proteger a la niñez, y las medidas señaladas de observancia obligatoria para cada Estado.

En el plano universal

- Declaración Universal de los derechos del niño de 1959
- La Convención sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores¹³⁶ de 1980.
- La Convención sobre los derechos del niño de 1989¹³⁷;
- En el plano regional

¹³⁶ Signada al amparo de la Conferencia de la Haya en 1980, (mismo que se ve integrado en su contenido y prioridad en las materias incluidas en su ámbito de aplicación sobre el Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de las Autoridades y Ley Aplicable en materia de Protección de Menores).

¹³⁷ Es un instrumento internacional en el que están plenamente estipulados los derechos de la infancia, misma que fue aprobada como tratado internacional de derechos humanos el 20 de noviembre de 1989 de acuerdo a datos arrojados por la UNICEF visto en https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN_06.pdf, [consultada junio 2015.

- El Sistema interamericano de derechos humanos a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969
- La Convención Interamericana sobre restitución Internacional de Menores signada al amparo de la CIDIP-IV en Uruguay en el año de 1989.

En tal sentido y a efecto de dar un orden cronológico en el que fueron creados, presentare a cada uno de los convenios aludidos de acuerdo a los años en que surgieron.

2.2.- El Sistema interamericano de derechos humanos a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Después de que finalizó la Segunda Guerra Mundial, se comenzaron a elaborar tratados internacionales cuyo propósito ha sido la protección de los derechos humanos, uno de los más importantes es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada 4 en San José, Costa Rica, en 1969. Se conoce también como el “Pacto de San José”. México lo ratificó en 1981, momento desde el cual le es vinculante este tratado y parte del orden jurídico mexicano.¹³⁸

Resulta de gran importancia estudiar a detalle este sistema, en torno a las aportaciones que se conocen y han surgido del mismo.

2.3.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

En noviembre de 1969, se celebró en San José de Costa Rica, la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. En ella, los delegados de los Estados Miembros de la Organización de los Estados

¹³⁸ México y el sistema interamericano de los Derechos Humanos, véase en <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/36-Mex-Siste-DH.pdf>.

Americanos redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor el 18 de julio de 1978, al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado Miembro de la OEA.¹³⁹ A la fecha, veinticinco naciones Americanas han ratificado o se han adherido a la Convención:¹⁴⁰

Este tratado regional es obligatorio para aquellos Estados que lo ratifiquen o se adhieran a él y representa la culminación de un proceso que se inició a finales de la Segunda Guerra Mundial, cuando las naciones de América se reunieron en México y decidieron que una declaración sobre derechos humanos debería ser redactada, para que pudiese ser eventualmente adoptada como convención.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes de la persona, fue aprobada por los Estados Miembros de la OEA en Bogotá, Colombia, en mayo de 1948. Con el fin de salvaguardar los derechos esenciales del hombre en el continente americano, la Convención instrumentó dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos:

- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹³⁹ Corte Interamericana de los Derechos Humanos, Inter-American Court Human Rights. Historia de la Corte IDH; <http://www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/historia-de-la-corteidh>.

¹⁴⁰ Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por comunicación dirigida al Secretario General de la OEA, el 26 de mayo de 1998. Venezuela denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por comunicación dirigida al Secretario General de la OEA, el 10 de septiembre de 2012.

La primera había sido creada en 1959 e inició sus funciones en 1960, cuando el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió sus primeros miembros.¹⁴¹

El 17 de octubre de 2013, fue aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el Informe elaborado en el marco de un Convenio entre la CIDH y UNICEF.

En este contexto Americano, se presentó el informe titulado “El derecho del niño y la niña a la familia, cuidado alternativo, poniendo fin a la institucionalización en las Américas”, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 17 de octubre de 2013¹⁴² el cual se inició con el Comisionado y Relator sobre los Derechos de la Niñez, Prof. Paulo Sergio Pinheiro, y fue concluido bajo la dirección y supervisión técnica de la Comisionada y Relatora sobre los Derechos de la Niñez, señora Rosa María Ortiz.

Dicho Informe establece los estándares aplicables en esta materia y formula una serie de recomendaciones concretas a los Estados para apoyar a las familias en sus responsabilidades de crianza.

En tal sentido Marta Santos P., representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños, Rosa María Ortiz

¹⁴¹ Sin embargo, el Tribunal no pudo establecerse y organizarse hasta que entró en vigor la Convención. El 22 de mayo de 1979 los Estados Partes en la Convención Americana eligieron, durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los juristas que en su capacidad personal, serían los primeros jueces que compondrían la Corte Interamericana. La primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington, D.C.

¹⁴² El derecho del niño y la niña a la familia, cuidado alternativo, poniendo fin a la institucionalización en las Américas véase en <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf>

Comisionada y Relatora sobre Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirma:

“Estamos convencidas de que el presente informe será un recurso sustantivo para acelerar progresos en la implementación nacional de los estándares de derechos de la niñez y en la protección de los derechos humanos de niños y niñas particularmente expuestos a la vulneración de sus derechos y a la violencia”

Dicho informe resulta de suma importancia puesto que las recomendaciones que realiza, generan peso en cuanto a las responsabilidades y compromisos que tanto la familia, como el estado tienen que asumir frente a la niñez.

Atendiendo al contenido del informe, se destaca que la separación del niño de su familia debe responder a la aplicación de una medida especial de protección dictada por la autoridad competente, ser legítima, conforme a la ley, adoptada con las debidas garantías procesales, y tener como objetivo la salvaguarda de sus derechos.

Es así que la Comisión y la Relatoría, a través del sistema de peticiones y casos, medidas cautelares, audiencias, visitas e informes, han prestado especial atención a la situación de los niños en las Américas.

2.4.- La Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción Internacional de 1980.

La Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción Internacional de menores, obliga a los Estados a luchar contra la retención y los traslados transfronterizos ilícitos de niños, de acuerdo a lo establecido en su artículo 11.

De acuerdo con su artículo 4°, dejara de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años. Esta edad en una parte importante señalar, porque

la minoría edad, no se encuentra armonizada en los diferentes países, puesto que es notoria la discrepancia en el tema de la minoría de edad. Para México por ejemplo la minoría de edad se contempla antes de los dieciocho años, mientras que para esta convención se señala que será hasta los dieciséis años.

En relación a los casos de restitución internacional, estudiados en este trabajo, esta Convención establece temas, como el derecho de custodia y derecho de visita, el primero comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y en concreto el de decidir su lugar de residencia. Y por cuanto hace al segundo, es decir al derecho de visita, se entiende como el derecho de llevar a un menor por un periodo de tiempo limitado a un lugar diferente de del de su residencia habitual.

Este convenio cita, que la residencia habitual, se interpretara como una unidad territorial de ese Estado, igualmente, toda referencia a la ley del Estado de residencia habitual, se interpretara que se refiere a la ley de la unidad territorial del Estado, donde resida habitualmente el menor.

Ahora bien, a diferencia de la Convención Interamericana sobre restitución Internacional de Menores, la Convención de la Haya, es la que cuenta con una mayor cobertura, pues la primera solo goza dieciséis países¹⁴³ que la han ratificado, a diferencia de la segunda, la cual incluye a un número más amplio de países que indiscutiblemente rebasa a los que incluye la Convención Interamericana¹⁴⁴

¹⁴³ Los países signatarios son Antigua y Barbuda, Argentina, Belice, Bolivia. Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Haití, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Véase, <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-53.html>.

¹⁴⁴ Los países signatarios son Albania, Alemania, Andorra, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Bahamas, Belarús, Bélgica, Belice, Bolivia, Bosnia y Herzegovina,

La finalidad de la Convención de la Haya es notoria y va encaminada a garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos ilícitamente en cualquier estado contratante, así como velar por los derechos de custodia y visita, vigentes en uno de los Estados contratantes.¹⁴⁵

Finalmente, es importante mencionar que esta Convención es aplicable en virtud de que México, el Senado la aprueba el 13 de diciembre de 1990, se publica en el Diario Oficial de la Federación para su aprobación el 14 de enero de 1991, y la vinculación de México se produce por adhesión el 20 de junio de 1991, entrando en vigor para México el 1º de septiembre de 1991 publicándose en el Diario Oficial de la Federación para su promulgación el 6 de marzo de 1992.

Por lo tanto México es un país no solamente signante, sino que además es un Estado que ha cumplido con los mecanismos que provocan la formalización requerida, para cumplir con las obligaciones que se derivan de la Convención signada, circunstancias que demuestra, la base para determinar la exigencia de cumplir con las solicitudes de restitución internacional de la niñez.

Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Canadá, Chile, Cina, Republica popular, Chipre, Colombia, República de Corea, Costa rica, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, El salvador, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Ex República Yugoslava de Macedonia, Filipinas, Finlandia Francia, Georgia, Grecia, Guatemala, Guinea, Honduras, Hungría, Iraq, Irlanda, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Kazajstan, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Marruecos, México Mónaco, Nicaragua Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Pakistán, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Republica Checa, Republica de Moldova, Republica Dominicana, Rumania, Rusia, Serbia, Singapur, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Ucrania, Uruguay, Venezuela, Zambia, Zimbabwe. Véase en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/print/?cid=24>.

¹⁴⁵ González Martín Nuria, y Rodríguez Jiménez, Sonia, *op. cit.* p.121.

2.5.- La Convención sobre los derechos del niño de 1989

La Convención sobre los Derechos del Niño es un instrumento internacional en el que están plenamente estipulados los derechos de la infancia, misma que fue aprobada como tratado internacional de derechos humanos el 20 de noviembre de 1989 de acuerdo a datos arrojados por la UNICEF ¹⁴⁶

Esta Convención, básicamente se encarga de establecer como debe ser la protección de los menores atendiendo a su niñez, en razón de la existencia y reconocimiento de su interés superior.

Y lo podemos ver porque después de haberse cumplido más de dos décadas de la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN), ninguna duda cabe que este instrumento internacional de derechos humanos supuso una de las mayores transformaciones en la concepción de la niñez desde el punto de vista del derecho, a la vez que trajo también consigo profundas relación en las actitudes sociales y culturales hacia los niños y las niñas.¹⁴⁷

Es de observancia, que el Preámbulo de la misma, recuerda los principios fundamentales de las Naciones Unidas y las disposiciones precisas de algunos tratados y declaraciones relativos a los derechos del hombre, destacando el papel crucial de la cooperación internacional para que los derechos del niño se hagan realidad.

¹⁴⁶UNICEF, Comité Español, Madrid. Nuevo Siglo, Junio 2006, https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/CDN_06.pdf, consultada junio 2015.

¹⁴⁷ Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la Institucionalización en las Américas. OEA/Ser.V/II. Doc/.54/13-17-octubre 2013.Oginal español. <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf>

De lo anterior, sumado con el tema de estudio se destacan los siguientes artículos, ligados al tema de investigación, en los que se protege que los niños no sean separados de sus padres.

El artículo 9 por ejemplo, destaca en primer lugar que los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, sin embargo menciona una excepción y esta será 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.

El artículo 9 es muy claro, y especifica que la excepción de que un niño no este con sus padres, se dará en los casos, que en primer lugar exista revisión judicial, segundo que las autoridades competentes lo determinen.

Por otra parte el artículo 11, le impone al estado la obligación de adoptar medidas necesarias para luchar contra los traslados ilícitos y la retención ilícita de niños en el extranjero, ya sea por su padre o su madre, ya sea por una tercera persona, por lo que en tal sentido cabe cuestionar, cuáles son esas medidas necesarias, que México ha adoptado para evitarlo.

Finalmente el artículo 35, a la letra cita que: Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Esta Convención se apoya en varios principios políticos y procura alcanzar diversas metas, entre otras.

- a. Reforzar la dignidad humana fundamental
- b. Subrayar y defender la función de la familia en la vida de los niños
- c. Fomentar el respeto de la infancia, pero no a costa de los derechos humanos o de las responsabilidades de otros
- d. Apoyar el principio de no discriminación
- e. Establecer obligaciones claras

Esto significa que los derechos prescritos en la Convención de la ONU son los siguientes:

- a) Derecho intrínseco a la vida
- b) Derecho a ser inscrito inmediatamente a su nacimiento
- c) Derecho a un nombre (una identidad)
- d) Derecho a una nacionalidad
- e) Derecho a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos
- f) Derecho a preservar sus relaciones familiares, sin la injerencia de personas extrañas.
- g) Derecho a no ser separado de sus padres contra la voluntad de estos, salvo que concurra el “interés superior del niño”
- h) Derecho a mantener relaciones con sus padres, aun cuando estén separados (incluidos los casos de detención, encarcelamiento, exilio, deportación).¹⁴⁸ La importancia de este último radica en el hecho de incluir derecho de reunión de la familia, incluso en el caso

¹⁴⁸ Pereznieto Castro, Leonel. Derecho Internacional Privado. *op .cit .p* 235-236.

de que los padre se encuentren en países diferentes, por lo que podrán salir y entrar de un país a otro.

Es decir, en su contenido la Convención de los derechos del niño CDN¹⁴⁹, establece que el Estado tiene la obligación de promover y propiciar un apoyo adecuado a las familias para que éstas puedan cumplir con sus responsabilidades parentales compartidas en el cuidado y crianza de los hijos, y de ese modo garantizar la protección de los niños y de sus derechos.

Lo anterior significa que la transformación más profunda operada por la CDN, fue el reconocimiento del niño y la niña como sujetos titulares de derechos, además de reconocerles el derecho a una protección especial y reforzada debido a su condición de personas en desarrollo y crecimiento.

Finalmente, cabe señalar que de acuerdo a la notoria necesidad y preocupación por la protección de la niñez, bajo esta Convención surge además el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, del cual se advierte fue creado en virtud de encontrarse gravemente preocupados por la importante y creciente trata internacional de menores a los fines de la venta de niños, su prostitución y su utilización en la pornografía.

Sumado al protocolo anterior, también se adhiere, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

Protocolos que se suman a lucha por la protección y reconocimientos de los derechos de los niños, directamente relacionados a temas de distinta índole,

¹⁴⁹ Convención de los derechos del niño.

pero necesarios en mencionar para destacar cuales son las aportaciones internacionales que buscan proteger a los niños.

De tal manera que resulta oportuno que en vía de proteger a la niñez en los casos de restitución internacional, es de utilidad la propuesta de este trabajo encaminada a la propuesta de Creación de un protocolo facultativo, de la Convención de la Haya de 1980, para la restitución internacional de los menores, respetando el tema de menores, que es como lo establece dicha convención, pero reconociendo, que dicho termino, es preciso identificarlo, de manera más correcta como niñez.

2.6.- La Convención Interamericana sobre restitución Internacional de Menores de 1989

En “el continente americano, el derecho de familia en el Derecho Internacional Privado, se centra en tres problemas de época:

- 1- En la década de 1980, la represión del tráfico de menores y la regulación de la sustracción ilegal de menores por parte de familiares, principalmente los padres cuando están separados o divorciados, mediante normas derivadas de tratados internacionales, que aportan soluciones para los países miembros del tratado y que permiten la devolución de los niños a sus hogares.
- 2- El otorgamiento de pensiones alimentarias.
- 3- La adopción internacional.”¹⁵⁰

Latinoamérica cuenta con una amplia tradición convencional en el campo del Derecho Internacional privado, de acuerdo al autor citado en líneas anteriores en su estudio de los tratados y convenciones, puede dividirse en cuatro etapas, las cuales se han llevado en diferentes sedes en los cuales se han

¹⁵⁰ Pereznieta Castro, Leonel., *op.cit.* p.7.

ido abordando distintos temas de importancia y necesario estudio para los países que participan.

La primera fue en el año de 1878, la segunda etapa inicio con una conferencia Internacional Americana de 1889-1890 y culmino con una sexta conferencia que se aprobó la Convención sobre Derecho Internacional Privado del 20 de febrero de 1928; la tercera etapa de 1933 concluyo con una octava conferencia Internacional Americana en 1948, en la que se constituyó la Organización de las Naciones Unidas OEA y se integró el Consejo Interamericano de Jurisconsultos como órgano permanente de la Institución.

La Convención en mención tiene su génesis en la cuarta Conferencia Americana Especializada en Derecho Internacional privado (CIDIP- IV) celebrada en el año de 1989, es una de las más destacables, particularmente por el tema de estudio, ya que en esta Conferencia se aprobaron tres convenciones en diversos temas, como el de restitución internacional de menores; obligaciones alimentarias y transporte internacional de carga por carretera, en las que México solo ratifico las dos primeras.

México firma dicha Convención el 6 de abril de 1992, se aprueba por el senado el 22 de junio de 1994, y se publica en el Diario Oficial de la Federación para su aprobación el 6 de julio de 1994, la vinculación de México se produce por ratificación el 5 de octubre de 1994, y la entrada en vigor para México es el 4 de noviembre de 1994 y se publica en el Diario Oficial de la Federación para su promulgación el 18 de noviembre de 1994.¹⁵¹

Los estados parte son Antigua y Barbuda, Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Haití, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

¹⁵¹ González Martin Nuria, y Rodríguez Jiménez, Sonia, *op.cit* , p.119.

Naturalmente que solo los países partes, entre sí, podrán efectuar el procedimiento que este Convenio determina.

Este convenio tiene como objeto asegurar la pronta restitución de menores, lo cual enfatiza en su artículo primero:

Artículo 1

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.

Se afirma que el objeto de esta Convención es hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y de custodia o guarda por parte de sus titulares que incluso en su artículo 3 menciona especificando que el derecho de custodia o guarda comprende el derecho al cuidado del menor y en especial en el de decidir su lugar de residencia, y por cuanto hace al derecho de visita el que comprende la facultad de llevar a un menor por un tiempo limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual.

Pero no nada más esos temas van relacionados con el de restitución, sino que también engloba o considera ilegal el traslado o retención de un menor en su artículo 4, cuando se produzca en violación de los derecho que ejercía, individual o conjuntamente, los padres o tutores o guardadores o cualquier institución inmediatamente antes de ocurrir el hecho de conformidad con la ley de residencia habitual del menor.

Y solo para reforzar lo anterior, ha de mencionarse que para efectos prácticos en México es utilizada la Convención de la Haya en virtud de la mayor cantidad de países que la han firmado.

2.7.- Corpus Juris

Del título relativo a la protección de la niñez, desde del marco jurídico internacional, presente en este capítulo, cabe incluir el tema del Corpus Juris, que prácticamente, van ligados algunos de los Convenios señalados con antelación, los cuales proyectan la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En el Informe elaborado en el año 2013, en el marco de un Convenio entre la CIDH y UNICEF, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, parte de un tema importante en el marco del tema objeto de investigación y este es, el denominado *corpus juris*.

Titulándolo en el contenido de dicho informe, como el *corpus juris* de los derechos humanos de los niños, niñas y Adolescentes, se define al *corpus juris* como el “conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de los niños, las niñas y adolescentes.”

Esto quiere decir, que la Corte y la Comisión, han señalado que el concepto de *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos distintos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), así como por las decisiones adoptadas por los órganos de derechos humanos internacionales.

Dentro de dicho informe, se enfatiza que esta noción, propia del derecho internacional de los derechos humanos y de la interpretación de los tratados,

tiene una particular importancia por contribuir a avanzar sustancialmente en la protección y defensa de los derechos humanos de los niños mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección.

Sobre el particular, la Corte ha entendido que: tanto la Convención Americana, como la Convención sobre los Derechos del Niño, forman parte de un comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños, que debe servir a la Corte, para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención, en el que se establece lo siguiente:

Artículo 19: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y el Estado”.¹⁵²

Evidentemente estas medidas de protección deben estar no solo establecidas, sino cumplidas, y una manera de combatir los problemas que se enfrentan en los casos de restitución internacional de la niñez, se pretende lograr con la propuesta, que esta investigación realiza.

2.7.1.- El Estado como garante de la protección de la niñez y de la familia en términos de los instrumentos internacionales.

En aras de sustentar el tema de investigación, surge la importancia de marcar específicamente ¿en qué?, y ¿Cómo se plasman los derechos de la niñez, y de la familia en los instrumentos internacionales?

¹⁵² Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

En el marco del Informe elaborado entre la CIDH y UNICEF, aprobado el 17 de octubre de 2013 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁵³, se enfatizan varias de las aportaciones y sobre todo obligaciones que establecen tanto la Convención de los derechos del niño, así como en la Convención en mención.

Por su parte la Convención de los derechos del niño CDN, establece que el Estado tiene la obligación de promover y propiciar un apoyo adecuado a las familias para que éstas puedan cumplir con sus responsabilidades parentales compartidas en el cuidado y crianza de los hijos, y de ese modo garantizar la protección de los niños y de sus derechos.

Además se señalan recomendaciones que permitan prevenir violaciones a los derechos de los niños, e indica que los Estados deben fortalecer el Entorno familiar y comunitario del niño con el fin de garantizar la efectiva protección de sus derechos.

Enfatiza en que una de las obligaciones de los Estados y que es imperativo reflejar en los Sistemas Nacionales de Promoción y Protección de Derechos del Niño, es:

¹⁵³ Informe elaborado en el marco de un Convenio entre la CIDH y UNICEF. Comisión Interamericana de Derechos Humanos OEA/Ser/V/II.Doc. 54/13. El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas 2013. El proceso de elaboración de este informe se inició con el Comisionado y Relator sobre los Derechos de la Niñez, Prof. Paulo Sergio Pinheiro, y fue concluido bajo la dirección y supervisión técnica de la Comisionada y Relatora sobre los Derechos de la Niñez, señora Rosa María Ortiz. Tal Informe establece los estándares aplicables en esta materia y formula una serie de recomendaciones concretas a los Estados para apoyar a las familias en sus responsabilidades de crianza. <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf>

- garantizar el derecho del niño a ser criado en su ámbito familiar y comunitario,
- y dar adecuada atención a los niños que no cuentan con los cuidados de sus familias, o bien que se encuentran en riesgo de perderlos.

Es necesario apuntar para explicaciones futuras dentro de esta investigación como en este informe se reconoce que la realidad difiere de los estándares fijados por el derecho internacional de los derechos humanos.

Ciertamente existe la necesidad de que los Sistemas Nacionales de Promoción y Protección de Derechos del Niño centren mayores esfuerzos en las acciones de fortalecimiento de las capacidades de las familias para la crianza de sus hijos y para la prevención y detección temprana de situaciones de violencia, abuso y negligencia hacia niñas y niños.

Tratándose de casos de separación de los niños o niñas de su familia la CIDH reconoce que existen situaciones que requieren una intervención de protección por parte del Estado que implique la separación temporal, o incluso permanente, del niño de su familia en atención a la protección de sus derechos y a su interés superior. Situaciones de riesgo de esta naturaleza requieren una vigilancia rigurosa y especializada por parte del Estado.

En este sentido, los Estados tienen el deber de regular las causales que justifiquen la separación del niño de su familia por motivos de protección.

Por otra parte para que la injerencia en la vida familiar sea acorde con los parámetros del derecho internacional de los derechos humanos, la separación procede sólo en circunstancias excepcionales, cuando existen razones determinantes para ello, y en función del interés superior del niño.

Una parte importante para resaltar, y que además indudablemente está relacionada con el tema de investigación que se sigue, es en el informe en el cual se destaca que la separación del niño de su familia debe responder a circunstancias específicas como: a) Responder a la aplicación de una medida especial de protección dictada por la autoridad competente, b) Ser legítima, c) Conforme a la ley, d) Adoptada con las debidas garantías procesales, e) Y tener como objetivo la salvaguarda de sus derechos.¹⁵⁴

Una parte importante de mencionar y que lamentablemente se cita es que muy a pesar de que efectivamente han existido cambios en los marcos normativos, políticas públicas y en la forma de prestar servicios sociales a la infancia y a la familia en los Estados Americanos, persisten las dificultades y los retos en traducir a la realidad los principios del derecho internacional de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, reconocidos en los marcos normativos¹⁵⁵

Es cierto que los niños dependen del cuidado de los padres, pero esto no se prolonga por mucho tiempo ya que con el transcurso del tiempo de manera evidente los niños dependerán cada vez menos de los padres, sin embargo y sobre todo mientras duren las etapas de la vida en la que los niños requieran de esa protección.

Es debido a esta especial situación en la cual se encuentran los niños en el ejercicio de sus derechos, que el derecho internacional de los derechos humanos ubica a los Estados en una posición de garante de carácter

¹⁵⁴ Idem

¹⁵⁵ Ibídem. p.5

reforzado, lo cual implica la adopción de una serie de medidas de distinto tipo y contenido dirigidas a la niñez ¹⁵⁶.

Finalmente y de necesaria apreciación en base al subtema que me ocupa respecto a la obligación que persiste o más bien que debe procurar el estado a la niñez y a la familia agregare el tema que adopta el informe, como las Medidas que impliquen separación de la familia: principios de necesidad, excepcionalidad y temporalidad (transitoriedad); en el que se menciona como surgen obligaciones para los Estados ante situaciones en las cuales la familia vea limitadas en la práctica sus capacidades o habilidades para cumplir con sus responsabilidades de cuidado y protección del niño.

Frente a las circunstancias particulares en las que se encuentre la familia, se originará el deber por parte del Estado de adoptar una medida especial de protección tendiente a apoyar a la familia para superar tal situación.

Sin embargo, en caso de que el interés superior del niño lo justifique, las autoridades deben tomar medidas especiales de protección que impliquen la separación del niño de su familia.

¹⁵⁶ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 56 y 60; Caso Bulacio Vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrs. 126 y 134; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 177; Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 116; Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 164; Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 152. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 244. Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párrafo 184.

2.8.- Acuerdos bilaterales en Latinoamérica, en materia de restitución internacional.

En el ámbito latinoamericano se han firmado 3 convenios bilaterales que contienen disposiciones sobre restitución internacional de menores.

Se dice que estos acuerdos han devenido obsoletos en la práctica ya que los Estados tienden a usar el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores o la Convención Interamericana en su lugar¹⁵⁷:

Sin embargo no deja de ser importante destacar a que Convenios se hace referencia, los cuales son:

- a) Convenio entre la República Oriental del Uruguay y la República de Chile sobre Restitución Internacional de Menores, vigente desde el 14 de abril de 1982
- b) Convenio sobre Protección Internacional de Menores, suscrito entre el gobierno de la República y el Gobierno de la República Argentina, en vigor desde el 10 de diciembre de 1982
- c) Convenio sobre restitución internacional de menores entre el gobierno de la República Oriental del Uruguay y la República del Perú, en vigor desde el 2 de febrero de 1989

El convenio sobre protección internacional de menores, que vincula bilateralmente a Argentina y Uruguay.¹⁵⁸ Precisa un aspecto importante, al mencionar que “no es novedoso el estado de colapso que adolecen los tribunales en función de los procesos incoados ante sus estrados, esencialmente en materia de juzgados de familia al menos en Argentina. Esta situación nos lleva a afirmar que en el orden interno los tiempos son lentos y

¹⁵⁷ HCCH, Sección Latinoamérica y el caribe, consultado el 30 de julio del 2018 en la página de internet, <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction/latin-america>

¹⁵⁸ Ibidem, p.45

ello se acentúa en un asunto internacional, donde el error es un acto procesal la omisión de algún requerimiento pueden significar la perdida de varios meses.¹⁵⁹

Cobra así un papel fundamental la tarea de los jueces las autoridades centrales y todos aquellos funcionarios que se desempeñan en un proceso de restitución de niños, a fin de respetar y cuidar la integridad de estos, en el menor talante posible.¹⁶⁰

En la esfera interamericana los números se muestran aunque no deseables, tolerables. El tiempo transcurrido entre la solicitud de restitución y efectivo regreso del menor al lugar de su residencia habitual oscila en un plazo que va desde los 47 a los 207 días, esto es, un promedio de tres meses.¹⁶¹

Como puede observarse, el factor tiempo es uno de los problemas que no solo es visible en casos que ocurren en México, sino en todos los países que ocurren casos de restitución internacional.

2.8.1.- Ley modelo de normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños

Le ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños (en adelante ley modelo) es sin duda el instrumento más novedoso en la materia.

¹⁵⁹ Dreeysin de Klor, Adriana, *op.cit*, p.87.

¹⁶⁰ Idem

¹⁶¹ Los datos son del año 2007/2008 iniciados ante la Autoridad Central de la República de Argentina, pueden verse en www.menores.gov.ar.

Esta ley fue desarrollada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño (IIN).¹⁶²

De acuerdo al proemio de esta ley modelo, se establece que esta fue creada con la finalidad de garantizar la restitución inmediata de los niños trasladados o retenidos de manera ilícita y de velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en un Estado se respeten en el Estado nacional, se ajustarán las normas procesales internas según el siguiente Proyecto. Los plazos breves de decisión, en aplicación del interés superior del niño, contribuyen al cumplimiento del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989 y a la mejor preservación de los derechos a no ser trasladado o retenido ilícitamente de un Estado a otro y a la visita cuando los referentes adultos de los niños viven en países diferentes.

Del contenido de la ley citare dos aspectos, de dos artículos, que particularmente son importantes al señalar lo siguiente:

Artículo 1....Queda expresamente excluida, la decisión sobre el fondo del asunto de la guarda, la que es materia privativa, de la Jurisdicción del Estado de residencia habitual del niño.

¹⁶² El grupo de expertos fue coordinado por el Dr. Ricardo Pérez Manrique (Uruguay), y participaron del mismo: la Dra. María Lilian Bendahan Silveira (Uruguay), el Dr. Eduardo Cavalli Asole (Uruguay), la Dra. Raquel González (Estados Unidos), la Dra. Graciela Tagle (Argentina), el Dr. Dionisio Núñez Verdín (México), la Dra. Delia Cedenios Palacios (Panamá), y la Dra. Luz María Capuñay Chávez (Perú). consultado en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction/latin-america>

Artículo 2.....Se consagra como criterio orientador de interpretación y en su caso de integración, el del interés superior del niño. Considerándose por tal a los efectos de la presente ley, el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional.

Ambos artículos son citados, toda vez que el tema de interpretación de la guarda y custodia realizada de Estado a Estado, hace notoria la falta de armonización, para que en la práctica se puedan determinar criterios uniformes, que permitan una restitución del niño.

Y por otro lado, como lo señala el artículo dos, de esta ley, el deber de protección del interés superior de la niñez, se verá respetado una vez que el niño retorne de manera inmediata, el cual es uno de los objetivos principales en la Convención de la Haya.

2.8.2. Red de cooperación jurídica hemisférica en materia de derecho de familia y niñez

Por su parte desde la Organización de Estados Americanos también se ha creado una Red de cooperación jurídica hemisférica en materia de derecho de

familia y niñez¹⁶³, que si bien no se circunscribe exclusivamente a la restitución de menores, prevé soluciones en la materia.¹⁶⁴

¹⁶³ La Red de Cooperación Jurídica Hemisférica en Materia de Derecho de Familia y Niñez (“la Red”) se originó en la “Séptima Reunión de Ministros de Justicia u otros Ministros, Procuradores o Fiscales Generales de las Américas” (REMJA VII). En dicha reunión se encomendó a la Secretaría General (Secretaría de Asuntos Jurídicos) la creación de un proyecto interamericano de cooperación jurídica y asistencia mutua en materia de derecho de familia y niñez.

Con base en las cuatro convenciones interamericanas sobre derecho internacional de familia acordadas por la OEA (Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, y Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores) y con especial énfasis en los derechos de los niños, la Red procurará facilitar el acceso al sistema interamericano de protección de la familia y la niñez y fomentar la cooperación internacional en la materia.

La Red está conformada por tres componentes: un sitio público en Internet, un sitio privado en Internet y un sistema de comunicaciones electrónicas seguras.

El Componente Público

El componente público de la Red consiste de un sitio de Internet que contiene información de libre acceso relativa a cómo proteger y hacer valer los derechos de los niños y las familias. El sitio contiene información de legislación y autoridades competentes del sistema interamericano, incluyendo la forma en la que los usuarios del sistema se pueden poner en contacto directo con ellas.

El Componente Privado

El componente [componente privado] de la Red pone a disposición de los usuarios nombrados por los países un espacio en Internet con información privada y de acceso restringido, en el cual se puede intercambiar información relativa a la cooperación en general y/o a casos específicos.

El Sistema de Comunicación Electrónica Seguro

El sistema de comunicación electrónica seguro posibilita el intercambio de información auténtica y confidencial entre las autoridades designadas para la Red, a través de un servicio que proporciona un sistema de correo electrónico instantáneo seguro, así como un espacio para reuniones virtuales e intercambio de los documentos pertinentes.

¹⁶⁴ Dreeysin de Klor, *op.cit*, p.85

2.9.- La Protección familiar desde del Marco Jurídico Nacional. Ley general de los derechos de niñas, niños y adolescentes

La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), es una ley de carácter interno en el sistema jurídico mexicano y de su contenido se entiende que reconoce los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, de los cuales se advierte su derecho a vivir en familia, conocer y convivir con ambos progenitores y a que se les proporcionen las condiciones de vida que favorezcan su desarrollo integral; asimismo, establece que en toda decisión que los/las involucre incluyendo la relativa al ejercicio de la guarda y custodia deberá considerarse primordialmente su interés superior por encima de los intereses individuales de quienes ejercen sobre ellos(as) la patria potestad.

Por citar algunos de los artículos relacionados con la protección que se mencionó en párrafos anteriores sumado con la relación al tema de investigación citare dos artículos de la Ley en cita, que resultan atractivos al tema de investigación, en el marco jurídico interno.

El primero en mención es el artículo 22 el cual establece lo siguiente:

Artículo 22.

Niñas, niños y adolescentes no podrán ser separados de las personas que ejerzan la patria potestad o de sus tutores y, en términos de las disposiciones aplicables, de las personas que los tengan bajo su guarda y custodia, salvo que medie orden de autoridad competente, en la que se determine la procedencia de la separación, en cumplimiento a la preservación del interés superior de la niñez, de conformidad con las causas previstas en las leyes y mediante el debido proceso en el que se garantice el derecho de audiencia de todas las partes involucradas.

En todos los casos, se tendrá en cuenta la opinión de niñas, niños y adolescentes conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez.

Artículo 25.

Las leyes federales y de las entidades federativas contendrán disposiciones para prevenir y sancionar el traslado o retención ilícita de niñas, niños y adolescentes cuando se produzcan en violación de los derechos atribuidos individual o conjuntamente a las personas o instituciones que ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia, y preverán procedimientos expeditos para garantizar el ejercicio de esos derechos.

En los casos de traslados o retenciones ilícitas de niñas, niños y adolescentes fuera del territorio nacional, la persona interesada podrá presentar la solicitud de restitución respectiva ante la secretaria de relaciones exteriores, para que esta lleve a cabo las acciones correspondientes en el marco de sus atribuciones, de conformidad con lo dispuesto en los instrumentos internacionales y demás disposiciones aplicables.

Cuando las autoridades de las entidades federativas tengan conocimiento de casos de niñas, niños y adolescentes de nacionalidad mexicana trasladados o retenidos de manera ilícita en el extranjero, se coordinarán con las autoridades federales competentes, conforme a las demás disposiciones aplicables, para su localización y restitución.

Cuando una niña, niño o adolescente sea trasladado o retenido ilícitamente en territorio nacional, o haya sido trasladado legalmente pero retenido ilícitamente, las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales del distrito

federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, estarán obligadas a coadyuvar en su localización, a través de los programas para la búsqueda, localización y recuperación, así como en la adopción de todas las medidas necesarias para prevenir que sufran mayores daños y en la sustanciación de los procedimientos de urgencia necesarios para garantizar su restitución inmediata, cuando la misma resulte procedente conforme a los tratados internacionales en materia de sustracción de menores.

Una de las partes importantes a destacar del artículo 25 es el primer párrafo el cual establece la obligación de las leyes federales y de las entidades federativas para contener disposiciones para prevenir y sancionar el traslado o retención ilícita de niñas, niños y adolescentes

El artículo anterior hace énfasis a que lógicamente en los casos de traslado o retención de niñas niños y adolescentes, pueden darse dos supuestos; el primero puede acontecer en territorio nacional y el otro fuera del territorio nacional, aclarando que para efectos de estudio de la presente investigación, se estudiarán los casos de solicitud de restitución internacional de niñas niños y adolescentes, que se dan fuera del territorio nacional.

La Ley en cita, notoriamente favorece la protección del interés superior de la niñez, en los casos de traslado o retención ilícita, y acorde con la Convención de la Haya de 1980, uno de los objetivos principales, es que en los casos de restitución internacional de niños, se logre el retorno inmediato, en virtud de una violación al derecho de custodia ejercido y depositado en un progenitor; y que este interés superior de la niñez, se conserva una vez que se logre el retorno inmediato, al lugar donde el niño tenía su residencia habitual; sin embargo, de los problemas que serán abordados con posterioridad, se percibe fácilmente, que se incumple con este objetivo.

Ciertamente hay casos excepcionales en los que por grave riesgo se negará el retorno del niño, sin embargo, también sobresalen casos en los que no se determinó el grave riesgo y no obstante a ello se niega el retorno inmediato.

En tal sentido, se concuerda con Pérez Nieto, quien observa “un foco de conflicto para aquellos padres extranjeros que evidentemente se ven abatidos y que tratan estérilmente de recuperar a sus hijos, los cuales han sido desplazados de manera ilícita e internados en territorio distinto a su residencia habitual”¹⁶⁵.

De ahí la que nazca la inquietud y necesidad de robustecer lo establecido en la Convención de la Haya mediante la propuesta de “Creación de un protocolo facultativo de la Convención de la Haya de 1980, para la restitución internacional de menores.

¹⁶⁵ Perezniето Castro, Leonel y Silva Silva Jorge Alberto. *op.cit.*, 310

RECAPITULACION

Recapitulando el contenido de este apartado número II, se señalan convenios o convenciones internacionales que pugnan por la protección, no solo de la familia, sino de la niñez, en tal sentido se abordan aspectos relevantes que destacan de los mismos.

Atendiendo al contenido del informe, en el contexto Americano, titulado “El derecho del niño y la niña a la familia, cuidado alternativo, poniendo fin a la institucionalización en las Américas”, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el 2013, se destaca un aspecto importante que trata sobre la separación del niño de su familia, la cual debe responder a la aplicación de una medida especial de protección, dictada por la autoridad competente, ser legítima, conforme a la ley, adoptada con las debidas garantías procesales, y tener como objetivo la salvaguarda de sus derechos.

La finalidad de la Convención de la Haya, es notoria y porque obliga a los Estados a luchar contra la retención y los traslados transfronterizos ilícitos de niños y va encaminada a garantizar la restitución inmediata de los niños llevados a cualquier estado contratante, así como velar por los derechos de custodia y visita vigentes.

Por otro lado la Convención sobre los Derechos del Niño, básicamente se encarga de establecer, como debe ser, la protección de los menores atendiendo a su niñez, en razón de la existencia y reconocimiento de su interés superior.

Por cuanto hace a la Convención Interamericana sobre restitución Internacional de Menores de 1989, a pesar de que ésta no goza de aplicación práctica en México, por tener menos países signantes a su cargo, a diferencia de la Convención de la Haya; no puede omitirse el citarla, toda vez que en el contexto interamericano, 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.

Se incluye, el tema del *corpus juris*, entendiéndose como el conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de los niños, las niñas y adolescentes del cual en este aspecto, la Corte ha entendido que tanto la Convención Americana, como la Convención sobre los Derechos del Niño, forman parte de un comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños, que debe servir a la Corte, para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención.

Finalmente, ninguna duda cabe en el sentido de que existen instrumentos internacionales preocupados por la protección de la niñez, y también en el caso específico de la restitución internacional de la niñez, de los cuales observando un aspecto perjudicial, datan de décadas de antelación, por lo que su regulación llega a quedar de cierta forma limitada y obsoleta, al no encuadrarse a la transformación de la vida actual. De ahí la necesidad de señalar incluso el año de creación. Con el propósito de puntualizar la necesidad de nuevos instrumentos internacionales que actualicen la regulación de los casos de restitución internacional de la niñez.

CAPITULO TERCERO

SITUACION ACTUAL

3.1. Consideraciones previas; 3.2. Índices de traslado o retención de niños en México; 3.2.1 Proceso de restitución internacional de menores de acuerdo al Convenio de a Haya en México; 3.3. Proceso de restitución de a acuerdo a la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores; 3.4. Proceso de restitución internacional en Colombia. 3.5 Casos de orden judicial. Problemas identificados; 3.5.1 Problemas identificados de orden judicial (casos en particular); 3.5.2 México; 3.5.3 España; 3.6. Sentencias y Jurisprudencias; 3.6.1. México, 3.6.2. Colombia, 3.6.2.1 Sentencia 1, 3.6.2.1. Sentencia 2; Recapitulación.

3.1.-Consideraciones previas

Los casos de traslado y retención ilícita a nivel internacional, no se derivan únicamente de un divorcio, pues puede acontecer en casos de parejas que aún viven en matrimonio, o viven en concubinato, o en casos distintos, en los que evidentemente existen hijos en común, sin siquiera haber vivido juntos en algún momento. Es decir, que se trata de una acción que puede acontecer dentro de varios supuestos. Generalmente se aducen a aquellos que derivan de un divorcio, aunque este no significa una regla para que acontezcan estos casos, ya que “la separación puede obedecer a una mera situación de hecho (sin reconocimiento jurídico), unilateral o mutuamente consentida, o un pronunciamiento judicial establecido a través de la oportuna sentencia.”¹⁶⁶

Este trabajo de investigación propone concretarse en casos que mayormente provienen de sentencias, en las que se otorgó una guarda y custodia, derivados de resoluciones judiciales y algunos de casos de divorcio; y también

¹⁶⁶ Tabuenca Petanas, Merce, *op.cit*, p.14.

se incluirán en menor porcentaje, ejemplos que no provienen de algún juicio como tal, pero que por supuesto, sirven de ejemplo, porque puntualizan los problemas observados.

Ciertamente “la separación matrimonial conlleva al cese de la obligación de convivencia entre los esposos, lo cual modifica lógicamente los derechos y deberes de los mismos.”¹⁶⁷.

Situación que por ningún motivo debe interrumpir, ni separar a los progenitores de los hijos, pues estos deberán continuar con la convivencia y visitas derivado del lazo que genéticamente los une.

Ya que “el mero hecho de separarse o divorciarse no comporta que uno de los cónyuges pierda la patria potestad respecto a su hijo.”¹⁶⁸

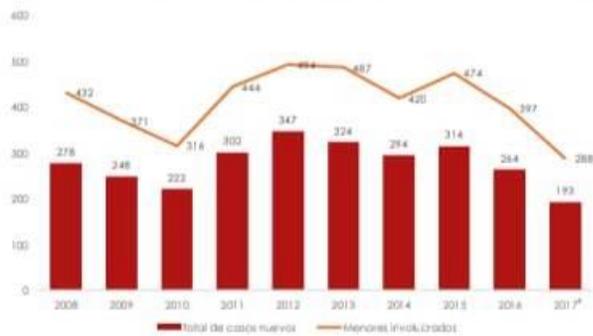
Una situación positiva es cuando los progenitores al separarse asumen la responsabilidad de convivir con sus hijos, aun y cuando como pareja no hayan funcionado. Pero cuando esto no ocurre, existe la probabilidad de enfrentar problemas de traslado o retención internacional.

3.2.- Índices de traslado o retención de niños en México.

Hablando en cifras, en el año 2017 se presentó un análisis estadístico proporcionada por la Secretaria de Relaciones exteriores, en la que se reflejan en número, las cifras de casos en los que se ven involucrados los niños, a partir del año 2008 al año 2017.

¹⁶⁷ Idem

¹⁶⁸ Tabuenca Petanas, Merce, *op.cit*, p.55



Año	Total de casos nuevos	Menores involucrados
2008	278	432
2009	248	371
2010	222	316
2011	300	444
2012	347	494
2013	324	487
2014	294	420
2015	314	474
2016	264	397
2017*	197	294

* Datos al 30 de septiembre de 2017

La cifra más alta, como puede observarse, es en el año 2012, considerando un número total de casos nuevos de 347 y de 494 menores involucrados. La estadística no puede desestimarse, ya que por mínima que parezca establece un número considerable de casos en México.

3.2.1.- Proceso de restitución internacional de menores de acuerdo al Convenio de la Haya en México.

Son dos los convenios que contemplan y regulan los casos de restitución internacional de niños y de los cuales México es signatario: el primero, es el Convenio de la Haya del 25 de octubre 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el segundo es la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de 1989, la cual para efectos prácticos, se encuentra en desuso, ya que son pocas las solicitudes que se requieren al margen o con fundamento en esta Convención.

Señalando, que para efectos prácticos, el que goza de aplicación en México, es el de la Haya porque es más ágil, con un andamiaje más amplio, y además completa, incluso porque puede nutrirse de un informe explicativo y guías

prácticas, tal y como lo señaló la Directora de derechos de familia de la Secretaría de Relaciones exteriores, María Cristina Oropeza Zorrilla. y la misma aplicación ocurre en distintos países, esto en virtud de la amplia cobertura que contempla el Convenio en cita.

En nuestro país el progenitor, titular de la guarda y custodia de un niño que fue sustraído, deberá acudir a la Secretaría de Relaciones Exteriores, y cumplir con algunos requisitos documentales para formular una solicitud de restitución.

La convención establece que el traslado o retención, se da 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;

Por lo que para efectos de estudio, únicamente se hará referencia a la infracción de un derecho de custodia atribuido a un progenitor judicialmente.

Cada Estado signante del Convenio, señalará una autoridad Central, incluso la ley marca que podrá ser una o más, así, toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del niño, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor.

La solicitud incluirá de acuerdo al Convenio:

- a) información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor;
- b) la fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla;
- c) los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor;

d) toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor;

La solicitud podrá ir acompañada o complementada por:

e) una copia auténtica de toda decisión o acuerdo pertinentes;

f) una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona cualificada con respecto al Derecho vigente en esta materia de dicho Estado.

g) cualquier otro documento pertinente.

El convenio señala dos vías, una es administrativa y otra judicial.

En tal sentido como lo indica en su artículo 11 las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores.

Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.

Dentro de las obligaciones de la autoridad central se presenta en el sentido de que si la Autoridad Central del Estado requerido recibiera una respuesta, dicha Autoridad la transmitirá a la Autoridad Central del Estado requirente o, en su caso, al solicitante.

El convenio señala algo muy importante, respecto al tiempo inferior a un año, y se refiere a que la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor, cuando haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 del convenio

Artículo 3 de Convenio de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

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

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

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

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

Si 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.

Sin embargo existe una variante o una excepción, y esta es, que se debe ordenar la restitución inmediata aun y cuando la autoridad judicial o administrativa, hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año, por lo cual ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

Y dicha variante en la que se aduce que el niño quede integrado a su nuevo ambiente, de los casos varios casos estudiados en esta investigación lamentablemente e indirectamente regularía una conducta que en un principio era ilícita y se trata de la sustracción que en un principio se efectuó,

evidentemente el padre o madre que traslada o retiene a un infante en otro lugar quizás hasta con mejores condiciones que con el padre que ostentaba la guarda de origen, lograra una adaptación en un contexto de vida con escuela, amigos, lugares frecuentes distintos, que en un año incluso se lograría la adaptación hasta de en un adulto.

Una forma de negar la solicitud de restitución será cuando el requirente no cumpla con los requisitos que se señalan en el artículo 13 del Convenio.

Ahora bien, de ser posible que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor, podrán pedir que el solicitante la obtenga.

Se había mencionado en los primeros párrafos, que de acuerdo al Convenio, los procedimientos para la solicitud de restitución pueden ser judiciales o administrativos, ahora bien al haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un niño, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el niño 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 que establece el Convenio para la restitución del menor.

Pero si por el contrario, se encuentra que se haya dictado una decisión relativa a la custodia del menor o que esa decisión pueda ser reconocida en el Estado requerido, esto de ninguna forma como lo señala el convenio podrá justificar la negativa para restituir a un menor, sin embargo las autoridades judiciales o administrativas del Estado podrán tener en cuenta los motivos de dicha decisión al aplicar el presente Convenio.

En la mayoría de los casos el progenitor que sustrae o retiene ilícitamente al menor, con frecuencia lo hace con la esperanza de obtener el acogimiento a sus pretensiones por los tribunales del país el cual se radica¹⁶⁹.

Es común que una gran parte de padres, que retienen o trasladan a sus hijos a un país distinto, incoan procesos judiciales en el lugar que trasladan o retienen, para de alguna forma blindarse y esquivar una restitución.

Es por eso que el artículo 19 señala que una decisión adoptada en virtud del Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia.

Lo anterior muestra de manera general aspectos que deben respetarse en un proceso de restitución internacional de menores de acuerdo a lo que señala el Convenio de la Haya.

Además como ya se ha mencionado reiteradamente el uso del Convenio de la Haya en la práctica, obedece al número de países signantes, el cual es más alto, por lo tanto su cobertura si es más amplia.

La postura de afirmar que para resolver solicitudes de restitución en México, opera la utilización del Convenio de la Haya, se advierte especialmente de la práctica judicial, en sus resoluciones emitidas, sumado con el minucioso estudio que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando ante ella se promueve el amparo y protección de la justicia, y en estos casos, el convenio invocado es el Convenio de la Haya.

¹⁶⁹ Dreeysin de Klor, Adriana, Restitución Internacional de niñas y niños, Editorial Juridica Continental, Mexico, Argentina. p.34

3.3.- Proceso de restitución de acuerdo a la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores. México

A pesar de que se sabe respecto a que la Convención en cita, goza de menos utilidad práctica, a diferencia de la Convención de la Haya, por lo menos en los casos de restitución internacional de niños, acontecidos en México. Del procedimiento a seguir en el Convenio de la Haya, la mayoría de las determinaciones coinciden con esta Convención, excepto algunas excepciones, en los que se advierte un contenido distinto, el cual se desarrollara a continuación.

Como lo que señala el artículo 8 respecto a reconocer que los titulares del procedimiento de restitución podrán ejercitarlo conforme a lo dispuesto en el Artículo 6 y de la siguiente forma:

- a. A través de exhorto o carta rogatoria;
- b. Mediante solicitud a la autoridad central; o
- c. Directamente, o por la vía diplomática o consular.

Y que la solicitud o demanda a deberá contener:

- a. Los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor sustraído o retenido y, de ser posible, de la persona a quien se imputa el traslado o la retención;
- b. La información pertinente relativa a la presunta ubicación del menor, a las circunstancias y fechas en que se realizó el traslado al extranjero o al vencimiento del plazo autorizado, y
- c. Los fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor.

2. A la solicitud o demanda se deberá acompañar:

- a. Copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motive; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable;
- b. Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante;
- c. Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia en dicho Estado;
- d. Cuando sea necesario, traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los documentos a que se refiere este artículo, y
- e. Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno.

Si se observa los requisitos son más amplios que los que señala el Convenio de la Haya, es por eso que en repetidas ocasiones se insiste que el procedimiento establecido en la Convención de la Haya es laxo.

3.4.- Proceso de restitución internacional de menores en Colombia.

El trámite de casos de restitución de infantil en Colombia, se basa en la Convención de la Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores.

Y la explicación que justifica los términos utilizados como secuestro internacional se encuentran bien establecidos, de la siguiente forma

CONVENIO SOBRE ASPECTOS CIVILES DEL SECUESTRO INTERNACIONAL DE NIÑOS Y LEY 173/94- Objetivo y supuesto de aplicación

Esta Corte ha precisado, de conformidad con lo advertido en la exposición de motivos que acompañó al proyecto de ley en su trámite por el Congreso de la República, que “la expresión” secuestro”, que se usó para traducir al español las palabras *enlèvement* en francés y *abduction* en inglés -los dos idiomas oficiales de la Conferencia de La Haya-, no tiene ninguna connotación de carácter penal sino sólo civil. Así lo indica el título mismo del Convenio cuando se refiere a los ‘aspectos civiles del secuestro’, y se desprende de toda su normatividad. La conducta que se pretende regular mediante esa expresión consiste en el desplazamiento de un menor fuera del territorio de un Estado en que tenga su residencia habitual, o, retención del mismo fuera de ese territorio por tiempo diferente al establecido para el ejercicio del derecho de visita, siempre que se produzca en violación del contenido de los derechos de guarda o de visita en vigor en ese momento, en el lugar de residencia habitual del menor.” El Convenio pretende evitar que quien trasladó a un menor de 16 años de edad de manera ilícita en alguno de los Estados contratantes inmediatamente antes de la violación de cualquier derecho de custodia o de visita (art. 4), se beneficie de una jurisdicción ajena al lugar donde se desarrollan sus actividades diarias, desconociendo, no sólo el derecho de la otra persona a la custodia del menor, sino también, el derecho a que sea la jurisdicción de residencia habitual la que dirima las controversias familiares.

Dicha Convención es la encargada de lograr la inmediata restitución internacional de un menor cuando haya sido ilícitamente traslado o retenido por uno de los padres. En el procedimiento contemplado en el Tratado se señalan dos clases de autoridades.

La primera es una Autoridad Central, a cuyo cargo está, entre otras funciones, la coordinación tanto interna como internacional, de todo el procedimiento. Y

la segunda son las autoridades judiciales o administrativas que conforme a la legislación de cada Estado tengan la competencia para decidir sobre la restitución.

Por lo que es posible distinguir dos fases en el trámite de restitución: una administrativa y una judicial.

a) La fase administrativa del trámite de restitución se inicia cuando una persona, directamente o a través de la Autoridad Central de un Estado parte dirige una solicitud de restitución a la Autoridad Central de otro Estado parte. Recibida la solicitud y verificados los requisitos de procedencia de la misma corresponde a la Autoridad Central adelantar las siguientes funciones (Artículo 7 del Tratado).

La Autoridad Central deberá tomar todas las medidas apropiadas, ya sea directamente o con la colaboración de cualquier intermediario:

- a) Para localizar a un niño trasladado o retenido ilícitamente;
- b) Para prevenir nuevos peligros para el niño o perjuicios para las partes interesadas, tomando o haciendo tomar medidas provisionales;
- c) Para asegurar la entrega voluntaria del niño o facilitar una solución amistosa;
- d) Para intercambiar, si ello resultara útil, datos relativos a la situación social del niño;
- e) Para proporcionar información general en cuanto a la legislación del Estado relativa a la aplicación del Convenio;
- f) Para incoar o facilitar el inicio de un procedimiento judicial o administrativo con el fin de obtener el regreso del niño y, según sea el caso, de permitir que el derecho de visita sea organizado o efectivamente ejercido;

- g) Para conceder o facilitar, según sea el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluyendo la participación de un abogado;
- h) Para asegurar, en el plano administrativo, si fuere necesario y oportuno, el regreso del niño sin peligro;
- i) Para mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del Convenio y hasta donde fuere posible, la eliminación de cualquier obstáculo a su aplicación.

Puede apreciarse, que a la Autoridad Central corresponde, fundamentalmente, recibir la solicitud e impulsar su trámite; localizar al menor, indagar sobre su actual situación y adoptar las medidas de protección que sean del caso; promover la restitución voluntaria e iniciar el trámite judicial de restitución cuando ello no sea posible.

Es preciso tener en cuenta que el artículo 10 del Tratado reitera la obligación de la Autoridad Central del Estado donde se halla el niño de tomar o hacer tomar las medidas apropiadas para asegurar su entrega voluntaria.

Por otra parte, el artículo 13 del Tratado dispone que “En la apreciación de las circunstancias señaladas en el presente artículo, las autoridades judiciales o administrativas deberán tener en cuenta las informaciones suministradas por la Autoridad Central o cualquier otra autoridad competente del Estado donde el niño residiere habitualmente acerca de su situación social.” Considera la Corte que puesto que de acuerdo con el artículo 7 del Tratado, corresponde a la Autoridad Central la responsabilidad de “... intercambiar, si ello resultara útil, datos relativos a la situación social del niño”.., antes de remitir el trámite de restitución internacional a la autoridad judicial competente, la Autoridad Central debe haber establecido, cuando ello sea del caso, la situación social del menor en el Estado requirente. Agotado el trámite en la fase administrativa sin que se

haya obtenido la restitución voluntaria del menor, la Autoridad Central debe dar curso a la fase judicial.

b) A la autoridad judicial competente según la legislación del respectivo Estado, corresponde decidir definitivamente sobre la solicitud de restitución para negarla o concederla según sea el caso. Para ese efecto debe verificar, en principio y salvo que se requiera mayor debate probatorio, a partir de la información contenida en el expediente preparado bajo la dirección de la Autoridad Central:

- a) La regularidad del trámite de la solicitud, de acuerdo con las normas del tratado y las disposiciones de derecho interno aplicables.
- b) Que el solicitante tenga el derecho de custodia, individual o conjuntamente.
- c) Que el menor tenía su residencia habitual con el solicitante en el Estado desde el cual se formula la solicitud.
- d) Que el menor no tenga todavía 16 años.
- e) Que el menor, previamente a la conducta que da lugar a la solicitud, no haya sido desplazado de manera ilícita, esto es, contrariando el régimen de custodia y de visitas.
- f) .Que no esté presente ninguna de las condiciones del artículo 13 para negar el retorno.

Conforme a la estructura del Convenio, la autoridad judicial está obligada a ordenar la restitución, a partir de los presupuestos mínimos para el efecto, y solo puede negar la solicitud cuando se presenten las hipótesis exceptivas especialmente previstas en el artículo 13.

Son presupuestos para la decisión de fondo en torno a la restitución:

- a) La solicitud en forma.
- b) El tramite regular de la solicitud que garantice el derecho de defensa de los padres y el interés superior del menor.
- c) La condición de signatario del Tratado del Estado de residencia habitual del menor.
- d) Que el padre solicitante ejerciese la custodia, solo o conjuntamente con el padre requerido, y que residiese con el menor en el momento de la conducta ilícita.
- e) Que se ha producido un traslado o retención ilícitos.

Establecidos esos presupuestos, el juez debe disponer la restitución a menos que se acredite:

- a) Que el padre requirente consintió al traslado o retención.
- b) Que existe un grave riesgo que el regreso del niño lo someta a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera lo coloque en una situación intolerable.
- c) Que el menor se opone a su regreso y que hubiere alcanzado una edad y madurez en donde mostrarse que es conveniente tener en cuenta esta opinión.

Como se ha señalado, para establecer tanto los presupuestos como las hipótesis exceptivas del deber de restitución, el juez debe obrar a partir del expediente que le haya sido suministrado por la Autoridad Central. Dicho criterio, sin embargo, no opera en relación con la excepción prevista en el literal c) anterior, por cuanto corresponde a la autoridad judicial, directamente, apreciar, tanto el grado de madurez del menor, como el sentido de su voluntad y su capacidad de autodeterminación para el momento de expresarla.

De acuerdo con el Convenio, tanto para la fase administrativa, como para la judicial, los Estados parte deben acudir a sus procedimientos de urgencia y ello exige que el trámite cuyas etapas se han descrito, sea desarrollado por la legislación de cada Estado, para definir de manera específica, tanto las autoridades competentes como los procedimientos de urgencia aplicables.

3.5.- Casos de orden judicial. Problemas identificados

Es importante considerar como se desarrollan los procesos e restitución internacional de la niñez, tomando en cuenta la casuística. Señalando que para efectos de estudio y análisis del presente trabajo de investigación de la problemática en los procesos de restitución, se dividirá en dos partes de estudio.

- a) Problemas identificados de orden judicial que se afrontan las solicitudes de restitución internacional (casos en particular).
- b) Así como sentencias y jurisprudencias.

3.5.1.- Problemas identificados de orden judicial (casos en particular)

Los problemas que surgen en todo proceso de restitución internacional de la niñez, a partir de su solicitud hasta el momento en que debe otorgarse o negarse el retorno inmediato del niño, muestran en principio, restar eficacia al proceso de restitución por lo que son señalados con la finalidad de probar, la necesidad de robustecer la Convención que regula dichos procesos, a través de la propuesta de creación del protocolo facultativo que se propone atacar mediante su contenido los obstáculos presentes, en los procesos de restitución.

Cada caso de sustracción y en consecuencia cada solicitud de restitución es particular y distinta entre sí, por los factores que motivan a los progenitores para bloquear una convivencia de los hijos, con el padre o madre, poniendo como primer obstáculo el traslado o retención de los mismos, en lugares distintos a los de su residencia habitual.

En tal sentido, al momento de ser estudiados por las autoridades competentes, deben ser resueltos con especial atención, y con el uso debido y correcto de los medios que permitan lograr el enfoque de la Convención, que va encaminado al retorno inmediato del niño cuando se ha violentado un derecho de custodia.

Los problemas identificados son:

- a) Funciones de la autoridad administrativa y judicial.- En ocasiones la autoridad administrativa o judicial invade cuestiones de fondo, que no le están permitidas ni son de su competencia, de acuerdo a lo que establece la Convención de la Haya.

No debe confundirse que la autoridad central no resuelve el fondo del asunto; es decir, no decide si el menor debe o no ser restituido, lo que si determina, es el control de requisitos en donde se analiza, si prospera o no la solicitud, y de ahí se facilita la apertura la a procesos judiciales, sin embargo la autoridad judicial, es quien determinara si existen excepciones y si procede o no la solicitud de restitución internacional.

Ya que quienes están mejor posicionados para resolver las cuestiones de custodia, son los Tribunales del Estado requirente, es decir a los del Estado donde el niño tenía su residencia habitual.

- b) Las obligaciones de la autoridad administrativa o central.-No están definidas en la Convención de la Haya, sino es a través de la elaboración de las guías donde se determinan las funciones de la autoridad administrativa.¹⁷⁰. De ahí que probablemente la ausencia de no estar establecidas dichas funciones, sea un factor que también entorpezca y retrase el retorno inmediato.

- c) El factor tiempo. El proceso debería sea rápido, expedito urgente y en teoría no deba durar más de seis semanas, sin embargo en la práctica no ocurre esto.

Ciertamente el rol del juez del Estado receptor, consiste en ordenar la restitución, salvo que quede demostrado de manera fehaciente, que es existe un supuesto de excepción, previsto en el propio convenio, ya que se debe respetar la premisa del derecho a no ser trasladado o retenido de manera ilícita, por una decisión unilateral de su sustractor.

- d) El factor tiempo.- En los casos prácticos, otro de los grandes problemas, es cuando se ha rebasado el año para realizar la solicitud de restitución, ya que es una situación que pareciera beneficiar al progenitor(a) sustractor, lo que genera la interpretación de que ya hay una adaptación. Puesto quienes argumentan que transcurrido el tiempo de un año, significa que el niño ya se encuentra adaptado a un nuevo entorno, sin embargo no deben evadirse elementos importantes, ya que en ocasiones los factores administrativos, sumados con los factores de

¹⁷⁰ Así lo señaló María Cristina Oropeza Zorrilla como Directora de derechos de familia de la Secretaria de Relaciones exteriores, en la Ciclo de conferencia 2015 presentada por el ministro José Ramón Cossío Díaz, denominado los problemas nacionales y el derecho I, en la conferencia dos y llevada a cabo en "el colegio nacional" el 9 de marzo de 2015.

búsqueda del niño, entorpecen y alargan a más de un año la restitución, por lo que se desvirtúa respetar el *status quo*. Y al extenderse este tiempo, las autoridades responsables, encuadran erróneamente y de inmediato, la situación de la adaptación.

Situación que no tendría que ocurrir, si de acuerdo a lo que establece la Convención, la formalidad que se requiere para presentar la solicitud de restitución, se considera laxa, porque los presupuestos son sencillos para lograr un mecanismo ágil. Entonces es evidente que no se está cumpliendo con lo señalado en la Convención.

- e) La adaptación.- No se encuentra establecido claramente en la Convención, que se entiende por adaptación y cuando debe aplicarse, por lo que en repetidas ocasiones es malinterpretada.
- f) Escucha del menor.- En algunos casos se llega a considerar el escucha del menor y en otros no; y el problema observado de los casos en que si se logra la manifestación del niño, ésta, es desestimada pasando en segundo plano, para dar lugar a los efectos de la Convención o aplicar incluso criterios distorsionados. En los que solo se justifica en razón de su madurez, y a los niños mayores de 12 años, entonces, ¿tiene sentido la manifestación del niño?
- g) Las instancias recurridas. Si bien existe un procedimiento a seguir en la Convención de la Haya, y si este procedimiento bastase, lo que sucede contrariamente, es que muchos de los padres que sufren la sustracción de un hijo se ven orillados a invocar en las últimas instancias, para la revisión de la actuación de los jueces que conocen en primera instancia, y solo así lograr una sana interpretación, lo que provoca gastos

excesivos en detrimento de los padres, tratándose considerablemente que se trata de casos internacionales.

- h) Otro problema observado en el estudio es el desconocimiento de los derechos que tienen ambos padres para solucionar estas situaciones, lo que evitaría el retraso de solución.

En resumen, es clara Incorrecta interpretación y aplicación de los fines de la Convención de la Haya, para lograr el retorno inmediato del niño, que genera una desestabilidad grave en los diversos casos que surgen.

3.5.2.- México

A continuación se procura mostrar algunos casos para ejemplificar e identificar los problemas operacionales, en los casos de sustracción o retención que por supuesto traen como consecuencia el retardo u obstaculización de una solicitud restitución internacional de menores.

a) Caso México 2005. México-USA

El 16 de febrero de 2005 un Tribunal de los Estados Unidos, dictó una resolución por la que se solicitaba la restitución de dos menores, hijos de la quejosa a ese país. El juez décimo tercero civil de Tlalnepantla con residencia en Huixquilucan, estado de México, atendió a tal solicitud y la acordó favorablemente, en auto dictado el 18 de abril de 2005, en acatamiento a lo dispuesto en la Convención de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores. Ello derivó en el inicio de un procedimiento de ejecución de la solicitud que implicaba la localización de la quejosa y de sus hijos y la conducción de estos últimos al sistema de desarrollo integral de la familia DIF. El auto del juez del código civil del 18 de abril, establece textualmente, que un día determinado

deberá presentarse con sus hijos ante el juez para celebrar una audiencia y advierte que en caso de no presentarse con sus hijos ante el juez para celebrar una audiencia, se haría efectivo por conducto de la fuerza pública. Así mismo el auto ordena el depósito provisional de dichos menores ante el DIF municipal.

Contra estos actos de ejecución, así como contra las decisiones judiciales y contra la normativa en la que se fundamentan, se interpuso el amparo. En su demanda la quejosa señalaba la inconstitucionalidad de la Convención y de todos los actos de aplicación o ejecución de la misma, en ocasión de la solicitud cursada por el juez de los Estados Unidos. Esencialmente alegaba que se pretendía afectar los derechos, el domicilio y la libertad de sus hijos y de ella misma, que actualmente vive en México, si haber sido oídos y vencidos en juicio, sobre la base de lo dispuesto en una convención internacional, oscura, imprecisa e inconstitucional, por ser contraria a la garantía de audiencia contenida en los artículos 14 a 16 de la CPEUM.

Mientras que el juez de distrito, sobreseyó respecto de varios de los actos y autoridades reclamadas y negó el amparo, tanto respecto de las normas convencionales señaladas, como respecto de sus actos de ejecución, el tribunal Colegiado de circuito que revisó la sentencia otorgó el amparo solicitado por motivos de legalidad.

El Tribunal Colegiado subrayó que la autoridad jurisdiccional emisora del acto impugnado no salvaguardó el derecho de la señora a oponerse a la solicitud de restitución, porque se limitó a notificarla respecto de la existencia de la solicitud y a fijar día y hora para la audiencia, sin aclarar si en la misma la quejosa sería escuchada, o si tendría la oportunidad de ofrecer pruebas y oponerse a la

solicitud internacional remitida. También determino que el auto no estaba suficientemente fundado y motivado, pues decreto el depósito de los menores en el DIF, sin invocar el precepto legal que así lo autorice, él ni expuso razones que justificaran la necesidad de tal medida. El Tribunal concluyo, que el Juez Civil debía dejar sin efecto el acto reclamado y emitir otro en el cual, además de notificar a la quejosa acerca de la recepción de la solicitud de restitución y fijar una audiencia para presentar a los menores se le hiciera saber a la quejosa de su derecho a ofrecer pruebas y se justificara y motivara suficientemente la necesidad de decretar una medida provisional en el caso, respetando en la citación de la quejosa todas las formalidades requeridas.¹⁷¹

Del caso a), los problemas identificados son relativos a:

El factor tiempo.- De la fecha de presentación de la resolución, dictada por Estados Unidos en la que procede la solicitud de restitución, a la fecha en que se atendió la solicitud en el Estado requerido, fue un lapso de 3 meses, mismo que excede el plazo señalado la Convención.

En un auto de la autoridad requerida, se ordena el depósito provisional de dichos menores ante el DIF municipal, situación que a consideración propia complica las circunstancias, toda vez que no había alguna causa de riesgo, para que se determinara esa resolución.

Instancias recurridas.-La madre sustractora, solicito un amparo para que se protegieran los derechos que a su consideración le fueron violentados, situación por la cual el tribunal Colegiado de circuito que reviso la sentencia,

¹⁷¹ Cossio Díaz, José Ramón, *Debido proceso y restitución internacional de menores*, *Lex. Difusión y Análisis*, México, Tercer Época, Año XII, núm., 165, marzo 2009, p.9.

concedió el amparo solicitado por motivos de legalidad. Una por no hacerle saber que gozaba de ciertos derechos al comparecer en audiencia y otro porque no fundó ni motivó las razones que justificaran la necesidad de decretar el depósito de los menores en el DIF.

Como puede observarse los problemas acontecen desde el principio en el que el Estado requerido conoce, es decir durante el proceso en general de la solicitud de restitución internacional.

b) Caso México-USA

En una ciudad del condado de Los Ángeles, en California, Estados Unidos de América, nació una niña, cuyos padres jamás contrajeron nupcias, sino por el contrario, poco tiempo después del nacimiento, se separaron; desde entonces, la menor vivió con su madre en el mismo estado y condado, pero en una ciudad diversa. Después de la separación, el padre se mudó a Florida, lugar en el que permaneció aproximadamente dos años; posteriormente, volvió a California con el propósito de pasar un tiempo con su hija, pues tenía más de un año de no verla. La madre accedió a la petición; y el señor se obligó a devolverla en una fecha determinada.

El día acordado llegó y la señora llamó por teléfono para saber el lugar en el que recogería a la menor; sin embargo, él le informó que no se la regresaría y que además, se encontraban en México, por lo que la mujer acudió a la Fiscalía del Condado, para reportar la sustracción internacional. Un mes después de lo sucedido, la madre presentó una solicitud de restitución, con fundamento en el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, señaló que el sustractor tenía su domicilio en el Estado de Morelos. En consecuencia, la Autoridad Central de

los Estados Unidos, remitió dicha solicitud a la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Nueve meses más tarde, el Tribunal Superior de Justicia de la entidad, recibió la petición para que le diera el trámite correspondiente y determinara la viabilidad de la restitución. Así, un Juzgado Civil en Materia Familiar y de Sucesiones con residencia en Cuernavaca, admitió a trámite el juicio especial y lo registró debidamente; seguida la secuela procesal, dictó sentencia en sentido negativo, bajo el argumento de que la infanta se encontraba debidamente adaptada al núcleo familiar en el que se desenvolvía, aunado a su deseo de permanecer con su padre, excepciones previstas en los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya.

Inconforme con la determinación, la señora apeló la resolución y en el toca se revocó dicho fallo, por considerar que se violaron en perjuicio de la madre, las garantías de audiencia y oportuna defensa, razón por la que instruyó reponer el procedimiento, desde el auto de admisión del juicio especial, con la finalidad de darle la debida intervención.

Así las cosas, la Juez primigenia ordenó la presentación de la menor, a efecto de que se celebrara nuevamente la audiencia pública; después de las diligencias pertinentes, declaró improcedente la restitución, pues estimó que había transcurrido más de un año entre los hechos y el inicio del procedimiento de restitución, además señaló que la niña se negaba a regresar, situación que estaba contemplada como una excepción.

El fallo de la primera instancia, fue recurrido y la Sala del Tribunal Superior de Justicia del Estado, confirmó la sentencia. Lo anterior, debido a que se acreditaron un par de excepciones contempladas en el Instrumento internacional antes mencionado, las cuales consistieron en que la menor se

negó a regresar con su madre y que de las diversas pruebas ofrecidas, se demostró que estaba totalmente incorporada a su nueva familia.

En contra de la resolución anterior, la señora promovió juicio de amparo indirecto, en el que alegó, la falta de motivación y fundamentación al emitir dicho fallo; una incorrecta interpretación del artículo 12 del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores, el cual consideró ordena lo siguiente: que se restituya de manera inmediata al menor, si dicho procedimiento se inició después del año de la sustracción, salvo que esté adaptado a su ambiente.

Asimismo, adujo que se violaron las formalidades esenciales del procedimiento, toda vez que no se valoraron de manera adecuada, la declaración de la menor, ni las diversas pruebas ofrecidas en materia de psicología; también señaló que los juzgadores ignoraron, que la Secretaría de Relaciones Exteriores manifestó que la solicitud de restitución se efectuó poco tiempo después de la sustracción ilícita, que no se podía argüir que la menor se encontraba adaptada a un nuevo ambiente, pues se estaría legitimando la ilicitud, tan solo con el transcurso del tiempo.

El Tribunal Colegiado que conoció del asunto, concedió la protección de la Justicia Federal, al estimar que la determinación de la Sala fue incorrecta, dado que tuvo por acreditada la sustracción y consideró erróneamente que se actualizaban las multicitadas causas de excepción.

Los principales argumentos del órgano colegiado, fueron los siguientes:

I. Que de todas las pruebas, se podía determinar que la menor había sido sustraída ilegalmente por su padre, ya que la custodia la ejercía su madre en territorio estadounidense.

II. Reconoció las excepciones previstas en el Convenio de La Haya, concretamente en los artículos 12 y 13; sin embargo, que en el caso concreto no se actualizaba alguna de ellas.

Además, enfatizó que el artículo 12 del instrumento mencionado, señala claramente que de iniciarse el procedimiento de restitución antes de que transcurra un año, el Estado debe proceder inmediatamente y que en el supuesto de rebasar el plazo establecido, deberá actuar de la misma forma, a menos de que se demuestre que el infante se ha integrado adecuadamente a su nuevo núcleo familiar.

De manera que, en el asunto transcurrieron nueve meses y quince días entre la sustracción y el momento en el que el juzgado de primera instancia, recibió formalmente la solicitud de restitución, por lo que sí inició antes del término previsto.

Respecto de la excepción contemplada en el numeral 13 del mismo ordenamiento, manifestó que no se actualizó, que si bien, la niña expresó su deseo de permanecer con su padre, la Sala tuvo que ponderar la opinión de los expertos en psicología, debido a que pudo haber sido influenciada; lo que significó, que la menor no fuera lo suficientemente madura para oponerse a la restitución.

III. El interés superior del menor, no puede constituir el fundamento para negar una solicitud de restitución. Dicho principio, se encuentra inmerso en el Convenio de La Haya, en donde la regla general es la devolución inmediata.

Del caso a), los problemas identificados son relativos a:

A pesar de ser un caso que no deriva de una sentencia, toda vez que los padres solo vivieron en unión libre, es preciso señalar los errores acontecidos, que van en el sentido de los siguientes aspectos.

Factor tiempo.- El plazo para que la autoridad central conozca de una solicitud de restitución de acuerdo al Convenio de la Haya, es de seis semanas, sin embargo en este caso el retraso de las autoridades, para conocer la solicitud fue de nueve meses después.

Adaptación.-El tema de la adaptación aducida, sin analizar, porque y como, había transcurrido un plazo extendido de un año y si el padre efectivamente presento en tiempo la solicitud.

Otras instancias.-La madre que sufrió la sustracción tuvo que recurrir a instancias superiores para que se estudiara y determinara correctamente si prosperaba o no la solicitud de restitución, lo que tuvo como consecuencia que se repusiera el procedimiento y alargara el mismo, toda vez que se violaron las formalidades esenciales del procedimiento. Lo que sin duda alguna recae en perjuicio de la menor.

Escucha del niño.- Si se escuchó a la menor, sin embargo como pudo haber sido influenciada la Sala tuvo que ponderar la opinión de los expertos en psicología, ya que se tenía que determinar que la niña fuera lo suficientemente madura para oponerse a la restitución.

3.5.3.-España

c) Caso España-Reino Unido

A continuación hare la transcripción de un caso que forma parte de la jurisprudencia inglesa conocido como Re:LC., la cual se encuentra plasmada

por Carolina Marín Pedreño, en su libro titulado *Sustracción internacional de menores y proceso para la restitución del menor*.¹⁷²

En este caso el padre y los cuatro hijos (la mayor de 13 años representada legalmente como parte distinta y separadamente a los tres hermanos mayores que fueron representados en conjunto), apelaron ante el *Supreme Court* una decisión judicial en primera instancia y no desestimada en apelación, según la cual la hija mayor y sus tres hermanos tenían su residencia habitual en España antes de la retención ilícita de los cuatro hermanos por el padre de Inglaterra.

La madre, española y el padre británico habían vivido en Inglaterra, sin casarse durante varios años, donde nacen también los niños de la pareja. Se separaron y tras la separación la madre decide volver a España, llevándose a los niños consigo en el verano de 2013 con el consentimiento del padre. Los menores viajan a Inglaterra a visitar a su padre por Navidad 2013. Transcurridas las vacaciones, el padre los retiene en Inglaterra alegando que los niños escondieron los pasaportes, por lo tanto no podía efectuar su retorno. Tras esto la madre, solicita la restitución de sus hijos a España, fallando el juez a su favor, este considero que , según el Convenio en su artículo 3, los menores tenían su residencia habitual en España, pese a que en un principio, no quisieron marcharse a España, lo cual no era de todas formas y a juicio del juez determinante. Aplicando el test expuesto por el Tribunal Europeo de justicia en el caso de Mercredi, concluye que hay un cierto nivel de integración en España de los niños, por lo tanto tienen su residencia habitual en España en el momento de la retención ilícita en Inglaterra.

¹⁷² Marín Pedreño, Carolina. *op.cit.* p.54

La decisión en primera instancia fue apelada por el padre y la hija mayor, pero el tribunal de apelación desestimó dicha apelación, advirtiendo no obstante que, puesto que la hija mayor había adquirido la madurez suficiente, el juez había errado al no hacerla parte en el proceso para tener en cuenta su oposición a volver a España y permitirle permanecer en Inglaterra, y que por lo tanto estaba facultada para permanecer, por voluntad propia, allí. En consecuencia, remitió la cuestión de nuevo a primera instancia, para que, en ella, el juez decidiese sobre el perjuicio que para los tres hermanos, los cuales en principio tenían que volver a España (pues su residencia habitual estaba ahí) supondría la permanencia de su hermana en Inglaterra, en otras palabras, había que volver a examinar, si el cambio de postura era compatible con el mantenimiento de la misma en cuanto a los tres hermanos.

De la sentencia del Tribunal supremo importa destacar los criterios argumentados sobre la evaluación de la residencia habitual de un menor adolescente. Se considera, que tratándose de menores que residen con su padre o madre legalmente en un país determinado, lo normal es por supuesto que aquellos tengan establecida su residencia habitual en aquel país, igual que el padre o madre en dicho país había sido corta, pues si bien los deseos del menor o menores no deben en principio ser tenidos en cuenta, si pueden, a veces cuando el menor demuestra tener madurez suficiente, ser tomados en consideración.

Esta sentencia proporciona la posibilidad de que un menor adolescente tenga una residencia habitual distinta a la del progenitor con el que vive. Esta decisión ha sido criticada muchísimo, ya que con esta interpretación de residencia habitual se abre un amplio abanico de posibilidades.

Del caso c), los problemas identificados son relativos a:

Escucha del menor.- El caso anterior muestra algo muy importante y que no solo ocurre en México sino también en otros países, dudan de la aplicación y derecho de escuchar al menor.

De la manifestación de los cuatro niños que ser su voluntad no retornar con la madre a España, en donde solo había una niña de doce años, a pesar dichas manifestaciones únicamente se hizo alusión a que el juez había errado al no hacerla parte en el proceso para tener en cuenta su oposición a volver a España y permitirle permanecer en Inglaterra.

El problema detectado gira entorno a una adolescente, en contrapeso con la manifestación y desestimación del deseo de sus otros tres hermanos en virtud de que a diferencia de un adolescente, estos no puedan demostrar y la tener madurez suficiente para ser tomados en consideración.

Es evidente que existe el miedo o se cree existe un riesgo, hacer uso de este derecho que le corresponde a los niños y se esquiva u omite dicha manifestación, alegando que se respetara mejor el interés superior de la infancia si se logra el retorno inmediato dejando a todas luces, en segundo plano la manifestación de los niños. Por lo que son notorias las contradicciones en los procesos de restitución.

3.6.- Sentencias y jurisprudencias.

3.6.1.- México. Jurisprudencia

En México la instancia correspondiente y competente para conocer de los procesos de restitución internacional infantil, son los juzgados familiares y en algunos casos los juzgados civiles, sin embargo en los casos de restitución internacional al igual que en otros Estados, al convertirse en autoridad requerida, es evidente la incorrecta sustanciación del proceso, ya que se interpreta incorrectamente uno de los objetivos principales de la Convención

de la Haya, y este es el retorno inmediato del niños, por lo que el justiciable en consecuencia recurre a segundas o últimas instancias, para recibir una interpretación correcta.

Dentro del juicio pueden no llevarse a cabo ciertos elementos que forman parte del proceso, o una vez agotado los recursos correspondientes en un juicio principal al finalizar el mismo, el justiciable tiene como herramienta, en el primer caso, la promoción de un amparo indirecto o en última instancia un amparo directo.

De esta forma encontramos como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de sus sedes locales, conoce de diferentes casos, entre los cuales se encuentran los casos de sustracción y restitución internacional infantil.

Aunque la interpretación de los tribunales mexicanos es de manufactura muy reciente, como ya lo decía Luz Helena Orozco y villa en su carácter de Secretaria de estudio y cuenta de la SCJN, eso de ninguna forma justifica los errores que a todas luces, son notorios en los casos de restitución internacional de la niñez.

Y las fallas en la interpretación y utilización del Convenio de la Haya, no solo son un problema que afecta a México, toda vez que en otros Estados-nación, se observan muy marcados problemas que coinciden entre un caso y otro.

Para entender el plano jurídico del que se aduce, se ha de mencionar ciertos criterios que emite la Corte, posterior a un estudio reiterado de casos en común, en este caso tratándose de temas de sustracción y restitución internacional de la niñez.

Dichos criterios se establecen en la ley de amparo, y resultan de gran importancia, toda vez que al solicitarse el amparo y protección, cuando se consideran violentados derechos establecidos constitucionalmente, además de emitirse una sentencia que en un estudio minucioso determine si

efectivamente se han violado derechos consagrados constitucionalmente, derivado del estudio de varios casos, se forman criterios jurisprudenciales que sirven de base y obligatoriedad, para poder invocarse en casos siguientes. Esta instancia es realmente necesaria en su intervención, toda vez que resuelven, cuando las partes no quedan satisfechas con la impartición de justicia en los juicios de orden común, o de primera instancia optando por agotar estos medios de protección y amparo.

En tal sentido previo a citar algunas tesis y jurisprudencias de México emitidas por la SCJN en los temas de sustracción y restitución infantil, señalare que se entiende por jurisprudencia, cuantos tipos hay y sus efectos, transcribiendo lo que la ley de amparo contempla.

TÍTULO CUARTO

Jurisprudencia y Declaratoria General de Inconstitucionalidad

CAPÍTULO I

Disposiciones Generales

Artículo 215. La jurisprudencia se establece por reiteración de criterios, por contradicción de tesis y por sustitución.

Artículo 216. La jurisprudencia por reiteración se establece por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, o por los tribunales colegiados de circuito.

La jurisprudencia por contradicción se establece por el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por los Plenos de Circuito.

Artículo 217. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

La jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente.

La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito.

La jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Artículo 218. Cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Plenos de Circuito o los tribunales colegiados de circuito establezcan un criterio relevante, se elaborará la tesis respectiva, la cual deberá contener:

- I. El título que identifique el tema que se trata;
- II. El subtítulo que señale sintéticamente el criterio que se sustenta;
- III. Las consideraciones interpretativas mediante las cuales el órgano jurisdiccional haya establecido el criterio;
- IV. Cuando el criterio se refiera a la interpretación de una norma, la identificación de ésta; y
- V. Los datos de identificación del asunto, el número de tesis, el órgano jurisdiccional que la dictó y las votaciones emitidas al aprobar el asunto y, en su caso, en relación con el criterio sustentado en la tesis.

Además de los elementos señalados en las fracciones I, II, III y IV de este artículo, la jurisprudencia emitida por contradicción o sustitución deberá contener, según sea el caso, los datos de identificación de las tesis que contiendan en la contradicción o de la tesis que resulte sustituida, el órgano que las emitió, así como la votación emitida durante las sesiones en que tales contradicciones o sustituciones se resuelvan.

Artículo 221. Cuando las partes invoquen tesis de jurisprudencia o precedentes expresarán los datos de identificación y publicación. De

no haber sido publicadas, bastará que se acompañen copias certificadas de las resoluciones correspondientes.

CAPÍTULO II

Jurisprudencia por Reiteración de Criterios

Artículo 222. La jurisprudencia por reiteración del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se establece cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos ocho votos.

Artículo 223. La jurisprudencia por reiteración de las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se establece cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos cuatro votos.

Artículo 224. Para el establecimiento de la jurisprudencia de los tribunales colegiados de circuito deberán observarse los requisitos señalados en este Capítulo, salvo el de la votación, que deberá ser unánime.

CAPÍTULO III

Jurisprudencia por Contradicción de Tesis

Artículo 225. La jurisprudencia por contradicción se establece al dilucidar los criterios discrepantes sostenidos entre las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entre los Plenos de Circuito o entre los tribunales colegiados de circuito, en los asuntos de su competencia.

Ahora que ya se plasmaron los criterios que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los cuales sirven para robustecer y aclarar ciertas interpretaciones, citare algunas que resultan útiles y en alcance a los problemas observados.

Y que además están plasmados en el orden interno, y son de obligatoria observancia. Sin embargo lo ideal sería que se contemplaran en un documento que generalice el actuar de las autoridades responsables para resolver los procesos de restitución internacional de infantes, y evitar llegar a segunda instancia.

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. EXISTE UNA PRESUNCIÓN DE QUE EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR SUSTRÁIDO SE VE MAYORMENTE PROTEGIDO CON SU RESTITUCIÓN INMEDIATA AL PAÍS DE ORIGEN. Como se desprende del preámbulo del propio Convenio de La Haya, el principio de interés superior del menor tiene una "importancia primordial" en todas las cuestiones relativas a la custodia, y entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye este interés superior del menor, se encuentra su derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente en perjuicio de su integridad física y psicológica. En consecuencia, es claro que es el principio de interés superior del menor el que inspira toda la regulación de sustracción de menores y constituye un parámetro para su aplicación. Tomando esto en consideración, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el principio general previsto por el Convenio de La Haya, en el sentido de que las autoridades del Estado receptor deben asegurar la restitución inmediata del menor sustraído, es acorde con el principio de interés superior del menor previsto en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en diversos tratados internacionales firmados y ratificados por nuestro país. Lo anterior, pues existe una presunción de que este interés superior de los menores involucrados se ve mayormente protegido y beneficiado mediante el restablecimiento de la situación previa al acto de sustracción, es decir, mediante la restitución inmediata del menor en cuestión, salvo que quede plenamente demostrada -por parte de la persona que se opone a la restitución- una de las causales extraordinarias señaladas en los artículos 12, 13 y 20 del Convenio

sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en cuyo caso es evidente que el derecho de un menor a no ser desplazado de su residencia habitual deberá ceder frente a su derecho a no ser sujeto a mayores afectaciones en su integridad física y psicológica, en atención al propio principio de interés superior del menor.

Si se pensara que en el retorno inmediato del menor se afectaría su interés superior, lo anterior expresa claramente que al respetar el estado en que se encontraban las cosas, es decir respetar la residencia habitual en la que ya se encontraba el niño, se protegería mayormente y respetaría el interés superior de la niñez, a diferencia de apartarlo de su entorno, que le generaría mayor afectación y menos respeto a su interés superior.

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. LAS AUTORIDADES QUE INTERVENGAN EN UNA SOLICITUD DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DEBEN ACTUAR CON LA MAYOR CELERIDAD PARA ASEGURAR LA RESTITUCIÓN INMEDIATA DE LOS MENORES INVOLUCRADOS. Como se desprende del artículo 6 del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, cada uno de los Estados contratantes se comprometió a designar una Autoridad Central, encargada de dar cumplimiento a las obligaciones expresadas en el mismo. En este sentido, como se advierte del artículo 7 del Convenio, las Autoridades Centrales se encuentran obligadas a colaborar entre sí y promover la coadyuvancia entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y conseguir el resto de los objetivos del Convenio. Por tanto, como expresamente se señala en su artículo 2, es claro que los Estados contratantes del Convenio de La Haya, a través de estas Autoridades Centrales, adquirieron por voluntad propia la obligación de tomar todas las medidas necesarias para conseguir la restitución inmediata del

menor de la forma más breve y ágil posible, para lo cual podrán auxiliarse de las autoridades judiciales o administrativas competentes que inicien procedimientos de urgencia disponibles. De lo anterior se desprende que el Convenio de La Haya dota al factor tiempo de una suma importancia, pues se entiende que las autoridades del Estado receptor deben actuar con la mayor celeridad posible a fin de evitar el arraigo del menor en el país al que fue trasladado o retenido. Dicha obligación la podemos encontrar explícitamente plasmada en el artículo 11 del Convenio, en donde inclusive se señala que si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central I del Estado requerido tendrán derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.¹⁷³

Uno de los principales problemas detectados en los procedimientos de solicitud de restitución internacional tiene que ver efectivamente con el factor tiempo, porque no se cumplen los plazos para garantizar el retorno, ciertamente se debe actuar con celeridad, pero precisamente las fallas en la actuación de las autoridades centrales, como el retardo, ocasiona darle seguimiento adecuado que obstaculiza un retorno inmediato.

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

El Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores fue adoptado el 25 de octubre de 1980, en el

¹⁷³ Tesis 1a. XXXVI/2015 (10a.). Semanario Judicial de la Federación. Y su gaceta, Décima Época Primera Sala, Febrero de 2015, p. 1419.

marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, y constituye un importante esfuerzo de la comunidad internacional para la protección de los menores de edad, de los efectos perjudiciales que puede ocasionar un traslado o retención ilícita en el plano internacional, al establecer procedimientos que permiten garantizar su restitución inmediata al Estado en el que tengan su residencia habitual. Así, es claro que el mencionado Convenio se erige como un instrumento para garantizar la tutela del interés del menor y el ejercicio efectivo del derecho de custodia. En este sentido, los Estados que participaron en la creación del Convenio advirtieron que aquellas personas que cometen esta acción de trasladar o retener ilícitamente a un menor, generalmente buscan que su acción sea legalizada por las autoridades competentes del Estado en el que se refugian, por lo que consideraron que un medio eficaz para disuadirlos consistía en que sus acciones se vieran privadas de toda consecuencia práctica y jurídica. En consecuencia, como se desprende de la redacción de su artículo 1, el Convenio de La Haya consagra entre sus objetivos el restablecimiento del statu quo, mediante la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita al país en donde residían; es decir, regresándolos a su entorno habitual donde se deberá decidir respecto a los derechos de custodia, en términos de lo establecido en el artículo 8 del Convenio.¹⁷⁴

De lo anterior se establece que el objetivo principal de la Convención es proteger al infante de un traslado o retención ilícita, garantizando el retorno del menor a su residencia habitual para evitar regular una conducta ilícita como lo es el traslado o retención fuera su residencia habitual en un plano internacional.

¹⁷⁴ Tesis Aislada 1a. LXX/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo I, Febrero de 2015,p. 1417.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

TESIS AISLADA EN BASE A LO QUE LA LEY DE AMPARO SEÑALA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. PROCEDE OTORGAR LA SUSPENSIÓN CON EFECTOS RESTITUTORIOS, AL PONDERAR LA APARIENCIA DEL BUEN DERECHO Y EL PELIGRO EN LA DEMORA, SI SE JUSTIFICA QUE LA GUARDA LA TENÍA LA MADRE, Y EL HECHO DE QUE SE TRATE DE UNA MENOR DE DOCE AÑOS, CONSTITUYE UN ELEMENTO ADICIONAL PARA QUE PREFERENTEMENTE QUEDE BAJO SU CUIDADO (LEGISLACIÓN APLICABLE PARA LA CIUDAD DE MÉXICO).

El artículo 147 de la Ley de Amparo establece que según la naturaleza del acto reclamado, de ser jurídica y materialmente posible, la suspensión del acto reclamado restablecerá provisionalmente al quejoso en el goce del derecho violado. Por su parte, en la tesis aislada 1a. LXX/2015 (10a.), de título y subtítulo: "SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. EL SISTEMA PREVISTO POR EL CONVENIO DE LA HAYA BUSCA PROTEGER AL MENOR DE LOS EFECTOS PERJUDICIALES QUE GENERA ESTE TIPO DE CONDUCTAS.", la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que con el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores se busca disuadir que las personas que cometen esta acción de trasladar o retener ilícitamente a un menor, busquen que su acción sea legalizada por las autoridades competentes del Estado en el que se refugian, por lo que los Estados Parte consideraron que ello se logra mediante la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita al país en donde residían. De modo que si el Juez familiar tuvo por acreditado que la menor tenía su residencia habitual con su madre fuera de nuestro país y que el padre la tenía bajo su cuidado en el territorio nacional, de forma ilegal, y no se demostró causa que

justificara que ésta sufrirá daño físico o psicológico al lado de su madre, se torna aplicable el artículo 282, apartado B, fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal, aplicable para la Ciudad de México, que establece que los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar, cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. De lo que deriva que al haberse dictado, por el Juez responsable, la resolución que ordena la restitución de la menor, ésta tiene a su favor la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora; por tanto, procede conceder la suspensión definitiva del acto reclamado con efectos restitutorios, a fin de que la infante sea entregada a su progenitora para que, en ejercicio de la patria potestad, decida si regresan a su país u opta por pedir administrativamente la protección de algún otro gobierno; pues con la restitución de la menor a su entorno monoparental en el que se desarrolló cotidianamente, se favorece su derecho a la salud emocional y psíquica, así como la educación escolar y personal que tenía antes de su retención, con lo cual se le restituye en el goce de su derecho violado.¹⁷⁵

La tesis anterior hace notorio el cumplir con el objetivo principal de la Convención de la Haya y es conceder el retorno inmediato del infante a su residencia habitual, no solo para proteger su interés superior, sino para no regular una conducta ilícita como el traslado retención.

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.

¹⁷⁵ Tesis aislada 1a. LXX/2015 (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 15, Tomo II, febrero de 2015, página 1417.

Un grupo de excepciones extraordinarias a la regla general de restitución inmediata podemos encontrarlo en el artículo 13 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en donde se establecen las siguientes hipótesis, a saber: (I) si la persona que se opone a la restitución demuestra que la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia o posteriormente aceptó el traslado o retención; (II) si la persona que se opone a la restitución demuestra que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o lo ponga en una situación intolerable; o (III) si se comprueba que el propio menor se opone a la restitución. Al respecto, se considera importante destacar que, a diferencia de aquella establecida en el artículo 12, estas excepciones no se encuentran sujetas a una condición temporal de ningún tipo, por lo que pueden ser alegadas en cualquier momento del procedimiento de restitución. Sin embargo, al igual que sucede con la causal relativa a la integración al nuevo entorno familiar, esta Primera Sala considera que se trata de excepciones claramente extraordinarias y que la carga de la prueba para demostrar plenamente su actualización recae exclusivamente en quien se opone a la restitución del menor, pues existe una presunción de que el interés superior del menor es protegido mediante la restitución a su lugar de origen.¹⁷⁶

Lo anterior hace visible que el retorno inmediato, es el que prima en este sentido, exceptuando esa regla cuando se compruebe que existen excepciones señaladas en el artículo 13 del Convenio de la Haya. Que lógicamente tendrán que ser advertidas y demostradas. En términos jurídicos fundadas y motivadas.

¹⁷⁶ Jurisprudencia 1a./J. 6/2018 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Décima Época, Libro 52, Tomo I, marzo de 2018, p. 807.

3.6.2.- Colombia

3.6.2.1.-Sentencia 1

En el presente caso, la accionante interpone la acción de tutela debido a que el padre de sus menores hijos que, de conformidad con un acuerdo suscrito entre los cónyuges y avalado por el juez que decretó su divorcio, residían con ella en la ciudad de Miami, de manera unilateral decidió retenerlos en Colombia al término del periodo de vacaciones escolares para el cual se había desplazado al país.

Asevera la accionante que sus menores hijos han hecho su vida familiar y social en los Estados Unidos, con la comunidad hebrea a la que pertenecen, en un colegio de religión judía, en condiciones armónicas y adecuadas para su desarrollo. Para acreditar lo anterior, acompaña numerosas pruebas documentales y solicita la práctica de otras pruebas.

Por su parte, el padre requerido manifestó en el proceso que tomó la decisión de mantener a sus hijos en Colombia debido a que su desempeño en el Colegio en los Estados Unidos distaba mucho de ser satisfactorio, puesto que registran un número inusual de llegadas tarde e inasistencias a clase; a que los menores tienen un estatus temporal en los Estados Unidos, no tienen visa de residentes en ese país y, por consiguiente, su estadía allí depende de su vinculación al colegio en el que se encontraban matriculados; a que no está en condiciones de continuar sufragando el alto costo de la educación privada en los Estados Unidos y que la madre de los menores, debido al estatus precario que tiene en ese país, no puede brindar un apoyo sustancial a ese efecto.

Encuentra la Sala que tal como se ha planteado la situación, la decisión de restituir a los menores está supeditada a que, una vez establecidos los presupuestos para ello, se determine si los argumentos presentados por el

padre se inscriben dentro de las excepciones al deber de restituir previstas en el artículo 13 del Convenio de La Haya.

Para ese efecto, tal como se ha dejado sentado en esta providencia, existe una vía judicial alternativa orientada de manera específica al trámite de las solicitudes de restitución internacional de los menores que hayan sido ilícitamente trasladados o retenidos por uno de los padres en Colombia.

No obstante que, en principio, y hasta que se establezca lo contrario, la actitud del padre o de la madre que de manera unilateral sustrae a sus hijos del lugar en donde residían en el extranjero, o los retiene en Colombia después de un periodo de visita, es contraria a derecho y da lugar a la inmediata restitución del menor, no observa la Sala que en este caso estén presentes los elementos que darían lugar a un perjuicio irremediable para los menores que pudiera dar paso al amparo como mecanismo transitorio, que por la naturaleza de la decisión a tomar, de ser favorable a la restitución, desplazaría por completo al procedimiento previsto en la Convención de La Haya de 1980. Es, entonces, a través de ese procedimiento que debe determinarse si se dan los supuestos para que proceda la restitución internacional de los menores y, en caso afirmativo, si se está o no en presencia de alguna de las situaciones de excepción al deber de restituir previstas en el Convenio.

Por las anteriores consideraciones, el amparo solicitado no es procedente y habrán de confirmarse las decisiones de los jueces de instancia, pero con base en las razones expuestas en esta providencia.

Pese a que, como se acaba de señalar, la Sala ha encontrado que no es procedente la acción de tutela para la solución del presente caso, no puede dejar de advertirse que la ausencia de una ley que de manera específica regule la aplicación en Colombia del trámite de restitución internacional de

menores previsto en el Convenio de La Haya de 1980, ha dado lugar a confusiones y dilaciones injustificadas en el trámite de los proceso de restitución.

Por esa razón, considera del caso la Corte insistir ante el Congreso de la República, el Consejo Superior de la Judicatura y el Gobierno Nacional para que a la brevedad posible se tramite una ley que desarrolle de manera específica el contenido del Convenio.

Del mismo modo considera la Sala necesario instar al ICBF y a los jueces civiles del Circuito, para que, cuando corresponda, tramiten las solicitudes de restitución, con la celeridad que la naturaleza de la materia exige y que constituye el presupuesto fundamental que anima el Convenio de la Haya de 1980, para lo cual habría lugar a aplicar las pautas que se han señalado en esta providencia y que constituyen criterios interpretativos del procedimiento de restitución, ajustados a la Constitución y orientados a permitir el mejor funcionamiento del instrumento que la Ley ha previsto para estos casos y de cuya operancia depende la efectiva protección de los derechos fundamentales de los menores y de sus padres.

En este contexto, cabe advertir, que si bien, de ordinario, la acción de tutela no puede sustituir el trámite que se desprende del Convenio de La Haya de 1980, si serían susceptibles de protección por el trámite sumario de la tutela los derechos fundamentales de los menores cuya violación sea consecuencia de la dilación injustificada del trámite de restitución.

Finalmente, corresponderá al juez que conozca de la solicitud de restitución decidir sobre el efecto del trámite de restitución internacional iniciado por la señora María Teresa Jaramillo Rodríguez sobre el proceso de custodia iniciado por el señor Albero Bursztym Vaingberg en relación con sus menores

hijos, a la luz de lo dispuesto en el artículo del Convenio de La Haya, conforme al cual “después de haber sido informadas del traslado ilícito de un niño o de su no regreso en el sentido del artículo 3o., las autoridades judiciales o administrativas del Estado Contratante a donde el niño hubiere sido trasladado o retenido no podrán resolver sobre el fondo del derecho de guarda sino hasta que hubiere sido probado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para un regreso del niño o hasta que no haya transcurrido un período prudencial sin que haya sido presentada una solicitud de conformidad con lo dispuesto en el Convenio.”

IV. DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.-CONFIRMAR las sentencias proferidas por el Juez 39 Civil Municipal de Bogotá y por el Juez 19 Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso de tutela de la referencia, por las razones expresadas en esta providencia.

Segundo.- EXHORTAR al Congreso de la República, al Gobierno Nacional y al Consejo Superior de la Judicatura, para que a la mayor brevedad posible se tramite un proyecto de ley orientado a regular la aplicación en Colombia del Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños. Para ese efecto, copia de esta decisión se enviará al Presidente del Senado de la República, al Presidente de la Cámara de Representantes, al Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, y a la Dirección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Tercero.- Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO
Secretario General (E)

El caso anterior muestra una gran cantidad de defectos que surgieron desde la presentación de la solicitud para la restitución, ante un órgano incompetente como el ICBF el cual carece de competencia para decidir de manera definitiva sobre la solicitud de restitución, y ante la falta de competencia expresa debería concluirse que el Convenio es inaplicable, por lo menos hasta cuando el legislador diseñe una regulación al respecto. Sin embargo, un análisis reposado lleva a la conclusión contraria y demuestra que en realidad el ordenamiento prevé una solución para el caso.”

Ya que definitivamente a esa fecha, ni si quiera estaba creado para dar respuesta a este tipo de solicitudes, y mucho menos para dar solución al caso concreto, señalando incluso la falta de ratificación.

Todo lo anterior tuvo como efectos el retraso de la restitución y la reasignación del caso, para que en principio se creara un órgano competente, con el cual Colombia no podía dar cumplimiento en ese momento en virtud de la no existencia.

Lo cierto es que no obstante de que el padre pretendía que se le reconociera un acto ilícito, como lícito, argumentando que su posibilidad económica era

más amplia que la de la madre, eso no justificaba el acto, que desde un inicio se trataba de un acto unilateral y arbitrario, que como lo resolvió la Corte pone a los afectados en condiciones de inferioridad fáctica y jurídica, que se encuadran dentro del concepto de indefensión que hace viable la acción de tutela.

Finalmente se puede advertir que en el caso de Colombia el factor tiempo e interpretativo del Convenio de la Haya se ve notoriamente incumplido.

3.6.2.2.-Sentencia 2

MARGARITA CABELLO BLANCO

Magistrada ponente

STC9528-2017

Radicación n.º 11001-02-03-000-2017-01395-00

n.º 11001-02-03-000-2017-01469-00

(Aprobado en sesión de veintiuno de junio de dos mil diecisiete)

Bogotá, D. C., cinco (5) de julio de dos mil diecisiete (2017).

Se procede a decidir las tutelas acumuladas, instauradas la primera por la señora Ivette Johana Nieto Suárez y la segunda por la doctora Yennifer Ruíz Gaitán, esta última en su calidad de Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, frente a la providencia de fecha 10 de marzo de 2017 proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, integrada por los magistrados Diego Omar Pérez Salas, Astrid Valencia Muñoz y Ricardo Bastidas Ortiz.

ANTECEDENTES

1.- La promotora depreca la protección constitucional de los derechos fundamentales al debido proceso y derechos humanos fundamentales de su hija XX, presuntamente vulnerados por la autoridad encartada dentro del juicio de restablecimiento internacional de menores que le inicio Marcelo Javier Losice.

2.- Arguyo la señora Ivette Nieto Suarez, como pilares de su reclamo, en suma, lo siguiente:

2.1.- De la unión que sostuvo con Marcelo Losice nació en Argentina el 1º de junio de 2012 la menor XX.

2.2.- En diciembre de 2014 estuvo de visita en Colombia y debido a que era víctima de agresiones físicas y verbales por parte del padre de su hija, tomó la decisión de no regresarse al país de Argentina.

2.3.- El 22 de enero de 2015 solicitó ante el ICBF el impedimento de salida del país de la niña, requerimiento que fue admitido el 27 del mismo mes y año, ordenándose la citación del señor Losice a la audiencia de conciliación de la custodia empero esta fracasó.

2.4.- El 19 de mayo de 2015, el ICBF avocó el conocimiento de las diligencias administrativas de restitución internacional de menores, trámite dentro del cual se realizó un informe de valoración psicológica, en la que se concluyó que la pretensión de restitución de la menor XX a su país de origen no es aconsejable comoquiera que evidencias fuerte arraigo de integración a su medio social y familiar en la república de Colombia.

2.5.- Agotada la actuación descrita la defensora de familia promovió el proceso que nos ocupa, correspondiéndole el conocimiento al Juzgado Cuarto de

Familia de Ibagué, autoridad que dispuso la valoración por parte de una psicóloga clínica a XX, entre otros.

2.6.- El despacho cognoscente agotada toda la etapa probatoria, dicta sentencia el dos de septiembre de 2016 desestimando las pretensiones, empero el tribunal encartado en providencia de diez de marzo de 2017 revocó tal determinación y, en su lugar, ordenó la restitución internacional de la menor.

2.7.- Reprocha que el ad-quem cuestionado «desconoce los dictámenes psicológicos que fueron aportados en el proceso, en el cual se pudo establecer que la niña XX se encuentra adaptada a su círculo social y a su entorno. También desconoce la recomendación realizada por la psicóloga jurídica en la que manifiesta que no es recomendable el traslado de la niña se probó dentro del expediente que la niña tiene más apego a su madre y aunado a ello, ha sido ella la encargada de criarla y cuidarla toda vez que el padre laboraba tiempo completo tampoco tuvo en cuenta el testimonio de la niña YY, hija mayor quien manifestó que habían sido víctimas de violencia intrafamiliar en la república de Argentina».

2.8.- Recrimina también que el superior censurado olvidó «el interés superior de la niña, a quien pese que se probó en el expediente que ya se encontraba adaptada a su entorno social en Colombia ordena la restitución desconoce el tribunal la especialidad de los peritos psicólogos que presentaron informes dentro del proceso, sin fundamento alguno.

3.- De otra parte, en el escrito de tutela acumulado la Defensora de Familia del ICBF expresó en síntesis que:

3.1.- Inició el trámite administrativo de Restitución Internacional de Menores, actuación dentro de la cual la conciliación convocada fracasó por falta de acuerdo.

3.2.- Censura que el *ad-quem* encartado «incurrió en error de hecho al revocar la decisión emitida por el Juzgado Cuarto de Familia de Ibagué en favor del interés superior de la niña XX toda vez que descontextualiza la integralidad de los dictámenes periciales, inobservando con el interés superior que titula la niña, la prevalencia de sus derechos, el cambio de las circunstancias, el tiempo de permanencia de la misma en la ciudad de Ibagué, el centro de vida actual, la estabilidad emocional con que cuenta, el bienestar y el ejercicio pleno de derechos del que goza, la integración al medio familiar y social, el arraigo y los estrechos vínculos afectivos que tiene hacia su progenitora y demás miembros del grupo familiar materno, presupuesto que fueron probados y son indispensables para negar la orden de restitución de la niña a su progenitor.

3.3.- Refiere que el señor MARCELO JAVIER LOSICE se ha sustraído durante el tiempo de permanencia de la niña en la ciudad de Ibagué de cumplir con su obligación alimentaria, descargando toda la responsabilidad en la progenitora, oponiéndose a que esta fuese decretada por la autoridad judicial, lo cual da cuenta de que antepone sus intereses personales al bienestar de su hija, utilizando su omisión como forma de ejercer presión, si bien el padre no cuenta con la imposición de una cuota alimentaria cuanto menos se espera es que el amor que prodiga se exprese en suministrar de manera voluntaria provisión de alimentos de tal forma que la progenitora de la niña XX es quien por dos años y seis meses, ha garantizado todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación e instrucción y en general lo indispensable para el desarrollo integral de la niña».

4.- Solicitan, conforme a lo relatado, se ordene «revocar la sentencia de segunda instancia» (fls. 1-36 Cdo. 1-28).

LA RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS

El colegiado enjuiciado, manifestó, entre otros, que bien se ve, que la acción de tutela no tiene vocación o mérito de prosperidad y lejos de incurrirse en el

defecto esgrimido por la demandante, defecto fáctico, la sentencia atacada se emitió conforme la normativa internacional que regula la acción emprendida por el señor Marcelo Javier Losice y el ordenamiento Jurídico interno, valorando de manera individual y conjunta los medios de prueba recaudados y practicados en la actuación (fls. 1239 – 1242 y 1246).

La defensora de Familia del ICBF, informó que ya interpuso acción de tutela por los mismos hechos comoquiera que no había sido notificada de esta y solicitó que los argumentos expuestos en el escrito de tutela remitida por la suscrita el día 05 de junio de 2017, sean tenidos en cuenta a manera de coadyuvancia, toda vez que la defensoría es garante de los derechos constitucionales y fundamentales de la niña XX los que se observan han sido inobservados y amenazados de vulneración por la decisión del tribunal superior» (fls. 1272 – 1273).

El ministerio de Relaciones Exteriores, alegó falta de legitimación por pasiva (fls. 1422-1425). El Juez de la Red Internacional de la Haya, señaló que la extensa decisión del juez 4º de familia de Ibagué, en la que se acude continuamente al principio del interés superior de la niña para soportar la decisión, desconoce que en los expedientes de restitución, este interés subyace en el derecho de la menor a estar al lado de sus dos padres de donde ninguno de los progenitores puede atribuirse la potestad de cercenar la garantía constitucional del niño a no ser separado de la familia, siendo claro en este caso, la custodia de la hija la ejercían de manera compartida ambos padres, que la residencia habitual de ésta estaba en la República de Argentina, que la madre la retuvo de manera ilícita pues la trajo de vacaciones con permiso del padre y avisando de la buena fe del padre se negó a regresarla al seno del hogar que habían formado en el mencionado país.

De otra parte, refirió que si bien en el fallo, el juez en su decisión se refiere a la excepción que contempla el acuerdo respecto “...a la integración del menor

al nuevo medio...”, citando el artículo 12 del Convenio, desconoce que tal excepción solo tiene vigencia en el caso de que la petición de restitución se radique pasado el año de la sustracción o retención, misma que por tanto no aplicaría en este caso, cuando la petición formulada fue dentro del año siguiente a la retención de la niña.

Y, agregó que gracias a la correcta aplicación del tratado por jueces de otros estados, muchos de nuestros nacionales, han logrado la repatriación de sus hijos y con ello se ha dado cabal cumplimiento al interés superior del niño a no ser separado de su familia por un traslado o retención ilícitas, a que las controversias sobre su custodia o guarda se definan ante el juez del estado de su residencia habitual (juez natural), a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución (fls. 1451-1454).

Marcelo Javier Losice, a través de apoderada, acotó, entre otros, que ningún informe psicológico, puede justificar la ilegalidad, si existen diferencias conyugales entre los padres, se deberán solucionar por la vía judicial y conciliar los temas referentes a la menor en la jurisdicción propia de su domicilio, pero tomar decisiones unilaterales con fundamento en problemas personales que derivan traslados o retenciones ilícitas no es la vía correcta, si los jueces permiten estos actos ilegales se abrirá la puerta para que cualquier mujer a punto de divorciarse, traslade de manera irregular a sus hijos argumentando problemas de pareja y legalizando sus actuaciones con ese pretexto, es importante para la sociedad, inculcar siempre el respeto y lealtad que se deben profesar los cónyuges y un acto ejemplar es solucionar los cónyuges y un acto ejemplar es solucionar las diferencias de manera concertada, conciliada o por la vía legal. Si se está generando violencia por parte de la señora IVETTE JOHANA NIETO SUÁREZ al retener de manera ilegal en Colombia a su hija.

Y, añadió que en los procesos de restitución internacional de menores el juez si existe traslado o retención ilegal que dé lugar a ordenar la restitución internacional del menor retenido a su centro de vida y hogar habitual. El juez no podrá decidir otros aspectos de fondo tales como: custodia, visitas, alimentos, causales de divorcio, condiciones económicas, condiciones sociales o religiosas, es decir el juez no podrá decidir nada diferente a ordenar o no, la restitución del menor de manera ilegal [...] el proceso no se corresponde con que mi mandante deba defenderse de acusaciones efectuadas por la progenitora incumplidora en tierras colombianas, sino que todo juicio debe ser ventilado ante el juez natural, que en este caso, se corresponde en la República de Argentina. Concebir lo contrario implicaría incurrir en contra de principios fundamentales del debido proceso» (Cdo. 5).

CONSIDERACIONES

1.- La reiterada jurisprudencia ha sostenido, en línea de principio, que este amparo no es la senda idónea para censurar decisiones de índole judicial; sólo, excepcionalmente, puede acudir a esa herramienta, en los casos en los que el funcionario adopte alguna determinación «con ostensible desviación del sendero normado, sin ecuanimidad y apoyado en el capricho o en la subjetividad, a tal punto que estructure ‘vía de hecho’», y bajo los supuestos de que el afectado concurra dentro de un término razonable a formular la queja, y de que «no disponga de medios ordinarios y efectivos para lograrlo» (ver entre otras, CSJ STC, 3 de mar. 2011, rad. 00329-00).

El concepto de «vía de hecho» fue fruto de una evolución pretoriana por parte de la Corte Constitucional, en vista de la necesidad de que todo el ámbito jurídico debe respetar los derechos fundamentales como base de la noción de «Estado Social de Derecho» y la ordenación contemplada en el artículo 4 de la Carta Política. Así hoy, bajo la aceptación de la probabilidad que providencias desconozcan prerrogativas esenciales, se admite por salvedad la

posibilidad de amparar esa afectación siempre y cuando se cumplan los siguientes presupuestos: 1. Generales: «a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; b) Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable; c) Que se cumpla el requisito de la inmediatez; d) Cuando se trate de una irregularidad procesal; e) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible y f) Que no se trate de sentencia de tutela» y, 2. Especiales: «a) Defecto orgánico; b) Defecto procedimental absoluto; c) Defecto fáctico; d) Defecto material o sustantivo; e) Error inducido; f) Decisión sin motivación; g) Desconocimiento del precedente y h) Violación directa de la constitución» (C-590/2005, reiterada, entre otras, SU-913/2009 y T-125/2012).

2.- Observada la censura planteada resulta evidente que las reclamantes, al estimar que se actuó con desprecio de la legalidad por supuestamente incurrirse en defecto fáctico, enfilan su inconformismo contra el tribunal encartado por cuanto profirió la sentencia de 10 de marzo de 2017, revocando la de primera instancia y, en su lugar, ordenó la restitución de la menor XX a Argentina.

3.- Es del caso precisar que el defecto alegado, de acuerdo a lo expuesto por el máximo órgano constitucional, tiene lugar «cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

Y, en ese orden, dicha Corporación ha reiterado de forma específica que: La Corte ha identificado, así, dos dimensiones del defecto fáctico: una dimensión negativa y una positiva. La primera tiene lugar cuando el juez niega o valora la

prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa, o simplemente omite su valoración, y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. Y la dimensión positiva, se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes para la definición del caso, que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión.

Estas dimensiones configuran, a su vez, distintas modalidades de defecto fáctico, que han sido categorizadas así: (i) defecto fáctico por la omisión en el decreto y la práctica de pruebas; (ii) defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio y (iii) defecto fáctico por desconocimiento de las reglas de la sana crítica.

De acuerdo con las características de caso objeto de estudio, se hará énfasis en la hipótesis denominada defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio, situación que se advierte cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva.

En concordancia con lo anterior, y tal como lo ha advertido la Corte, sólo es factible fundar una acción de tutela frente a un defecto fáctico cuando se observa que la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia es manifiestamente arbitraria. El error en el juicio valorativo de la prueba “debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela

no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia” (C. Constitucional T-781 20 Oct. 2011, rad. 3106156).

4.- Decantado lo anterior y, dando paso a las demostraciones recaudadas, se vislumbra lo siguiente:

4.1.- Providencia de fecha 13 de marzo de 2015 emitida por un juez de Argentina, en la que resolvió «Primero: hacer lugar al pedido de restitución internacional de la niña XX a su residencia habitual sita en Calle Alsina No. 360 piso 1º Dto C de la localidad y partido de Quilmes, Provincia de Buenos Aires, República de Argentina.

4.2.- Resolución del ICBF de 19 de mayo de 2015 en la que avocó el conocimiento de la petición de restitución de XX, ordenando, entre otros, informe psicosocial de los progenitores y la menor y también entrevista personal de los padres (fls. 98-99).

4.3.- Informes de «evolución psicosocial, académico y comportamental» de XX, proferidos por psicóloga y docente del Gimnasio Los Robles de Ibagué, aditados 6 y 7 de abril de 2015, en los que hacen constar que «XX llegó a nuestra institución a cursar el grado de pre jardín con inicio de labores académicas desde el 3 de febrero del año en curso. En el proceso de matrícula siempre estuvo acompañada por su mamá, la señora Ivette Nieto, quien está pendiente de la niña, la trae y la recoge del colegio puntualmente. Durante estos tres meses hemos observado que XX se adaptó con facilidad, se le ve feliz con sus compañeros, juega y se divierte con ellos, hubo una integración fácil y acorde con sus pares y al inicio de sus labores se mostró tímida con sus compañeros

y docentes, pero poco a poco se ha ido integrando, comparte juegos, disfruta, corre y ríe con todos, respectivamente. (fls. 80-81).

4.4.- Informe de valoración psicológica» de fecha 9 de junio de 2015 realizado por Necty Amézquita, psicóloga del centro zonal Galán de Ibagué, que contiene respecto a la menor (3 años) lo siguiente «XX se caracteriza por ser una niña extrovertida, despierta, obediente, inquieta e inteligente. Se evidencian síntomas emocionales negativos que influyen especialmente en el desarrollo de su personalidad ya que se muestra sintomatologías de ansiedad asociados al temor que sentía en los momentos de violencia intrafamiliar evidenciados en la entrevista mediante la aplicación de asociación del juego de roles de papá y mamá donde manifestó “papá malo” y sacudía a la figura que representaba a la mamá y en los gestos se observaba dicha ansiedad» y concluyó, entre otros, «la pretensión de restitución de la menor XX a su país de origen no es aconsejable comoquiera que evidencia fuerte arraigo de integración a su medio social y familiar en Colombia (fls.214-219).

4.5.- «Visita social de verificación de derechos» realizada el 12 de junio siguiente por parte de la trabajadora social Caterine Villanueva, en la que se informa «la niña cuenta con vinculación al sistema educativo vinculada al Gimnasio Robles, afiliación al sistema de salud como beneficiaria de su progenitora Ivette Nieto en régimen contributivo EPS Salud Total, se encuentra viviendo en una residencia de carácter familiar la cual cuenta con suficientes y amplios espacios para actividades de descanso, esparcimiento, aseo y alimentación, observándose cuarto asignado a la niña con elementos propios y decoración infantil», y, agregó «se percibe que en cuanto a la dinámica familiar se muestra funcional con comunicación asertiva, adecuado ejercicio de autoridad reflejado en el comportamiento de la niña y en el asumir las normas dentro del hogar y órdenes impartidas por los adultos, a nivel relacional es afectiva en vía bilateral, observando en los adultos el interés latente en continuar

aportando al cuidado de la niña y el bienestar de la misma y en la niña con demostraciones constantes de afecto hacia los integrantes de su familia» (fls. 220-221).

4.6.- Demanda de Restitución internacional de menores promovida por Marcelo Javier Losice en contra de Ivette Nieto Suárez (aquí accionante) (fls. 39-41 copias).

4.7.- Auto de 10 de junio de 2015 por medio del cual el Juzgado Cuarto de Familia avoca el conocimiento del libelo reseñado (234-235).

4.8.- Contestación a la demanda por parte de la quejosa, en la que alegó excepciones denominadas «"estar plenamente demostrado que XX se ha integrado a su nuevo medio de vida en la ciudad de Ibagué", "demostración de maltrato por parte del esposo y padre Marcelo Losice hacia Ivette", "sustracción e incumplimiento injustificado de los deberes de padre por parte de Marcelo Losice", "el grave riesgo de XX en caso de procederse a la restitución, la exponen a un peligro físico o psíquico, con la aparición de innumerables secuelas que la ubican en una situación intolerable para su bienestar", "principio del interés superior de los menores de dieciocho años" y "protección de la familia y de la integridad de la mujer víctima de violencia intrafamiliar, psicológica y de justicia en perspectiva de género"» (fls. 249-264).

4.9.- Informe de evolución psicosocial» de fecha 7 de julio de 2015 emitido por la psicóloga del Gimnasio los Robles en los siguientes términos «una vez culminado el primer semestre de labores académicas, observamos que XX continúa demostrando agrado por el colegio, se le observa más segura de sí misma, más empoderada de su rol de estudiante, siempre con una carita muy sonriente, disfrutando de todas las actividades propias del grado que cursa (fl. 267).

4.10.- Informe psico diagnóstico rendido por la psicóloga Liliana Mayret Ballares, quien tuvo en tratamiento a XX desde diciembre de 2014 al mes de abril de 2015, respecto de quien conceptuó «se encuentran alteraciones significativas y determinantes en la escala de ansiedad y en el test CAT puntuando 9 de 10 puntos en cada uno; lo que traduce en presencia de ansiedad frente al tema objeto de CAT para niños asociado al temor y miedo al daño por figuras de autoridad en este caso su figura paterna. Los resultados de las asociaciones, el tema libre y los trazos de los trabajos realizados por la niña denotan marcada presencia de secuelas de violencia intrafamiliar generada por su padre hacia su madre; en el juego de roles y en las láminas de poder del CAT; la paciente ha construido historias acerca del bueno y el malo (en este caso papá malo ... mamá recibe ayuda del niño) psicológicamente estas respuestas y resultados comprueban e identifican en la menor XX la presencia de secuelas y daño emocional generado por la violencia intrafamiliar de sus padres y se puede constatar mediante su discurso y gestos. (fls. 270-294).

4.11.-Valoración psicológica» rendida por Alexandra Rubiano – psicóloga clínica de infancia y adolescencia, aditada 6 de agosto de 2015, en la que consta se evidencia en el momento estabilidad de la mayoría de las áreas de ajuste de la niña (social, emocional, académica) cuenta como factores de generatividad su familia materna quien posee herramientas y fortalezas personales que le permiten a la niña XX crecer en un ambiente familiar armónico y estable. Como factores de vulnerabilidad se evidencia los múltiples conflictos entre los padres poniendo en amenaza y/o vulneración el desarrollo de la niña. Por lo tanto se sugiere que es de gran importancia que el padre de la niña el señor MARCELO LOSICE sea valorado por sicología, además que los padres reciban atención terapéutica con el fin de abordar diferentes situaciones estresantes durante su relación y ruptura. (fls. 356-359).

4.12.- Informe de visita social» (27 de agosto de 2015) llevada a cabo por la trabajadora social Claudia Clemencia Díaz, respecto de la que señala la niña XX se observó en aparente estado de salud, con un crecimiento al parecer adecuado a su edad, donde se le satisfacen adecuadamente las necesidades no solo básicas, como alimentos, vestuario, salud sino de segundo orden, como la recreación, las espirituales, afectivas, es una niña afable, la cual después de un rato, se comunica fácilmente y establece relación cordial. El lugar de residencia cuenta con adecuadas condiciones habitacionales, de ventilación, iluminación, higiene, orden, zonas verdes y espacios para recrearse, ya que es una finca a las afueras de la ciudad [...]», añadió «a nivel afectivo en este momento la niña XX goza de un buen entorno familiar, se evidencian sanas relaciones basadas en apoyo mutuo y el amor, mantienen unas pautas de convivencia adecuada, que les proporciona buen funcionamiento. La familia cuenta con una formación basada en el respeto a la integridad personal, con una adecuada escala de valores. El contexto social, educativo, tiene arraigo en principios morales y religiosos propios de la cultura colombiana» y, precisó «no se puede concluir que el retorno de la niña XX a Argentina vulnere o no sus derechos fundamentales, toda vez que la niña nació y residía allí y no existen los elementos suficientes para determinar estos aspectos. (fls 365-375).

4.13.- Denuncia de violencia intrafamiliar de Marcelo Losice contra Ivette Nieto en la República de Argentina (fls. 435-436).

4.14.- Informe de evaluación psicológica» presentado el 15 de junio de 2016 por la psicóloga jurídica Ángela María Montealegre García, en el que se lee respecto de la niña «buena presentación personal, extrovertida, manifiesta lo aprendido a través de sus experiencias vividas en su entorno. Conducta motora: adecuado en funcionalidad sin alteración. Conciencia: sin alteración. Estado de ánimo: alegre, colaboradora durante el proceso de entrevista, en su relato refiere estar contenta con la convivencia con su progenitora en el país actual de Colombia, agrega su negativa de regresar al lado de su progenitor, no

refiere concepto favorable hacia la convivencia con su progenitor, este último es identificado como “lobo feroz” referencia al padre como a una persona que grita y que trata mal a su progenitora y refirió en la evaluación psicológica realizada no se evidencia presencia de trastornos psicológicos en la niña XX que afecten su adecuado desarrollo actual y participación en la sociedad, por el contrario su desempeño escolar es bueno, cuenta con un grupo de pares con quien se relaciona adecuadamente interactuando de acuerdo a su desarrollo de manera positiva y fortaleciendo procesos de socialización. (fls. 576 601).

4.15.- Aclaración a la experticia reseñada a petición del señor Marcelo Losice, así «es de aclarar que en el dictamen psicológico no se confirmó la presencia de violencia intrafamiliar, se manifestó una posible presencia de la misma teniendo en cuenta los aportes revisados del proceso. (fls. 645-647).

4.16.-evaluación y observación del contacto entre la diada padres e hija de fecha 19 de octubre de 2015, suscrito por Alexandra Rubiano, así «durante el encuentro se observa entre ambos padres alta estimulación hacia su hija, adoptando una actitud permanente de acogida, fomento de expresión de sentimientos, emplean el juego como forma de interacción entre los tres asumiendo diferentes roles [...] evidenciándose vinculación afectiva y apego hacia sus padres no obstante se denota mayor vinculación con su progenitora quien es su referente y su base segura en su desarrollo en el momento. (fls. 874-895).

4.17.- Interrogatorios de parte y testimonios de la docente, hermana y abuela materna de la menor (fls. 872-881y 902-908).

4.18.- Fallo de primera instancia proferido el 2 de septiembre de 2016, en el que el despacho cognoscente, resolvió «Primero: ACEPTAR LA OPOSICIÓN a la RESTITUCIÓN INTERNACIONAL de la niña XX que fue presentada por la señora IVETTE NIETO SUÁREZ... Segundo: DENEGAR LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES de la niña XX [...]» (fls. 726-752).

4.19.- Acta de audiencia y Cd de fecha 10 de marzo de 2017, en la que el colegiado enjuiciado al desatar la alzada revocó la de primer grado y, en su lugar, dispuso 1. RECHAZAR la oposición a la restitución internacional de la niña XX 2. ORDENAR la restitución internacional de la niña XX.(fls. 1095-1097 y cd. 7 entre fls. 1167 y 1168).

Lo anterior, por cuanto sostuvo que «el Convenio de la Haya regula el desplazamiento y retención de un menor fuera del territorio del Estado donde ha tenido su residencia habitual producido en desconocimiento del derecho de guarda o de visita en vigor en ese momento y sus objetivos son mitigar prontamente el daño físico o psicológico que un niño o niña pueda llegar a deducir del desarraigo intempestivo e impedir que la persona sustractora obtenga beneficios de la justicia del país receptor amparando así el derecho a que sea la jurisdicción de la residencia habitual quien dirima las controversias familiares, fines que consultan los principios del interés superior del menor, celeridad y restricción en la materia, que orientan la aplicación del sendero normado que disciplina este asunto.

Una lectura integral y sistemática del convenio permite recopilar los requisitos objetivos que habilitan la restitución internacional del niño o niña en los siguientes: 1. Que el niño o niña sea menor de 16 años; 2. Que la residencia habitual ha sido la del país requirente art. 1º convenio; 3. Que quien presenta la solicitud es la persona, institución u organismo que ejercía el derecho de guarda en el momento del traslado art. 13; 4. Que la solicitud se presente dentro del año siguiente a la retención art. 12; 5. Que el menor se encuentre en el territorio del país exhortado o requerido art. 1º; 6. Que no exista consentimiento del peticionario al momento del traslado, consintiendo el no regreso o la variación de la residencia habitual del menor; 7. Que no exista grave riesgo de sometimiento al menor a un peligro físico o psíquico o lo ponga en una situación intolerable ante el regreso; 8. Que no se desconozcan derechos humanos o libertades fundamentales del país requerido; 9. Se constate que el menor no se

oponga a su regreso siempre que hubiese alcanzado una edad y madurez que mostrare la conveniencia de considerar su opinión.

Seguidamente, anotó que bien. del acervo probatorio regular y oportunamente allegado en primera instancia, logra constatar fehacientemente que la menor XX nació el 1 de junio de 2012 en la provincia de Quilmes república de Argentina producto de la relación de hecho sostenida entre el peticionario Marcelo Losice y la opositora Ivette Nieto, quienes para la fecha de traslado definitivo de esta habían sostenido 8 años de convivencia marital, de la cual hizo parte la menor YY hija de la señora Ivette Nieto, también se verifica que el 2 de diciembre de 2014 el señor Marcelo Losice otorgo permiso para la salida de la república de Argentina de la menor XX en compañía de su progenitora.

“saliendo del territorio de la República de Argentina el día 20 de diciembre del corriente año con regreso el 23 de enero de 2015” a efectos del disfrute de las fiestas de fin de año, sin embargo llegada la fecha de regreso no aconteció el retorno, seguidamente la señora Ivette Nieto promovió el 22 de enero de 2015 ante el Centro Zonal Galán de Ibagué de la Regional Tolima del ICBF solicitud para obtener la custodia de la niña “debido a que el padre de la niña ejercía hacía ella violencia intrafamiliar con quien convivía en el país de Argentina y teme por la represión de él al saber que ella no volvería a viajar con su hija para dicho país”, esa fue la justificación de la solicitud ante el Centro Zonal Galán de Ibagué del ICBF, actuación administrativa que se abstuvo de continuar la defensora de familia ante la comunicación del exhorto de 26 de marzo de 2015 ordenando ejecutar la sentencia proferida el 3 de marzo anterior (1:15:57 a 1:19:03).

En ese orden, acotó que «lo expuesto hasta aquí pone de presente tal como lo reconoció el juez cuarto de familia en la sentencia que se apela que la retención de la menor por parte de la progenitora sin duda alguna es ilícita al

constatar como aquí se logra que la residencia habitual de la niña XX desde su nacimiento y hasta la fecha de retención contra *legem* lo era la ciudad de Quilmes provincia de Buenos Aires Argentina, oportunidad en la cual tenía 2 años de edad circunscripción territorial donde la menor concurría al jardín maternal de Quilmes donde incluso ya se encontraba matriculada para el curso lectivo 2015 y YY cursaba secundaria en el Instituto Privado la Provincia, ejerciendo entonces peticionario y opositora de manera conjunta el derecho de guarda sobre la niña en cuestión.

Dentro del traslado de la admisión judicial del pedido restitutivo el apoderado de la señora Ivette formuló excepciones de mérito que denominó, excepciones todas que ubicó el a-quo en la existencia de un riesgo grave de que la restitución de la niña la exponga a un peligro físico o psíquico o coloque en una situación intolerable, circunstancia tipificada en el literal b del art. 13 de la Convención como causal para rechazar la restitución»

Relevó que «bien contrario a lo sostenido por el funcionario de primer grado ciertamente no milita en este proceso ningún elemento de juicio contundente e indicativo de la palmaria presencia del calificado riesgo grave que ante el retorno pueda exponer a la infante ante un peligro físico o psíquico o la coloque en un escenario no tolerable, dichos riesgos fueron discernidos en el fallo atacado como la afectación psicológica que en la menor XX a juicio del juzgador de primer nivel generaron las discordias entre sus padres perturbación reflejada en su comportamiento familiar y social, conclusión que soportó en el testimonio de la docente 2 la ausencia de estabilidad emocional en el padre y la falta de redes de apoyo para la crianza de la niña en el país de origen. 3. La violencia de género que adujo fue víctima la progenitora y 4. La integración de la menor a su entorno familiar actual. Los aludidos actos de violencia intrafamiliar que se dice por la opositora ocurrieran durante la convivencia marital en el Estado requirente preliminarmente a la luz del objeto del convenio de la Haya de 1980 es menester, es importante dejar claro que

debieron ser alegados por la señora Ivette Nieto ante las autoridades de la República de Argentina como residencia habitual de la menor siendo las llamadas a verificar la veracidad de lo denunciado pues no hay duda que el argumento se orienta a colocar en tela de juicio la idoneidad del padre para ejercer los cuidados de su hija y con ello la necesidad de definir el derecho de guarda.

Recuérdese aquí que la finalidad del convenio es lograr el retorno inmediato de un menor a su sitio habitual de residencia cuando éste ha sido trasladado o retenido ilícitamente impidiendo el ejercicio efectivo del derecho de guarda a quien lo venía ejerciendo, lo que implica el rechazo absoluto de la posibilidad de otorgar consecuencias jurídicas a la conducta unilateral de un progenitor ajena a derecho de variar la residencia de un niño sin el consentimiento del otro padre, ello en virtud de la prohibición de que la justicia del Estado en que se ha pretendido el refugio defina el ejercicio de la custodia. Por tanto el recaudo probatorio que buscaba establecer la actitud e idoneidad de los ascendientes para ejercer la custodia o determinar la violencia intrafamiliar y sus posibles secuelas en la personalidad de XX y las relacionadas con prestación alimentaria a costa del demandante son circunstancias que de modo alguno debieron ser rebatido probatoriamente por el juez de familia de Ibagué, quien al permitirlo en efecto desbordó la potestad jurisdiccional que confiere las reglas del marco normativo internacional arriba ya citado, ya referido y con ello desconoció las obligaciones de Colombia como estado requerido.

Con prescindencia de todo lo anterior, tampoco la probanza arrojada revela que la devolución de la niña XX al Estado requirente la exponga a alguna situación que implique un daño corporal o mental menos aun la someta a una situación intolerable, al contrario en su interrogatorio de parte la señora Ivette Nieto en cuanto a los actos de agresión intrafamiliar expuso que el señor Marcelo no era agresivo con la menor y por su parte la sicóloga especialista

jurídica quien rindiera dictamen al interior del asunto fue clara en señalar que en el dictamen psicológico no se confirmó la presencia de violencia intrafamiliar y de igual manera expuso la perito que los documentos allegados evidenciaban un cumplimiento de la garantía de los derechos de la niña en la república de argentina mientras vivió allí, esto puede verificarse en los folios 105 Cdno. 2 en el incidente de objeción al dictamen, igualmente en el folio 107 del mismo cuaderno 2, es más aparece el concepto de la psicóloga clínica de infancia y adolescencia del ICBF rendido tras la petición precisa de evaluar el contacto con la niña XX con sus padres indicando que “durante el encuentro se observa entre ambos padres alta estimulación hacía su hija, adoptando una actitud permanente de acogida, fomento de expresión de sentimientos, emplean el juego como forma de interacción entre los tres asumiendo diferentes roles, teniendo en cuenta las necesidades afectivas, sociales e intelectuales de la niña quien responde de manera positiva hacía los mismos, proyectando alegría al establecer contacto con su progenitor evidenciándose vinculación afectiva y apego hacía sus padres y si bien es cierto se resalta la mayor vinculación con la progenitora más adelante explica la profesional la necesidad de establecer contacto continuo con ambos padres “ya que la vinculación afectiva que nace de la proximidad y del contacto físico es de vital importancia para el desarrollo de la infante”.

Ahora, no pasa por alto esta Corporación que en sus testimonios la adolescente YY quien convivió con las partes durante 8 años y la señora Faride, hermana y abuela materna de la menor, refieren posibles actos de violencia intrafamiliar, sin embargo como se acotó, la verificación de tales conductas que podrían perturbar la armonía y tranquilidad familiar y sus correspondientes consecuencias en el ejercicio de la custodia de XX le incumbe a las autoridades de familia de la república de Argentina. Con todo nótese del contenido de las declaraciones que ninguna da cuenta de agresiones sobre la humanidad de XX , sin negar que, siendo las declarantes familiares de quien retiene ilegalmente

la menor sus atestaciones pueden estar minadas de parcialidad pues les asiste un interés . Súmese a lo anterior que militan dos denuncias por violencia intrafamiliar una presentada el 11 de noviembre de 2012 por Ivette Nieto y otra el 6 de abril de 2014 por Marcelo Losice y decisión de 1º de abril siguiente proferida por el juez tribunal familia No. 1 del distrito judicial de Quilmes prohibiendo a Ivette cualquier hecho de violencia sobre el denunciante; nótese el amplio espectro temporal, la amplia distancia de época entre las dos denuncias que en principio invalidarían lo asegurado por la opositora en su interrogatorio y afirmado en sus testimonio por la señora Faride en cuanto que la actuación judicial por violencia intrafamiliar adelantada por el padre de la menor obedeció a retaliación por la inicialmente adelantada en su contra y, de otra parte la ausencia de una denuncia con anterioridad cercana al traslado a Colombia no deja de restarle credibilidad a los móviles que alega la opositora justificaron su decisión.

Los comportamiento irritantes y agresivos de XX desde su arribo a Colombia que refirió en su atestación la docente calificados en el fallo apelado como secuelas de las perturbaciones familiares no pasan de ser una conclusión sin respaldo alguno, tales enunciados probatorios solo pueden soportarse en un informe técnico científico que acuda como insumo principal a la verificación factual y directa de la personalidad de los involucrados y de los otros elementos de juicio que aportan a lo sucedido durante el periodo de convivencia marital en la medida en que inclusive podría asegurarse que la conducta de la menor esa su inocente respuesta a la inconformidad que conllevaba un cambio intempestivo de residencia, puesto que se vio constreñida por imposición de su madre a renunciar a la compañía de su padre con quien compartía día a día, sus amigos, su mascota, sus hábitos y la necesidad de adecuarse a una nueva cultura.

Así mismo, advirtió que «respecto a la adaptabilidad de la menor a su nuevo ambiente, se observa por el tribunal que el supuesto de hecho de la norma aplicada no encuentra coincidencia típica en la situación sub judice, nótese que el inciso 2º del art. 12 del Convenio contempla como excepción la adaptabilidad como motivo para negar el reintegro internacional previene que su aplicabilidad opera cuando la iniciación de la demanda ante la autoridad administrativa o judicial del estado donde se hallare el niño se haya realizado luego de un año contado desde el traslado o no regreso a modo de sanción para el padre negligente y en procura de darle estabilidad al niño, en este caso la retención ilícita de la niña XX acontece desde el 23 de enero de 2015 fecha del fenecimiento de la autorización otorgada por el padre, la petición de retorno fue presentada ante las autoridades de la república de Argentina el 19 de febrero de 2015 y finalmente la demanda ante la justicia colombiana el 26 de junio de 2015 cuya decisión que dio fin a la instancia se produjo el 2 de septiembre de 2016, siendo evidente entonces que no transcurrió el año que habla la norma.

En esa dirección, también adujo que «en efecto la finalidad del convenio internacional cifrada en el objetivo de obtener de manera inmediata el retorno de la menor busca evitar la adaptabilidad que trae consigo el transcurrir del tiempo y la necesidad forzosa que impone el medio de adecuarse al mismo, sin embargo, dicho escenario que crea tal obligado proceso de adaptabilidad ciertamente es perecedero y contingente frente al litigio de restitución y con todo le es transversal el derecho que le asiste a la niña de fortalecer la relación filial con su progenitor vulnerado en su potestad de custodia prerrogativa que en él descansa, resulta indiscutible y fuerza la lógica así concluir que los más de 24 meses que se ha perpetuado la retención ilícita dentro de los cuales 17 meses ha transitado el proceso de restitución desde su fase administrativa hasta el fallo que se revisa 14 meses de ellos el juzgado cuarto de familia la niña XX forzosamente ha debido iniciar un proceso de adaptación a su nuevo ambiente familiar, social y cultural. No obstante es imposible asegurar que dicha

integración ha sido plena y absoluta tanto en la esfera próxima familiar como en la comunidad local dándose la ambigüedad del concepto de adaptación sino además la interpretación restringida que en virtud del convenio debe hacerse al mismo, en razón de edificarse como una excepción a la regla general, cual es la inmediata restitución, de hecho no existe en la actuación elemento de juicio pertinente, contundente que de vele la adaptación plena y en todo sentido de la menor que para el caso lo sería un peritaje especializado, que se reitera se echa de menos, es más si se partiera de la afirmación que la menor XX logró adaptarse a su nuevo ambiente sin mayores contratiempos y vicisitudes emocionales, viable sería razonar entonces que amplias su capacidad de ajuste a los entornos que se le ubiquen, luego el retorno no generaría mayores repercusiones aún más cuando es a su lugar de origen y donde desarrollo sus primeros años de vida en el seno de un hogar» (1:35:47 a 1:38:37).

Y por último manifestó que «tampoco es de acogida el muy citado interés superior de la menor para rechazar el pedido restitutivo, interés que no responde imparablemente a lo que uno de los padres considere óptimo para su desarrollo integral y que en el asunto bajo examen se satisface plenamente con el regreso de XX a su domicilio habitual dando cumplimiento al convenio de la Haya, amén de que no figura acreditada una circunstancia indicativa de que retirarla del entorno vigente le repercuta en afectación grave alguna. Lo anteriormente discurrido conduce como en los albores de esta sentencia se anunció a revocar la sentencia apelada y a dar cumplimiento al convenio sobre aspectos civiles y al secuestro internacional de niños suscrito en la Haya el 25 de octubre de 1980 finalmente y a fin de evitar traumatismo en la menor que eventualmente el retorno pudiera ocasionarle es del caso prever acciones orientadas a que el traslado definitivo al lugar de origen sea precedido de una adecuada preparación que mitigue el cambio de domicilio y garantice además la ejecución del mandamiento judicial para cuyo propósito se ordena al ICBF que dentro de

los tres días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia realice intervención psicológica a la niña XX, a su progenitora y a la familia extensa.

5.- Descendiendo al preciso asunto motivo de pronunciamiento, se advierte, con vista en el fallo cuestionado, que el amparo rogado debe otorgarse de acuerdo a las razones que pasan a explicarse.

5.1.- La quejosa Ivette Nieto Suárez se duele que el *ad-quem* acusado desconoció: i) los dictámenes psicológicos aportados al proceso que dan cuenta de la adaptación de la menor a su entorno familiar y social; II) la recomendación realizada por la psicóloga jurídica en la que manifiesta que no es recomendable el traslado de la niña»; III) el testimonio de YY (hija mayor) que manifestó que ambas fueron «víctimas de violencia intrafamiliar en la república de Argentina» y IV) el interés superior de XX.

Dentro del trámite que nos ocupa alegó entre otras excepciones la que denominó «estar plenamente demostrado que XX se ha integrado a su nuevo medio de vida en la ciudad de Ibagué», “el grave riesgo de XX en caso de procederse a la restitución, la exponen a un peligro físico o psíquico, con la aparición de innumerables secuelas que la ubican en una situación intolerable para su bienestar”, “principio del interés superior de los menores de dieciocho años”.

Entretanto la funcionaria del ICBF, censura que el *ad-quem* encartado «incurrió en error de hecho al revocar la decisión emitida por el Juzgado Cuarto de Familia de Ibagué en favor del interés superior de la niña XX toda vez que descontextualiza la integralidad de los dictámenes periciales, inobservando con el interés superior que titula la niña, la prevalencia de sus derechos, el cambio de las circunstancias, el tiempo de permanencia de la misma en la ciudad de Ibagué, el centro de vida actual, la estabilidad emocional con que cuenta, el bienestar y el ejercicio pleno de derechos del que goza, la

integración al medio familiar y social, el arraigo y los estrechos vínculos afectivos que tiene hacia su progenitora y demás miembros del grupo familiar materno, presupuesto que fueron probados y son indispensables para negar la orden de restitución de la niña a su progenitor.

De otra parte, el colegiado enjuiciado, al revocar la decisión de primer grado y, en su lugar, ordenar la restitución de la menor a Argentina, si bien es cierto, en aplicación de la normatividad internacional a la situación fáctica objeto de revisión concluyó que la retención de XX fue ilegal, puesto que ambos progenitores tenían la custodia, la menor residía en la República de Argentina y la madre no regresó con ella el día que finalizaba el permiso otorgado por el padre -consideración que no es objeto de reparo-; también lo es, que sostuvo «no milita en este proceso ningún elemento de juicio contundente e indicativo de la palmaria presencia del calificado riesgo grave que ante el retorno pueda exponer a la infante ante un peligro físico o psíquico o la coloque en un escenario no tolerable» y, «no existe en la actuación elemento de juicio pertinente, contundente que deleve la adaptación plena y en todo sentido de la menor que para el caso lo sería un peritaje especializado, que se reitera se echa de menos».

Para llegar a la conclusión anterior, desestimó los testimonios de la hermana mayor, la abuela materna y la docente de XX, las dos primeras por considerar que tenían «interés en el caso» y, la segunda porque lo dicho solo podía ser demostrado por un dictamen técnico-científico; amén que de los cuatro (4) informes y/o diagnósticos rendidos por psicólogas tanto en el trámite administrativo como en la actuación judicial se refirió solo a dos y de manera parcial; tampoco tuvo en cuenta los conceptos rendidos por las trabajadoras sociales respecto a la forma de vida cotidiana de la niña, tanto en su entorno familiar como social.

En consecuencia, se observa que el tribunal: i) reprocha la ausencia de prueba respecto del riesgo del retorno de la menor a Argentina y frente a la supuesta «adaptación» de la misma a las condiciones de vida en Colombia; ii) insiste en que se echa de menos un dictamen especializado y una experticia técnico-científica para acreditar ello, iii) reitera incisivamente en la finalidad de la Convención de la Haya, cual es, la restitución inmediata del menor que ha sido trasladado o retenido ilícitamente y iv) en lo atinente con el interés superior de XX se limita a señalar que este se satisface con el regreso de la misma a Argentina.

5.2.- Es menester explicar que la acción de «restitución internacional de menores», según tuvo oportunidad de señalar la Corte Constitucional en Sentencia T-689 de 28 de agosto de 2012, busca regular, grosso modo, la anómala conducta consistente en «el desplazamiento de un menor fuera del territorio de un Estado en que tenga su residencia habitual, o, retención del mismo fuera de ese territorio por tiempo diferente al establecido para el ejercicio del derecho de visita, siempre que se produzca en violación del contenido de los derechos de guarda o de visita en vigor en ese momento, en el lugar de residencia habitual del menor».

Por ende, al efecto de conjurar dicho proceder, indicó la providencia de marras, está establecido un procedimiento para lograr la «restitución internacional de un menor ilícitamente trasladado o retenido por uno de los padres cuando Colombia es el país requirente», el cual «consta de dos fases: administrativa y judicial. En la fase administrativa, recibida la solicitud y verificados los requisitos de procedencia, a las autoridades centrales les corresponde impulsar con carácter de urgencia el trámite y tomar medidas concretas para: (I) localizar al niño; (II) prevenir nuevos peligros para el niño o perjuicios para las partes, tomando o haciendo tomar medidas provisionales; (III) facilitar una solución amistosa para la entrega del niño; (iv) intercambiar datos relativos a

la situación social del niño, si ello resulta útil; (V) proporcionar información general respecto de la legislación del Estado relativa a la aplicación del Convenio; (VI) facilitar el inicio un procedimiento judicial o administrativo para obtener el regreso del niño y permitir que el derecho de visita sea organizado o efectivamente ejercido; (VII) conceder o facilitar, según sea el caso, la obtención de asistencia judicial jurídica, incluyendo la participación de un abogado; (VIII) asegurar en el plano administrativo el regreso del niño sin peligro; y (IX) eliminar cualquier obstáculo en la aplicación del Convenio», siendo que ambas fases han de velar por un desarrollo «célere» de las actuaciones en pro de salvaguardar el «interés superior del menor».

Este último concepto, en dicha providencia se siguió diciendo, se nutre de «reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales que pueden ser aplicadas para determinar en qué consiste el interés superior de cada niño, dependiendo de sus circunstancias particulares: (I) Garantía del desarrollo integral del menor; (II) Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (III) Protección del menor frente a riesgos prohibidos; (IV) Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor; (V) Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor; (VI) Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno / materno - filiales». Por supuesto, la decisiones adoptadas por las autoridades judiciales -así como las administrativas-, han de atender «tanto a (I) criterios jurídicos relevantes, es decir, los parámetros y condiciones establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil, como a (II) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado, entendidas como las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados», todo ello en aras de «establecer las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas», dado que el desarraigo violento de su entorno

-familiar y/o social- que puede llegar a padecer un infante puede acarrearle consecuencias nefastas para su vida, algunas veces irreparables.

Por tanto, en el estudio de dichos asuntos ha de atenderse el «bloque de constitucionalidad» imperante en la materia, entre otras reglas, a lo consignado en el artículo 44 Superior; en la Ley 12 de 22 de enero de 1991 por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989»; en el Convenio de La Haya suscrito el 25 de octubre de 1980 sobre «Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños», mismo que fue aprobado en Colombia mediante Ley 173 de 22 de diciembre de 1994; en la Ley 620 de 25 de octubre de 2000, aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores», la que fue suscrita en Montevideo el 15 de julio de 1989 en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado; en la Ley 1008 de 23 de enero de 2006, «por la cual se fijan algunas competencias y procedimientos para la aplicación de convenios internacionales en materia de niñez y de familia»; y, en el Código de la Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 8 de noviembre de 2006).

5.3.- En efecto, a la luz del artículo 3º de la C. de la H. de 1980, que reza: «El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo

vigente según el Derecho de dicho Estado se observa en el asunto de marras, que desde el punto de vista formal sin duda alguna se cumplen los presupuestos para ordenar la restitución de XX a su lugar de origen (Quilmes-Argentina) comoquiera que existió por parte de la quejosa una retención ilegal de su hija, respecto de quien tenía la custodia compartida con el progenitor, cuando decidió no regresar al lugar de origen en el tiempo que feneció la autorización otorgada por el padre.

Empero, dicha normatividad también consagra unas excepciones, entre ellas, la regulada en el literal b del canon 13 ibídem «[...] la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligado a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestre que: existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable, defensa que fue utilizada por la progenitora de XX.

Lo anterior significa que en el debate objeto de revisión constitucional se encuentran enfrentadas la regla general de «restitución inmediata» y la reseñada exceptiva, y, es precisamente en dirección de la satisfacción o no de esta última que debe girar el análisis, puesto que de este depende el fracaso o no de la restitución pretendida; pues, si bien es cierto, el fin de la Convención de la Haya es el retorno inmediato del menor a su lugar de origen cuando ha sido trasladado o retenido ilícitamente, también lo es, que ello no es absoluto, a tal punto que el mismo cuerpo normativo consagra la posibilidad contraria, de cumplirse los referentes expuestos en el literal de la excepción.

5.4.- Y, es en dicho laborío que encuentra la Sala que el tribunal encartado incurrió en una inadecuada apreciación de medios probatorios, pues omitió

analizar si el retorno inmediato de XX la exponía a un «peligro grave físico o psíquico o una situación intolerable», teniendo en cuenta que:

a) La supuesta agresión relatada y en principio visibilizada del padre hacia la madre implica la posibilidad latente de maltratos, situación que debe sopesarse con el debido cuidado en este asunto, pues pensar que tal comportamiento es una amenaza solo para la pareja y que no afecta a la hija, desdibuja el concepto de violencia psicológica y no permitió al tribunal analizar con mejor detenimiento la existencia o no de un riesgo grave y/o la violencia doméstica que se percibe dentro de la relación de pareja.

No debe olvidarse que un niño, niña o adolescente que crece en un entorno de violencia como pueden ser, entre otros, los actos de poder del progenitor, es factible verse afectada indirectamente en su normal desarrollo o inclusive existe la eventualidad extrema, pero posible, que termine siendo la menor víctima del o los agresores de esa violencia.

En ese orden, la presencia de un niño, niña o adolescente ante un acto o actos de violencia en la humanidad o en la psiquis de su progenitora y/o del presunto agresor, le genera, a su vez, miedo, angustia, inestabilidad y/o inseguridad, amén que altera la esfera psíquica de aquel o aquella; sin que pueda aceptarse como argumento válido y suficiente lo señalado por el *ad-quem* que si la menor no ha sido víctima directa de violencia no se percibe afectación grave para ella.

b) Resulta infundada y con falta de motivación la valoración que hace el colegiado de los testimonios rendidos por la abuela y hermana de XX, cuando desestima los mismos por la simple calidad de familiares y estar por ello minados de parcialidad ante el interés que les asiste para que la niña definitivamente se quede en Colombia.

Ha sido reiterado en múltiples precedentes de esta Sala que tal razón no es suficiente para omitir, apreciar y tener en cuenta lo dicho por aquellas, dado

que quienes pueden dar información relacionada con el entorno familiar son sus integrantes, fundada en su cercanía directa con la convivencia doméstica, por supuesto, con las limitantes propias de hacerse un análisis con mayor severidad, con miras a determinar la fuerza de convicción de los mismos.

c) Es limitado el estudio de los informes de visitas sociales y las valoraciones psicológicas realizadas a XX desde su llegada a Colombia y durante el tiempo que ha permanecido en el país, lo que muestra, de una parte, cómo la menor describe su experiencia ante la relación que ha observado de sus padres y, la realidad actual de aquella, lo que a no dudarlo amerita un análisis completo por parte del tribunal a efectos de determinar si de los mismo se deduce o no la existencia de un grave riesgo para la restitución de la menor XX al Estado requirente.

5.5.- Ante la necesidad de hacer una adecuada ponderación entre los extremos planteados, el colegiado cuestionado en cumplimiento de sus deberes y en pro de obtener la certeza de la situación fáctica en pugna, debió valorar en su totalidad el material probatorio arrimado al sub judice, específicamente cada uno de los informes y conceptos reseñados, así como los testimonios recepcionados y la documental arrimada, analizándolos exhaustivamente, o en su defecto, si tales acreditaciones no le eran suficientes, como en algún aparte lo informa, debió procurar obtener la prueba idónea de la que se duele por ausencia, para establecer qué implicaciones representaba el retorno de XX a Argentina y, su consecuente desarraigo de Colombia, país en el que se encuentra hace aproximadamente tres años; en otras palabras, debió relevar toda la situación que involucra a la infante como sujeto de derecho de especial protección para concluir si se daban los supuestos de la excepción alegada por la interesada y contenida en la Convención de la Haya.

6.- Es evidente entonces que, dentro del plenario el ad-quem recriminado relevó y dio mayor importancia a la retención ilícita de XX por parte de la madre, lo que significaba el reintegro inmediato de la misma a su país de origen, descuidando a criterio de la Sala la valoración integral de las acreditaciones aportadas y recaudadas, omitiendo además ponderar, en su afán de priorizar el cumplimiento del Convenio de la Haya, el interés superior de la menor quien en la actualidad goza de un desarrollo estable y armónico para su edad.

Sumado a lo anterior, se observa de lo contenido en el trámite, que la llegada a Colombia de la menor no le produjo afectación a sus derechos fundamentales lo cual fue afirmado por la psicóloga jurídica en su momento; no obstante se advierte que de lo que no tiene certeza el superior es respecto a las consecuencias en la humanidad física y psíquica o el riesgo de exponer a XX frente a una situación intolerable ante su eventual regreso a Quilmes - Argentina.

7.- Esta Sala en casos similares en los que concedió el amparo, esto es, dejó sin efecto la orden de restitución, tuvo la oportunidad de precisar que:

En la aplicación del Convenio de la Haya, desde luego, debe propenderse por proteger los derechos de los menores sobre cualquiera otros, en aplicación del principio de derecho internacional que consagra la primacía de los derechos de los niños. Como se señaló al revisarse la constitucionalidad de la ley y del tratado, ese instrumento “guarda plena concordancia con los principios constitucionales y los preceptos de la Carta Política que establecen la protección especial del menor y la primacía de sus derechos”, en cuanto desarrolla el artículo 44, “pues se encamina a garantizar que todo menor residente en un país miembro del Convenio reciba de sus padres la protección y el amor necesarios para un desarrollo armónico, así los intereses de los

padres en una situación de disolución de la familia queden relegados ante el interés superior y prevalente de los menores”.

Por esto, en coherencia, el artículo 13 del Convenio establece que la autoridad administrativa o judicial no estará obligada a ordenar el reingreso del menor cuando la persona, institución u organismo que se opusiere probare, bien “Que la persona, institución u organismo que cuidaba de la persona del niño no ejercía efectivamente el derecho de guarda en el momento del traslado o no regreso o había consentido o asentido posteriormente a ese traslado o no regreso”, ora “Que existe un grave riesgo que el regreso del niño no lo someta a un peligro físico o síquico o de cualquier otra manera no lo coloque en una situación intolerable”.

Con todo, aceptando en gracia de discusión que el padre de los menores, conjuntamente con su progenitora, ejercía efectivamente la guarda, lo que aunado a la sustracción de sus hijos del lugar de residencia habitual a otro país, configuraba la ilicitud, se observa que el Tribunal soslayó, incurriendo en yerros calificados, esta vez sí con incidencia en el plano constitucional, el análisis probatorio sobre si el regreso de los menores aseguraba la integridad física y psíquica de los mismos, o no iban a ser sometidos a una situación de intolerancia, entendiendo, por supuesto, que el daño o peligro no debe considerarse en el lugar de retorno, sino que también se puede ocasionar por el hecho de sustraerlo del lado de su madre o del entorno al cual se han adaptado nuevamente» (subrayado fuera de texto) (CSJ 15 Jun. 2007, rad. 00673-00).

En otro caso más reciente, dijo que: Ahora, ese Tratado estipula que en los litigios de esa índole, los jueces deben verificar si concurre alguna de las causales en las cuales el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos”, al tenor de lo definido en el canon 3º ídem.: 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 de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención ”.

Empero, lo antelado no significa que, ante la comprobación de una de las situaciones antes descritas el juez deba, sin mayores consideraciones, disponer la devolución del infante al país extranjero, por cuanto, antes es indispensable analizar si en el caso converge alguna de las eventualidades contenidas en la regla 13 ibídem:

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 grave 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 restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones”.

“Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad

Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor”.

En la sentencia aquí reprochada, el Tribunal acotó que de conformidad con el anotado canon 3º, literal a), del Convenio, “se acreditaron los supuestos fácticos que permiten afirmar que la menor Sara Lucía Heitz Domínguez se encuentra retenida ilícitamente en Colombia”, por cuanto, la señora Karol Sulays Domínguez Contreras estaba violando el régimen de custodia aplicable en el Estado de residencia del núcleo familiar.

El Tribunal omitió estudiar a cabalidad si en ese asunto convergía alguna de las eventualidades para negar el regreso de la menor a España, estipuladas en la regla 13 del aludido Tratado, transcrita en precedencia.

Era obligatorio para el hoy accionado aclarar lo precedente, en aras de garantizar el interés superior de la menor (Artículo 44 de la Constitución Política), aún más, observando su tierna edad, circunstancia que la hace más vulnerable y torna imperioso verificar si las condiciones ofrecidas por su progenitor en realidad son las más adecuadas; especialmente, cuando según la reseñada experticia, aquí en Colombia la niña tiene un ambiente idóneo para su desarrollo y habitabilidad, y mantiene un contacto permanente con su familia paterna» (subrayado fuera de texto) (CSJ STC 13269 19 Sep. 2016, rad. 02434-00).

8.- Lo anterior, permite concluir que en los casos de la especie analizada, lo que prevalece son los superiores intereses del menor, aun por encima de los del padre y madre de este, habida cuenta que todo el aparato judicial ha de enderezarse a fin de que a aquel, no se le menoscaben sus derechos fundamentales, procurando una ponderación especial de la realidad fáctica de XX, vista en su totalidad en aras de establecer las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de la niña en esta situaciones concreta.

9.- Así las cosas, de lo transcrito se desprende que el fallador cuestionado, incurrió en primer lugar, en defecto fáctico, pues de una parte, valoró inadecuadamente el acervo probatorio y, de otra, omitió decretar las pruebas necesarias para tomar una decisión en derecho cuando apreció que las existentes no le eran suficientes.

9.1.- La Sala, en torno a la facultad de decretar «pruebas de oficio» (artículos 169 y 170 del Código de General del Proceso), ha relevado que ello es un poder-deber del juez caracterizado como una actividad del Estado enderezada a la realización del Derecho, mediante la expedición de sentencias acordes con la legalidad, la justicia y la verdad, móvil por el que en muchos eventos no se trata de una mera discrecionalidad del juzgador, sino de un deber edificado sobre el juicio y conclusión razonable de este, en aras de buscar la verosimilitud al interior del asunto puesto a su consideración.

Al respecto ha asentado, que relativamente a ese poder - deber otorgado por la ley al juez para decretar de oficio las pruebas que considere útiles para la verificación de los hechos afirmados por las partes (artículo 179 Código de Procedimiento Civil [169-170 CGP]), ha dicho la Corte que si bien es cierto constituye, no sólo una facultad sino, también, dado el interés público del proceso, un deber orientado al establecimiento de 'la verdad real', no es menos cierto 'que sólo le corresponde al mencionado funcionario juzgador, juez o magistrado, determinar previamente a la decisión del decreto de oficio de pruebas, cuáles son las alegaciones de las partes y los hechos relacionados con éstas, así como cuáles de estos hechos requieren de su verificación o prueba y cuáles estima o considera útiles para tal efecto» (CSJ STC 1524 de 2015).

Asimismo, es de resaltar que el referido «deber» establecido en cabeza de los juzgadores, una vez superado en el sistema jurídico colombiano el añejo concepto privatista del proceso civil, apareja, salvo circunstancias excepcionalísimas, la prohibición de que se emitan sentencias inhibitorias, en

tanto que las mismas, al no configurar «cosa juzgada» (Sentencia C-666 de 28 de noviembre de 1996, Corte Constitucional), están en contra del postulado a que ha de atender la función jurisdiccional, es decir, impartir pronta y cumplida justicia; por demás, cumple recordar que el artículo 42-4º de la ley de ritos civiles, indica que el juez tiene como uno de sus deberes «emplear los poderes que este Código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes».

Al efecto, esta Corporación ha dicho que: Justamente, la iniciativa oficiosa del juez en materia probatoria, el aspecto vertebral de este viraje y el que encarna con mayor viveza el atemperamiento de los postulados privatistas en la materia, al investirlo de la potestad de decretar pruebas de oficio para investigar los hechos sometidos a su discernimiento, poder que en nuestro ordenamiento adquiere unos visos aún más relevantes al adosarle, a su vez, el carácter de un deber a cargo de aquél, tal como lo contempla el artículo 37 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto prescribe que es un deber del juez ‘... Emplear los poderes que este Código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias’ Sentencia de Casación Civil del 7 de noviembre de 2000, (CSJ STC 1524 DE 2015).

9.2.- En segundo término, incurrió en defecto por falta de motivación, comoquiera que poco argumentó respecto del interés superior de la niña, el desmérito dado a los testimonios de la abuela y hermana de XX sin argumentación lógica y menos aún atendió la situación actual del infante. Mírese como, en lo que respecta al «interés superior» se limitó a señalar que tampoco es de acogida el muy citado interés superior de la menor para rechazar el pedido restitutivo, interés que no responde imparablemente a lo que uno de los padres considere óptimo para su desarrollo integral y que en el asunto bajo examen se satisface plenamente con el regreso de XX a su domicilio habitual dando cumplimiento al convenio de la Haya; frente a lo dicho por la abuela materna y la hermana mayor,

le restó credibilidad por el simple hecho de ser familiares; y de la realidad personal, familiar y social de la menor ningún reparo esbozó.

La Corte ha señalado permanentemente, en torno a la «carga de motivación» que recae en cabeza de los jueces a la hora de emitir sus decisiones judiciales, que: La carencia de sustentación del juez ciertamente impide a las partes conocer los reales alcances del respectivo pronunciamiento y su grado de convicción, razón por la cual, como lo determinó el Tribunal Constitucional de primera instancia, se requiere de mayor carga argumentativa del operador judicial para respaldar las conclusiones sobre el punto en cuestión (CSJ STC, 10 Ago. 2011, Rad. 00168-02).

Del mismo modo, ha sostenido: Sufre mengua el derecho fundamental al debido proceso por obra de sentencias en las que, a pesar de la existencia objetiva de argumentos y razones, la motivación resulta ser notoriamente insuficiente, contradictoria o impertinente frente a los requerimientos constitucionales. Así, en la sentencia de 22 de mayo de 2003, expediente No. 2003-0526, se increpó al Tribunal por no “fundar sus decisiones en razones y argumentaciones jurídicas que con rotundidad y precisión...”; lo propio ocurrió en el fallo de 31 de enero de 2005, expediente 2004-00604, en que se recriminó al *ad quem* por no expresar las “razones puntuales” equivalentes a una falta de motivación; defecto que en el fallo de 7 de marzo de 2005 expediente 2004-00137, se describe como desatención de “la exigencia de motivar con precisión la providencia” (CSJ STC, 28 Mar. 2008, Rad. 00384-00; reiterado, entre otras, en CSJ STC, 10 Sep. 2012, Rad. 00588-01).

A más de ello, ha relevado que: La motivación de las decisiones constituye imperativo que surge del debido proceso, cuya finalidad consiste en brindar el derecho a las partes e intervinientes de asentir o disentir de la actividad intelectual desplegada por el juez natural frente al caso objeto de controversia, razón por la cual esta debe ser, para el asunto concreto, suficiente, es decir, “...la función del juez tiene un rol fundamental, pues no se entiende cumplida

con el proferimiento de una decisión que resuelva formalmente, el asunto sometido a su consideración”(CSJ STC, 5 Sep. 2013, Rad. 01254-01 y 3 Nov. 2015, rad. 02655-00).

En virtud de lo anterior, se impone por encima de toda consideración, procurar la salvaguarda de las garantías denunciadas, en especial el «interés superior» de XX, declarando próspera la reclamación extraordinaria, como efectivamente se dispondrá, y en consecuencia, se dejará sin valor y efecto el fallo de segunda instancia proferido el 10 de marzo de 2017, así como las actuaciones que del mismo se desprendan, ordenando a la colegiatura encartada, que en el término de diez (10) días, contados a partir del momento en que tenga conocimiento de este fallo, vuelva a dictar sentencia, consultando las disposiciones legales y la jurisprudencia que gobiernan la materia, de conformidad con lo plasmado en la parte motiva de este fallo.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental al debido proceso de Ivette Nieto Sánchez en representación de su hija XX conforme a las consideraciones expresadas, por lo que se deja sin valor ni efecto la providencia de 10 de marzo de 2017, dictada dentro del juicio de restitución internacional de menor de edad referido en los antecedentes, así como todas las actuaciones que de la misma se desprendan.

SEGUNDO: ORDENAR al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala Civil-Familia, que, dentro del lapso de diez días (10) contados a partir de la fecha en que reciba notificación de la presente resolución, dicte nuevamente

la sentencia de segundo grado, consultando las disposiciones legales y la jurisprudencia que gobiernan la materia, de conformidad con lo plasmado en este pronunciamiento.

TERCERO: Cancélese la medida provisional ordenada en el auto admisorio.

CUARTO: Comuníquese telegráficamente lo aquí resuelto a los interesados y de no ser impugnada, oportunamente envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. NOTIFÍQUESE

LUIS ALONSO RICO PUERTA
(Presidente de Sala)
MARGARITA CABELLO BLANCO
ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO
ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Es notoria la serie de irregularidades acontecidas en este caso, que claramente hacen presente, entorpecer el procedimiento de restitución, alargarlo por tomar decisiones incorrectas y alargar el retorno inmediato, que confirma que no solo México, sino otros Estados, como Colombia también enfrentan una serie problemas al momento de solucionar casos de restitución.

RECAPITULACION

Los casos de traslado y retención ilícita a nivel internacional, no se derivan únicamente de un divorcio, pues puede acontecer en casos de parejas que aún viven en matrimonio, o viven en concubinato, o en casos distintos, en los que evidentemente existen hijos en común, sin siquiera haber vivido juntos en algún momento. Es decir, que se trata de una acción que puede acontecer dentro de varios supuestos.

Este trabajo de investigación se concretó en casos que mayormente provienen de sentencias, en las que se otorgó una guarda y custodia,

incluyendo en menor porcentaje, ejemplos que no provienen de algún juicio como tal.

Son dos los convenios que contemplan y regulan los casos de restitución internacional de niños y de los cuales México es signatario: 1) El Convenio de la Haya del 25 de octubre 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y 2) es la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de 1989. Señalando, que para efectos prácticos, el que goza de aplicación en México, es el de la Haya, advirtiéndose de la práctica judicial, en sus resoluciones emitidas, sumado con el minucioso estudio que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Una conducta reiterada de la acción del progenitor sustractor, es pretender incoar procesos judiciales en el Estado en que traslado o retuvo, para blindarse y esquivar una acción ilícita, mediante resoluciones judiciales emitidas en dicho país

Los problemas observados reiteradamente en casos de restitución internacional de la niñez, se refieren a que la autoridad administrativa o judicial invade cuestiones de fondo, que no le están permitidas ni son de su competencia, de acuerdo a lo que establece la Convención de la Haya; hay una falta de estipulación de las obligaciones de la autoridad administrativa o central; el constante incumplimiento de los plazos establecidos, para dar solución ágil a las solicitudes de restitución internacional; la incorrecta aplicación del tema de la adaptación; dejar en segundo plano las manifestaciones de los niños, aduciendo su falta de madurez tratándose de niños menores de 12 años; la notoria necesidad de los padres que padecen la sustracción o retención de recurrir a varias instancias judiciales, para lograr una adecuada interpretación, además del desconocimiento de los derechos a que tienen ambos padres para solucionar estas situaciones.

La jurisprudencia en México es muy acertada en el sentido de considerar:

- Que el interés superior del menor, encuentra su derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente en perjuicio de su integridad física y psicológica ya que constituye un parámetro para su aplicación.
- Las autoridades del Estado receptor deben asegurar la restitución inmediata del menor sustraído, de acuerdo al principio de interés superior de la niñez previsto y artículo 4o. de la CPEUM y en diversos tratados internacionales firmados y ratificados por México.
- La restitución del niño debe ser inmediata, breve y ágil posible, para lo cual podrán auxiliarse de las autoridades judiciales o administrativas competentes que inicien procedimientos de urgencia disponibles.
- Constituye un importante esfuerzo de la comunidad internacional para la protección de los menores de edad, cuidar de los efectos perjudiciales que puede ocasionar un traslado o retención ilícita en el plano internacional, al establecer procedimientos que permiten garantizar su restitución inmediata al Estado en el que tengan su residencia habitual.
- Solo por excepciones extraordinarias se faltara a la regla general de restitución inmediata. (artículo 13 del Convenio en cita).

CAPITULO CUARTO

PROPUESTA DE CREACION DE UN PROTOCOLO FACULTATIVO PARA LA RESTITUCION INTERNACIONAL DE LA NIÑEZ

4.1. Consideraciones previas; 4.2. Justificación de propuesta para la creación de un protocolo facultativo para la restitución internacional de la niñez; 4.3 Protocolo facultativo de la Convención de la Haya de 1980, para la restitución internacional de menores. (Propuesta); Recapitulación

4.1.-Consideraciones previas

Este último capítulo, está pensado para presentar mediante un análisis la justificación que motiva proponer un Protocolo facultativo de la Convención de la Haya de 1980, para la restitución internacional de menores, sumado con la propuesta en forma de dicho documento que cumpla, satisfaga y robustezca lo que la Convención de la Haya, si menciona, pero lo hace de forma sucinta, y menos extendida.

Ya que los problemas que se enfrentan en los casos de restitución internacional de la niñez, desde su solicitud hasta el momento de otorgar o negar el retorno inmediato del niño, son significativos y reiterados.

4.2.- Justificación de propuesta para la creación de un protocolo facultativo para la restitución internacional de la niñez

El contexto en el cual se desarrollan los menores, debe ser acorde al de sus necesidades que presentan en la niñez y adolescencia, con independencia de que sus padres se encuentren o no juntos, la separación de padres e hijos no debe privar en ningún momento la convivencia o visitas, salvo sus excepciones. Es evidente que para los jueces de Latinoamérica no pasa inadvertido el fenómeno migratorio en las economías de los países, ni el tema de la movilidad humana, ni la fractura de las relaciones parentales, ni las

nuevas asimetrías económicas de un miembro de la pareja, ni la falta de diálogos de estos escenarios familiares.¹⁷⁷

No solo el índice de padres que sufren una sustracción o retención es cada vez es más frecuente y difícil, sino que además se suma a ello el largo transito generado en todo el proceso que les lleva, para lograr la recuperación de sus hijos. Ya que “entre los sectores que han crecido en su realidad exponencial cabe señalar el significativo incremento (inimaginable hace solo una década) de casos en materia de restitución internacional de menores.¹⁷⁸

Por lo anterior, cabe señalar y cuestionar si las normas vigentes en materia de restitución internacional de menores, son efectivamente protectoras de la niñez en los casos de restitución internacional de niños, esto derivado de los problemas que se perciben en los procesos de solicitud de restitución de internacional, acontecida un traslado o retención ilícita.

Lo lamentable, es tener como respuesta un no, puesto que son muy visibles los problemas señalados y detectados, porque que especialmente van encaminadas a una mala interpretación, en consecuencia a una mala aplicación de las Convenciones existentes.

Los casos estudiados, confirman los problemas que se pueden identificar y la propuesta es combatirlos, de ahí que también nace la necesidad de proponer un protocolo facultativo, que advierta cuestiones que incluso se encuentran dispersas en otros “documentos” como por ejemplo la Guía de atención para la restitución de derechos de niñas, niños y adolescentes en situación de

¹⁷⁷ Tenorio Godínez, Lázaro; Tagle de Ferreyra Graciela (coordinadores). *La restitución internacional de la niñez*, México, Porrúa, 2011.p.270

¹⁷⁸ Dreeysin de Klor, Adriana, *op.cit*, p.80

sustracción y/o retención ilícita por uno de sus padres en instancia administrativa, misma que se deriva de la Convención de la Haya.

La respuesta a las fallas que suelen darse en los procesos de restitución internacional, hacen evidente algo importante y es que no es la carencia de normas, la que obra de impedimento para que el niño sea protegido en sus intereses, sino en numerosos casos, es la interpretación que se efectúa de las disposiciones vigentes.¹⁷⁹ En consecuencia si para ello, esa interpretación requiere estar plasmada en la norma a efecto de no generar lagunas, y obstáculos ya observados en reiteradas ocasiones, entonces lo necesario también será necesario establecerlo de algún modo.

Por lo tanto eso significa que para respetar el interés superior de la niñez “el estado desde sus órganos jurisdiccionales como el aplicador del derecho y en definitiva la comunidad, deben respetar con una férrea observancia de ese principio, impidiendo que por su errónea interpretación o aplicación, se cause un daño irreparable a personas que en razón de su edad, deben recibir especial protección.¹⁸⁰

Cabe aclarar que no se pretende desbaratar la Convención, más bien se pretende robustecer y especificar en el protocolo facultativo, elementos que permitan facilitar y no entorpecer el retorno de un niño a su residencia habitual y que si los padres tienen problemas estos los hagan notorios de manera previa y en las instancias correspondientes, pero sin que acudan a este tipo de graves problemas.

El protocolo entonces, va a establecer esos elementos necesarios que regulen el proceso de restitución de una forma más detallada. Lo que evitaría afrontar

¹⁷⁹ Ibidem, p.40.

¹⁸⁰ Ibidem p.85

problemas a los que en repetidas ocasiones se enfrentan tanto las autoridades centrales como las autoridades judiciales.

Luego entonces, al proponer la creación de un protocolo facultativo para la restitución internacional de la niñez, se pretende darle solución a los problemas que enfrentan los operarios al momento de utilizar la convención; en tal sentido “resulta de fundamental importancia la cooperación jurisdiccional de los estados miembros en el convenio de la Haya, pero también es primordial la confianza en la capacidad del ordenamiento jurídico de que se trate a fin de proteger al niño, arbitrando las medidas y decisiones pertinentes con relación al fondo de la custodia en protección del interés superior de aquel.”¹⁸¹

La viabilidad que se observa para proponer un protocolo facultativo y no la creación de una nueva Convención, lo es en vísperas de considerar que si como estado nación ya se forma parte de la Convención, es más fácil que se convoque, firme y ratifique un protocolo, a diferencia de convocar a los estados para la creación de una nueva convención. Prácticamente la idea es causar obligatoriedad derivada de la Convención de la Haya, aprovechando así los países que ya son signantes.

Ahora bien, no significa que la Convención está funcionando mal en su totalidad, lo cierto es que hay necesidad de plasmar con claridad cómo deben enfrentar las autoridades responsables en su ejercicio, las solicitudes de restitución internacional de menores. Además de ya advertirse el problema de una debida interpretación, es evidente la consecuencia de observar, como no se pondera el interés superior de la niñez, y su derecho a ser escuchado; situación que el protocolo facultativo en propuesta podría subsanarlo al formar un criterio que armonice tal supuesto.

¹⁸¹ Dreeysin de Klor, Adriana, *op.cit.*, p.84.

Un ejemplo lo aporta la Convención sobre los derechos del niño de 1989 del cuas se desprenden dos protocolos facultativos, uno de ellos es el Protocolo que prohíbe su participación en guerras, y otra en prostitución y comercio sexual y el otro es el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. La justificación de la creación de los mismos surge de la necesidad de proteger a los niños, específicamente en esas circunstancias, siendo más delimitados y concretos la protección en los casos de restitución internacional.

Ciertamente “las leyes no pueden permanecer indiferentes ante el dinamismo de las sociedades, deben evolucionar y cambiar a su ritmo para adaptarse a las necesidades y reclamaciones de estas, de lo contrario corren el riesgo de quedar obsoletas.”¹⁸²

En México el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan a niñas, niños y adolescentes señala que “Todo niño, niña o adolescente será tratado con respeto y sensibilidad, atendiendo a su dignidad, durante todo el procedimiento judicial, teniendo en cuenta su situación personal y sus necesidades inmediatas y especiales, edad, sexo, discapacidad, si la tuviera y grado de madurez con el fin de asistirle, anteponiendo su integridad. Física, mental o moral”.¹⁸³ Sin embargo, rebasando las fronteras, es de gran importancia que los instrumentos internacionales en concordancia, garanticen la protección de la infancia en todo momento.

Finalmente se sostiene que la idea de generar la formación de un protocolo facultativo, va en el sentido de obtener una cobertura más amplia. Y esto se

¹⁸² Tabuenca Petanas, Merce, *Todo sobre el divorcio y la separación*, México, Editorial de Vecchi S.A. U 2006, p.11.

¹⁸³ *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan a niñas, niños y adolescentes*, SCJN, *op.cit.*p.23.

afirma toda vez que al derivarse de la Convención de la Haya significaría alcanzar la firma de un alto porcentaje de países que lo ratifiquen.

En resumen, resulta oportuno especificar los problemas observados en los procesos de solicitud de restitución internacional de la niñez, que enfrentan los padres solicitantes, mismos que justifican la necesidad de crear un protocolo facultativo, como el que se propone.

De manera reiterada los problemas observados en los casos de restitución internacional, se refieren a que la autoridad administrativa o judicial invade cuestiones de fondo, que no le están permitidas ni son de su competencia, de acuerdo a lo que establece la Convención de la Haya; hay una falta de estipulación de las obligaciones de la autoridad administrativa o central; el constante incumplimiento de los plazos establecidos, para dar solución ágil a las solicitudes de restitución internacional; la incorrecta aplicación del tema de la adaptación; dejar en segundo plano las manifestaciones de los niños, aduciendo su falta de madurez tratándose de niños menores de 12 años; la notoria necesidad de los padres que padecen la sustracción o retención de recurrir a varias instancias judiciales, para lograr una adecuada interpretación, finalmente y no menos grave, es el desconocimiento de los derechos que tienen ambos padres para solucionar estas situaciones, lo que sin duda alguna evitaría el retraso de solución.

Lo anterior es una situación que no sucedería reiteradamente, si de alguna forma se subsanan las deficiencias, con la ayuda de un protocolo, como lo es, la propuesta de este trabajo de investigación.

Visto lo anterior y de los problemas observados, en el desahogo de diferentes casos de solicitudes de restitución, nace contemplar no solo como propuesta sino como una necesidad, la creación del Protocolo facultativo de la Convención de la Haya de 1980, para la restitución internacional de menores, mismo que propondrá en el numeral siguiente se desarrollara.

4.3.- Protocolo facultativo de la Convención de la Haya de 1980, para la restitución internacional de menores. (Propuesta)

Los Estados Partes en el presente Protocolo consideraron que para facilitar el logro de los objetivos de la Convención sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores, signada al amparo de la Conferencia de la Haya en 1980 y la aplicación de sus disposiciones, especialmente de los artículos 1,4,5,11,12,13,16,22 es conveniente ampliar las medidas que deben adoptar los Estados Partes a fin de garantizar la protección de los menores contra la sustracción y o retención de infantes realizadas por uno de sus progenitores.

Cierto es que el Sistema Universal de protección de los derechos humanos ha evolucionado de manera importante en las últimas décadas, creando un número creciente de tratados internacionales en los que se establece un amplio catálogo de derechos. Como parte de este desarrollo se ha impulsado la creación de instrumentos de carácter específico, para distintos grupos de la población, que por su condición específica se encuentran en situación de vulnerabilidad, entre ellos las niñas, los niños y los adolescentes.¹⁸⁴

Tomando en cuenta que la Convención sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores, busca a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; así como b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

Dado lo anterior es importante determinar que la Convención de la Haya va encaminada a reestablecer en principio el *status quo*, es decir restablecer la

¹⁸⁴ *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan a niñas, niños y adolescentes*, SCJN, *op.cit.*p.10.

situación que privaba antes de un traslado o retención ilícita y esto se logra básicamente a través de la restitución inmediata del menor de que se trate, para preservar y hacer respetar los derechos de custodia y visitas vigentes en el otro estado.

Al incrementarse el número de sustracciones constantemente reconociendo que algunos grupos especialmente vulnerables, en particular las niñas, niños y adolescentes, están expuestos a un peligro mayor, y protegiendo su derecho a pertenecer a una familia, derechos a crecer y vivir sanamente de acuerdo a su edad, así como proteger el interés superior de la infancia se propone el presente protocolo facultativo.

En el sentido de proteger en todo momento el interés superior de la infancia “tanto el estado desde sus órganos jurisdiccionales como el aplicador del derecho y en definitiva la comunidad toda deben respetar una férrea observancia de ese principio, impidiendo que por su errónea interpretación o aplicación, se cause un daño irreparable a personas que en razón de su edad, deben recibir especial protección.”¹⁸⁵

En nuestros días la cooperación judicial es una herramienta imprescindible en el campo de las relaciones jurídicas¹⁸⁶ de este modo a la hora de su aplicación judicial se respetaran los principios subyacentes a las normas convencionales elaboradas, entre los que cabe destacar la celeridad, la inmediatez, el conocimiento por parte de sus jueces del acervo jurídico de la cooperación y de los profundos cambios que la asistencia va adquiriendo en la actualidad.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Dreeysin de Klor, Adriana, *op cit* , p.85

¹⁸⁶ Ibidem, p.83

¹⁸⁷ Dreeysin de Klor, Adriana, *op.cit* p.83

Convencidos de la necesidad de proteger el sector de la infancia en su máxima expresión, resulta necesario pronunciarse en todos los sentidos en los que deba protegerse a los infantes.

De la necesidad de proteger a los infantes se torna indispensable hacerlo cuando se trata de padres sustractores, porque el prevenirlo, evitarlo y combatirlo no solo evitaría gastos costosos a los padres de los niños que sufren un traslado o retención de infantes además de resguardar el principio del interés superior de la infancia.

Artículo 1

La finalidad del presente Protocolo será para:

- a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; primando por la restitución.
- b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

Artículo 3.-

El Protocolo 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 Protocolo dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.

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;

La custodia es el primer deber de los padres respecto a sus hijos menores no emancipados. Este deber de custodia y cuidado se traduce en el deber de tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado”¹⁸⁸

La guarda y custodia es una figura derivada de la filiación y el parentesco, y se encuentra regulada dentro de la institución de la patria potestad, es decir la “custodia es uno de los deberes y derechos que nacen de la patria potestad”¹⁸⁹.

b) el "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo.

c) Residencia habitual: Supera las dificultades que planteaba la conexión domiciliar clásica en materia de menores y debe ser interpretada como el lugar donde efectivamente vive el menor, donde asiste a la escuela, recibe atención médica, tiene amigos y otras conexiones culturales, deportivas, etc, las cuales constituyen elementos indicativos del lugar de realización del referido punto de conexión factico y que deberá, en caso de duda, ser desentrañado por el Juez.¹⁹⁰

d) Traslado o retención ilícita:

Traslado: Significa trasladar a un hijo lejos de su país de residencia habitual.

La retención del menor se torna ilícita una vez pasados los días de visita asignados o acordados sin que el niño, niña y adolescente se devuelva al otro padre.

¹⁸⁸ Villalobos de González Elvira, *Manual de Derecho de familia*, México, Tirant lo Blanch, 2014, p.179

¹⁸⁹ Idem

¹⁹⁰ Tenorio Godínez, Lázaro; Tagle de Ferreyra Graciela (coordinadores). La restitución internacional de la niñez, México, Porrúa, 2011. p.80.

e) Grave riesgo: existe un grave riesgo de que un infante sea restituido cuando este se exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

f) Adaptación: Previo a determinar la adaptación del menor que la Convención de la Haya establece, tomando como base el año transcurrido debe considerarse si previamente se realizaron por todos los medios la búsqueda del infante, estudiando los obstáculos que pudieran existir para buscar encuadrar en el supuesto y así evitar el retorno del infante.

g) Escucha del menor: Todo infante debe tener un papel activo en la determinación de su propio interés y que su punto de vista sea tomado en consideración al momento de adoptar decisiones que le afecten directa o indirectamente.¹⁹¹

Además en todo momento se debe considerar “expresar sus opiniones libremente y en sus propias palabras, y a contribuir especialmente sobre las decisiones que le afecten, incluidas las adoptadas en el curso de cualquier proceso de justicia, y a que estos puntos de vista sean tomados en consideración según su edad, madurez y evolución de su capacidad.”¹⁹²

Artículo 6.- Acontecida una retención o traslado a efecto de beneficiar a las partes es imprescindible notificar a los padres la posibilidad de utilizar medios para recibir asesoría jurídica, que no deje en estado de indefensión a cada parte.

Artículo 7.-

¹⁹¹ *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan a niñas, niños y adolescentes*, SCJN, *op.cit.* p. 27.

¹⁹² *Idem*

Si el infante cuenta con el consentimiento de su progenitor solicitante, deberán acreditarse notarial o judicialmente el acuerdo que contemple as cláusulas que permitan saber el tiempo de la estadía fuera de la residencia habitual, motivo de la misma, considerando que excepcionalmente será interpretado de otra forma cuando la salud del infante se encuentre en riesgo.

Artículo 8.-

Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores. Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.

Artículo 9.-

La primera medida a adoptar por un juez que recibe por parte de la autoridad central una solicitud de restitución es el cierre de fronteras y la inmediata localización del menor a través de los organismos correspondientes.

Esta tarea tendrá éxito si las autoridades en la materia conocen o al menos han sido instruidos acerca de la existencia de normativa universal y el compromiso que implica el cumplimiento de la misma en el orden internacional.¹⁹³

Artículo 10.-

Cuando hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, atendiendo al artículo 3 y 12

¹⁹³ Dreeysin de Klor, Adriana, *op.cit*, p.90.

de la Convención de la Haya, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

Artículo 11.-

Debe aclararse que el rebasar el periodo de un año no debe ser justificación para determinar que el menor ya se encuentra adaptado a su nuevo entorno, sino que por el contrario corresponde a la autoridad competente analizar el contexto, es decir a partir de cuándo comenzó a contar el periodo de un año, analizar cuáles fueron los impedimentos que obstaculizaron las actuaciones de las autoridades para lograr el objetivo de restituir a un infante, así como acreditarlo; y demostrar la búsqueda realizada y el desahogo del procedimiento para lograr la restitución.

De no acreditarse lo anterior se ordenara el retorno inmediato del infante, toda vez que obra la mala fe para lograr el retorno del menor.

Salvo que se acrediten los casos de grave riesgo para devolver al menor como ya lo especifica la Convención de la Haya.

Artículo 12.-

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

El grave riesgo debería ser invocado antes las autoridades competentes de manera previa por el padre o madre sustractora en el caso de que este existiera en el país de residencia habitual del infante. Sin embargo al ser hechos que difícilmente logran probarse en determinadas ocasiones. Acreditar el grave riesgo es una cuestión que deberá observarse detenidamente por el operador. Por lo que incluir el derecho del menor a ser escuchado, y así evitar efectos de alienación parental sería de gran utilidad, para tomar en consideración en los procesos de solicitud de restitución.

Artículo 13.-

Uno de los objetivos a cumplir por la Convención sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores, es que las autoridades requeridas 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 periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio.

Artículo 14.-

En relación al artículo 22 de la Convención de origen respecto a que no podrá exigirse fianza ni depósito alguno, cualquiera que sea la denominación que se le dé, para garantizar el pago de las costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio.

Es decir debe operar el principio de gratuidad en la tramitación de los exhortos y medidas originadas en su aplicación con la excepción de los gastos y honorarios devengados por el nombramiento y actividad del menor, adoptando como vía de transmisión de las solicitudes de restitución y localización, a los ministerios de justicia de los respectivos estados- requirente

y requerido. Que de hecho se valen de las autoridades centrales, pero siempre con el alcance referido.¹⁹⁴

Artículo 15.

El presente Protocolo sólo se aplicará entre los Estados contratantes y dependientes de la Convención sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados.

CLÁUSULAS FINALES

Artículo 16

El Protocolo estará abierto a la firma de los Estados que fueron Miembros de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado en su decimocuarta sesión. Será ratificado, aceptado o aprobado, y los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

Artículo 17

Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo se entenderá en perjuicio de cualquier disposición más propicia a la realización de los derechos del niño que esté contenida en: a) La legislación de un Estado Parte; b) El derecho internacional en vigor con respecto a ese Estado.

Artículo 18

Cualquier otro Estado podrá adherirse al Protocolo. El instrumento de adhesión será depositado ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos. La adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que se adhiera y aquellos Estados Contratantes que hayan

¹⁹⁴ Ibidem. p.50.

declarado aceptar esta adhesión. Esta declaración habrá de ser formulada asimismo por cualquier Estado Miembro que ratifique, acepte o apruebe el Protocolo después de una adhesión. Dicha declaración será depositada ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos; este Ministerio enviará por vía diplomática una copia certificada a cada uno de los Estados Contratantes. El Protocolo entrará en vigor entre el Estado que se adhiere y el Estado que haya declarado que acepta esa adhesión el primer día del tercer mes del calendario siguiente al depósito de la Declaración de aceptación.

Artículo 19

Todo Estado, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, podrá declarar que el Protocolo se extenderá al conjunto de los territorios de cuyas relaciones exteriores este encargado, o solo a uno o varios de esos territorios. Esta declaración tendrá efecto en el momento en que el Protocolo entre en vigor para dicho Estado. Esa declaración, así como toda extensión posterior, será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos.

Artículo 20

A más tardar dos años después de la entrada en vigor del presente Protocolo respecto de un Estado Parte, éste presentará un informe que contenga una exposición general de las medidas que haya adoptado para dar cumplimiento a las disposiciones del Protocolo. Después de la presentación del informe general, cada Estado Parte incluirá en los informes que presente, información adicional sobre la aplicación del presente Protocolo. Los demás Estados Partes en el Protocolo presentarán un informe cada cinco años.

Artículo 21

Si un Estado Contratante tiene dos o más unidades territoriales en las que se aplican sistemas de derecho distintos en relación con las materias de que trata el presente Protocolo, podrá declarar, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que el presente Protocolo se aplicará a todas sus unidades territoriales o solo a una o varias de ellas y podrá modificar esta declaración en cualquier momento, para lo que habrá de formular una nueva declaración. Estas declaraciones se notificarán al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos y se indicará en ellas expresamente, las unidades territoriales a las que se aplica el presente Protocolo.

Artículo 22

Cuando un Estado Contratante tenga un sistema de gobierno en el cual los poderes ejecutivo, judicial y legislativo estén distribuidos entre las autoridades centrales y otras autoridades dentro de dicho Estado, la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión del presente Protocolo, o la formulación de cualquier declaración conforme a lo dispuesto en el Artículo 40, no implicará consecuencia alguna en cuanto a la distribución interna de los poderes en dicho Estado.

Artículo 23

El Protocolo entrará en vigor el primer día del tercer mes del calendario siguiente al depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión a que se hace referencia en los Artículos 37 y 38. Después, el Convenio entrará en vigor:

Para cada Estado que lo ratifique, acepte, apruebe o adhiera con posterioridad, el primer día del tercer del calendario siguiente al depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;

Artículo 24

El Protocolo permanecerá en vigor durante cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigor de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del Artículo anterior, incluso para los Estados que con posterioridad lo hubieran ratificado, aceptado, aprobado o adherido. Si no hubiera denuncia se renovará tácitamente cada cinco años.

Toda denuncia será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, por lo menos, seis meses antes de la expiración del plazo de cinco años. La denuncia podrá limitarse a determinados territorios o unidades territoriales a los que se aplica el Protocolo. La denuncia tendrá efecto solo respecto el Estado que la hubiera notificado. El Protocolo permanecerá en vigor para los demás Estados Contratantes.

RECAPITULACION

El contexto en el cual se desarrollan los menores, debe ser acorde al de sus necesidades que presentan en la niñez y adolescencia, con independencia de que sus padres se encuentren o no juntos, la separación de padres e hijos no se debe privar en ningún momento la convivencia o visitas, salvo sus excepciones.

Es muy largo el tránsito generado en todo el proceso de restitución internacional de la niñez, para lograr la recuperación de sus hijos.

Los problemas señalados y detectados evidencian que la normatividad vigente, no es protectora de la niñez en los casos de restitución internacional de niños, toda vez que es evidente una mala interpretación, y aplicación de la Convención de la Haya, de ahí que también nace la necesidad de proponer un protocolo facultativo.

Cabe aclarar que no se pretende desbaratar la Convención, más bien se pretende robustecer y especificar en el protocolo facultativo, elementos que permitan facilitar y no entorpecer el retorno de un niño a su residencia habitual.

Al proponer la creación de un protocolo facultativo para la restitución internacional de la niñez, se pretende darle solución a los problemas que enfrentan los operarios al momento de utilizar la convención; en tal sentido “resulta de fundamental importancia la cooperación jurisdiccional de los estados miembros en el convenio de la Haya, pero también es primordial la confianza en la capacidad del ordenamiento jurídico de que se trate a fin de proteger al niño, arbitrando las medidas y decisiones pertinentes con relación al fondo de la custodia en protección del interés superior de aquel.”¹⁹⁵

Es viable proponer un protocolo facultativo y no la creación de una nueva convención debido a la viabilidad de convocar, firmar y ratificar un protocolo, a diferencia de convocar a los Estados para la creación de una nueva convención.

De los problemas observados, en el desahogo de diferentes casos de solicitudes de restitución, nace contemplar no solo como propuesta sino como una necesidad, la creación del Protocolo facultativo de la Convención de la Haya de 1980, para la restitución internacional de menores, mismo que propondrá en el numeral siguiente se desarrollara.

¹⁹⁵ Dreeysin de Klor, Adriana, *op.cit*, p.84.

CONCLUSIONES FINALES

- Derivado de la globalización, que nace a principios de los años setentas, son notorios los efectos que provoca y decantan en la familia, lo cual genera un intercambio interracial, que en décadas pasadas era menos estimable, generando en consecuencia la facilidad de relaciones de parejas de distintas nacionalidades, que en lo futuro si nacieren hijos de dichas relaciones, podrían padecer casos de restitución internacional de la niñez.
- Los derechos humanos son valores que poseen las personas, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o política u cualquier otra condición. Y fundamentalmente van relacionados con la protección de la niñez, su interés superior y los derechos que de ello deriven particularmente en los casos de restitución internacional de la niñez.
- El término “menor” que usan las Convenciones que regulan los casos de restitución internacional de la niñez, favorablemente se vio modificado por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN), el cual propone un modelo distinto, y utiliza el término de “niño” a diferencia de haber utilizado por décadas el concepto menor, que supone denostar la persona del niño.
- “El niño cuyo padre (o padres) residan en Estados diferentes de la comunidad internacional tiene derecho a mantener, periódicamente, salvo circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres a lo que se le conoce como derecho de visita, que también se dice es parte del derecho de convivencia”.¹⁹⁶

¹⁹⁶ Idem.

- Es preciso aclarar que el derecho de custodia puede resultar de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.
- Sin duda alguna el padre que alegue que le asiste un mejor derecho a detentar la guarda y custodia, deberá recurrir a las instancias competentes para lograr por la vía judicial se le favorezca su petición, previo a realizar una acción de traslado o retención, no de manera posterior a esa acción ilícita, pretendiendo que en lo futuro dicha situación se modifique y le favorezca.
- Sin duda alguna existen convenios o convenciones internacionales que pugnan por la protección, no solo de la familia, sino de la niñez.
- La finalidad de la Convención de la Haya, es notoria obliga a los Estados a luchar contra la retención y los traslados transfronterizos ilícitos de niños, además va encaminada a garantizar la restitución inmediata de los niños llevados a cualquier Estado contratante, así como velar por los derechos de custodia y visita vigentes.
- Por otro lado la Convención sobre los Derechos del Niño, básicamente se encarga de establecer, como debe ser, la protección de los menores atendiendo a su niñez, en razón de la existencia y reconocimiento de su interés superior.
- El *corpus juris*, entendiéndose como el conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de los niños, las niñas y adolescentes, en base a la Corte ha entendido en este aspecto, que tanto la Convención Americana, como la Convención sobre los Derechos del Niño, forman parte de un comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños, que debe servir a la Corte, para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención.

- Ninguna duda cabe en el sentido de que existen instrumentos internacionales preocupados por la protección de la niñez, y también en el caso específico de la restitución internacional de la niñez, sin embargo de manera lamentable datan de décadas de antelación, por lo que su regulación queda limitada y obsoleta, al no encuadrarse a la transformación de la vida actual.
- Los casos de traslado y retención ilícita a nivel internacional, no se derivan únicamente de un divorcio, pues puede acontecer en casos de parejas que aún viven en matrimonio, o viven en concubinato, o en casos distintos, en los que evidentemente existen hijos en común, sin siquiera haber vivido juntos en algún momento. Es decir, que se trata de una acción que puede acontecer dentro de varios supuestos.
- Para efectos prácticos, el Convenio que goza de aplicación en México, es el de la Haya, esto derivado de la práctica judicial, en sus resoluciones emitidas, sumado con el minucioso estudio que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- De manera reiterada los problemas observados en los casos de restitución internacional, se refieren a que la autoridad administrativa o judicial invade cuestiones de fondo, que no le están permitidas ni son de su competencia, de acuerdo a lo que establece la Convención de la Haya; hay una falta de estipulación de las obligaciones de la autoridad administrativa o central; el constante incumplimiento de los pazos establecidos, para dar solución ágil a las solicitudes de restitución internacional; la incorrecta aplicación del tema de la adaptación; dejar en segundo plano las manifestaciones de los niños, aduciendo su falta de madurez tratándose de niños menores de 12 años; la notoria necesidad de los padres que padecen la sustracción o retención de recurrir a varias instancias judiciales, para lograr una adecuada

interpretación, finalmente el desconocimiento de los derechos que tienen ambos padres para solucionar estas situaciones.

- La separación de padres e hijos no debe privar en ningún momento la convivencia o visitas, salvo sus excepciones.
- Los problemas señalados y detectados evidencian que la normatividad vigente, no es protectora de la niñez en los casos de restitución internacional de niños, toda vez que es evidente una mala interpretación, y aplicación de las la Convención de la Haya, de ahí que también nace la necesidad de proponer un protocolo facultativo.
- El propósito de la propuesta de investigación no pretende desbaratar la Convención, más bien se pretende robustecer y especificar en el protocolo facultativo, elementos que permitan facilitar y no entorpecer el retorno de un niño a su residencia habitual.
- Al proponer la creación de un protocolo facultativo para la restitución internacional de la niñez, se pretende darle solución a los problemas que enfrentan los operarios al momento de utilizar la convención.
- Es viable proponer un protocolo facultativo y no la creación de una nueva Convención, lo es en vísperas de considerar que si como estado nación ya se forma parte de la Convención, es más fácil que se convoque, firme y ratifique un protocolo, a diferencia de convocar a los estados para la creación de una nueva convención.
- De los problemas observados, en el desahogo de diferentes casos de solicitudes de restitución, nace contemplar no solo como propuesta sino como una necesidad, la creación del Protocolo facultativo de la Convención de la Haya de 1980, para la restitución internacional de menores, mismo que propondrá en el numeral siguiente se desarrollara.

PROPUESTAS

Considerar y establecer en el Protocolo facultativo de la Convención de la Haya de 1980, para la restitución internacional de menores.

1. Establecer las funciones de la autoridad administrativa y judicial y no dejarlo a cargo de guías prácticas, para establecer un criterio armonizado en los Estados contratantes. Señalando que son los Tribunales del Estado requirente, es decir a los del Estado donde el niño tenía su residencia habitual, quienes deben conocer únicamente de cuestiones de fondo, y de manera previa a realizar una acción de sustracción.
2. Señalar la importancia de respetar un proceso que debe ser rápido, expedito y urgente en vías de proteger el interés superior de la niñez, y evitar perjuicio a su integridad física y psicológica, ya que constituye un parámetro para su aplicación. Pues se debe respetar la premisa del derecho a no ser trasladado o retenido de manera ilícita, por una decisión unilateral de su sustractor.
3. Establecer claramente, que se entiende por adaptación y cuando debe aplicarse. Y plasmar parámetros, para considerar en qué casos procede la adaptación, y cuales entorpecen y alargan a más de un año la restitución, desvirtuando el *status quo*.
4. Establecer parámetros permitan determinar la importancia de la escucha del menor en razón de su madurez, y a los niños mayores de 12 años.

5. Notificar correctamente cuales son los derechos que tienen ambos padres, para solucionar estas situaciones, lo que evitaría el retraso de una probable solución.
6. Ampliar y especificar la justificación que motiva, a que solo por excepciones extraordinarias, se faltara a la regla general de restitución inmediata. Consagrada en el artículo 13 del Convenio en cita.
7. Como lo señala la jurisprudencia en México, constituye un importante esfuerzo de la comunidad internacional para la protección de los menores de edad, cuidar de los efectos perjudiciales que puede ocasionar un traslado o retención ilícita en el plano internacional, al establecer procedimientos que permiten garantizar su restitución inmediata al Estado en el que tengan su residencia habitual.

FUENTES CONSULTADAS

BIBLIOGRAFIA

BECK, ULRICH. ¿Qué es la globalización?, 1ª edición, trad, de Bernardo Moreno y Ma. Rosa Borrás, España, Paidós. 2008.

BUNGE, MARIO, en la Investigación científica, citado por González Ibarra, Juan de Dios en Metodología Jurídica epistémica, México, Fontamara, 2008.

BRUÑOL, MIGUEL CILLERO, El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niños” en infancia de los derechos y la justicia, Editorial del Preto,1998.

CARNELUTTI, FRANCESCO, en Metodología del Derecho, citado por González Ibarra, Juan de Dios en Metodología Jurídica epistémica, México Fontamara, 2008.

CARMONA TINOCO, JORGE ULISES. La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los Tratados Internacionales. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones de la UNAM

C. WRIGHT MILLS CHARLES. La imaginación sociológica, Traducción de Florentino M.Torner, Edición Revolucionaria, Habana, Cuba, Instituto del libro.

CONTRERAS VACA, FRANCISCO JOSÉ, Derecho internacional Privado, México, Ed Oxford, 2004.

COSSIO DÍAZ, JOSÉ RAMÓN, Debido proceso y restitución internacional de menores, Lex. Difusión y Análisis, México, Tercer Época, Año XII, núm., 165, marzo 2009.

CRUZ PONCE, LISANDRO, Derechos de la niñez, Patria potestad y guarda alternativa y conjunta o compartida, México 1990.

DE PINA VARA, RAFAEL, Diccionario de Derecho, Porrúa, México, 2002.

DREEYSIN DE KLOR, ADRIANA, Restitución Internacional de niñas y niños, Editorial Jurídica Continental, México, Argentina 2013.

FRONDIZI, RISIERE en ¿Qué son los valores?, citado por González Ibarra, Juan de Dios, en Metodología jurídica...

GIDDENS, ANTHONY. Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas, 1ª edición México, Taurus.2000.

GIMÉNEZ, GILBERTO. Identidades en globalización, Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad autónoma de México, Vol. VII. No 19, septiembre-diciembre de 2000, pp. 27-47.

GONZÁLEZ MARTIN NURIA, Familia Internacional en México, Adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata, México, Porrúa, 2009.

GONZÁLEZ MARTIN NURIA, Y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, SONIA, Derecho Internacional Privado parte general, México, Nostra Ediciones S.A. de C.V. ,2010

GONZÁLEZ IBARRA, JUAN DE DIOS Metodología Jurídica epistémica, México, Fontamara, 2008.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Derecho civil para la familia, México, Porrúa, 2015

L. MENDIZABAL OSES, en el término *infancia* de la G.E.R., en Rico Pérez, Francisco, La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho Civil, Madrid 1980, Ed. Montecoruo, S.A.

MARIN PEDREÑO, CAROLINA. Sustracción Internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor. España, 2015, Editorial Ley 57.

MERCEDES ALBORNOZ, MARÍA. La convergencia de la cooperación interamericana en materia de adopción, sustracción y tráfico de menores, México, DDI/SecGeneral, DDI/doc.11/11,10 octubre2011.

MORALES ACACIO, ALCIDES, Protección penal a la familia, Bogotá Colombia, editorial Leyer,2003.

MUÑOZ ROCHA, CARLOS I. Derecho familiar, 1ª edición, México, Oxford 2013.

PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, Los derechos fundamentales, Madrid, Tecnos, 2005, p. 46.

PEREZNIETO CASTRO, LEONEL Y SILVA SILVA JORGE ALBERTO. Derecho Internacional Privado Parte Especial, 2ª edición, México, Oxford 2011.

PEREZNIETO CASTRO, LEONEL. Derecho Internacional Privado Parte General, 9ª edición, México, Oxford 2011.

REUTER, PAUL, Introducción al Derecho de los Tratados, 2da edición, trad. Eduardo López Suárez México, UNAM-FCE, 2001.

RICO PÉREZ, FRANCISCO, La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho Civil, Madrid 1980, Ed. Montecoruo, S.A. p.

RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, SONIA, La sustracción internacional de menores por sus propios padres, su des tipificación en México, UNAM 2012.

ROJAS AMANDI, VÍCTOR MANUEL, Derechos de los Tratados, México D.F., Tirant lo Blanch, 2014.

TAPIA VEGA, RICARDO, OLIVA GÓMEZ, EDUARDO, Temas selectos 2 Hacia el ámbito del derecho privado, Universidad autónoma del Estado de Morelos, México, 2015, edición eternos malabares.

TABUENCA PETANAS, MERCE, Todo sobre el divorcio y la separación, México, Editorial de Vecchi S.A. U 2006.

TREVIÑO SOSA, JOSÉ, “El drama de la sustracción internacional de menores” en el Mundo del abogado año 5, nùm.46, 2003.

TENORIO GODÍNEZ, LÁZARO; Tagle de Ferreyra Graciela (coordinadores). La restitución internacional de la niñez, México, Porrúa, 2011.

TENA SUCK, RAFAEL E ITALO MORALES, HUGO, Manual de derecho laboral, México, Trillas, 2013.

UMAÑA LUNA, EDUARDO, El niño menores de edad investigación y análisis interdisciplinarios, Universidad Nacional de Colombia, Primera Edición, Bogotá, Colombia 2002.

VELÁZQUEZ ELIZARRARAS, JUAN CARLOS, Visión sociológica del impacto de la globalización en el derecho internacional y la soberanía, México, 2013. Mexico, UNAM 2013.

VERDROSS ALFREDO, Teoría dualista o pluralista, Derecho Internacional Público (trad. Antonio Truyol y Serra) 5ª edición Aguilar Madrid, 1967.

VILLALOBOS DE GONZÁLEZ ELVIRA, Manual de Derecho de familia, México, Tirant lo Blanch.

NORMATIVIDAD

- Constitución política de los estados unidos mexicanos
- código penal de Chiapas
- código penal para el estado de Morelos
- Código penal para la Ciudad de México
- Ley general de los derechos de niñas, niños y adolescentes

CONVENCIONES

- Convención sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores, signada al amparo de la Conferencia de la Haya en 1980
- Convención Interamericana sobre restitución Internacional de Menores signada al amparo de la CIDIP-IV en Uruguay en el año de 1989.
- Convención de La Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores Colombia.

JURISPRUDENCIA

- Tesis 1a. XXXVI/2015 (10a.). Semanario Judicial de la Federación. Y su gaceta, Décima Época Primera Sala, Febrero de 2015, p. 1419.
- Tesis Aislada 1a. LXX/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo I, Febrero de 2015, p. 1417.
- Tesis aislada 1a. LXX/2015 (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 15, Tomo II, febrero de 2015, página 1417.
- Jurisprudencia 1a./J. 6/2018 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Décima Época, Libro 52, Tomo I, marzo de 2018

PAGINAS ELECTRONICAS

- INEGI Población, Matrimonios y divorcios, en <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/myd.aspx?tema=P>, consultada el 4 de febrero del 2016.
- Guarda y custodia de menores véase, <http://www.consumoteca.com/familia-y-consumo/consumo-y-derecho/guarda-y-custodia-de-menores>, consultada 18 abril 2012.
- Informe elaborado en el marco de un Convenio entre la CIDH y UNICEF. Comisión Interamericana de Derechos Humanos OEA/Ser/V/II.Doc. 54/13, El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas 2013.1-313., p.3. <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf>

- Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan a niñas, niños y adolescentes, Suprema Corte de Justicia de la Nación, véase en <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/publicaciones/protocolos-de-actuacion>.

REVISTAS

- Montoya Zamora, Raúl, Derecho Global, estudios sobre derecho y justicia, El principio de supremacía constitucional frente a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. Año 2, Numero 6, julio-octubre 2017, p.127-143.
- Pérez Contreras, María de Montserrat, El entorno familiar y los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes: una aproximación, México, Boletín Mexicano de Derecho comparado, numero 138.pp. 1151-1168, bibliojurídicas UNAM.

OTROS DOCUMENTOS

- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966, vol II.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan a niñas, niños y adolescentes emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, SCJN,2012.
- Informe elaborado en el marco de un Convenio entre la CIDH y UNICEF. Comisión Interamericana de Derechos Humanos OEA/Ser/V/II.Doc. 54/13,El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas 2013.
- Semanario Judicial de la Federación, vols.151-156, sexta parte, p 196, ART 256/81 C.H. Bohering Sohn 9 de julio de 1981.

Cuernavaca, Morelos a 16 de noviembre de 2018

DR. JULIO CABRERA DIRCIO
COORDINADOR DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS
DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO
P R E S E N T E

Por medio del presente, en relación con el trabajo de investigación elaborado por la maestra **Cesia Trinidad Ramales** intitulado: "**Creación de un protocolo facultativo de la Convención de la Haya de 1980, para la restitución internacional de menores**" tendiente a la obtención del grado académico de Doctora en Derecho, en el programa de Doctorado en Derecho y globalización, acreditado ante el PNCP (CONACYT), habiendo sido designado revisor, expreso a Usted lo siguiente:

El trabajo de investigación presentado por la maestra **Cesia Trinidad Ramales** se desarrolla en cuatro capítulos, del modo siguiente:

En el **Capítulo I**, se presenta un marco teórico, en el cual desarrolla temas y conceptos relacionados con la problemática de la investigación, que alberga la preocupación por los problemas que se enfrentan en los casos de solicitud de restitución internacional de la niñez, por lo que se incluyen temas como: derechos humanos, tratados, convenciones, protocolo, la familia, término niño o menor, el interés superior de la niñez, la guarda y custodia, derecho de visita, residencia habitual, traslado o retención ilícita, sustracción internacional de menores, la restitución internacional de la niñez, entre otros.

En el **Capítulo II**, se señalan distintos Convenios internacionales que se preocupan por la protección a la familia y especialmente por la protección de la niñez.

En el **capítulo III**, se establecen los problemas detectados en los casos de solicitud de restitución internacional de la niñez, cuando se suscita un traslado o retención ilícita y que en la práctica se observan tendientes a obstaculizar el retorno inmediato de los niños(as), y que en postura de la sustentante, impiden el cumplimiento de los objetivos de la Convención de la Haya de 1980. Además se incluyen sentencias y jurisprudencias en su estudio, relativas a casos de restitución internacional de la niñez.

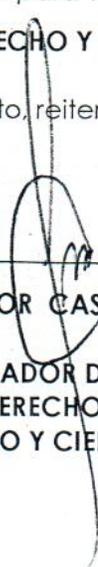
En el **capítulo IV**, en sus últimos temas, presenta los motivos que a juicio de la sustentante, justifican la "Creación de un protocolo facultativo de la Convención de la Haya de 1980, para la restitución internacional de menores", continuando con la propuesta en forma y contenido del protocolo en cita, finalizando con sus respectivas conclusiones y propuestas de investigación.

La maestra Cesia Trinidad Ramales, sostiene la tesis, proponiendo la necesidad de la "Creación de un protocolo facultativo de la Convención de la Haya de 1980, para la restitución internacional de menores", para que en estos casos, se respete con mayor exactitud, prontitud, y debida diligencia, el interés superior de la niñez, así como su derecho a ser escuchado; lo que pretende lograrse, integrando específicamente, elementos que sirvan de sustento y utilidad en la práctica, a las autoridades correspondientes en los procesos de restitución, y así se logre una atención legal adecuada, y finalmente se cumplan con los objetivos de la Convención de la Haya de 1980, para evitar una reiterada e incorrecta interpretación.

Se trata de un trabajo serio y bien fundamentado, con técnica de investigación, que además contiene un aparato crítico, amplio y especializado.

Por todo lo antes expuesto me es grato otorgar **VOTO APROBATORIO** a la investigación realizada, para que se inicien los trámites correspondientes y sucesivamente, se señale fecha para la realización de titulación y obtención del grado de **DOCTORA EN DERECHO Y GLOBALIZACIÓN**.

Sin otro particular por el momento, reitero a Usted mis más cordiales saludos.



DR. VICTOR CASTRILLON Y LUNA

PROFESOR INVESTIGADOR DE TIEMPO COMPLETO SNI-II
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UAEM

Cuernavaca, Morelos a 15 de noviembre de 2018

DR. JULIO CABRERA DIRCIO
COORDINADOR DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS
DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO
P R E S E N T E

Por medio del presente y como miembro de la Comisión Revisora en el trabajo de investigación intitulado: **“Creación de un protocolo facultativo de la Convención de la Haya de 1980, para la restitución internacional de menores”** que presenta la **M. en D. Cesia Trinidad Ramales** con el objeto de optar por el grado, en el programa de Doctorado en Derecho y globalización acreditado ante el PNCP (CONACYT), hago de su conocimiento lo siguiente:

Que he realizado la revisión de la metodología teórica y práctica que la alumna empleo en el trabajo de investigación y ambas son las adecuadas.

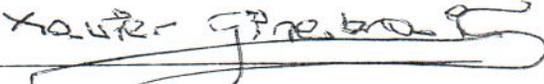
Así, después de haber revisado de manera minuciosa la metodología utilizada, el marco teórico, verificar las citas al pie de página respecto de la bibliografía empleada, considero reúne los requisitos que la legislación universitaria establece para este tipo de investigaciones.

Asimismo, en el apartado denominado conclusiones, además de los resultados del trabajo de investigación y de plasmar las ideas esenciales, realiza una serie de propuestas de importancia a la Ciencia Jurídica.

Como corolario, se puede afirmar que las conclusiones, bibliografía y razonamientos son consecuentes con el desarrollo del trabajo de investigación y las propuestas resultan innovadoras.

Conforme a lo anterior, otorgo **VOTO APROBATORIO** al trabajo mencionado para que se inicien los trámites correspondientes y sucesivamente se señale fecha para la realización de titulación y obtención del grado de **DOCTORA EN DERECHO Y GLOBALIZACIÓN** y se nombre al comité revisor correspondiente.

Sin otro particular por el momento, reitero a Usted mis más cordiales saludos.


DR. XAVIER GINEBRA SERRABOU

DIVISIÓN DE ESTUDIOS SUPERIORES DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS.

PRESENTE.

En relación al trabajo de tesis intitulado: “**CREACIÓN DE UN PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA DE 1980, PARA LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES**”, que presenta la C. Maestra **CESIA TRINIDAD RAMALES**, con el objeto de optar por el grado de **DOCTORA EN DERECHO Y GLOBALIZACIÓN** en el Programa Educativo de Doctorado en Derecho y Globalización, acreditado como programa de calidad ante el PNP de CONACYT, y en el cual se me ha concedido el honor de designarme como miembro de la Comisión Revisora, me permito manifestarle lo siguiente:

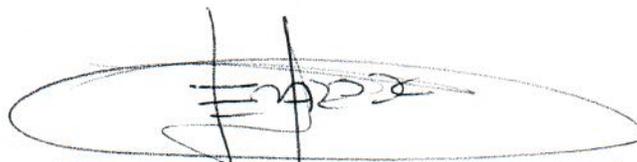
PRIMERO.- Después de haber realizado el estudio y revisión minuciosa del contenido del trabajo de investigación antes mencionado, sobre el cual me permito manifestar que he constatado cumple plenamente con la metodología que una investigación jurídica de este nivel requiere.

SEGUNDO.- La investigación jurídica que presenta la C. Maestra **CESIA TRINIDAD RAMALES**, trata es un tema de tipo global que requiere su investigación y estudio en virtud de la adecuada reglamentación que hoy se necesita en el tema materia de estudio, por ello, se refiere una investigación actual, pertinente y en el entorno de los estudios del derecho y la globalización; la referencia bibliográfica es suficiente y el trabajo resulta analítico y propositivo.

Como consecuencia de la revisión realizada a dicho trabajo de investigación, **otorgo mi VOTO APROBATORIO** y felicito a la C. Maestra **CESIA TRINIDAD RAMALES**, por el logro alcanzado en la culminación de su trabajo de tesis, el cual considero lo sustentará y defenderá con calidad al momento de presentar su examen de grado.

Sin otro particular, le reitero mi afecto y le envió un cordial saludo.

Cuernavaca, Morelos, quince de noviembre de dos mil dieciocho.



DR. EDUARDO OLIVA GÓMEZ.
PROFESOR INVESTIGADOR DE TIEMPO COMPLETO



Barranquilla, Col., noviembre 14 del 2018

C. DR. JULIO CABRERA DIRCIO,
COORDINADOR DEL PROGRAMA ACADEMICO DE DOCTORADO
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE
LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS.
P R E S E N T E.

Muy Distinguido Doctor Cabrera Dircio:

La M. en D. Cesia Trinidad Ramales, alumna del programa de Doctorado en Derecho y Globalización, Doctorado en Derecho acreditado ante el PNPC (CONACYT), ha presentado al suscrito un trabajo de investigación que lleva por título "CREACIÓN DE UN PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA DE 1980, PARA LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES", con el cual pretende optar por el grado de Doctora en Derecho.

La Maestra Trinidad Ramales, concluyo el trabajo en cuestión y que, desde mi muy particular punto de vista, reúne los requisitos reglamentarios y estatutarios, establecidos por la Legislación Universitaria de nuestra alma mater, y por este conducto le otorgo mi voto aprobatorio.

El trabajo presentado por la M. en D. Cesia Trinidad Ramales, desde mi personal punto de vista, merece este voto, así como la autorización para que si usted no tiene inconveniente se le pueda conceder el derecho de presentar el examen de grado de Doctora en Derecho.

Aprovecho la oportunidad para enviarle un afectuoso saludo y despedirme como siempre a sus respetables órdenes.

ATENTAMENTE.

DR. JUAN PABLO ISAZA GUTIERREZ
PROF. INV. T.C .DE LA UNIVERSIDAD
DEL NORTE.



Barranquilla, Col., noviembre 14 del 2018

C. DR. JULIO CABRERA DIRCIO,
COORDINADOR DEL PROGRAMA ACADEMICO DE DOCTORADO
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE
LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS.
P R E S E N T E.

Muy Distinguido Doctor Cabrera Dircio:

La M. en D. Cesia Trinidad Ramales, alumna del programa de Doctorado en Derecho y Globalización, Doctorado en Derecho acreditado ante el PNPC (CONACYT), ha presentado al suscrito un trabajo de investigación que lleva por título "CREACIÓN DE UN PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA DE 1980, PARA LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES", con el cual pretende optar por el grado de Doctora en Derecho.

La Maestra Trinidad Ramales, concluyo el trabajo en cuestión y que, desde mi muy particular punto de vista, reúne los requisitos reglamentarios y estatutarios, establecidos por la Legislación Universitaria de nuestra alma mater, y por este conducto le otorgo mi voto aprobatorio.

El trabajo presentado por la M. en D. Cesia Trinidad Ramales, desde mi personal punto de vista, merece este voto, así como la autorización para que si usted no tiene inconveniente se le pueda conceder el derecho de presentar el examen de grado de Doctora en Derecho.

Aprovecho la oportunidad para enviarle un afectuoso saludo y despedirme como siempre a sus respetables órdenes.

ATENTAMENTE.

DRA. ESTELA TOBON BERRIO
PROF. INV. T.C .DE LA UNIVERSIDAD
DEL NORTE.

Cuernavaca, Morelos a 12 de noviembre de 2018

DR. JULIO CABRERA DIRCIO
COORDINADOR DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS
DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO
P R E S E N T E

Por medio del presente, y como miembro de la Comisión Revisora del trabajo de investigación intitulado **“Creación de un protocolo facultativo de la Convención de la Haya de 1980, para la restitución internacional de menores”** de la **M. en D. Cesia Trinidad Ramales**, me permito informar que ha concluido la revisión del trabajo para obtener el grado de Doctora en Derecho y Globalización, acreditado ante PNPC (CONACyT).

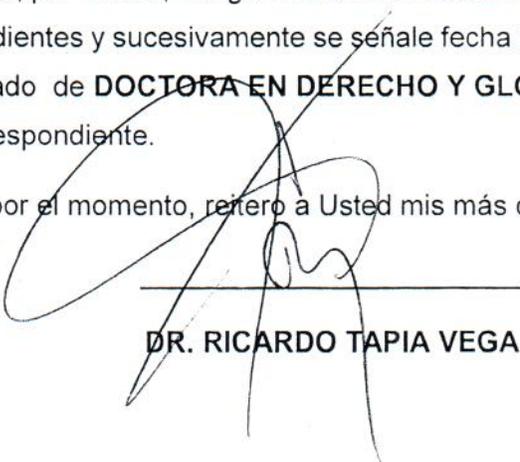
La tesis en revisión consta de cuatro capítulos, de los cuales después de haber revisado su marco teórico, metodología utilizada, y verificar las citas al pie de página en suma con la bibliografía empleada, considero reúne los requisitos que la legislación universitaria establece para este tipo de investigaciones.

Por otro lado consecuencia del apartado denominado conclusiones, de los resultados del trabajo de investigación y de plasmar las ideas esenciales, se realiza una serie de propuestas de gran importancia y aportación a la ciencia jurídica.

Por lo que como corolario se puede afirmar que las conclusiones, bibliografía y razonamientos son consecuentes con el desarrollo del trabajo de investigación y las propuestas resultan innovadoras.

En tal sentido considero, que dicho trabajo es satisfactorio y se encuentra totalmente concluido, por lo cual, otorgo mi **VOTO APROBATORIO**, para que se inicien los trámites correspondientes y sucesivamente se señale fecha para la realización de titulación y obtención del grado de **DOCTORA EN DERECHO Y GLOBALIZACIÓN** y se nombre al comité revisor correspondiente.

Sin otro particular por el momento, reitero a Usted mis más cordiales saludos.



DR. RICARDO TAPIA VEGA

Cuernavaca, Morelos a 12 de noviembre de 2018

DR. JULIO CABRERA DIRCIO
COORDINADOR DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS
DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO
P R E S E N T E

Por medio del presente, en mi carácter de Directora de tesis de la **M. en D. Cesia Trinidad Rames** me permito informar que ha concluido la revisión del trabajo intitulado **“Creación de un protocolo facultativo de la Convención de la Haya de 1980, para la restitución internacional de menores”** para obtener el grado de Doctor en Derecho y Globalización, acreditado ante PNPC (CONACyT).

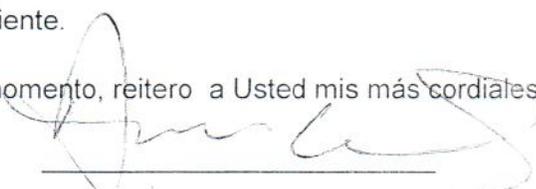
La tesis en revisión consta de cuatro capítulos, de los cuales después de haber revisado su marco teórico, metodología utilizada, y verificar las citas al pie de página en suma con la bibliografía empleada, considero reúne los requisitos que la legislación universitaria establece para este tipo de investigaciones.

Por otro lado consecuencia del apartado denominado conclusiones, de los resultados del trabajo de investigación y de plasmar las ideas esenciales, se realiza una serie de propuestas de gran importancia y aportación a la ciencia jurídica.

Por lo que como corolario se puede afirmar que las conclusiones, bibliografía y razonamientos son consecuentes con el desarrollo del trabajo de investigación y las propuestas resultan innovadoras.

En tal sentido considero, que dicho trabajo es satisfactorio y se encuentra totalmente concluido, por lo cual, otorgo mi **VOTO APROBATORIO**, para que se inicien los trámites correspondientes y sucesivamente se señale fecha para la realización de titulación y obtención del grado de **DOCTORA EN DERECHO Y GLOBALIZACIÓN** y se nombre al comité revisor correspondiente.

Sin otro particular por el momento, reitero a Usted mis más cordiales saludos.



DRA DANIELA CERVA CERNA