



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS**



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

**LA NECESIDAD DE CREAR UNA LEY GENERAL QUE REGULE EL
PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS, NIÑOS Y
ADOLESCENTES EN MÉXICO**

PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRA EN DERECHO

PRESENTA:

LIC. ROSA ISELA NABOR PINEDA

TUTOR: DIRECTOR DE TESIS

DR. FRANCISCO XAVIER GARCÍA JIMÉNEZ

PROFESOR INVESTIGADOR DE TIEMPO COMPLETO DE LA UAEM

Cuernavaca, Morelos. Enero de 2021

AGRADECIMIENTOS

A DIOS, MI PADRE TODO PODEROSO

A JÉSUS, MI SALVADOR

A MIS HIJAS MELISA GISELE Y ALICE CAMILA, BETANZOS NABOR

A MI MADRE, MARTHA PINEDA BELTRÁN

A MIS HERMANOS LUIS ÁNGEL Y ADALBERTO NABOR PINEDA

Y AL DOCTOR FRANCISCO XAVIER GARCÍA JIMÉNEZ, POR TODO EL APOYO QUE ME BRINDÓ PARA REALIZAR JUNTOS ESTE PROYECTO.

AL CUERPO ACADÉMICO DE DERECHO PRIVADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UAEM.

A LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS

ÍNDICE

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

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO-TEÓRICO DE LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

1.1	Naturaleza del derecho de familia.....	12
1.1.1	Concepto de derecho de Familia	17
1.1.2	Concepto de familia.....	19
1.1.3	Características de la familia	26
1.1.4	Clasificación de la familia.....	27
1.2	Niño o menor, denominación correcta	33
1.3	Principio del interés superior de la niña, niño y adolescente	34
1.3.1	Interés superior del niño en el ámbito nacional	36
1.3.2	Interés superior del niño en el ámbito internacional	39
1.4	Patria potestad.....	41
1.4.1	Concepto de la Patria potestad.....	42
1.4.2	Sujetos de la patria potestad	43
1.5	Guarda y Custodia	43
1.6	Derecho de visita y convivencia.....	47
1.7	Derecho a ser escuchado de la niña, niño y adolescente	51
1.8	Residencia habitual	55
1.9	Sustracción y restitución	57

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO HISTÓRICO-NORMATIVO DE LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Consideraciones previas.....	61	
2.1	Historia de los derechos humanos.....	62
2.1.1	A nivel internacional.....	62
2.1.2	A nivel nacional.....	69
2.2	Génesis y evolución de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes.....	72

2.3	Bases para que se incorporen los convenios y tratados en el sistema jurídico mexicano.....	77
2.4	México ante la Convención de los Derechos del Niño.....	81
2.5	Marco normativo internacional respecto a la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes.....	84
2.5.1	Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980.....	85
2.5.2	Convención Interamericana sobre restitución Internacional de menores de 1989.....	91
2.6	Soft law de la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes.....	95
2.6.1	Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980	96
2.6.2	Ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes.....	101
2.7	Informe explicativo del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1981	103
2.8	Red de cooperación internacional para la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes	106
2.8.1	La red internacional de jueces de La Haya en el procedimiento de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes	111
2.8.2	Base de datos sobre la sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes (INCADAT)	114
2.9	Legislación nacional de protección a niñas, niños y adolescentes y sobre restitución internacional.....	114

CAPÍTULO TERCERO

EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES INTERNACIONAL, EN ALGUNOS PAISES.

3.1	Generalidades del Procedimiento de Restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes en México, como país de destino.....	120
3.1.1	Causas por las que se da inicio al procedimiento de restitución.....	123
3.1.2	Solicitud del procedimiento de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes.....	124
3.1.3	Partes en el procedimiento de restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes.....	125
3.1.4	Autoridad Central de la restitución de niñas, niños y adolescentes	126
3.1.5	Procedimiento Administrativo de la Restitución Internacional.....	129
3.1.6	Procedimiento judicial de la Restitución Internacional.....	133
3.2	Excepciones a la Restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes en México.....	139

3.2.1	Excepción de la solicitud de restitución pasado un año.....	140
3.2.2	Excepción por consentimiento de los padres.....	145
3.2.3	Ejercicio efectivo de la guarda y custodia.....	145
3.2.4	Excepción cuando existe un grave riesgo de que la restitución de la niña, niño o adolescente lo exponga a un peligro grave físico o psíquico.....	147
3.2.5	Excepción por grado de madurez.....	149
3.2.6	Excepción por violación a los principios fundamentales del Estado requerido.....	151
3.3	Generalidades del procedimiento de restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes en México, como país de origen.....	153
3.4	Generalidades del procedimiento de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes en México cuando los Estados intervinientes no son contratantes de Convenio alguno.....	155
3.5	Procedimiento de Restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes en Argentina y sus semejanzas con México.....	158
3.5.1	Procedimiento administrativo.....	159
3.5.2	Procedimiento judicial.....	164
3.6	Procedimiento de Restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes en España y sus semejanzas con México.....	171
3.6.1	Procedimiento administrativo.....	171
3.6.2	Procedimiento judicial.....	173
3.7	Estados contratantes de las Convenciones en la materia, que tienen una regulación interna respecto al procedimiento de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes.....	180

CAPÍTULO CUARTO
ESTUDIO DE CASOS DE LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS,
NIÑOS Y ADOLESCENTES EN MÉXICO

4.1	Estudio de casos.....	184
4.2	Estudio de caso I. Amparo directo en revisión 903/2014 de la Primera Sala de la SCJN	185
4.2.1	Problemas identificados en el caso I.....	187
4.3	Estudio de caso II. Amparo directo en revisión 1576/2006 de la Primera Sala de la SCJN.....	189
4.3.1	Problemas identificados en el caso II... ..	190
4.4	Estudio de caso III. Amparo directo en revisión 1318/2014 de la Primera Sala de la SCJN	191
4.4.1	Problemas identificados en el caso III.....	195
4.5	Estudio de caso IV. Caso de restitución Italia- Sonora, México.....	198
4.5.1	Problemas identificados en el caso IV	205
4.6	Observaciones generales de los estudios de casos.....	207
4.7	El papel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, frente a la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes.....	208

CONCLUSIONES.....	214
PROPUESTA.....	220
FUENTES CONSULTADAS.....	232

INTRODUCCIÓN

El abuso a las niñas, niños y adolescentes ha existido desde siempre. En el presente trabajo se presentará el tema de la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, originándose esta cuando los padres u otras personas violentan el interés superior de los niños, que es cuando a pesar de no ejercer la guarda y custodia efectiva, en uso de una convivencia o visita deciden trasladar o retener ilícitamente a la niña, niño o adolescente, a un lugar distinto al de su residencia habitual, evitando el retorno con el padre, la madre, la persona o la institución quien tenía la custodia y la ejercía de modo efectivo.

Al mencionar que se ejerce la guarda y custodia efectiva nos referimos, a que realmente una persona o incluso una institución se hacía cargo de la niña, niño o adolescente en todos los aspectos, independientemente de que la custodia la ejerciera de hecho o haya sido otorgada judicialmente, (por ejemplo derivada de un juicio de guarda o custodia o de divorcio), pudiendo darse incluso el traslado o retención ilícita entre parejas que siguen casadas, viven en concubinato o entre personas que simplemente solo tienen hijos en común.

Si bien el traslado o retención de las niñas, niños o adolescentes se puede dar también en el interior de nuestro país; el presente trabajo tratará únicamente de los traslados o retenciones ilícitas que se hagan de manera internacional, es decir de país a país.

Los Convenios que contemplan y regulan los casos de restitución internacional de la niñez y de los cuales nuestro país es parte son el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de 1989. En México el que más se aplica es el de la Haya.

En nuestro país se tramita la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, a través de lo contemplado en las convenciones mencionadas en el párrafo precedente, y en algunos Estados de la república también con lo que establecen sus legislaciones locales, podríamos entonces hacernos la siguiente pregunta: ¿Será suficiente para darle solución eficaz a los procedimientos de restitución internacional de infantes o adolescentes en nuestro país con lo que establecen respecto al tema las convenciones de la materia y las normas vigentes contempladas en la legislación interna del país?

Para contestar dicha interrogante, en el presente trabajo de investigación, se van a ir desarrollando diversos temas que nos lleven a obtener la respuesta, por lo que se analizará desde cómo se inician los procedimientos de restitución internacional hasta cuando se niega o concede el retorno inmediato a la residencia habitual de la niña, niño o adolescente e inclusive cuando llegan hasta la última instancia.

En la actualidad las Convenciones de la materia han dado la pauta para llevar a cabo dicho procedimiento, así como también las interpretaciones que ha dado el Poder Judicial de la Federación respecto al tema, las cuales han sido cruciales y de gran ayuda a sobrellevar el trámite para resolver los procedimientos de restitución que se han presentado hasta la fecha; sin embargo, de las problemáticas observadas de los estudios de casos que se analizarán en el último capítulo de este trabajo, nos vamos a dar cuenta que, aun existe la necesidad de establecer los parámetros exactos y detallados para resolver sobre la restitución internacional y con ello evitar vulnerar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes.

Luego entonces, esta investigación propone una vez analizados los estudios de caso, advertir la necesidad de crear una ley general que regule el procedimiento de restitución internacional del infante y adolescente en la que se contemplen todos y cada uno de los elementos específicos necesarios, para el buen funcionamiento práctico del procedimiento de restitución internacional y con ello se cumpla con la celeridad de mismo, lo cual es su principal característica.

Lo anterior, de ninguna manera significa que se va a dejar de atender lo establecido en las convenciones de la materia sino todo lo contrario, lo que se busca es robustecerlas, esto con el objetivo se insiste de atender de una forma más específica, los casos de solicitud de restitución internacional de la niñez.

El presente trabajo tiene como objetivo general proponer se cree una ley general que regule paso a paso el procedimiento a seguir de la restitución internacional de niñas, niños o adolescentes, lo que se reforzará con los objetivos específicos que se irán desarrollando en 4 capítulos; los cuales estarán clasificados de la siguiente manera:

En el capítulo I se presenta un marco teórico, en el cual se desarrollan los conceptos que forman parte y están inmersos en el tema de la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, los cuales son: la familia, la guarda y custodia, la visita y convivencia, derecho a la escucha, sustracción, restitución, traslado ilícito, retención, residencia habitual y no podría faltar el interés superior de la niña, niño y adolescente, entre otros.

En el capítulo II se presenta un marco histórico-normativo, aquí se desarrollará la historia de los derechos humanos, de manera general hasta llegar al momento en que surgieron los derechos de la niñez y específicamente hasta llegar al momento en que se crearon los dos Instrumentos Internacionales que abordan el tema de restitución internacional, los cuales se constriñen en señalar la protección de la niñez tomando en consideración su vulnerabilidad y probables abusos de los cuales pueden ser objeto; asimismo, se detallan otros de los instrumentos internacionales que existen en protección al infante y adolescente y que sirven para resolver los procedimientos de restitución internacional, como son la Convención sobre los derechos del niño de 1989, el informe explicativo de Elisa Pérez Vera, Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 y la Ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños.

De igual manera, en el capítulo II se estudiará respecto a la Red de cooperación internacional, la Red internacional de jueces de La Haya en el procedimiento de restitución internacional, la Base de datos sobre la sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes y finalmente se dará un repaso a la legislación nacional que existe respecto a la restitución internacional entre las que se destacan la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes, emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En el capítulo III, se establecen las generalidades del procedimiento que hay que seguir para llevar a cabo la restitución en su fase administrativa y judicial, así como en los casos en que se actúa tanto como país de origen como país requerido, se abordarán temas como el estudio de cada una de las excepciones contempladas en las convenciones de la materia y veremos también como se lleva a cabo el procedimiento de Restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes en Argentina y España y sus semejanzas con México e incluso se analizará como se lleva a cabo el procedimiento de restitución en los casos en que ninguno de los países que se encuentren involucrados son signatarios del Convenio de la Haya del 25 de octubre de 1980, o de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de 1989.

Finalmente, en el capítulo IV, como último tema, se presentan estudio de casos de cómo se han llevado a cabo diversos asuntos reales de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, en los que se detallan cada una de las problemáticas que se presentaron por no tener un procedimiento de restitución de forma específica en el país, lo cual impidió que se cumpliera con los objetivos plasmados en la Convención de la Haya de 1980, asimismo, se señalan los motivos que justifican la necesidad de proponer la creación de una ley general que regule el procedimiento de restitución Internacional de infantes o adolescentes, entre los cuales se destaca

el que se cumpla con la celeridad del procedimiento, para ello garantizar que se salvaguarden a cabalidad los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO-TEÓRICO DE LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Sumario

1.1 Naturaleza del derecho de familia, 1.1.1 Concepto de derecho de familia 1.1.2 Concepto de familia, 1.1.3 Características de la Familia, 1.1.4 Clasificación de la Familia; 1.2 Niño o menor, denominación correcta; 1.3 Principio del interés superior de la niña, niño y adolescente, 1.3.1 Interés superior del niño en el ámbito nacional, 1.3.2 Interés superior del niño en el ámbito internacional; 1.4 Patria potestad, 1.4.1 Concepto de la Patria potestad, 1.4.2 Sujetos de la patria potestad; 1.5. Guarda y Custodia; 1.6 Derecho de visita y convivencia; 1.7 Derecho a ser escuchado de la niña, niño y adolescente; 1.8 Residencia habitual; 1.9 Sustracción y restitución.

1.1 Naturaleza del derecho de familia

Anteriormente se consideraba que el derecho de familia únicamente formaba parte del derecho civil y que por su naturaleza pertenecía a la rama del derecho privado, en los códigos civiles tanto adjetivos como sustantivos de cada entidad federativa de nuestro país, se encontraba un capítulo relativo a la familia; sin embargo, en la actualidad en algunos Estados ya existe un código exclusivo para el derecho de familia.

Existen grandes juristas que abordan el tema de la naturaleza y ubicación del derecho de familia por lo que, al derecho de familia lo separan respecto de su contenido temático no solamente del derecho civil sino también del derecho privado que por tradición jurídica es la rama del derecho en el que anteriormente se le ubicaba.

Antonio Cicú sustenta que el derecho familiar, es un tercer derecho que no forma parte ni del derecho público ni tampoco del derecho privado, sino señala que se trata de un nuevo género que es autónomo e independiente, sostiene que la familia

tiene más importancia que el propio Estado.”¹

Roberto Ruggiero considera que el derecho de familia no pertenece al derecho privado, esto debido a cuatro principios que, si bien encuadran perfectamente en el derecho privado, no así en el derecho de familia, dichos principios son:²

1.- El primer principio es el de la representación, que consiste básicamente que en el derecho privado las partes pueden pedirle a otra que los represente, siendo que en materia familiar hay actos personalísimos; por ejemplo, un divorcio, en el que tiene la parte interesada que presentarse personalmente.

2.- El segundo de los principios es el relativo a las modalidades del derecho privado, el cual no es aplicable al derecho familiar, ya que pueden imponerse en los actos jurídicos, como son el término y la condición, las cuales no aplican en el derecho familiar, ya que no se le puede poner un término a la paternidad.

3.- Otro principio, es el de la irrenunciabilidad y de la no enajenación de derechos; en los derechos subjetivos familiares no es posible su renuncia y enajenación, no se puede renunciar a los alimentos independientemente a la voluntad de quien se encuentra sujeto o relacionado a ellos y encuentran su fuente de creación en la misma ley y no en la voluntad individual.

4.- El último principio que precisa Ruggiero es la intervención en forma determinante del estado en el derecho familiar, mientras que en el derecho privado la máxima constante es la plena autonomía de la voluntad regida y condicionada al libre albedrío de la persona.

Por otra parte, Julián Guitrón Fuentevilla³ siguiendo a Roberto de Ruggiero, asevera

¹ Oliva Gómez, Eduardo, *et al* (coords), 2015, “La naturaleza jurídica del Derecho de Familia; Reflexiones en el contexto jurídico mexicano”, en *Temas Selectos 2, hacia el ámbito del derecho privado*, Eternos Malabares, Cuernavaca, Morelos, 2015, p. 16.

² Guitrón Fuentevilla, Julián, “Derecho familiar,” *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, número 109, 1978, p 87-89. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/27144/24491>, visto el 25 de agosto de 2019.

³ Muñoz Rocha, Carlos I. *Derecho familiar*, Mexico, Oxford 2013, p 55.

que el derecho de familia tiene una naturaleza jurídica distinta al derecho civil, fundamentalmente porque no se le aplican las mismas teorías, ni los mismos principios en que se apoya el derecho civil.

El citado jurista se adhiere al pensamiento de Cicú:

“Estamos plenamente de acuerdo con Cicú para separar el derecho de familia del privado y formar con él un tercer género autónomo, en el más amplio sentido de la palabra, atendiendo además del interés de la agrupación familiar, a las consecuencias inherentes a una mala reglamentación familiar, que desgraciadamente nos pueden llevar a un estancamiento en el progreso del país, pues no debemos olvidar que la familia ha sido la semilla originadora de todas las formas de gobierno pasadas y presentes; además, tenemos como ejemplo países como Suecia, totalmente socializados y con una organización familiar ejemplar, siendo esto lo que les ha permitido alcanzar su desarrollo actual. En fin, una legislación autónoma para la familia, a nadie perjudica, y sí beneficiará a todo el país, claro, es una tarea dura; sin embargo, el bienestar redituado permitirá el mejor desarrollo de la institución familiar.”⁴

De igual manera, ya de tiempo atrás, Roco nos explica cómo se justifica que al derecho familiar se le pretenda dar autonomía, ya que 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 del objeto de la indagación.”⁵

⁴ Güitrón Fuentevilla, Julián, “Derecho familiar” en Treviño Pizarro, María Claudina, *Derecho familiar*, México, IURE Editores, 2017, p. 26.

⁵ Barroso Figueroa, José. “La autonomía del derecho de familia”. *Revista de la Facultad de Derecho México*, México, número 68, octubre-diciembre 1967, p 831. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/26429/23803>. vista el 28 de agosto de 2019.

Asimismo, Guillermo Cabanellas, desarrolla su pensamiento dentro del contexto del derecho social sin pronunciarse con relación a la autonomía del derecho de familia, sin embargo, su planteamiento resulta aplicable por las grandes similitudes que se originan en dicha postura. Establece que para considerar a una disciplina jurídica autónoma es necesario satisfacer cuatro criterios: el legislativo, el científico, el didáctico y el jurisdiccional.⁶

El criterio legislativo: el cual se presenta cuando la rama del derecho que se pretende autónoma de su matriz, es decir, de la gran rama del derecho en que se ubica su origen, tiene sus propias leyes, códigos y ordenamientos legales, esto es, cuando este derecho cuenta con leyes propias de la materia independientes a la rama de la que ha surgido.

El segundo criterio es el científico, la autonomía científica de una disciplina jurídica consiste en la producción literaria y bibliográfica especializada y dada con independencia de cualquier otro género del derecho, la elaboración de libros, ensayos, artículos originados independientemente de la rama del derecho que los haya creado, nos permite ver el criterio científico de una ciencia.

El criterio científico al que también podría identificársele como bibliográfico o doctrinal en el derecho de las familias, se ha logrado cumplir satisfactoriamente dado que en la actualidad son innumerables las obras, estudios y trabajos especializados en la materia que se han desarrollado de manera aislada e independiente al derecho civil, asimismo, se han realizado diversos congresos tanto nacionales como internacionales organizados exclusivamente para el análisis de las instituciones jurídicas del derecho de familia.

El tercer criterio es el didáctico, al que también puede llamársele pedagógico, criterio que logra satisfacerse cuando la rama o disciplina jurídica en el proceso de la enseñanza–aprendizaje se estudia separadamente de aquél, es decir, del que pretende apartarse. Por lo comentado debe precisarse que el ámbito en donde se

⁶Oliva Gómez, Eduardo, *op cit*, p. 20.

presenta el desarrollo del criterio didáctico o pedagógico es el escolar, en las universidades; por lo tanto, en el caso del derecho de familia, en las escuelas o facultades de derecho tanto de las universidades públicas como privadas.

El último de los criterios es el jurisdiccional, el cual se satisface con la existencia de juzgados o tribunales especializados en la materia, es decir, juzgados familiares, los cuales deberán ser autónomos, independientes y especializados en conocer y substanciar exclusivamente cualquier controversia en la materia familiar. En tales circunstancias debe concluirse que en México la autonomía jurisdiccional familiar se cumple satisfactoriamente, pues la existencia de tribunales y juzgados familiares son una realidad tanto en la Ciudad de México, como en diversas entidades federativas de la República Mexicana.

Finalmente, tenemos a José Barroso Figueroa, quien también aborda el tema del problema de la autonomía del derecho familiar; sin embargo, más abiertamente se pronuncia a favor de la autonomía, con su obra titulada “La autonomía del derecho de familia”, dicho autor establece que para que una disciplina se considere autónoma es necesario que se cumplan dos criterios:⁷

Criterio institucional: el derecho familiar constituye una institución con perfiles propios, que se aparta sensiblemente, en su regulación, de cualquier otra área del derecho. Las instituciones que integran el derecho de familia han cobrado características propias, que se rigen por principios generales, pero exclusivos de la familia, que están animadas por un idéntico e inconfundible espíritu y que giran en torno a un objeto (el grupo familiar), que no es materia de otra disciplina.

Criterio procesal: este criterio se cumple cuando existe una reglamentación jurídica procesal familiar que permite dar un tratamiento al grupo familiar que se adapte a su naturaleza y que no lo coloque en la misma situación que la correspondiente a las relaciones de orden patrimonial, esto se justifica ya que las relaciones resultantes de la familia tienen un contenido esencialmente ético y natural que el

⁷ Treviño Pizarro, María Claudina, *Derecho familiar, México*, IURE Editores, 2017, p. 36.

derecho no puede ignorar.

Como vemos, algunos autores hacen hincapié que se trata de una rama autónoma e independiente del derecho civil, que naturalmente nace del mismo; y que tiene influencias de derecho público y social, aun y cuando por tradición se le había delimitado dentro del derecho privado y en consecuencia del derecho civil. De ahí la importancia de mencionar este aspecto, puesto que como se advierte se ha ido modificando.

1.1.1 Concepto de derecho de familia

En la actualidad, hay muchas definiciones de derecho de familia, lo anterior se debe a que a medida que transcurre el tiempo, las leyes se modifican y se ajustan a las necesidades de la sociedad, simple y llanamente porque el Derecho, que se expresa a través de un conjunto de normas, es el reflejo de la intención de un grupo humano de ordenar la vida en sociedad, un intento por regular sus actuaciones y las de la administración y una lucha constante porque éstas a su vez, se encuentren codificadas en el texto legal, garantizando con ello el control necesario para proteger el bien común y el respeto de los derechos de las personas.

La sociedad, en el caso específico la familia, ha ido evolucionando puesto que ha habido muchos factores importantes, por ejemplo, ahora el Estado no sólo reconoce a la unión de una mujer y hombre, sino también a la unión de dos hombres o en su caso dos mujeres, es por ello que conforme se va transformando la familia se va transformando el derecho.

Diego Zavala Pérez, menciona 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 matrimonial, las relaciones derivadas de la filiación y el parentesco y establece las disposiciones dirigidas a la protección de los menores y su promoción

humana.”⁸

Con mayor detalle, López Herrera señala: “El derecho de familia es el conjunto de principios jurídicos y de normas legales cuyo objeto principal es presidir, dirigir y reglamentar la organización, la vida y la disolución de la familia.”⁹

En forma más simple, Belluscio define al derecho familiar como “el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares.”¹⁰ Ya que afirma que si define con mayor exactitud el concepto, no se logrará el propósito, porque en el intento de precisarlo, deben recurrir a nociones controvertidas, que van a complicarlo.

Para Carlos Lasarte, el derecho de familia “es el conjunto de reglas de intermediación y organización familiar de carácter estructural”, es decir: comprende a) la regulación del matrimonio y de sus posibles situaciones de crisis, b) la relación existente entre padres o progenitores e hijos y c) las instituciones tutelares en función sustitutiva de la patria potestad.

En otras palabras, el derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas de orden público e interés social que regulan la constitución, organización y disolución de las relaciones entre los miembros de la familia con el objeto de proteger el desarrollo integral de ellos.¹¹

Para Elvira Villalobos de González, los derechos de familia 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.

Podríamos seguir aludiendo a distintos conceptos del derecho familiar, todos ellos

⁸ Zavala Pérez, Diego, *Derecho familiar*, Porrúa, Mexico, 2006, pp. 11 y 12.

⁹ Francisco López Herrera, *Derecho de familia*, 2a ed, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, pp 25-26.

¹⁰ Belluscio Augusto, César, *Manual de derecho de familia*, 7 edición, 1 reimpresión Argentina 2004, Astrea, t. I, p. 23.

¹¹ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *Derecho Familiar*, México, Oxford University, Press, 2004, p. 8.

interesantes, y muy acertados; sin embargo, quisiera terminar esta lista de definiciones con la que da Eduardo Oliva Gómez, la cual es muy completa, e incluye a los miembros de una familia actual, siendo la siguiente: “El conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los miembros integrantes de una misma familia, las relaciones de esa familia con otras familias, las relaciones entre los miembros de una familia con la Sociedad y por último las relaciones de los miembros de una familia con el Estado, todas ellas estructuradas con el fin de reconocer por parte de cualquier medio para su integración y, por otra parte, para reestablecer los alcances que de hecho y de derecho se generen ante su constitución.”¹²

1.1.2 Concepto de familia

Aduce Eduardo Oliva Gómez, que es de gran complejidad intentar proporcionar un concepto unívoco de la familia, ya que es una labor compleja e inclusive de imposible realización puesto que, siendo la familia un concepto polisémico, multidisciplinario y funcional, la definición es cambiante en atención a la disciplina que lo pretenda conceptualizar, a la época y lugar en que se defina, así como a las condiciones culturales y sociales en que se pronuncie el concepto.¹³

Siguiendo con el mismo autor, antes aludido, tenemos que respecto al concepto de familia ha aseverado lo siguiente:

“es una tarea difícil y compleja el pretender establecer un concepto único de la familia, en primera instancia porque la familia vive en un continuo proceso de transformación, modificación y adaptación a las nuevas realidades personales y sociales que se presentan en esta institución: en segundo término al pretender pronunciar un concepto único y universal de familia sería un error, porque tratándose la familia de una noción amplia, al pretender hacerlo se corre el riesgo de emitir un concepto en el que no contemplen ni

¹² Oliva Gómez, Eduardo, *El divorcio incausado en México*, Moreno Editores, México, 2013, p. 56.

¹³ Oliva Gómez, Eduardo, et al (coords), “La implementación de la familia de acogida en el sistema jurídico mexicano: Retos y compromisos a cumplir”, en *Temas selectos 4*, hacia el ámbito del derecho familiar, Eternos Malabares, Cuernavaca, Morelos, 2017, p. 40.

siquiera en el momento mismo de su pronunciación de todas las formas de organización colectiva que hoy pueden ser consideradas como familia.”¹⁴

Asimismo, Eduardo Oliva Gómez, al hablar de la familia no nos brinda una definición en específico; sin embargo, si se refiere a ella como “célula fundamental de la sociedad, principio y fin de la especie humana, grupo por excelencia natural y más antiguo de los núcleos sociales, institución social...”¹⁵

En otro aspecto, Carlos Lasarte menciona que “durante siglos, la familia como institución jurídica social ha sido una agrupación de personas conectadas por vínculos conyugales de parentesco u otras circunstancias (adopción, prohijamiento, relación de servidumbre o vasallaje, etcétera), que son desde cualquier 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”.¹⁶

La evolución histórica de la familia está ligada con la propia historia del desarrollo humano, por lo que es inevitable que con el paso del tiempo el concepto de familia cambiara algunos aspectos que siempre van a ir variando y ampliándose, por lo que como afirma Carlos I. Muñoz Rocha en vez de preguntarnos ¿qué es familia? Debemos cuestionarnos ¿qué hemos hecho de familia?

Para entender ampliamente el concepto de familia lo desarrollaremos en sus diversas acepciones:

a). concepto etimológico

¹⁴ Oliva Gómez, Eduardo, *El divorcio incausado...cit*, p. 57.

¹⁵ *Ibidem*, p. 41.

¹⁶ Carlos, Lasarte, *derecho de familia, principios de derecho civil VI*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p.4.

El vocablo familia procede del *osco famel*, cuyo significado es siervo, y del latín *famulus*, sirviente, luego familia se entiende como el conjunto de los esclavos y criados de una persona.¹⁷

Asimismo, aludiendo al origen, el término familia que a su vez deriva como ya vimos de *famulus*; y más remotamente, deviene del sancrito *vama*, que significa casa o habitación.¹⁸

b). concepto sociológico

La familia es un concepto que, antes de ser jurídico, es sobre todo sociológico.¹⁹

Ingrid Brena Sesma, distingue cuatro distintos ámbitos a través de los que las nuevas pautas de organización de la familia han impactado en la sociedad y por tanto, en el derecho, mismos que son: 1) la reducción de la familia a la llamada familia nuclear, formada por la pareja y los hijos que conviven con ella, o ahora la del cónyuge divorciado o madre soltera con hijos; 2) los poderes familiares están sometidos cada vez más a controles legales, avanzando hacia la desaparición de los vínculos autoritarios, construyendo con ello grupos familiares con base en el reconocimiento de la igualdad entre sus miembros; 3) el pluralismo jurídico, pues el legislador no debe implantar un modelo o sistema único de familia, sino que debe admitir la coexistencia de múltiples posibilidades, y 4) la participación del Estado en asuntos familiares es subsidiaria cuando los integrantes de la familia no cumplen con sus deberes de protección y respeto que se deben entre ellos.²⁰

Sobre este enfoque, considera Recansens Siches que la familia constituye una institución creada y configurada por la cultura, en la que se conjugan los elementos que emanan de la religión, de la moral, de la costumbre y del derecho, en la que

¹⁷ Muñoz Rocha, Carlos I, *op cit.* p.13.

¹⁸ González Martín, Nuria, *familia Internacional en México, Adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata*, México, Porrúa, 2009. p. 11.

¹⁹ Carbonell, Miguel, "Familia, Constitución y Derechos Fundamentales" en Álvarez de Lara, Rosa María (coord.) "Panorama internacional de derecho de familia. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados", t. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 82.

²⁰ *Ibidem*, p. 84.

intervienen consideraciones sobre la moralidad de los individuos, sobre los intereses materiales y espirituales sobre todo de los niños y sobre la buena constitución y funcionamiento de la sociedad, por ello se asevera y reconoce en la mayoría de las culturas que la sociedad será como sean sus familias.²¹

La familia es la más longeva de las instituciones sociales humanas; para Edgar Baqueiro,²² “es la institución social formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y los individuos unidos, a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda”.

Partiendo de un enfoque sociológico, la pertenencia a una familia la determina la convivencia; para el derecho, sólo habrá familia si existe un vínculo jurídico por encima de esa convivencia.

Desde el punto de vista social, “la familia suele definirse como la institución formada por personas unidas por vínculos de sangre y los relacionados con ellos en virtud de intereses económicos, religiosos o de ayuda”.²³

En ese sentido, podemos llegar a la conclusión de que el ser humano a través del tiempo se ha organizado de distintas maneras para vivir en grupo, dentro de esta forma de agrupación, sin duda la más importante ha sido la familia considerando en su estructura la presencia de progenitores, hijos, dependencias y satisfactores vitales de tipo económicos, educativos y emocionales; este grupo o forma de organización denominada familia se ha ido transformando a lo largo de los siglos y lo seguirá haciendo.

c). Concepto jurídico

²¹ Oliva Gómez, Eduardo, “La implementación de la familia de acogida ...” *cit.*, p. 42.

²² Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *Derecho de familia y sucesiones*, México, Oxford University, Press, 2004, p. 8.

²³ Pérez Contreras, María de Monserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, México, Nostra Ediciones-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 22.

Según Josserand “la familia en sentido jurídico engloba a todas las personas unidas por un lazo de parentesco o de afinidad. Se extiende hasta límites lejanos -en los parámetros establecidos por el derecho- y descansaría, a la vez en la comunidad de sangre, en la comunidad y en la adopción.”²⁴

Asimismo, Carlos I. Muñoz Rocha²⁵ menciona que “la familia es el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos recíprocos, por la interdependencia de sus miembros, emergentes de la unión intersexual, la procreación, el parentesco que son reconocidos por la ley.”

Según la definición anterior dice Carlos I. Muñoz Rocha, se puede hablar de familia en sentido amplio y sentido restringido, cuando se habla en sentido amplio, comprende a todas las personas entre las cuales existe un vínculo de parentesco o matrimonial; en este sentido, abarca las relaciones conyugales, las paternofiliales y las parentales, en los grados y líneas establecidas en la ley e incluso otras relaciones diferentes, también reconocidas por ella.

Y en sentido restringido, la familia comprende a los cónyuges y sus hijos que se encuentren sujetos a su patria potestad; puede incluir a hijos ya casados o mayores de edad, aunque no vivan bajo el mismo techo.

Apunta dicho autor que no cabe duda de que los lazos de familia son intensos, por eso los conceptos jurídicos de familia se quedan cortos, desgraciadamente ni en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, encontramos una definición de familia, aunque si muchas alusiones a la misma. Por lo que se refiere al tratamiento que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, resulta necesario señalar que en el primer párrafo del artículo 4o. se dice que el

²⁴ Mizrahi, Mauricio Luis, *Familia, matrimonio y divorcio*, 1ª reimpresión, Editorial Astrea, Argentina, 2001, p. 43.

²⁵ Muñoz Rocha, Carlos I. *op cit*, p. 19.

varón y la mujer son iguales ante la ley, y que ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Para Nuria González Martín²⁶, la familia puede ser aquel conjunto de personas, unidas por un lazo de filiación, adopción, matrimonio, concubinato u otra que tenga por objeto la realización de una comunidad de vida, o bien actos de solidaridad y que pueden o no habitar en el mismo lugar, continúa diciendo la autora, este concepto se adapta a la realidad mexicana o a cualquier otra realidad que va en sintonía con las reformas legislativas en la materia, y abarca una variedad de supuestos realmente amplios.

La familia, según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. En muchos países occidentales, el concepto de la familia y su composición ha cambiado considerablemente en los últimos años, sobre todo, por los avances de los derechos humanos y de los homosexuales. Los lazos principales que definen una familia son de dos tipos: vínculos de afinidad derivados del establecimiento de un vínculo reconocido socialmente, como el matrimonio -que, en algunas sociedades, sólo permite la unión entre dos personas mientras que en otras es posible la poligamia-, y vínculos de consanguinidad, como la filiación entre padres e hijos o los lazos que se establecen entre los hermanos que descienden de un mismo padre. También puede diferenciarse la familia según el grado de parentesco entre sus miembros.

Al hablar de familia, indiscutiblemente se piensa en los elementos que permiten formarla, en cómo se integra, en qué consiste, como funciona, esto atendiendo obviamente al tipo de contexto en que se desenvuelva, lo cierto 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

²⁶ González Martín Nuria, “Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística”, en Carbonell, José y González Martín Nuria, *Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 64, disponible en: <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3174/4.pdf>, visto el 2 de agosto 2019.

punto de vista obvio, pero que a su vez depende de consideraciones sociológicas, éticas, morales, históricas, etcétera, que determinan la aceptación social de esquemas familiares muy variados.”²⁷

En otro aspecto, cabe destacar que la Convención Americana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969, en su artículo 17, sobre protección de la familia, dispone que: “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

En el Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, en su artículo 22 se establece que “La familia Morelense es una agrupación natural que tiene su fundamento en una relación, estable entre dos personas y su plena realización en la filiación libre, consciente, responsable e informada, aceptada y dirigida por la pareja, unidas por el vínculo del parentesco, del matrimonio o del concubinato, a la que se le reconoce personalidad jurídica”, cabe resaltar que fue reformado en el artículo primero del Decreto No. 757 publicado en el Periódico Oficial “Tierra y Libertad” número 5408 de fecha 4 de julio de 2017, el cual entró en vigencia al día siguiente, ya que anteriormente en lugar de decir entre dos personas, decía “entre hombre y mujer.”

Como notamos los diversos instrumentos de protección, tanto regionales como internacionales, coinciden en que la familia debe ser considerada un “elemento natural y fundamental” de la Sociedad.

De igual forma, en el Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, en su artículo 20 se establece que “Las normas del derecho familiar son de orden público e interés social.”

Como nos damos cuenta, existen infinidad de definiciones de familia en todos los aspectos, que, si bien varias acepciones llevan los mismos elementos, ninguna es igual a la otra, puesto que como bien lo dice el Doctor Eduardo Oliva Gómez “es

²⁷ Muñoz Rocha, Carlos I. *op cit.* p. 14.

una tarea difícil y compleja el pretender establecer un concepto único de familia”.

1.1.3 Características de la Familia

Con base en el Código Civil para el Distrito Federal, Muñoz Rocha puede definir a la familia como:

“Una institución jurídica de orden público e interés social integrada por las personas unidas por los lazos de parentesco, matrimonio, concubinato u otros reconocimientos por la ley, cuyo fin es la protección de su organización y el desarrollo integral de sus miembros, con base en el respeto de su dignidad”.²⁸

Del concepto anterior, se desprenden diferentes características de la familia, siendo las siguientes:

- a) Es una institución jurídica.
- b) Es una institución de orden público.
- c) Es una institución de interés social.
- d) Está integrada por personas de diferentes lazos.
- e) Tiene como fin la protección de su organización, el desarrollo integral de sus miembros con base en el respeto de su dignidad.

Vale la pena detenernos aquí un momento y veamos que es el orden público y el interés social, en el ámbito del derecho familiar.

En principio se conoce como orden público al conjunto de principios e instituciones que rigen la organización social de un determinado territorio y que inspiran su ordenamiento jurídico.²⁹

Dice el maestro Julián Guitron Fuentes: “el orden público tiene como función normativa estricta, que restringe la libertad individual, considerando la importancia y las funciones sociales de cada institución regulada. Tiene un sentido con equidad, que rebasa los intereses particulares, privados, individuales, porque en realidad, el

²⁸ Muñoz Rocha, Carlos I. *op cit.* p. 19.

²⁹ *Ibidem*, p. 21.

orden público representa el núcleo íntegro de la sociedad, vinculado al futuro para relacionar un ideal de justicia; en este sentido, el orden público en el derecho familiar mexicano está plenamente justificado, porque está protegiendo a la dirección de la familia, sus miembros y todos los vínculos y relaciones derivados del mismo”.³⁰

Para Rolando Tamayo y Salmorán,³¹ el “orden público” designa el estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad.

En términos generales, puede decirse que el orden público es todo aquello que viene impuesto por la autoridad a las personas y que actúa como límite a su libertad, y a la autonomía de la voluntad, en virtud del cual resultan nulos los actos o contratos cuyo contenido sea contrario a los intereses colectivos de una comunidad.

Por otra parte, el interés social es una de las razones fundamentales para considerar que las disposiciones sobre la familia son de orden público. En efecto, el interés social que tiene la familia, célula básica del orden social y del propio Estado, obliga a preservarla, protegerla y regularla, con el fin de asegurar la protección y el Desarrollo integral de sus miembros.³²

1.1.4 Clasificación de la Familia

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

En la actualidad existe una gran diversidad de familias monoparentales y familias reconstituidas, hogares extendidos y hogares unipersonales, parejas sin hijos y parejas no casadas, el reconocimiento de la diversidad de la familia amerita la

³⁰ Guitron Fuentevilla, Julián, *el orden público en el derecho familiar mexicano*, ponencia en el Congreso Internacional de Derecho de Familia en México, 22-24 de noviembre de 2005. 7.

³¹ Diccionario jurídico mexicano, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. VI, pp. 316 y 317, disponible en: <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1173/13.pdf>, visto el 21 de agosto de 2019.

³² Muñoz Rocha, Carlos I. *op cit.*, pp. 21 y 22.

revisión crítica del modelo familiar rígido que encontramos en nuestro derecho.

En las últimas décadas, se han registrado cambios importantes en las relaciones familiares que reflejan transformaciones sociales y jurídicas más amplias. La creciente influencia de los derechos humanos ha sido un factor clave para dejar atrás normas que protegen un único modelo de familia, que niegan autonomía a algunos de sus integrantes y distribuyen de manera desigual las cargas y los beneficios de la vida en común. A continuación, presentaremos la siguiente clasificación de familias:

a). Familia consanguínea

Nos encontramos en una primera etapa de evolución de la familia, la consanguínea, donde se presupone que el grupo de personas entre las que se deba la reproducción sexual se clasificaba por generación de parentesco en línea recta, es decir, hermanas, de este modo los hijos de estos se convertirán en la siguiente generación por reproducirse.³³

b). Familia punalúa

En esta etapa se comienza a excluir a los hermanos nacidos de la misma madre, aquí encontramos la *gens* y también el matrimonio por grupos, en donde se da una especie de matriarcado, debido a que se conocía quién era la madre, pero no quien era el padre.³⁴

c). Familia sindiásmica

Ya existía una esposa y un marido principales, se excluye a los hermanos del comercio sexual y a los demás parientes consanguíneos, se escasearon las mujeres, se dio el matrimonio por raptó y por dinero, figurando la monogamia y con esto permitiendo que pudiera ser más fácil el reconocimiento del padre a los hijos;

³³ Engels, Friedrich, *El origen de la familia, la propiedad y el Estado*, Ediciones Frente Cultural, Cuarta edición, México, 1891, p. 22.

³⁴ *Ibidem*, pp. 22-27.

sin embargo, sigue existiendo la poligamia, permitiendo al varón el poder de tener varias esposas y siendo así, surge el patriarcado.³⁵

d) Familia monogámica.

Aparece preponderante la figura del hombre y con ella formándose un matrimonio más sólido, en el cual el varón es el único capaz de repudiar a la mujer y aparte el único al que se le permite tener más de una pareja, esto en razón de que los hijos de este vendrían a ser sus futuros herederos y por lo tanto debían ser indudablemente propios.³⁶

En la actualidad se reconocen diversos tipos de familias atendiendo a su forma de integración, María de Monserrat Pérez Contreras, hace la siguiente clasificación:

- a) Nuclear: este tipo de familia hace referencia al grupo de parientes integrado por los progenitores, es decir, el padre, la madre y sus hijos.
- b) Extensa o ampliada: está conformada por los abuelos, por los padres, los hijos, los tíos, los primos. Los miembros de la familia extensa están en contacto permanente, pueden vivir varias generaciones en la misma casa o predio. Se relaciona o interactúa como red social de apoyo, sobre la ayuda mutua.
- c) Familia monoparental; es aquella que se integra por uno solo de los progenitores, la madre o el padre, y los hijos. En ésta, los hijos pierden el contacto con uno de los padres, ya sea prolongado o definitivamente.
- d) Ensamblada: aquella familia integrada por familias reconstituidas, es decir, por miembros de núcleos familiares previos que al separarse o al vivir en un núcleo monoparental se unen nuevamente, de hecho, o de derecho, como nuevas personas o grupos familiares formando una nueva estructura familiar.
- e) Sociedad de convivencia y/o familiarización de amigos: conforme a la ley , la sociedad de convivencia se define como un acto jurídico bilateral que se

³⁵ *Ibidem*, pp. 27-36

³⁶ *Ibidem*, pp. 36-38

verifica, y tiene consecuencias jurídicas cuando dos personas físicas de diferentes o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, deciden formar un hogar común estable para convivir voluntaria y públicamente sobre los principios de solidaridad y ayuda mutua, y que surte efectos frente a terceros cuando es registrada ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político-Administrativo correspondiente.”³⁷

El doctor Eduardo Oliva Gómez nos habla también de otra clasificación de familia, siendo la denominada familia sustituta o de acogida la cual -aduce- “debe ser considerada, como uno de estos nuevos modelos en los que una pareja unida en matrimonio o concubinato, o inclusive la persona en lo individual que carezca de un vínculo de este tipo, que cuenten o cuente con la voluntad, el deseo, la sensibilidad, la plena intención y las posibilidades materiales de poder proveer a niñas, niños y adolescentes que carecen temporalmente de su familia de origen, dentro de un marco normado jurídicamente, de un ambiente familiar sano, agradable y de calidad, en el que además de procurar con su integración el respeto a su derecho humano, se proporcione lo más importante, vivir en familia y, con ello, disfrutar, mientras es reincorporado a su familia de origen, las cosas bellas que sólo la familia puede dar”.³⁸

En la Ley General de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de diciembre de 2014, en su artículo 4, también encontramos la siguiente clasificación de familia:

“X. Familia de Origen: Aquélla compuesta por titulares de la patria potestad, tutela, guarda o custodia, respecto de quienes niñas, niños y adolescentes tienen parentesco ascendente hasta segundo grado;

XI. Familia Extensa o Ampliada: Aquélla compuesta por los ascendientes de niñas, niños y adolescentes en línea recta sin limitación de grado, y los colaterales hasta el cuarto grado;

³⁷ Pérez Contreras, María Monserrat, *Derechos de Familia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, 3ª ed., México, 2015, pp. 5-6.

³⁸ Oliva Gómez, Eduardo, “La implementación de la familia de acogida ...” *cit.*, p. 57.

XII. Familia de Acogida: Aquella que cuente con la certificación de la autoridad competente y que brinde cuidado, protección, crianza positiva y la promoción del bienestar social de niñas, niños y adolescentes por un tiempo limitado hasta que se pueda asegurar una opción permanente con la familia de origen, extensa o adoptiva;

XIII. Familia de Acogimiento preadoptivo: Aquella distinta de la familia de origen y de la extensa que acoge provisionalmente en su seno niñas, niños y adolescentes con fines de adopción, y que asume todas las obligaciones en cuanto a su cuidado y protección, de conformidad con el principio de interés superior de la niñez.”

Como puede observarse hay diversas clasificaciones de familia, algunas tienen un vínculo de parentesco consanguíneo, biológico y otras se fundan en una relación posterior sin vínculos de origen común, en los que no existe historia genética entre ellos; sin embargo, todos los tipos de familia anteriores generan una estructura de relaciones complejas al interior de esos núcleos familiares.

El derecho es incapaz de regular todos los aspectos que comprende la familia, ya que como vemos es muy amplia esta figura, luego al fenómeno de familia y su complejidad podemos agregarle también la problemática que se da en la actual sociedad posmoderna, en la que los divorcios han aumentado y los matrimonios disminuido, por lo que las familias se van transformando con el paso de los años.

En ese sentido tenemos que la familia es la más antigua de las organizaciones sociales, hoy en día las familias tradicionales han sufrido cambios y modificaciones producto de los procesos acelerados de transformación socioeconómicos, el nuevo orden y modelo de globalización conlleva a la pérdida de fronteras de Naciones, lo que está provocando que este grupo social cambie constantemente en su modelo tradicional, es decir, han aparecido nuevos tipos de familias y las mismas se encuentran en un proceso de cambio.

En la época del postmodernismo han surgido nuevos tipos de vínculos familiares,

producto de matrimonios³⁹ de personas del mismo sexo, autonomía de la mujer en su aspecto económico e intelectual; las relaciones de la pareja se han modificado, se ha reducido la fecundidad, han incrementado las relaciones prematrimoniales, ha aumentado el índice de divorcios⁴⁰, provocando un predominio de hogares monoparentales, todo esto trayendo como consecuencia un impacto en el grupo familiar, siendo necesario salvaguardar su integridad ya que la familia constituye un valor fundamental como célula de la sociedad y un sistema de protección para sus miembros, fundamentalmente las niñas, niños y adolescentes.

Menciona Giddens, Anthony,⁴¹ que es un error pensar que la globalización sólo concierne a los grandes sistemas, como el orden financiero mundial. La globalización no tiene que ver sólo con lo que hay ahí fuera, remoto y alejado del individuo. Es también un fenómeno de aquí dentro, que influye en los aspectos íntimos y personales de nuestras vidas.

Los sistemas familiares tradicionales están transformándose, en muchas zonas del mundo, por ejemplo, respecto al tema de que las mujeres están solicitando una mayor igualdad dentro de la sociedad, en la historia de la humanidad nunca se había registrado que las mujeres hubieran sido siquiera aproximadamente iguales a los hombres. Ésta es una revolución verdaderamente global en la vida diaria, cuyas consecuencias se están sintiendo en todo el mundo, en ámbitos que van desde el

³⁹ 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. Incluye matrimonios entre personas del mismo sexo: un matrimonio en Campeche, Chihuahua, Guanajuato, Querétaro y Veracruz de Ignacio de la Llave; dos en Nayarit; 68 en Coahuila de Zaragoza; 1 612 en la Ciudad de México, Al 2014, se registraron 1, 687 matrimonios entre personas del mismo sexo. <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/myd.aspx?tema=P>, consulta realizada el 5 de agosto de 2019.

⁴⁰ 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. En México ha ido en aumento el número de divorcios por cada 100 matrimonios. En 1980 por cada 100 matrimonios había 4 divorcios; en 1990 y 2000 esta cifra se elevó a poco más de 7 divorcios, para 2010 el número de divorcios por cada 100 matrimonios fue de 15 y al 2013 se registraron casi 19 divorcios por cada 100 matrimonios. <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/myd.aspx?tema=P>, consulta realizada el 5 de agosto de 2019.

⁴¹ Giddens, Anthony, *Un mundo desbocado. Lo efectos de la globalización en nuestras vidas*, México, Taurus, 2000, p.7.

trabajo a la política incluso en la familia.

1.2 Niño o menor, denominación correcta

Para nuestra investigación es primordial abordar el término menor, ya que este es utilizado en las Convenciones relativas al tema de restitución para referirse a las niñas, niños y adolescentes, los cuales en antaño eran vistos únicamente como propiedad de los padres, posteriormente se consideraron personas sujetas de protección, y actualmente ya se les reconoce como sujetos de pleno derecho, ya que tienen personalidad propia lo cual implica que son titulares de derechos.⁴²

Ahora bien, hoy en día hay posturas doctrinarias, que argumentan que la utilización del término “menor” es denostativo; por lo que sugieren que ya no se debe llamar menores a los infantes, sino que el término correcto es niñas, niños y adolescentes, que marca la diferencia entre edad y género.

Asimismo, también hay posturas que mencionan que de ninguna manera el término menor sea un correlativo inmediato de incapaz, y que solo se ha utilizado por tradición e inercia, y que además detenerse en este tema, desvía la atención de lo que verdaderamente importa, que pudiese ser mejor la cuestión de la minoría de edad, que en las Convenciones aplicables a la restitución internacional, solo es aplicable a las personas hasta los 16 años de edad.

Sabemos que la edad es un factor que permite delimitar a que sujetos está dirigida la norma, es decir, el ámbito de aplicación personal de cada uno de los Convenios y de cada una de las disposiciones jurídicas internas, en nuestro país, la mayoría de edad se alcanza cuando se cumplen los 18 años, por lo que si aún no se tiene esta edad se goza de una capacidad de ejercicio limitada y sujeta a la patria potestad o tutela correspondiente.⁴³

⁴² Guillo Jiménez J. “Niños, niñas y adolescentes: los nuevos ciudadanos”, en Villagrasa Alcaide, C. Y Ravetllat Ballestré, I., coords, *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos de los niños en España*, España, Bosch, 2006, p 11.

⁴³ Bustos Rodríguez, M.B. *Diccionario de derecho civil. México, Oxford*, 2006, p.86.

Nuria González Martín⁴⁴, señala que, en el contexto del Derecho Internacional Privado, la denominación clara e indubitada es de “menores”, además menciona que sin ninguna connotación así lo veremos desde los títulos de los tratados Internacionales más relevantes de la materia, como la Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores y la Convención de la Haya Sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores.

Por otra parte, Elvira Villalobos González, en su obra titulada el “Manual de Derecho de Familia”, aduce 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 pubertad y adolescencia. Por ejemplo, en la Ley de Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; los primeros son todas las personas hasta los 12 años, mientras que los segundos son las personas que tengan entre 12 y 18 años.

Ser menor, entonces no significa que se trate de una incapacidad física o mental; sin embargo, en este trabajo no se ha tratado de usar el término “menor”, sino el de niña, niño o adolescente, lo anterior para no atentar de ningún modo, contra la dignidad de la niñez y para distinguir a este grupo por su edad y género.

1.3 Principio del interés superior de la niña, niño y adolescente

Ahora bien, empecemos por preguntarnos, ¿Que es el interés superior de la niñez?, ¿Se puede contestar esta pregunta?, muchos autores afirman que no tienen una definición específica ya que hacerlo, pudiera ser demasiado rígida, tratar de definir su significado, es muy difícil ya que estamos ante la presencia de un concepto que no es unívoco, sino dinámico, debido a que su contenido es de manera diferente para cada niña, niño o adolescente a partir de su estado particular, considerando diversos aspectos como su situación, desarrollo, contexto cultural, social, sus

⁴⁴ González Martín, Nuria, *op cit*, p.24.

necesidades, entre otros elementos.

Al iniciar el estudio sobre el interés superior de la niñez, se debe tener cuidado 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 niño.

Derivado de lo anterior, es que afirma González Martín⁴⁵ que, a la hora de concretar el interés superior del infante, debe tenerse presente a la dignidad humana y partir de una protección a la niña, niño o adolescente, que repercuta y potencie sus habilidades teniendo como referente sus necesidades y cuidados especiales derivados de su inmadurez, inexperiencia, ingenuidad y espontaneidad.

En ese sentido, entendemos que no cabe desconocer que el interés superior del niño tiene una relación estrecha con los principios de igualdad y no discriminación entre niñas, niños y adolescentes en un mismo contexto familiar, así como con el principio de seguridad jurídica.

El jurista Miguel Bruñol toma al interés superior de la niñez como un nuevo derecho de los infantes y adolescentes.⁴⁶ Para otros el interés superior del niño es considerado como un principio rector que actúa como criterio de interpretación para los demás derechos del niño,⁴⁷ y también, se concibe como la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas, niños y adolescentes respecto a los derechos de cualquier otra persona.⁴⁸

Asimismo, existen tesis referentes al interés superior de la niñez, en las que se

⁴⁵ González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y el tráfico internacional. Contexto mexicano*, Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, México, 2011, p 33.

⁴⁶ Bruñol, Miguel Cillero. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño*, editorial del Preto, 1998.

⁴⁷ González Contró, Mónica. *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, ed. México, 2008, p. 402.

⁴⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de derecho Familiar, Patria potestad*, Ed. SCJN, ed. 1ª, México, 2011, pp.6-7.

señala que este se entiende al catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna, así como a generar las condiciones materiales que permitan a los infantes y adolescentes a vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social posible, cuya protección debe promover y garantizar el Estado en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, por tratarse de un asunto de orden público e interés social.⁴⁹

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha señalado que en el ámbito judicial el interés superior del niño implica el reconocimiento de que el mismo es una persona con intereses diferenciados que pueden coincidir con, pero no se reducen a, los de sus mayores. Por lo mismo, la coincidencia entre los intereses de la niña, niño o adolescente y los de su familia biológica no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual de la decisión judicial en cada caso concreto.⁵⁰

1.3.1 Interés superior del niño en el ámbito nacional

La reforma de 2011, al artículo 4 constitucional, fue el parteaguas para que se modificara nuestro sistema jurídico mexicano, ya que incorporó los derechos humanos a nivel constitucional por encima de cualquier norma jurídica, posteriormente, a esta reforma el once de octubre del mismo año, se publican dos reformas constitucionales relevantes en materia de derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, mismas que son las siguientes:

La primera de ellas se hace al artículo 4 constitucional que establece:

“(…)

⁴⁹ Tesis: I.5o.C. J/16, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, marzo de 2011, p 2188.

⁵⁰ Tesis: 1a. LV/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVII, Décima Época, t. I febrero de 2013, p 822.

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.⁵¹

La segunda reforma fue al artículo 73 constitucional, que establece:

Artículo 73.

(...)

XXIX-P. Expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los mismos y cumpliendo con los tratados internacionales de la materia, de los que México sea parte.⁵²

El Doctor Eduardo Oliva Gómez, menciona que estas reformas constitucionales son de gran importancia en materia de derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, puesto que, al incorporarse el interés superior del niño a la norma constitucional, se adopta en la legislación mexicana un principio fundamental y rector reconocido en la Convención sobre los derechos del niño de 1989, además de esto, la reforma constituye el antecedente y sustento para la creación de dos leyes protectoras en materia de derechos de niños: La Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil decretada el 24 de octubre de 2011 y, posteriormente la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de

⁵¹ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_198_12oct11.pdf

⁵² Ibidem.

diciembre de 2014”.⁵³

Cabe hacer mención que la Convención sobre los derechos del niño, fue realizada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, nuestro país la firmó el 26 de enero de 1990 y el 25 de enero de 1991 se publicó su promulgación en el Diario Oficial de la Federación, como vemos lamentablemente tuvieron que pasar veinte años, desde que entró en vigor en México para lograrse una reforma constitucional que incluyera el interés superior de la niñez, que ya se recogía en el artículo 3º, fracción I del instrumento citado. Esto es solo un ejemplo del retraso que se maneja a nivel nacional respecto de la incorporación de las obligaciones internacionales que adquiere el Estado Mexicano.

Ahora bien, algunas codificaciones nacionales como en el caso del Código Civil para el Distrito Federal, han definido lo que es el interés superior de la infancia, dicho Código en su artículo 416 Ter establece:

“ARTICULO 416 Ter. Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

- I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;
- II.- El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;
- III.- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;
- IV.- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y
- V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.”

⁵³ Oliva Gómez, Eduardo, *Contextos Jurídicos en clave de Derechos Humanos*, ediciones Eternos malabares, Cuernavaca, Morelos, México, 2017, p 26

De lo anterior, podemos decir que lo que se busca en este principio es el máximo bienestar para la niña, niño o adolescente, por lo que para que sea posible, no solo la sociedad en general y los juzgadores deben velar por este principio sino también el Estado Mexicano, lo cual es su obligación; asimismo, se ha señalado que la protección al interés superior de la niñez, como un imperativo de la sociedad, se ubica inclusive por encima de la que debe darse a los derechos de los adultos, con lo cual se cumple la trascendente función social de orden público e interés social.

1.3.2 Interés superior del niño en el ámbito internacional

A nivel internacional, tenemos los siguientes instrumentos de protección a la infancia.

Primeramente, encontramos la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, en la que se proclamó que “la humanidad debe reconocer a la niñez sus derechos y que el Interés Superior de las niñas y los niños debe inspirar a quienes tienen las responsabilidades al respecto”.⁵⁴

Otro instrumento en el que se encontró contemplado el interés superior de la niña, niño y adolescente es en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, en este instrumento se señala en su artículo 5 *que “En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de su propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental”*.⁵⁵

⁵⁴ González Marín, Nuria, Familia internacional en México Adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata, *op cit* p 32.

⁵⁵ Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986.

De igual manera, tenemos a la Convención sobre los Derechos del Niño, la que señala en su artículo 3º fracción I, que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones administrativas y los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

En otro aspecto, según se ha expresado la Corte Interamericana, desarrollando el principio del interés superior del niño en la Opinión Consultiva OC-17/2002, se establece que éste es un criterio determinante al cual “han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la prevalencia del interés superior del niño, éste requiere cuidados especiales o medidas especiales de protección, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia”. En todo caso, a juicio de la Corte, es necesario ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también de las características particulares de la situación en que se halla el niño.⁵⁶

Ahora bien, en las Convenciones relativas a la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, no se establece un concepto determinado respecto al interés superior del niño; sin embargo, Elisa Pérez Vera, en el informe explicativo que hace respecto a la Convención de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hace alusión respecto al mismo de la siguiente manera:

“... la parte dispositiva del Convenio no contiene referencia explícita alguna al interés del menor como criterio corrector del objetivo convencional, que consiste en garantizar el retorno inmediato de los hijos trasladados o retenidos de forma ilícita. No obstante, no cabe deducir de este silencio que el Convenio ignore el paradigma social que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés de los menores para resolver todos los problemas que les afecten (...) la filosofía del Convenio al respecto se podría definir de la forma siguiente: la lucha contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores debe basarse siempre en el deseo de protegerlos, interpretando su verdadero

⁵⁶ López Betancourt Eduardo y Fonseca Luján Roberto, “Juicios orales en materia familiar”, *Colección Derecho Procesal Oral*, 2ª serie, vol., 1, IURES editores, México, p 34.

interés. Ahora bien, entre las manifestaciones más objetivas de lo retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona. En ese sentido conviene recordar la Recomendación 874 (1979) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa cuyo primer principio general señala que “los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres, sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios.”⁵⁷

Finalmente, y toda vez que ya se hizo alusión al interés superior del niño, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, advertimos que el interés superior de la niñez, es un concepto complejo que incluye, valores, acciones, creación de condiciones materiales óptimas para el beneficio de los infantes o adolescentes en cada caso particular, tanto por parte del Estado como de la familia, y así estos vivan con plenitud en el ámbito personal y familiar, con la finalidad de garantizarles la más amplia protección efectiva a sus derechos.

1.4 Patria potestad

Patria viene del latín *patrius, patria, patrium*, que refieren el padre, y *potestas* que significa potestad.⁵⁸

Desde el punto de vista gramatical, la palabra *padre* tiene entre sus acepciones la de “varón o macho que ha engendrado” y “cabeza de una descendencia, familia o pueblo”; mientras que por *potestad* se entiende “dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre algo”. Luego entonces, la patria potestad puede concebirse, desde este enfoque, como el poder o facultad conferida al varón que ha engendrado.⁵⁹

⁵⁷ Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, la Haya, Países Bajos, 25 de octubre de 1980. D.O.F 6 de marzo de 1992, en Tenorio Godínez Lázaro, *et a La restitución* Internacional de la Niñez, op cit, p. 351.

⁵⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de Derecho Familiar 2*, México, SCJN-Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, noviembre 2010, p. 9.

⁵⁹ *Idem.*

La patria potestad es un derecho y al mismo tiempo una obligación que tienen los padres para con sus hijos y los bienes de éstos. La denominación de esta institución es herencia del derecho romano; así la *patria potestas* era el poder que el *pater*, ejercía sobre sus descendientes prácticamente ilimitado.⁶⁰

El concepto ha evolucionado desde entonces y en el derecho familiar moderno tiene a entenderse como la autoridad que los padres ejercen sobre los hijos, de ningún modo ilimitada, sino sujeta a las leyes y específicamente al cumplimiento de deberes de protección y sostenimiento de los hijos.

1.4.1 Concepto de la Patria potestad

Según Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez⁶¹, la patria potestad “es el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y representen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administre sus bienes en tal periodo.”

En la misma línea Alberto Pacheco⁶² afirma que es la potestad que ejercen los padres sobre sus hijos menores no emancipados, en orden a la educación, representación y administración del patrimonio de estos. Así entendida la patria potestad es el conjunto de facultades jurídicas necesarias para el servicio que deben realizar los padres a favor de sus hijos con el objeto de cumplir con su obligación natural de criarlos y educarlos.

Edgar Baqueiro 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.”⁶³

Otra definición más es la que nos da Ángel Penco, el cual ha definido a la patria

⁶⁰ López Betancourt Eduardo y Fonseca Luján Roberto Carlos, *op cit.*, p 60.

⁶¹ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, *op cit.*, p.264.

⁶² Villalobos de González, Elvira, *Manual de derecho de familia*, México, Tirant Lo Blanch, 2014, p.192.

⁶³ Pereznieta Castro, Leonel y Silva Silva Jorge Alberto, *Derecho Internacional Privado*, parte general, 9a ed., México, Oxford, 2011. p.4.

potestad como “el conjunto de relaciones jurídicas existentes entre los padres y los hijos menores de edad no emancipados o mayores de edad incapacitados, que tienden a proteger los intereses de éstos, mediante la asunción por aquellos de las responsabilidades y decisiones más trascendentes.”⁶⁴

1.4.2 Sujetos de la patria potestad

En el Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, en su artículo 220 establece quienes son los sujetos activos y pasivos de la patria potestad siendo los siguientes:

“La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los sujetos a ella.

La patria potestad se ejerce por el padre y la madre del menor no emancipado o del mayor incapacitado, y a falta o por imposibilidad de ambos por los abuelos paternos o maternos, debiendo tomar en cuenta el juzgador las circunstancias que más le favorezcan al menor, así como su opinión.

Su ejercicio tiene como contenido la protección integral del incapaz en sus aspectos físico, moral y social, e implica el deber de su guarda y educación.”

1.5 Guarda y Custodia

En primer lugar, tenemos que “las palabras *guardar* y *custodiar* proceden, respectivamente, de la palabra germana *wardon*, que significa cuidar, y del latín *custos*, derivado de *curtos*, forma agente del verbo *curare*, que también quiere decir cuidar. En consecuencia, por guarda de los hijos, se entiende, en el lenguaje jurídico, la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados con la diligencia propia de un padre de familia.”⁶⁵

Menciona Guillarte que la guarda y custodia se define como “aquella potestad que

⁶⁴ Acedo Penco, Ángel, *Derecho de familia*, Madrid, editorial, Dykinson, 2013, p., 213.

⁶⁵ Álvarez de Lara, Rosa María, (Coord.). *Diccionario de derecho civil y de familia*, Mexico, editorial Porrúa, 2004, p. 187.

atribuye el derecho a convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitor), bien de forma alterna o sucesiva en los periodos prefijados convencional o judicialmente (guarda y compartida alternativa) y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia.”⁶⁶

Jurídicamente hablando, la custodia es el primer deber de los padres respecto a sus hijos no emancipados. Este deber de custodia y cuidado se traduce en el deber de tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado.⁶⁷

Es necesario establecer que la guarda y custodia es una figura que deriva de la filiación y el parentesco, y que se encuentra regulada dentro de la institución de la patria potestad, puesto que es uno de los derechos y obligaciones que nacen de esta.

Para ejercer la patria potestad, los padres necesitan una serie de facultades, como la de tener a sus hijos bajo la guarda y custodia en su domicilio. Es por esto que dentro de los domicilios que la ley establece como legales, se encuentra el domicilio de los niños, niñas y adolescentes, que es el de la persona a custodia estén sujetos.⁶⁸

La custodia debe establecerse siempre en beneficio del custodiado. El respeto a sus derechos y su interés deben estar por encima de los derechos y los intereses de los custodios. A este respecto, el Código Familiar del Estado Libre y Soberano de Morelos en su artículo 210 establece que: “Cuando el padre y la madre que no

⁶⁶ Guillarte Martin- Calero. Cristiana, *La Custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial*, Barcelona, en indret, abril 2018, p., 4.

⁶⁷ Chávez Asencio, Manuel F. *La familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno filiales*, México, editorial Porrúa, 1987, p. 289.

⁶⁸ Artículo 208 del Código Procesal Familiar del Estado Libre y Soberano del Estado de Morelos.

vivan juntos reconozcan o admitan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá sobre él la custodia, y en caso de que no lo hicieren, el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.”.

Elvira Villalobos de González, en su libro titulado Manual de Derecho de Familia, hace una clasificación de especies de custodia, que el legislador contempló para que fueran plasmadas en el Código Civil del Estado de Jalisco, y que también las definió de la siguiente manera:

“a) Custodia personal: Es la que se realiza por una persona o una familia determinada. Este tipo de custodia originaria para el custodiado, las obligaciones de respeto y consideración que se le deben de tener a quien la ejerce, como si fuera hijo de familia y además, en su caso, produce la obligación alimentaria.

b) Custodia institucional: Es la especie de custodia que se ejerce por un establecimiento, sea este de gobierno, descentralizado o privado, y que tenga como fin el cuidado y atención de personas. En este tipo de instituciones y para efectos del sostenimiento económico, podrá establecerse que los sujetos de custodia reciban la ayuda económica y afecto personal de ciertas y determinadas personas que, con fines altruistas, se hagan cargo de cada uno de los custodiados en lo individual, pudiéndose permitir convivir con ellos en épocas y circunstancias precisas.

c) Custodia temporal: como su nombre lo indica, es la especie de custodia que se ejerce sobre el custodiado por un tiempo predeterminado que puede consistir en períodos cortos o largos, sucesivos o continuos. Normalmente es temporal cuando los menores o incapaces reciben el cuidado y la atención personal en defecto de sus padres o tutores, por causas justificadas como el trabajo, que les impide el cuidado de sus hijos o pupilos.

d) Custodia definitiva: Es la especie de custodia que se ejerce por un período continuo e indeterminado. Este tipo de custodia es ejercida o por los

progenitores o tutores, o por las instituciones públicas (Hogar Cabañas, por ejemplo), en donde por orden de alguna autoridad competente les es encomendada la custodia de determinados menores.

- a) Custodia Onerosa: Es aquella que se lleva a cabo mediante una retribución económica, previamente fijada por las partes. Normalmente es onerosa la custodia que en forma voluntaria se contrata para el cuidado y la atención de menores o incapaces.
- b) Custodia Gratuita: Especie de custodia en virtud de la cual se ejerce el cuidado del menor o del incapaz sin recibir a cambio ninguna retribución económica. Esta especie de custodia se establece informalmente entre parientes o amigos y se hace por razones de afecto o solidaridad entre amigos, vecinos o parientes, quienes cuidan a los niños para que sus padres puedan trabajar o realizar alguna actividad que le impida cuidar a sus hijos.
- c) Custodia Voluntaria: Especie de custodia convenida libremente entre las partes involucradas en ella. La custodia voluntaria puede ser gratuita u onerosa, pero en cualquier caso se establece en forma libre y voluntaria.
- d) Custodia Forzosa: Aquella que se realiza en cumplimiento de un mandato de autoridad, aun en contra del consentimiento del menor y de los que ejercen sobre él la patria potestad.

La custodia forzosa tiene como origen, normalmente, la separación del custodiado de sus tutores, debido a que estos realizaron alguna conducta inmoral o ilícita en contra del incapaz.”⁶⁹

Ahora bien, en relación con nuestro tema no hay un concepto de guarda y custodia que sea general, ya que cada país, lo considerará como lo establezcan sus leyes internas. En cuanto al origen de la guarda, se dice que ésta se produce de la ausencia de las convivencias entre los padres y la consiguiente imposibilidad de que ambos convivan con el niño. Por lo que el niño tiene necesariamente que convivir con uno o con otro, llamándose guarda a la posición que ocupa un

⁶⁹ Villalobos de González, Elvira, *op. cit.*, pp., 181 y 182.

progenitor respecto del hijo que con él convive.⁷⁰

La guarda significa encomendar el cuidado directo del niño a uno de los progenitores, y se agrega, a una institución o al Estado, y, entonces es aquella persona que puede desarrollar lo que se llama “cuidado directo” hacia las niñas, niños y adolescentes.⁷¹

En la Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores específicamente en su artículo 3.a) establece “*El derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia*”; y en la Convención de la Haya sobre Sustracción Internacional de Menores, en su artículo 5.a) señala “*que 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*”.

Asimismo, las anteriores Convenciones también mencionan que la sustracción solo afecta la custodia de quien la hubiere ejercido efectivamente, o sea del que realmente estaba al cuidado de la niña, niño o adolescente de su bienestar, educación y de sus cuidados integrales; independientemente de que se tenga una declaración judicial o no, en muchas ocasiones el padre no custodio aprovecha esta situación y en el país en donde traslada a su hijo inicia el procedimiento legal para que le otorgue la custodia definitiva, siendo que el otro progenitor la estaba ejerciendo en lugar de residencia de su hijo, de ahí que las convenciones en materia de sustracción no resuelvan cuestiones de fondo o de custodia.⁷²

1.6 Derecho de visita y convivencia

Según la convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores, en

⁷⁰ Echegaray de Maussion, Carlos Eduardo, *El derecho de custodia, en la Restitución Internacional de la niñez*, México, Porrúa, 2011, p 105.

⁷¹ García Pastor, Milagros, *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven; aspectos personales*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1997, p., 74.

⁷² Artículo 16 de la Convención de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

su artículo 3.b.), por derecho de visita, se entiende la facultad de llevar al menor por un periodo limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual, dicha definición es la misma que establece el artículo 5.b) del Convenio de la Haya de Sustracción Internacional de Menores.

Ahora bien, Zavala Pérez establece que el derecho de visitas, “es el deber de educar, corregir y convivir con el menor de edad, encuentra su máxima expresión y su mejor posibilidad en la hipótesis de que padre y madre vivan juntos; el menor, en su desarrollo, en su equilibrio psíquico y emocional, necesita tanto del padre como de la madre; la auténtica convivencia no está cercenada sino es conjunta. No siempre se da la vida en común de padre y madre, sino que viven separados; por regla general, ambos continúan en la titularidad de la patria potestad, pero uno solo tiene la custodia ... en el derecho de visita tiene el derecho de convivir, es decir tener consigo el menor durante determinados fines de semana y en periodos vacacionales en forma parcial; se aprecia no sólo como un derecho de visita a favor del progenitor, sino como la necesidad de comunicación y exigencia psicológica y afectiva del menor.”⁷³

Para Gama Botana, “el derecho de visitas” es el que corresponde al padre o la madre para relacionarse con sus hijos no emancipados o incapacitados que, por resolución judicial o por la situación matrimonial de hecho, han sido confiados a la guarda y custodia del otro cónyuge... el reconocimiento del derecho de visita a ambos progenitores cuando hayan sido privados de la guarda y custodia en favor de una entidad pública y por tanto sin que hayan sido confiados los menores a uno de los cónyuges. Asimismo, también se extiende este derecho a los parientes y allegados en determinadas circunstancias.”.⁷⁴

De lo anterior, podemos advertir que el derecho de visitas o convivencias consiste en mitigar el rompimiento de la relación entre la niña, niño o adolescente y su padre

⁷³ Zavala Pérez, Diego H. *Derecho familiar*, México, Porrúa, 2008. p. 30.

⁷⁴ Botana García, Gema Alejandra, *Notas sobre el derecho de visita*, Revista Jurídica de Navarra, España, 1990, núm., 10, p.125.

no custodio, tratando de atender al interés superior del niño y a su bienestar psicológico y emocional, dado que antes de la separación de los padres en la mayoría de los casos, estas convivencias se daban de forma continua.

En la jurisprudencia se define el derecho de visitas y convivencias como “la institución fundamental del derecho familiar en México, que tiene como finalidad regular, promover, evaluar, preservar y, en su caso, mejorar o reencausar la convivencia en el grupo familiar respecto de menores y, por ello, se encuentra por encima de la voluntad de la persona a cuyo cargo se encuentre la custodia del menor, por tratarse de un derecho humano principalmente dirigido a él, aunque también favorezca indirectamente a sus ascendientes y a quienes conforman dicho grupo”⁷⁵

“El derecho de visitas y convivencias tiene como finalidad la búsqueda incesante del desarrollo pleno del menor por medio de la implementación o fortalecimiento de los lazos entre él y sus familiares, en los casos en que los vínculos afectivos se han resquebrajado, ya que bajo esas condiciones no son fáciles las relaciones humanas, por existir serias dificultades para verse y relacionarse normalmente. Ello trasciende a las relaciones sociales que alcanzan en los menores una dimensión aun mayor que la simplemente familiar, dado que actualmente se hace indispensable una concepción de relaciones humanas que comprometa otros núcleos sociales.”⁷⁶

De igual manera, 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 como ya lo hemos adelantado que cuando exista la ausencia de alguno de los padres, el hijo tiene derecho a comunicarse con su padre o madre por cualquier medio o visitándolo.

Esto significa que, en el ámbito internacional, el derecho de integración familiar se

⁷⁵ Tesis I.5o.C. J/32 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Libro IX, t. 2., junio de 2012, p. 698

⁷⁶ Tesis: I.5o.C. J/33 (9a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Libro IX, t., 2, junio de 2012, p. 699

ha reconocido con mayor énfasis en favor de las niñas, niños y adolescentes como por ejemplo el derecho que tienen de permanecer con sus padres o visitarlos.

En el artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, como en el artículo 5 del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, se define al derecho de visita como el Derecho o facultad de llevar al menor por un periodo de tiempo limitado a otro lugar diferente de aquel en que tiene su residencia habitual.

Como observamos 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.

Analizando lo anterior, podemos entender entonces que el régimen de visita se refiere a que en los casos en que la niña, niño y adolescente viva con uno de los padres, 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 niño, niña y adolescente, 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.

Es importante destacar que aun cuando uno de los padres tiene la guarda y custodia, y la hija, hijo o hijos vivan en el domicilio de éste, considerándose como su residencia habitual, no significa que el padre que no tiene la guarda y custodia, aun viviendo en otro lugar, se vea impedido en trasladar a sus hijos fuera de ese domicilio, siempre y cuando haya sido convenido o sea con el consentimiento del padre que ostenta la custodia o de lo contrario se consideraría un traslado ilícito.

El fundamento jurídico internacional de lo antes señalado se observa reflejado en el

artículo 10 de la Convención de los Derechos del Niño⁷⁷, el cual establece literalmente lo siguiente:

“Artículo 10.- 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 Parte de manera positiva y humanitaria. Los Estados Parte garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

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 Parte en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Parte 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 la 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.”

1.7 Derecho a ser escuchado de la niña, niño y adolescente

El derecho de escucha es un tema sumamente relevante, es por ello que se encuentra presente desde el año 1990 en la Convención de Derechos del Niño como uno de sus vértices, así como de la Convención Americana de los Derechos Humanos en su artículo 8.1.

Los derechos de las niñas, niños y adolescentes prácticamente tienen que estar

⁷⁷ Es el tratado internacional adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

protegidos o custodiados por los progenitores, en virtud de que esos derechos y obligaciones nacen principalmente de la familia y sólo se permite la intervención de las instituciones públicas correspondientes cuando existe una falta en el grupo primigenio.

El derecho del grupo etario a ser escuchados, implica para los Estados la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente este derecho. Esto conlleva asegurar que existen mecanismos para recabar sus opiniones respecto a todos los asuntos que los afectan y tener debidamente en cuenta esas opiniones.⁷⁸

El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados se enmarca en los llamados derechos de participación, y como tal constituye uno de los valores fundamentales para hacer efectiva la concepción del niño como sujeto de derecho, otorgándole voz, para la consideración del interés superior de la niñez, para interpretar y hacer respetar todos los restantes derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha resuelto que: “El hecho de que los padres del menor estén de acuerdo con el régimen de visitas y convivencias, no es obstáculo para que aquél pueda ejercer su derecho a conocer y opinar sobre el régimen al que estará sujeto, pues se trata de un derecho humano.”⁷⁹

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, así como a contribuir especialmente sobre las decisiones que le afecten, incluidas las adaptadas en el curso de cualquier proceso de justicia, y a que estos puntos de vista sean tomados

⁷⁸ Comité de los Derechos del Niño, El derecho del niño a ser escuchado”, Observación General No.12, 20 de julio de 2009, p. 28.

⁷⁹ Tesis: I.5o.C. J/34 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo 2, Libro IX, junio de 2012, p. 759.

en consideración según su edad, madurez y evolución de su capacidad.⁸⁰

Existen opiniones contrarias en el sentido de que la falta de madurez en un niño pierde objetividad; sin embargo y muy a pesar de la falta de madurez, este es un derecho que no puede estar en negociación, sino que simplemente debe respetarse, en todo momento y especialmente en los procesos judiciales, como por ejemplo en el proceso de Restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes.

Se aclara que la escucha requiere de una atención al contenido y significado de lo que se oye y/o se ve y es posible que aun y cuando la niña, niño o adolescente no se de a entender con palabras, se tendrá que centrarse en su forma de transmitir su opinión, pudiendo ser por medio del juego, de dibujos o de gestos (llantos, sonrisa, caricias u otros movimientos).⁸¹

El Comité de los Derechos del niño ha mencionado que una vez que las niñas, niños y adolescentes deciden ser escuchados, deben indicar cómo se les escuchará ya sea directamente o por medio de un representante y en consonancia con las normas del procedimiento de la ley aplicable nacional, lo cual será cumpliendo las medidas siguientes:

Preparación. Se debe asegurar que las niñas, niños y adolescentes estén informados sobre su derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten, el niño debe recibir información sobre la opción de comunicar su opinión directamente o por medio de un representante, se debe preparar al niño antes de que sea escuchado, explicándole cómo, cuándo y dónde se le escuchará y quiénes serán los participantes.

Audiencia. El contexto en que el niño ejerza su derecho a ser escuchado tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que el mismo pueda estar

⁸⁰ Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes, emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México. p.27.

⁸¹ Stilerman N. Marta, Teoría y Práctica del Derecho de los Niños, Buenos Aires, Argentina, Cathedra Jurídica, 2016, p. 238.

seguro de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que el niño haya decidido comunicar.

Evaluación de la capacidad del niño. Las opiniones de la niña, niño o adolescente deben tenerse debidamente en cuenta, siempre que de un análisis caso por caso indique que este es capaz de formarse un juicio propio. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del infante como factor destacado en la resolución de la cuestión. Deben establecerse buenas prácticas para evaluar la capacidad del niño.

Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño (comunicación de los resultados al niño). Dado que el infante o adolescente tiene derecho a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, el encargado de adoptar decisiones debe informarle del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados a la niña, niño y adolescentes es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia.

Quejas, vías de recurso y desagravio. Es necesario disponer de legislación para ofrecer a los niños procedimientos de denuncia y vías de recurso cuando su derecho a ser escuchados y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones sea pasado por alto y violado. Los niños deben tener la posibilidad de dirigirse a un defensor o una persona con funciones comparables en todas las instituciones dedicadas a ellos, como las escuelas y las guarderías, para expresar sus quejas. Las niñas, niños o adolescentes deben saber quiénes son esas personas y cómo pueden acceder a ellas. En el caso de los conflictos familiares sobre la consideración de las opiniones de los niños, este debe tener

la posibilidad de recurrir a una persona de los servicios de juventud de la comunidad.⁸²

Todo lo anterior, debe ser aplicado por los juzgadores o las autoridades administrativas al momento de escuchar al infante o adolescente, ya que es indispensable que se lleven a cabo estas formalidades en cualquier proceso donde estén involucradas niñas, niños y adolescentes, ya que solo así sus opiniones no serán escuchadas como mera formalidad, sino que verdaderamente serán tomadas en cuenta.

1.8 Residencia habitual

La residencia habitual es un concepto de mucha importancia en la sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes, ello en razón a que sobre ella se determinaran los sectores de la competencia judicial internacional y el derecho aplicable, lo que es provocado por el cambio de residencia de un Estado a otro; el ámbito de aplicación espacial para ambos convenios (artículo 4º La Haya y 1º del Interamericano), y la ilicitud del traslado o retención del infante o adolescente (artículo 3 de La Haya y 3º del Interamericano).⁸³

Matus Calleros menciona que la conexión primordial que adquiere este concepto como criterio competencial y conflictual, también se ve reflejado cuando podemos determinar las dimensiones funcionales de éste para mantener el *status quo* de la niña, niño, adolescente respecto a su situación antes del traslado, esto es: el velar por el respeto de los derechos de guarda, custodia y visita preestablecidos y vigentes en un Estado; la conservación de la competencia predeterminada naturalmente a favor de los Tribunales de la residencia habitual del niño antes del traslado, así como la protección del derecho de este a que se decidan los derechos

⁸² Comité de los Derechos del Niño, "El derecho del niño a ser escuchado", Observación General No.12, 20 de julio de 2009, pp. 13-14.

⁸³ Matus Calleros, Eileen, *La sustracción internacional de menores desde la perspectiva del derecho internacional privado mexicano*, Bellaterra, Cerdanyola del Valles, septiembre 2016, Universidad Autónoma de Barcelona, p 45.

de guarda, custodia y visita por el juez razonablemente próximo a su centro de vida.⁸⁴

En ese sentido tenemos entonces que el domicilio es el lugar donde cada persona constituye el centro de su vida.⁸⁵ Sin embargo, pese a su aparente sencillez “el domicilio es un término jurídico engañoso” pues “oculta” la pluralidad de significados que tiene en los distintos sistemas jurídicos, en las diversas leyes y en la doctrina”.⁸⁶

Carolina Marín Pedreño⁸⁷, define a la residencia habitual de un niño como el lugar en el que ha 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.

De igual manera, tenemos que la residencia habitual es aquella donde el niño realiza su vida de siempre, donde vive, va a la escuela, realiza sus actividades, donde ha estado residiendo por más de seis meses o bien, que es donde la niña, niño o adolescente ha sido trasladado con el objetivo primordial de residir o donde tienen su “centro de vida”.⁸⁸

Se dice entonces que el centro de vida de un niño es el entorno donde se realiza su vida familiar, escolar y social, y cualquier desequilibrio en este tema exige una nueva adaptación por parte del niño y esta alternativa, necesariamente, debe ser mejor o de igual manera a la interior a efecto de evitar que la niña, niño o adolescente se vea perjudicado.

De manera muy acertada, la jurisprudencia del Tribunal Europeo, consideró

⁸⁴ Ibidem, p 46.

⁸⁵ Von thur. Andreas. *Parte general del Derecho Civil*, (traducción del alemán por Wenceslao Roce), Granada, editorial Comares, 2006. p. 34.

⁸⁶ De Castro, Federico, *Derecho Civil de España*, tomo I, Madrid, editorial Civitas, 2008, pp 445 y 461.

⁸⁷ Marín Pedreño, Carolina, *Sustracción Internacional de menores y proceso legal para la restitución de menor*. España, Editorial Ley 57, 2015, p.4.

⁸⁸ Rodríguez Jiménez Sonia, *La sustracción internacional de menores por sus propios padres. Su destitución en México*, México, Serie Doctrinaria Jurica, núm., 641. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p 280.

características importantes para determinar a qué se refiere 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, 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.”⁸⁹

De todo lo anterior, podemos tener algunas concepciones de lo que es la residencia habitual y como hemos visto es un tema que dependiendo del Estado-Nación va tomando sentido; mientras tanto, se han dado diversas concepciones del citado tema, ya que consideramos que es muy importante tener claro que es la residencia habitual, por la relevancia en los casos de restitución internacional de la niñez, puesto que uno de los objetivos plasmados en la Convención de la Haya, es, lograr el retorno inmediato de la niña, niño o adolescente precisamente a su residencia habitual.

1.9 Sustracción y restitución

La Comisión Nacional de Derechos Humanos denomina a la sustracción, retención u ocultamiento ilícito a la separación unilateral e injustificada de una niña, niño o adolescente de la persona que legalmente detenta su guarda y custodia, ocultándolo o trasladándolo lejos de su lugar de residencia habitual.⁹⁰

De este concepto se desprenden la retención y el traslado ilícito; la retención es cuando la persona en quien se confió la guarda provisional para que recibiera la visita de una niña, niño o adolescente se excede en el plazo máximo que le fue fijado, lo cual se traduce en el incumplimiento de la obligación de regresar al niño o

⁸⁹ Sánchez Moraleda, Ana Moreno, “La sustracción internacional de menores desde la perspectiva multidisciplinar”, en Mongue Fernández, Antonia (comp.) *¿El reglamento Bruselas II, Bis facilita el retorno del menor en caso de su retención o traslado ilícitos?* Barcelona, España, Bosch Editor, 2019, p 132.

⁹⁰ Visible en la página web: <https://www.cndh.org.mx/documento/sustraccion-y-retencion-de-ninas-ninos-y-adolescentes>, visto 3 de junio 2019.

infante al lugar de su residencia habitual y con la persona que ejerce la custodia permanente.⁹¹

Hay traslado o retención ilícita de un niño cuando ha sido trasladado a otro país o jurisdicción, sin el conocimiento de la persona, institución u organismo que tiene derechos de custodia sobre él, o bien, este ha sido retenido, igualmente sin el consentimiento de la persona, institución u organismo con derechos de custodia fuera de la jurisdicción donde reside habitualmente.⁹²

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

En otro aspecto, tenemos en la doctrina a Pereznieto y Silva, quienes señalan que: “la sustracción de menores es cuando un menor se encontraba en un estado y fue trasladado ilícitamente a otro”;⁹³ hay que destacar que la sustracción, no va ligada exclusivamente a solicitar una restitución internacional de la niñez, ya que el traslado o retención puede darse de manera interna, trasladándose a un hijo dentro del país; aclarándose que esta investigación únicamente abarcará cuando las niñas, niños y adolescentes son trasladados de un país a otro, es decir a nivel internacional.

Ahora bien, la “sustracción” es pues la acción del padre sustractor cuyas consecuencias e implicaciones deben castigarse y sancionarse tanto por la vía del derecho civil como por la del derecho penal, en caso de considerarse necesario, y la “restitución” es la primera consecuencia y resultado que busca el padre que tiene

⁹¹ González Martín, Nuria, *op cit*, p. 197.

⁹² Marín Pedreño, Carolina. *Sustracción Internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*. España, 2015, Editorial Ley 57. p. 35.

⁹³Pereznieto Castro, Leonel y Silva Silva, J.A, *op cit*, p188.

a su favor los derechos de guarda/custodia o visita/convivencia sobre el infante o adolescente.⁹⁴

Por su parte, la restitución del niño o adolescente persigue como fin “el mantenimiento del *status quo*”; un propósito que conlleva tres aristas que se deben conocer:

a) el respeto a los derechos de guarda/custodia, visita/contacto/convivencia preestablecidos de hecho o de derecho, bien en una orden judicial emitida por el tribunal competente de la última residencia habitual del menor de edad, o bien en un mero acuerdo entre las partes;

b) la defensa de la competencia predeterminada naturalmente a favor del juez de la residencia habitual inmediatamente anterior al traslado del menor; se trata de evitar que uno de los padres, más allá de una inicial tentación emocional o de un instinto protector, traslade al menor fuera de su lugar de residencia habitual, quizá buscando una jurisdicción más favorable para sus intereses; intereses que, por otro lado, debemos reconocer que no siempre coinciden con los del menor de edad implicado.

c) El mantenimiento de una igualdad procesal entre las partes implicadas en este supuesto de hecho; una igualdad que se consigue al impedir que el progenitor cuyo derecho de guarda/custodia o visita/convivencia ha sido vulnerado quede en una situación de desventaja.⁹⁵

De lo anterior, se desprende básicamente que la sustracción es trasladar ilícitamente al infante o adolescente a otro Estado en el que no tiene su residencia habitual y, la restitución es la devolución y/o recuperación del infante u adolescente.

Según el punto de vista teleológico, podemos mencionar que mientras la “sustracción” se refiere a la acción de llevarse al niño o adolescente, es decir de trasladarlo, la “restitución” se refiere al resultado lógico-natural y jurídico (e incluso

⁹⁴ *Idem.*

⁹⁵ Pereznieta Castro, I. y Silva Silva, J.A, *op. cit.*, pp., 249-250.

social) esperado tras la acción de sustraer al menor de edad. Es así como la restitución significa volver a la situación inmediatamente anterior (*status quo anterior*).⁹⁶

En conclusión, los términos “sustracción” y “restitución” se utilizan de manera indistinta en los convenios internacionales que abordan esta problemática social. Encontramos que en la Convención de la Haya sobre los Aspectos civiles de la Sustracción internacional de Menores se utiliza el término sustracción; mientras que, en la Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores, se utiliza el de restitución; sin embargo, dichos términos son dos cosas diferentes, como ya lo vimos en párrafos precedentes.

En el ámbito de la Convención de La Haya, los Estados han buscado destacar los aspectos civiles de este tipo de conflictos, sustrayéndolos del ámbito penal; pero al momento de redactar la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, reemplazaron el término sustracción, utilizado por el Convenio de La Haya por el de “restitución”, ya que, de una nueva reflexión, decidieron hacer hincapié en la solución del problema, más que en el conflicto mismo. Por lo que con el término “restitución” se evidencia claramente la finalidad perseguida por el Convenio y con ello, garantizar los derechos prioritarios que tienen las niñas, niños y adolescentes.

⁹⁶ Rodríguez Jiménez, Sonia, *La Sustracción Internacional de Menores por sus propios padres, sus destipificación en México*, México, Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, 2012, p 248.

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO HISTÓRICO-NORMATIVO DE LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Sumario

Consideraciones previas; 2.1. Historia de los Derechos Humanos, 2.1.1. A nivel internacional, 2.1.2 A nivel nacional; 2.2. Génesis y evolución de los derechos Humanos de las niñas, niños y adolescentes; 2.3 Bases para que se incorporen los convenios y tratados en el sistema jurídico mexicano; 2.4 México ante la Convención de los derechos del niño; 2.5, Marco normativo internacional respecto a la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes; 2.5.1 Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980; 2.5.2. Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de 1989; 2.6. Soft law de la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes; 2.6.1. Proyecto de guía de buenas prácticas sobre del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980; 2.6.2. Ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes; 2.7. Informe explicativo del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1981; 2.8. Red de Cooperación Internacional para la restitución internacional de niñas,, niños y adolescentes; 2.8.1 La red internacional de jueces de La Haya en el procedimiento de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes; 2.8.2. Base de datos sobre la sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes (INCADAT) y 2.9. Legislación nacional de protección a niños, niñas y adolescentes y sobre restitución internacional.

Consideraciones previas

En este capítulo estableceremos un marco histórico-normativo respecto a la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, basándonos para ello en la manera o forma en que durante las diversas épocas de la historia del mundo, se fue legislando a nivel internacional y nacional para regular y llevar a cabo el proceso de

restitución a través de convenciones, leyes modelos, protocolos o guías prácticas, haciendo también un estudio sobre la historia de los derechos humanos, ya que es imprescindible dar un repaso general a la evolución de los mismos.

2.1. Historia de los derechos humanos

2.1.1 A nivel internacional

En el año 539 antes de Cristo, Ciro el Grande, el primer rey de la Persia antigua, declaró que todas las personas tenían el derecho a escoger su propia religión y estableció la igualdad racial, estos decretos fueron grabados en un cilindro de barro cocido en lenguaje acadio con escritura cuneiforme, conocido hoy como el Cilindro de Ciro, este documento antiguo ha sido reconocido en la actualidad como el primer documento de los derechos humanos en el mundo, está traducido en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas y sus disposiciones son análogas a los primeros cuatro artículos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.⁹⁷

Con el paso del tiempo, en Inglaterra surgió otro importante y trascendente antecedente de los derechos humanos, nos referimos a la Carta Magna de 1215, documento elaborado por los señores feudales y reconocidos por el soberano Juan sin Tierra, su reconocimiento llegó a tal grado que hay quienes la consideran el antecedente más remoto de los derechos humanos en occidente, es también conocida como *La Magna Carta Libertatum*, *Charte Magne* o Carta Magna de las libertades de Inglaterra.⁹⁸

Este ordenamiento integrado por 63 artículos establecía un conjunto de garantías que el Rey respetaría para los nobles del país, el más significativo de ellos era el numeral 39 que señala que: "Ningún hombre libre podrá ser arrestado, ni detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de

⁹⁷ Página web: <https://www.unidosporlosderechoshumanos.mx/course/lesson/background-of-human-rights/the-background-of-human-rights.html>, visto el 3 de octubre de 2019.

⁹⁸ Solís García, Bertha, *Evolución de los Derechos Humanos, México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p.85. en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3100/9.pdf>, visto el 12 de octubre de 2019.

alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por juicio legal.”⁹⁹

Con un origen similar a la Carta Magna de 1215, la *Petition of Rights* viene a constituirse como un dique a los atropellos y abusos del poder absoluto de la nobleza, dirigida por el Rey Carlos I de Inglaterra, y de paso a constituirse en un documento básico del *common law*, la *Petition of Rights* surgió en el año 1628 a raíz de que el Rey Carlos I de Inglaterra, se vio obligado a pedir fondos al Parlamento; sin embargo, antes de someter a votación su solicitud, los miembros del Parlamento en pleno le impusieron la *Petition of Rights*, por lo que terminó por aceptar dicho documento.¹⁰⁰

La *Petition of Rights*, compuesta por once artículos, garantizaba tanto principios de libertad política, en relación con los derechos del Parlamento, como libertades individuales, especialmente en lo relativo a la seguridad del pueblo, se establecía un principio de seguridad personal que imposibilitaba las detenciones arbitrarias, el establecimiento de tribunales de excepción y la exigencia de cumplir con el derecho del acusado a un proceso legal (que se completará con la petición del *hábeas corpus*).¹⁰¹

Cincuenta años después de la *Petition of Rights*, hacia 1679, durante el reinado de Carlos II, aparece en el escenario un nuevo conjunto de disposiciones destinadas a proteger algunos de los derechos de los súbditos ingleses, se trata del documento denominado como Ley del *hábeas corpus* o Acta para completar las libertades de los súbditos y evitar las deportaciones a ultramar, la traducción literal del *hábeas corpus* es “que tengas el cuerpo.”¹⁰²

⁹⁹ Quintana Roldán, Carlos Fernando y Sabido Peniche, Norma Dolores. *Derechos Humanos*, 2ª. ed. México, Porrúa, 2001, p 9.

¹⁰⁰ Solís García, Bertha, *Evolución de los Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 86, visto el 12 de octubre de 2019 en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3100/9.pdf>.

¹⁰¹ *Ídem*.

¹⁰² *Ibidem* 87.

El *writ of habeas corpus* fue ante todo un procedimiento del derecho común inglés, que facultaba a los jueces a examinar la legalidad de las órdenes de aprehensión ya ejecutadas y la causa de ellas, es decir garantizaba la libertad contra los riesgos de las detenciones y represiones arbitrarias; también contenía un principio jurídico aún vigente: nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito.

A semejanza de los anteriores documentos, el *Bill of Rights* o Declaración de Derechos, declara los derechos y libertades de los súbditos. En Inglaterra se dispuso la sucesión de la Corona, a cargo de la reina María II, hija de Jacobo II, y a su esposo Guillermo de Orange en 1688, este último instauró un gobierno provisional, desde el cual convocó a los pueblos para que eligieran representantes que participaran en una Convención denominada Convención Parlamentaria, antes de tomar posesión del cargo y como condición para obtener la Corona, el nuevo rey juró respeto al *Bill of Rights*.¹⁰³

El *Bill of Rights* fue el principal documento que se obtuvo de la llamada Gloriosa Revolución, esta declaración de derechos se promulgó el 16 de diciembre de 1688, en ella se reiteran las libertades expresadas en la Carta Magna otorgada por Juan Sin Tierra en 1215, pero ahora una característica esencial que distingue al *Bill of Rights* de otros documentos, consiste en que las libertades ya no son concebidas como exclusivas y estamentales en régimen de derecho privado, sino como libertades generales en el ámbito del derecho público.¹⁰⁴

Por otra parte, en el continente Americano, la historia de los derechos humanos también empezaba a escribirse con la llegada de los europeos, españoles, franceses, ingleses y portugueses, los cuales dejarían una impresión en las nuevas tierras, y serían origen de algunas disputas filosóficas en torno a los derechos del hombre, el 4 de julio de 1776, se emitió la Declaración de Independencia de las Colonias Americanas, con estos instrumentos iniciaba la época moderna de las

¹⁰³ *Ibidem* 87.

¹⁰⁴ Rodolfo Lara Ponce, "Los derechos en el constitucionalismo mexicano" en Solís García, Bertha, *Evolución de los Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 88.

declaraciones de los derechos humanos.¹⁰⁵

Pero retomemos nuevamente lo que sucedía en Europa, y tenemos que de las aportaciones derivadas del movimiento de la Revolución francesa, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, fue la más conocida, este documento, de diecisiete numerales, aprobado por la Asamblea francesa el 26 de agosto de aquel año, sintetiza el cambio político necesario para la transformación de la sociedad francesa, ya que de una sociedad oprimida y limitada pasó a un modelo liberal mucho más abierto y benéfico para los integrantes del cuerpo social, su emisión orientó filosofías de los derechos humanos durante los siglos posteriores.¹⁰⁶

La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano tuvo modificaciones en los años 1791 y 1793, en la primera se señalaron algunos tópicos de inclusión a la mujer.

En 1864 dieciséis países europeos y varios países de América asistieron a una conferencia en Ginebra, por la invitación del Consejo Federal Suizo, y por la iniciativa de la Comisión de Ginebra, la conferencia diplomática se llevó a cabo con el propósito de adoptar un convenio para el tratamiento de soldados heridos en combate, se estipuló la obligación de proveer atención médica sin discriminación al personal militar herido o enfermo y de respetar el transporte y el equipo del personal médico con el signo distintivo de la cruz roja sobre fondo blanco.¹⁰⁷

En 1920, se creó la Liga de las Naciones; sin embargo, se avanzó poco en cuanto a una efectiva protección de los derechos humanos. La Segunda Guerra Mundial se había librado violentamente de 1939 a 1945, por lo que, en abril de 1945, se hizo necesario transformar la estructura de la Liga de las Naciones, por lo que delegados de cincuenta naciones se reunieron en San Francisco, Estados Unidos, llenos de

¹⁰⁵ Solís García, Bertha, *Evolución de los Derechos Humanos... cit.*, pp. 88 y 89.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 90 y 91.

¹⁰⁷ Visible en <https://www.unidosporlosderechoshumanos.es/course/lesson/background-of-human-rights/the-background-of-human-rights.html>. Visto el 30 de enero de 2020.

optimismo y esperanza, dando origen a la creación de la Organización de las Naciones Unidas, la cual entró en vigor el 24 de octubre de 1945, fecha que se celebra cada año como día de las Naciones Unidas.¹⁰⁸

Para 1948, la nueva Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se había apoderado de la atención del mundo, bajo la presidencia dinámica de Eleanor Roosevelt (viuda del presidente Franklin Roosevelt, defensora de los derechos humanos por derecho propio y delegada de Estados Unidos ante la Organización de las Naciones Unidas), la Comisión se dispuso a redactar el documento que se convirtió en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Roosevelt, a quien se atribuyó la inspiración del documento, se refirió a la Declaración como la Carta Magna internacional para toda la humanidad, fue adoptada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.¹⁰⁹

En su preámbulo, la Declaración proclama, “que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie, ultrajes para la conciencia humana, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de la palabra y de la libertad de creencias” y en su artículo primero establece que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”.¹¹⁰, de lo que se advierte que protege de manera importante los derechos humanos de las personas, siendo un hito en la lucha de la humanidad en favor de su libertad y dignidad.

Luego de aprobar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Organización de las Naciones Unidas, deseaba presentar una Carta de Derechos Fundamentales que exigiera a los gobiernos a respetarla; así en medio de la Guerra Fría y, tras arduas negociaciones, la Asamblea General de las Naciones Unidas

¹⁰⁸ *Ídem.*

¹⁰⁹ *Ídem.*

¹¹⁰ Cárdenas Miranda Elva Leonor, *Instrumentos internacionales en relación con la familia y sus miembros*, Editorial Porrúa, México 2011, pp. 11-12.

aprobó en Nueva York dos textos complementarios a la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

- a) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconoce el derecho a la protección contra la explotación económica y el derecho a la educación y a la asistencia médica.
- b) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece el derecho a poseer un nombre y una nacionalidad.¹¹¹

Por otra parte, en el continente Americano, en la Novena Conferencia Internacional Americana, se constituyó la Organización de los Estados Americanos, la cual es una entidad panamericana de ámbito regional y continental creada el 30 de abril de 1948, con el objetivo de ser un foro que promueve el diálogo multilateral entre sus integrantes para la toma de decisiones consensuadas en los asuntos de interés para el continente americano y la integración de América, y esta tiene el propósito de fortalecer la paz, seguridad, consolidar la democracia, promover los derechos humanos y apoyar el desarrollo social y económico favoreciendo el crecimiento sostenible de los países que la integran.¹¹²

En abril de 1948, la Organización de los Estados Americanos, aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en Bogotá, Colombia, el primer documento internacional de derechos humanos de carácter general, con el fin de salvaguardar los derechos esenciales del hombre en el continente americano. La Declaración Americana establece en su preámbulo que, "los derechos esenciales

¹¹¹ Quintana Roldán, Carlos Fernando y Sabido Peniche, *op cit.*, p 192.

¹¹² Visible en <https://www.gob.mx/inafed/articulos/desde-hace-69-anos-mexico-tiene-una-representacion-permanente-en-la-organizacion-de-los-estados-americanos>. Visto el 30 de enero de 2020.

del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana."¹¹³

Así las cosas, también se crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1959, la cual tiene su sede actualmente en la ciudad de Washington Distrito de Columbia, con facultades para recibir e investigar peticiones individuales, de grupos o de organizaciones civiles, que aleguen violaciones a los Derechos Humanos; como se especificó, la Comisión podrá emitir recomendaciones a los gobiernos en torno al resultado de la investigación de las quejas planteadas.¹¹⁴

En noviembre de 1969, se celebró en San José de Costa Rica, la conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en la cual los delegados de los Estados miembros de la Organización de los Estados 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.¹¹⁵

Dicho instrumento, se conoce también como el “Pacto de San José de Costa Rica”, el cual fue ratificado por México en 1981, momento desde el cual le es vinculante este tratado y es parte del orden jurídico mexicano,¹¹⁶ a la fecha veinticinco naciones americanas han ratificado o se han adherido a dicha Convención.¹¹⁷

¹¹³ Cárdenas Miranda Elva Leonor, *op cit*, p. 369.

¹¹⁴ Quintana Roldán, Carlos Fernando y Sabido Peniche, *op cit.*, p 214.

¹¹⁵ Página oficial de la Corte interamericana de los derechos humanos. Inter-american court human rights. Historia de la corte IDH; <http://www.corteidh.or.cr/historia-en.cfm>. Visto el 20 de enero de 2020.

¹¹⁶ México y el sistema interamericano de los Derechos Humanos, véase en <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/36-Mex-Siste-DH.pdf>, visto el 24 de octubre de 2019.

¹¹⁷ 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 denunciaron 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

Por otra parte, también tenemos dentro de la estructura del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual dentro de sus atribuciones sigue un procedimiento de investigación, que incluye informes y otras probanzas, emite fallos definitivos y no sujetos a apelación alguna; sin embargo, el fallo debe disponer que se garantice el pleno goce de derechos o libertades violadas y, de ser procedente, deberá resolver sobre la reparación del daño y, en su caso, el pago de una justa indemnización.

Asimismo, es importante señalar que nuestro país ha aceptado la plena competencia contenciosa de la Corte Interamericana, según aparece en el Diario Oficial de la Federación del 24 de febrero de 1999.¹¹⁸

De lo anterior se concluye, que la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1978, permitió no solo incrementar la efectividad de la Comisión, sino establecer una Corte Interamericana de Derechos Humanos y modificar la naturaleza jurídica de los instrumentos en los que se basa la estructura institucional, los que declara órganos competentes "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención", así como establecer los deberes de los Estados y los derechos protegidos por dicho tratado.¹¹⁹

2.1.2. A nivel nacional

A continuación, presentaremos unas notas sobre el desarrollo histórico-constitucional de los derechos humanos desde su primer origen en México. No

sobre Derechos Humanos, por comunicación dirigida al Secretario General de la OEA, el 10 de septiembre de 2012.

¹¹⁸ Quintana Roldán, Carlos Fernando y Sabido Peniche, *op cit*, p. 215.

¹¹⁹ [Http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/intro.asp](http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/intro.asp), visto el 20 de enero de 2020

pretende ser este trabajo un estudio erudito y exhaustivo de toda nuestra vida constitucional, sino simplemente apuntar los documentos y hechos de la historia que consideramos han tenido mayor relevancia en el desarrollo constitucional de la concepción de los derechos humanos actualmente vigentes en nuestro texto constitucional.

La Constitución de Cádiz de 1812, establecía que la soberanía reside esencialmente en la nación y que a ella pertenece el derecho de establecer sus leyes, así como la igualdad de todos los habitantes del imperio, este ordenamiento establecía algunas garantías para los individuos.¹²⁰

Posteriormente, surgió la Constitución de Apatzingán en 1814, documento que recogía algunos de los principios políticos y aspiraciones de independencia de los “Sentimientos de la Nación”, estableciendo en su artículo 24 que, “...la felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad...”¹²¹

La constitución de 1824 dio vida en México al federalismo, se establece la libertad de escribir y publicar ideas políticas sin censura previa, de igual forma se estableció el respeto al domicilio y la prohibición de ser detenido, sin orden judicial.¹²²

En la constitución de 1857, se estableció principalmente que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales, la Constitución de 1857 fue, de hecho, elemento fundamental en la defensa nacional ante la invasión francesa y el imperio de Maximiliano de Habsburgo, contenía en su título primero, sección I, denominada “de los derechos del hombre”, una serie de artículos que con toda claridad establecieron los derechos fundamentales, permaneció en vigor hasta 1917.¹²³

¹²⁰ Quintana Roldán, Carlos Fernando y Sabido Peniche, *op cit*, p. 33.

¹²¹ *Ibidem*, p 34.

¹²² *Ibidem*, p 35.

¹²³ *Ibidem*, p 36.

La nueva Constitución de 1917 incluía una gran parte de los ordenamientos de la de 1857, especialmente lo referente a los derechos humanos sobre derechos políticos y civiles; además en esta nueva Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 se establecen, además, una serie de derechos considerados como sociales propios de los grupos, que por su especial situación de desventaja social requieren de protección especial de la ley, como es el caso de los trabajadores, campesinos y los indígenas, esta Constitución es la que prevalece hasta nuestros días; la que a lo largo de este tiempo ha sido en muchas ocasiones reformada.¹²⁴

El pasado 11 de junio de 2011, entró en vigor la reforma constitucional -al parecer la más importante en estos últimos tiempos- del artículo 1º que establece que todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados Internacionales de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, debiendo interpretarlos de manera que favorezca en todo tiempo a las personas con la protección más amplia posible.

Dicha reforma fue implementada sobre la base de una necesidad real de afianzar los derechos humanos de la sociedad ante la acción del Estado, la cual, por vía de reconocimiento de los derechos humanos, presupone la inherencia de los mismos y su posición privilegiada en el ordenamiento jurídico como la base y el objeto de las instituciones sociales.

Asimismo, con motivo del expediente de varios 912/2010, creado para determinar el cumplimiento que daría el Poder Judicial de la Federación a la sentencia condenatoria emitida contra el Estado Mexicano por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, -discutido en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación entre los días 4 y 14 de julio de 2011-, se interpretó con motivo de esta ocasión por

¹²⁴ *Ibidem*, p 39.

la Suprema Corte de Justicia de la Nación el contenido del nuevo artículo primero constitucional.¹²⁵

A razón de ello, y de otros casos en donde el tema se ha seguido debatiendo en el Alto Tribunal, se ha establecido la obligación de todos los jueces de resolver los casos sometidos a su consideración privilegiando los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales, por encima de lo que establezcan las leyes del ordenamiento jurídico mexicano.

Lo anterior quiere decir, que se establece la obligación de controlar de oficio que las leyes o normas que pudieran ser aplicables a un asunto determinado, no violen disposiciones de derechos humanos; si fuera el caso, el juez en cuestión deberá hacer a un lado la norma y no resolver con base en ella el caso concreto, por lo que debe entenderse con ello, que en la actualidad los derechos humanos están inmundamente reconocidos y protegidos, tan es así que las mismas autoridades en caso de que adviertan que una norma previamente establecida vulnere algún derecho humano deben de dejar de aplicarla.

Como nos damos cuenta, los derechos humanos están contemplados en la ley y garantizados por ella, tanto a través de nuestra Carta Magna como también en los tratados internacionales, además en la actualidad los Estados tienen la obligación de tomar las medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos.

2.2. Génesis y evolución de los Derechos Humanos de las niñas, niños y adolescentes

¹²⁵ Pérez Johnston, Raúl, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Concordancia con los Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México, Porrúa, 2012, p IX.

En la antigüedad nunca se pensó que en algún momento los niños tendrían protección alguna, en la edad media los niños eran considerados adultos pequeños y no eran sujetos de ningún tipo de protección.¹²⁶

A continuación, estableceremos cronológicamente los eventos históricos universales que dieron origen al surgimiento de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes a lo largo de la historia.

A mediados del siglo XIX, surgió en Francia la idea de ofrecer protección especial a los niños; esto permitió el desarrollo progresivo de sus derechos a partir de 1841, las leyes comenzaron a protegerlos en su lugar de trabajo y, a partir de 1881, las leyes francesas garantizaron su derecho a una educación.

A principios del siglo XX, comenzó a implementarse la protección de las niñas, niños y adolescentes incluso en el área social, jurídica y sanitaria, este nuevo desarrollo que comenzó en Francia se extendió más adelante por toda Europa desde 1919 tras la creación de la Liga de las Naciones (actualmente la Organización de las Naciones Unidas), la comunidad internacional comenzó a otorgarle más importancia a este tema, por lo que elaboró el Comité para la Protección de los Niños.¹²⁷

El 16 de septiembre de 1924, la Liga de las Naciones aprobó la Declaración de Ginebra, el primer tratado internacional sobre los Derechos de los infantes y a adolescentes; a lo largo de cinco capítulos, la Declaración otorga derechos específicos a las niñas, niños y adolescentes, así como responsabilidades a los adultos, se centra en el bienestar del niño y reconoce su derecho al desarrollo, asistencia, socorro y a la protección. La Declaración de Ginebra fue redactada por la pedagoga suiza Englantine Jebb, más tarde fue revisada en 1946.¹²⁸

¹²⁶ Pinto Tepoztecatl, Jorge, "La defensa de los derechos del niño" *Periódico el sol de Puebla*, 28 de abril de 2019, <https://www.elsoldepuebla.com.mx/autor/-pinto-tepoxtecatl>, visto el 9 de octubre de 2019.

¹²⁷ *Ídem*.

¹²⁸ Jiménez García, Joel Francisco, *Derechos de los niños*, Instituto de investigaciones jurídicas-UNAM, México, 2000, p 3.

La Segunda Guerra Mundial dejó entre sus víctimas a miles de niñas, niños y adolescentes, por lo que ante una situación desesperada en 1947 se creó el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, al cual se le concedió el estatus de organización internacional permanente en 1953; durante sus inicios, se centró particularmente en ayudar a los jóvenes víctimas de la Segunda Guerra Mundial, principalmente a los niños europeos; sin embargo, en 1953 su mandato alcanzó una dimensión internacional y comenzó a auxiliar a niños de países en vías de desarrollo, más adelante, dicha Organización estableció una serie de programas para que los niños tuvieran acceso a una educación, buena salud, agua potable y alimentos.¹²⁹

Desde el 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconoce que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especial.”¹³⁰

En 1959 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, que describe los derechos de los niños en diez principios que tienden a la protección, a proporcionar cuidados especiales con el fin de que el niño pueda tener una infancia feliz, pues la humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle.¹³¹

Los principios reconocidos en la mencionada Declaración son los siguientes; 1) el derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión o nacionalidad; 2) el derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño; 3) el derecho a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento; 4) el derecho a una alimentación, vivienda y atención médicos adecuados; 5) el derecho a una educación y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física; 6) el derecho a la comprensión y al amor de los padres

¹²⁹ González Contró Mónica, *Derechos humanos de los niños, una propuesta de fundamentación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2008, p 50.

¹³⁰ Artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹³¹ Jiménez García, Joel Francisco, *Derechos de los niños ...*, cit., p. 9

y de la sociedad; 7) el derecho a actividades recreativas y a una educación gratuita; 8) el derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia; 9) el derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación; y, 10) el derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal.¹³²

De igual manera, tenemos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados en 1966, que reconocen los derechos de niñas, niños y adolescentes.

El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contempla los siguientes derechos: prohibición de imponer la pena de muerte por delitos cometidos por personas menores de dieciocho años (artículo 6); separación de niños, niñas y adolescentes, procesados y sentenciados de los adultos (artículo 10); medidas especiales de protección para los niños por parte de la familia, la sociedad y el Estado, así como el derecho a ser registrado, al nombre y a la nacionalidad (artículo 24).

El pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece la obligación de adoptar medidas especiales y protección en contra de la explotación económica y social (artículo 10); adopción de medidas para reducir la mortalidad infantil y promover el sano desarrollo de los niños (artículo 12), y derecho a la educación (artículo 13).¹³³

Ahora bien, como no era suficiente los 10 principios que incluía la Declaración de los Derechos del Niño, en 1978 el gobierno de Polonia presentó a las Naciones Unidas, la versión provisional de una Convención sobre los Derechos del niño. La Organización de la Naciones Unidas, proclamó al año 1979 como el Año Internacional del Niño¹³⁴, durante este año Polonia propuso crear un grupo de

¹³² <https://www.humanium.org/es/declaracion-1959/> visto el 25 de enero de 2020.

¹³³ González Contró Mónica *op cit*, p. 12.

¹³⁴ *Ídem*.

trabajo dentro de la Comisión de los Derechos Humanos que se encargara de redactar una carta internacional.

Tras 10 años de negociaciones con gobiernos de todo el mundo, el 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño; a lo largo de 54 artículos, este es el tratado sobre derechos humanos que se ha aprobado más rápidamente, convirtiéndose en un tratado internacional, y entrando en vigencia el 2 de septiembre de 1990 luego de ser ratificado por 20 países.¹³⁵

Las disposiciones de la Convención incluyen derechos civiles, sociales, económicos, culturales y políticos, además de establecer “el interés superior del menor”¹³⁶ que refiere que, en caso de conflicto de intereses entre la sociedad, las instituciones y los niños, debe de prevalecer el interés de estos últimos; sus resoluciones buscan el mayor bienestar de las niñas, niños y adolescentes, apelando que los países que hayan firmado y ratificando adopten medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole para garantizar el derecho a la salud, cultura, descanso y juego, así como para proteger a los niños, niñas y adolescentes, de cualquier tipo de explotación, secuestro, venta y privación ilegal de su libertad.

Esta convención básicamente se encarga de establecer como debe ser la protección de las niñas, niños y adolescentes, 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 tres décadas de la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ninguna duda cabe que este instrumento internacional de Derechos Humanos es una de las mayores transformaciones en la concepción de la niñez desde el punto de vista del derecho, trayendo consigo profundas relaciones en las actitudes sociales y

¹³⁵ *Ídem.*

¹³⁶ Brena Sesma, Ingrid, “El Interés Superior del Menor en las adopciones internacionales” en González Martín, Nuria y Rodríguez Benot, Andrés. (coords.) *Estudios Sobre adopción Internacional*, México, UNAM, 2001, p. 354.

culturales hacia las niñas, niños y adolescentes.¹³⁷

Para fortalecer la garantía de los derechos contenidos en la Convención, se aprueban tres protocolos facultativos; uno sobre la participación de niños en conflictos armados, otro sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía¹³⁸, así como el protocolo relativo a un procedimiento de comunicaciones para presentar denuncias ante el Comité de los Derechos del Niño.

En 2002 durante el período extraordinario de sesiones de las Naciones Unidas sobre la infancia, delegados infantiles se dirigen a la Asamblea General por primera vez y se aprueba el programa de “Un Mundo Apropiado para los Niños”, que describe objetivos específicos para mejorar las perspectivas de las niñas, niños y adolescentes en el curso de la siguiente década.¹³⁹

En 2015, Somalia y Sudán del Sur ratificaron la Convención sobre los Derechos del Niño, este es el instrumento internacional más ampliamente ratificado de la historia; en efecto, 196 países se han convertido en Estados Parte en la Convención, hasta la fecha, solamente los Estados Unidos no la ha ratificado.¹⁴⁰

2.3. Bases para que se incorporen los Convenios y tratados en el sistema jurídico mexicano

Previo a citar cada uno de los convenios que tratan el tema de investigación, es importante hacer referencia a las normas constitucionales que establecen las bases para que los convenios y tratados se incorporen en el sistema jurídico mexicano, y en la especie tenemos que dichas normas son los artículos 15 y 133

¹³⁷ Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la Institucionalización en las Américas. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>. Visto 3 de diciembre de 2019.

¹³⁸ González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez Sonia, *Derecho Internacional Privado, Doscientos años de Tratados Internacionales ratificados por México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2014, pp. 9-12.

¹³⁹ Sitio web: <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/historia>, visto el 15 de octubre de 2019.

¹⁴⁰ <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/historia>, visto el 15 de octubre de 2019.

constitucionales.

Por su parte, el artículo 133 constitucional establece “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 la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión”, y el artículo 15 contempla que “no se autoriza la celebración de tratados (...) ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.”

Ahora bien, como se advierte de lo anterior, sumado al artículo 133 tenemos que el artículo 15 constitucional 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 integran al parámetro de regularidad contenido en el artículo 1 constitucional; de forma tal, 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 de la supremacía constitucional que contempla nuestra carta magna, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.

Debe entenderse que las reformas de 2011, tuvieron la intención expresa de reconocer el carácter constitucional de todas las normas de derechos humanos, sin importar que su fuente sea la propia Constitución o los tratados internacionales, a efecto de que los operadores jurídicos las utilicen para interpretar el sistema normativo mexicano, erigiéndose, así como parámetro de control de regularidad constitucional.

Recapitulando lo dicho hasta ahora, es importante reiterar que las relaciones entre los derechos humanos que integran el nuevo parámetro de control de regularidad, deben desarrollarse en forma armónica, sin introducir criterios de jerarquía entre las

mismas. Este criterio se refuerza con la interpretación literal, sistemática y originalista de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, las cuales fueron contundentes en cuanto a la necesidad de comprender a las normas que integran el catálogo de derechos humanos como un conjunto homogéneo que opera como un parámetro de regularidad del resto de las normas y actos jurídicos.¹⁴¹

En este sentido, los eventuales conflictos entre distintos derechos humanos, con independencia de su fuente, deberán ser resueltos a través de juicios de ponderación, de igual manera, las problemáticas que eventualmente puedan suscitarse con motivo del reconocimiento de un mismo derecho humano en la Constitución y en tratados internacionales deberán ser resueltas mediante la aplicación del principio *pro-persona*.

Y para ilustrar lo anterior, tenemos la jurisprudencia P./J. 20/2014 emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo contenido literal es el siguiente:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se

¹⁴¹ Guerrero Zazueta, Arturo, *¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad*, CNDH, México, 2015, p 100.

relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.¹⁴²

Como podemos observar, la jurisprudencia antes citada establece claramente que el bloque de constitucionalidad o control de regularidad como lo llama la Suprema Corte, deriva de la contradicción de tesis 293/2011, en la que se establece que todas las sentencias deben velar por los derechos humanos, antes se hablaba de una jerarquización respecto a nuestra constitución y a los tratados internacionales, situación que ya cambió dado a que ahora no importa cuál sea la fuente del derecho humano, sino que lo que importa es que el derecho que se aplique sea, el que más proteja al peticionario.

Asimismo, establece que derivado de la parte final del primer párrafo del citado

¹⁴² Tesis P/J. 20/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo I Libro 5, abril de 2014, p. 202.

artículo 1o, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma. En ese sentido, tenemos que el bloque de constitucionalidad se refiere al conjunto de cuerpos normativos que fungen como criterio de regularidad normativa de un sistema jurídico.

2.4.- México ante la Convención de los Derechos del Niño

Una vez que ya establecimos que posición ocupan las normas que contienen derechos humanos, damos paso a establecer que impacto ha tenido la adhesión de la Convención de los Derechos del Niño, en nuestro sistema jurídico mexicano.

México ratificó su firma y compromiso con la Convención de los Derechos del Niño, en 1990, la cual fue aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión de nuestro país el 19 de junio, según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de julio; ratificada por el Ejecutivo Federal el 21 de septiembre; y, entró en vigor el 21 de octubre de 1990.¹⁴³

La Convención sobre los Derechos del Niño, es el instrumento internacional más importante de todos los previamente aprobados en nuestro País, comprende todos los derechos de los niños, tanto los comprendidos en los llamados derechos civiles y políticos como los sociales, económicos y culturales, además de que señala situaciones particulares en las que esos derechos pueden verse afectados, impone además obligaciones y responsabilidades a terceras personas en su actuación respecto de los niños.

¹⁴³ González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez Sonia, "*Derecho Internacional Privado, Doscientos años...*" *cit*, p 5.

Para efectos de la Convención, se entiende niño a todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad,¹⁴⁴ en el párrafo 9º, de su preámbulo, se establece lo siguiente: “por su falta de madurez física y mental -el niño-, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

Esa nueva visión acerca de las niñas, niños y adolescentes, como sujetos de derechos en un marco jurídico que siempre los consideró como incapaces, es de reciente recepción en el sistema jurídico mexicano: así si el siglo veinte fue el siglo en el que se consolidó formalmente una diferente concepción de la infancia, debemos de esperar que el siglo veintiuno sea el siglo donde no solo se consolide formalmente, sino que permeará socialmente para modificar la estructura cultural presente en la sociedad mexicana por la cual los niños, niñas y adolescentes son propiedad de los padres.

La Convención sustenta la aplicación de los derechos de niñas y niños en cuatro principios básicos que deben ser atendidos por quienes tengan la responsabilidad de aplicar sus normas, y por quienes lleven a cabo proyectos, programas y acciones a favor de la niñez, los cuales son: a) El de no-discriminación, b) El interés superior de la infancia, c) El de la supervivencia y el desarrollo y, d) El de la participación.¹⁴⁵

A 32 años de puesta en marcha la Convención Sobre los Derechos del Niño, es innegable que la situación que enfrentan las niñas, niños y adolescentes a nivel mundial se ha modificado en comparación con la fecha de su promulgación, los tiempos cambian y las políticas de atención a la niñez y la adolescencia afortunadamente también.

¹⁴⁴ Artículo 1 de la Convención sobre los derechos de los niños.

¹⁴⁵ Álvarez de Lara, Rosa María “El concepto de niñez en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la legislación mexicana” en Pérez Contreras, María de Montserrat Macías Vázquez, María Carmen (coords), *Marco Teórico Conceptual sobre Menores Versus Niñas, Niños y Adolescentes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p 8.

No obstante lo anterior, más de 40 millones de niñas, niños y adolescentes en nuestro país que representan un 33% de la población total de México, siguen padeciendo atrasos de diversa índole en cuanto a la consecución de sus derechos, los cuales se ven reflejados en los siguientes datos: la Encuesta Nacional sobre Discriminación (ENADIS 2010) señaló, que el 31% las personas adultas consideran que niñas, niños y adolescentes deben tener solo los derechos que sus padres y madres les quieran dar, o que simplemente no deberían tener derechos hasta cumplir la mayoría de edad.¹⁴⁶

Asimismo, la Encuesta Nacional de Niños, Adolescentes y Jóvenes, revela que, de entre seis opciones, 74.6% de los encuestados consideran que las niñas, niños y adolescentes conocen sus derechos pero no sus obligaciones; a su vez 61.4% opina que esos derechos disminuyen la autoridad de los padres, 64.1% reportan que no conocen los derechos de niñas, niños y adolescentes, y el 33.5% considera que los adolescentes no deben tener derechos porque son menores de edad.¹⁴⁷

En ese sentido, el compromiso asumido por México, con la firma de la Convención sobre los Derechos del Niño, no se extingue con la creación de instrumentos jurídicos que incorporen las disposiciones de dicha Convención, el compromiso implica poner en marcha programas, elaborar políticas públicas, realizar acciones que den cumplimiento a cada uno de los temas que la Convención establece; asimismo, implica establecer medidas dirigidas a informar y modificar actitudes y valores entre la población.

El reto final que una sociedad como la mexicana enfrenta para cumplir con la Convención, es implementar en la sociedad una cultura de respeto a los derechos, pero todo ello requiere que el Estado mexicano destine recursos, y que éstos se consideren como la mejor inversión a favor de la niñez de este país.

¹⁴⁶ Visible en <https://www.gob.mx/sipinna/articulos/para-hablar-de-derechos-humanos-con-ninas-y-ninos?idiom=>. Visto el 29 de enero de 2020.

¹⁴⁷ Visible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/331413/PRONAPINNA_-.pdf, visto el 2 de febrero de 2020.

La construcción de una sociedad involucrada en el respeto a los derechos de la niñez, es un asunto que compete a todos por igual, se trata de un cometido que nos lleva al terreno de los valores ciudadanos, a la equidad, a la integración social, al aprecio de la diversidad, a la tolerancia, al buen trato y a un ambiente de paz, por supuesto que esto no es un asunto fácil de lograr, pero si se aspira a un país de libertades, se debe asumir como el principal compromiso, la defensa, protección y respeto de la niñez mexicana, no solo de palabra sino de hechos.

2.5. Marco normativo internacional respecto a la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes

En México, tenemos dos instrumentos convencionales que dan respuesta a la restitución de niñas, niños y adolescentes, estos convenios son la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989.

Respecto al Convenio de la Haya, tenemos que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece que dicha convención internacional fue aprobada por cuarenta y cinco votos, existió el *quórum* necesario para la validez jurídica de dicho instrumento, y además es válido por que el presidente de la República, quien, después de la aprobación del Senado, en uso de la facultad que le confiere el artículo 89, fracción X, constitucional, aceptó y confirmó el texto aprobado del instrumento internacional, por lo que se concluye que dicha Convención es válida, lo que se corrobora con la tesis siguiente:

CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. CUMPLE CON LOS REQUISITOS LEGALES Y CONSTITUCIONALES PARA SU VALIDEZ. De acuerdo con el artículo 76, fracción I, de la Constitución General de la República, es facultad exclusiva del Senado aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión. A su vez, el artículo 63 establece que las Cámaras Legislativas no pueden abrir sus sesiones, sin la concurrencia, en cada una de ellas, de más

de la mitad del número total de sus miembros. Además, conforme al artículo 60 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, ninguna proposición o proyecto podrá discutirse, sin que primero pase a la comisión correspondiente, y ésta haya dictaminado, lo cual es acorde con lo que al efecto señala el artículo 4o. de la Ley sobre la Celebración de Tratados. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 33 del reglamento mencionado, se presentan en sesión secreta, entre otras cuestiones, los asuntos relativos a relaciones exteriores, como lo es la aprobación de tratados o convenciones internacionales. A este respecto, la convención de mérito fue aprobada por el Senado, en sesión secreta, el trece de diciembre de mil novecientos noventa, fecha en la que el número de legisladores que integraba dicha Cámara era de sesenta y cuatro; por lo que, si dicha convención internacional fue aprobada por cuarenta y cinco votos, existió el quórum necesario para la validez jurídica de dicho instrumento, el cual, por su naturaleza jurídica, difiere de la que corresponde a las leyes o reglamentos, en lo que ve a su proceso de formación, razón por la cual no contiene exposición de motivos, pues no se trata de una iniciativa de ley, sino que dada la naturaleza y alcances del decreto promulgatorio que la contiene y conforme al procedimiento para su aprobación, estrictamente, no necesita contener una exposición de motivos. No obstante, lo que sí es indispensable para la validez de la convención internacional es la existencia del instrumento de adhesión, expedido por el presidente de la República, quien, después de la aprobación del Senado, en uso de la facultad que le confiere el artículo 89, fracción X, constitucional, acepta y confirma el texto aprobado del instrumento internacional, como ocurrió en el caso de la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.¹⁴⁸

2.5.1 Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980

¹⁴⁸ Tesis 1a. CXXVI/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, diciembre de 2004, p. 355.

La Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado (COHADIP), es una organización internacional con sede en la ciudad de La Haya (Países Bajos, Holanda) que tiene por objeto buscar la homologación de las normas de derecho internacional privado a nivel mundial; ha elaborado un sin número de convenciones internacionales donde algunas de ellas están actualmente en vigencia, y una gran parte corresponde exclusivamente a conflictos de legislación, por ejemplo, en materias de ley aplicable a las obligaciones alimentarias, a los accidentes de tránsito en carreteras, a la responsabilidad de hechos y resultados, a los regímenes matrimoniales o sobre las sucesiones.

Se afirma que el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de niñas, niños y adolescentes, es un tratado multilateral que hace efectivo el interés superior del niño, estableciendo en su preámbulo que los intereses de la niña, niño y adolescentes son de una importancia primordial, tiene como objetivo la protección de los niños respecto de los efectos perjudiciales de la sustracción que traspasa las fronteras internacionales, proporcionando un procedimiento para conseguir la pronta restitución del infante o adolescente al Estado de su residencia habitual, así como asegurar la protección del derecho de visita.¹⁴⁹

Respecto al derecho de custodia, este se asegura cuando se concreta el retorno, pero al ser regulado por el derecho doméstico del Estado de la residencia habitual, su consideración escapa casi por completo del ámbito convencional, ya que como bien lo señala Pérez-Vera¹⁵⁰, es claro que el convenio no se refiere al fondo de custodia (artículo 19), pero, por otra parte, resulta evidente que el hecho de calificar de ilícito el traslado o el no retorno de un menor está condicionado por la existencia de un derecho de custodia que da un contenido jurídico a la situación modificada

¹⁴⁹ Visible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>. visto el 29 de enero de 2020.

¹⁵⁰ Facussé de Villeda, Marcia, Comisión Ordinaria de Familia y Niñez, la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes normativa y doctrina, *Revista Legislativa de la Comisión de Familia y Niñez del Congreso Nacional. Año 1 No. 1*, Tegucigalpa, septiembre de 2007, <http://www.iin.oea.org/pdf-iin/Sustraccion-Internacional-Ninos-Ninas-Adolescentes.pdf>.

por las acciones que pretenden evitar.¹⁵¹ En cuanto al derecho de visita, este sí es objeto de regulación en el convenio, aún en caso de que no haya una determinación o regulación previa.

El artículo 1º de la Convención de La Haya, refleja el deseo de proteger a los niños, niñas y adolescentes, así como su interés superior, al garantizarles una restitución inmediata al lugar de su residencia habitual, así como menciona que la finalidad de la Convención de La Haya es: a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; y, b) velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

En otro aspecto, veamos los cuatro ámbitos de aplicación del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la sustracción Internacional de Menores, y en la especie tenemos que son el ámbito material, personal, espacial y temporal.

a).Respecto a la aplicación del convenio en su aspecto personal, tenemos que de acuerdo con su artículo 4º de la Convención en cita, dejará de aplicarse cuando el niño, niña o adolescente, alcance la edad de dieciséis años,¹⁵² esta edad es una parte importante señalarla porque la minoría de edad no se encuentra armonizada en los diferentes países, 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.

Matus Calleros, aduce que el hecho de que la Convención de La Haya, solo contemple menores de 16 años, tiene varias razones de ser, una de ellas es que se entiende que una persona mayor de dieciséis años posee ya voluntad propia para

¹⁵¹ Matus Calleros, Eileen *Derecho internacional privado mexicano ante la restitución internacional de menores*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 16 de octubre de 2016, p. 34.

¹⁵² González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez Sonia, *Derecho Internacional Privado, Doscientos años...* cit, p.40.

decidir con cuál de los dos progenitores quiere estar.¹⁵³

b). Referente al ámbito de aplicación material. Este instrumento internacional regula los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, entendiendo por sustracción la vulneración de los derechos de guarda-custodia y visita-convivencia, por decretarse o simplemente acordada, siempre que los derechos de familia señalados estuvieran siendo ejercidos de manera efectiva.¹⁵⁴

Nuria González y Sonia Rodríguez, señalan que, respecto al derecho de custodia, comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona menor de edad y en concreto, el de decidir su residencia habitual;¹⁵⁵ por lo que hace al derecho de visita, comprenderá el derecho de llevar a la niña, niño o adolescente por un periodo de tiempo limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual.

Siguen mencionado las autoras en cita, que si bien cuando un Estado tenga dos o más sistemas de derechos aplicables en unidades territoriales diferentes, toda referencia a la residencia habitual se interpretará que, se refiere a la residencia habitual en una unidad territorial de este Estado; igualmente, toda referencia de la ley del Estado de residencia habitual se interpretará que, se refiere a la ley de la unidad territorial del Estado donde reside habitualmente la niña, niño o adolescente.

Ahora bien, por lo que respecta a la visita, cuando se trate de un Estado que en materia de custodia tenga dos o más sistemas de derechos aplicables a diferentes categorías de personas, toda referencia a la ley de ese Estado se interpretará que se refiere al sistema de derecho especificado por la ley de dicho Estado.

De igual manera, Matus Calleros, en su obra titulada: la sustracción internacional de menores desde la perspectiva del derecho internacional privado¹⁵⁶, menciona

¹⁵³ Matus Calleros, Eileen, *op cit.*, p. 34.

¹⁵⁴ *Ibidem*, foja 39.

¹⁵⁵ *Ídem*.

¹⁵⁶ Matus Calleros, Eileen, *La sustracción internacional de menores desde la perspectiva del derecho internacional privado*, Universidad Autónoma de Barcelona, Ballaterra, Cerdanyola del Valles, septiembre 2016, pp 63 y 64.

que México, al ser una federación compuesta de Entidades Federativas, las cuales tienen autonomía legislativa y jurisdiccional para decidir sobre las relaciones de familia, estamos ante diferentes sistemas jurídicos operando en un país, cabe resaltar que en los supuestos de sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes, el sustractor estará en una posición de ventaja respecto al otro progenitor puesto que éste será el que decida la jurisdicción para juzgar el caso, y en principio elegirá la más favorable a sus pretensiones.

c). - En lo referente al ámbito de aplicación espacial, tenemos que este instrumento ha sido ratificado por más de ochenta Estados¹⁵⁷, algunos miembros de la Organización Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH), mientras que algunos estados no son miembros, lo cual nos habla del éxito de este Convenio como medio para proteger el interés superior de las niñas, niños y adolescentes en los casos de sustracción y retención ilícitas.

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 de dieciséis países 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 Interamericana.

El artículo 38 del Convenio en cita, especifica el ámbito de aplicación espacial, ya que en él se dispone que la adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que se adhiera y aquellos Estados contratantes que hayan declarado aceptar esta adhesión, de ahí que este convenio tenga un carácter *inter partes*.¹⁵⁸ Es decir, este convenio sólo resuelve las situaciones que afectan a los Estados parte, a diferencia de los Convenios *erga omnes* que resuelven situaciones entre

¹⁵⁷ <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/print/?cid=24>. Visto el 4 de febrero de 2020.

¹⁵⁸ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J, *et al.*, *Derecho Internacional Privado*, 2ª ed. vol. II, Madrid, Comares, 2000, p. 168.

Estados parte y no parte.¹⁵⁹

Asimismo, el artículo 35 de esta Convención, establece que este instrumento “sólo se aplicará entre los Estados contratantes en los casos de traslado o retenciones ilícitas ocurridas después de su entrada en vigor en esos Estados.”

No obstante ello, el artículo 36 de la citada Convención establece que nada de lo dispuesto en la presente Convención impedirá que dos o más Estados contratantes, con el fin de limitar las restricciones a las que podría estar sometida la restitución de la niña, niño y adolescente, acuerden mutuamente inaplicar algunas de las disposiciones de la presente Convención que podrían implicar esas restricciones, en ese sentido, nada impide que dos Estados acuerden derogar lo establecido en el artículo 35 y apliquen el Convenio de forma retroactiva, siempre tomando en cuenta el interés superior de la niña, niño o adolescente.

En cuanto a los plazos previstos por el artículo 12, desde que se produjo el traslado o la retención ilícita del infante o adolescente, no existe límite alguno para iniciar el procedimiento siempre que el infante o adolescente no haya cumplido los dieciséis años, de conformidad con el artículo 4; el inicio del procedimiento con posterioridad a la expiración del período de un año previsto en el apartado primero del artículo 12, no hace más que matizar la obligación de hacer volver a la niña, niño o adolescente, admitiendo que tal obligación no existe cuando se comprueba que el mismo se ha integrado en su nuevo entorno.¹⁶⁰

d). - En lo referente al ámbito de aplicación temporal. Este instrumento, se firmó en La Haya, el 25 de octubre de 1980, con entrada en vigor internacional el 1º de diciembre de 1980.

Como ya lo señalamos con anterioridad, de conformidad con el artículo 35, la Convención sólo se aplicará entre los Estados contratantes en los casos de traslado

¹⁵⁹ Matus Calleros, Eileen, *Derecho internacional privado... cit.*, p. 38.

¹⁶⁰ <http://www.hcch.net/upload/expl28s.pdf>. Visto el 4 de diciembre de 2019.

o retenciones ilícitas ocurridos con posterioridad a su entrada en vigor.

Asimismo, los artículos 37 y 38 de la Convención de La Haya, señalan que ha estado abierto este Convenio a la firma de los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado desde el momento de su decimocuarta sesión, pero también que cualquier otro Estado podrá adherirse al Convenio. La adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que se adhiera y aquellos Estados contratantes que hayan declarado aceptar esta adhesión, esta declaración habrá de ser formulada por cualquier Estado miembro que ratifique, acepte o apruebe el Convenio.

Dicha declaración será depositada en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos; este Ministerio enviará por vía diplomática una copia auténtica a cada uno de los Estados contratantes, el Convenio entrará en vigor entre el Estado que se adhiere y el Estado que haya declarado que acepta esa adhesión el día uno del tercer mes siguiente al depósito de la declaración de aceptación.

En México, este instrumento internacional el Senado lo aprobó el 13 de diciembre de 1990, se publicó en el Diario Oficial de la Federación para su aprobación el 14 de enero de 1991, la vinculación de México se produjo por adhesión el 20 de junio del mismo año, entró en vigor hasta el 1 de septiembre siguiente y finalmente se publicó en el Diario Oficial de la Federación para su promulgación el 6 de marzo de 1992.¹⁶¹

2.5.2. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores de 1989

Esta convención fue adoptada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, de la Organización de los Estados Americanos, celebrada en Montevideo, Uruguay en 1989.

¹⁶¹ González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez Sonia, *Derecho Internacional Privado, Doscientos años...* cit, p 40.

Los objetivos que persigue este instrumento convencional han sido abordados de forma conjunta con el Convenio de La Haya, a pesar de ello podemos mencionar, de forma resumida dos objetivos inmediatos y manifiestos, los cuales son: a) proteger a la niña, niño o adolescente y, en concreto, todo aquello que represente y abarque el concepto del interés superior de la niñez; y, b) respetar los derechos de guarda/custodia y visita/convivencia decretados en un tercer Estado.

Veamos los cuatro ámbitos de aplicación de la Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores, mismos que son: el material, personal, espacial y temporal.

a). En cuanto al ámbito de aplicación personal de este instrumento, el artículo 2º señala que se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años, por lo que el Convenio solo es aplicable a estas personas; de ahí que se excluya la competencia de cada Estado para la fijación de la edad, en esto coincide con lo establecido en el Convenio de La Haya.

En este sentido, vemos que la determinación de la edad hecha por este Convenio puede entrar en conflicto con el orden público de algunos Estados, que establecen los dieciocho años como límite para alcanzar la mayoría de edad; sin embargo, la finalidad de este instrumento no radica en alterar el límite para adquirir la mayoría de edad en las legislaciones de cada Estado-parte, sino en lograr la localización y restitución de la niña, niño y adolescente al Estado de su residencia habitual.

En este orden de ideas, para los fines que persigue esta Convención, y la Convención de La Haya, la edad de dieciséis años es adecuada, pues consideramos que el niño que posee esta edad tiene la madurez suficiente para decidir con cuál de los dos progenitores quiere habitar y, en este sentido, no podemos dejar de tomar en cuenta su decisión.¹⁶²

b). En cuanto al ámbito de aplicación material. El contenido de este instrumento

¹⁶² Matus Calleros, Eileen, *op cit*, pp 80-81.

internacional, junto con el Convenio de La Haya, regulan la sustracción internacional de menores de manera muy similar.

El artículo 4º de esta Convención, el cual señala que un traslado o retención de un infante o adolescente es ilegal cuando se produzca en violación a los derechos que ejercían individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores o cualquier institución inmediatamente antes de ocurrir el hecho de conformidad con la ley de la residencia habitual de la niña, niño o adolescente.

Matus Calleros¹⁶³, hace dos comentarios al respecto: primero, afirma que los derechos que ejercían los padres, tutores, guardadores o cualquier institución, pueden estar atribuidos por la ley de la residencia habitual del niño, niña y adolescente; segundo, el término residencia habitual está determinado conforme al ordenamiento jurídico del Estado que en concreto se encuentre el infante o adolescente.

Asimismo, tenemos que esta Convención sólo se centra en regular los aspectos civiles de la restitución, no obstante, ello, el artículo 26 de esta Convención establece que, “no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del niño, niña y adolescente cuando el traslado o retención del mismo constituya delito”.

c). En cuanto a su ámbito de aplicación espacial, esta convención ha sido ratificada, por Antigua y Barbuda, Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela,¹⁶⁴ este instrumento al ser *Inter partes* sólo se aplicará entre los Estados mencionados anteriormente.

Ahora bien, el Estado de origen (residencia habitual) como el de destino (donde se traslada o es retenido) deben ser Estados contratantes. Asimismo, el artículo 1o.

¹⁶³ Matus Calleros, Eileen, *op cit*, p 74.

¹⁶⁴ Véase <http://www.oas.org/Juridico/spanish/firmas/b-53.html>. Visto el 1 de febrero de 2020.

prevé otro Estado distinto a los mencionados anteriormente, afirmamos que el Estado al cual se refiere este artículo sería aquel que sirvió de tránsito para trasladar a la niña, niño y adolescente.

Por otra parte, se destaca que el convenio Interamericano, establece en el artículo 34, que entre los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueron parte de esta Convención Interamericana y de la Convención de la Haya sobre aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, del 25 de octubre de 1980, se regirán bajo el Convenio Interamericano; sin embargo, se les dejará a elección de los Estados elegir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de la Haya del 25 de octubre de 1980.

d). Con lo que respecta al ámbito de aplicación temporal de este Convenio, debemos precisar que se firmó en Montevideo el 15 de julio de 1989, con entrada en vigor internacional en noviembre de 1994.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 36 del multicitado Convenio, se desprende que para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión, de lo anterior podemos concluir que este es un instrumento no retroactivo, es decir, no aplicará a las restituciones presentadas con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio.¹⁶⁵

México firmó la Convención Interamericana el 6 de abril de 1992, se aprobó por el Senado el 22 de junio de 1994, se publicó en el Diario Oficial de la Federación para su aprobación el 6 de julio siguiente; así la vinculación de México se produjo por ratificación el 5 de octubre del mismo año, la entrada en vigor fue el 4 de noviembre de 1994 y se publicó en el Diario Oficial para su promulgación el 18 de noviembre

¹⁶⁵ Matus Calleros, Eileen *Derecho internacional... op cit*, p. 77.

de ese mismo año.¹⁶⁶

Por último, es muy importante enfatizar que tenemos dos marcos de referencia para considerar a que ámbito pertenecen los tratados y convenciones internacionales; uno es el regional y otro el universal como algunos lo citan en la doctrina; sin embargo, independientemente del sistema al que pertenezcan, el objeto de estudiar los tratados y convenciones internacionales, es para evidenciar la obligación que adquieren los Estados Nación, para proteger a los niños, niñas y adolescentes y que las medidas señaladas en cada instrumento internacional son de observancia obligatoria para cada Estado.

2.6. *Soft law* de la Restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes

El derecho internacional, como cualquier otra rama del derecho, está en constante transformación, dado a que cada vez más se presentan nuevas situaciones y fenómenos en la comunidad internacional, y las cuales reclaman para si un tratamiento jurídico.

Aparece como una alternativa de solución el denominado *soft law*, como ha advertido Julio Barberis, el “orden internacional actual no constituye un sistema cerrado en el que existe un número determinado y limitado de modos de creación de normas jurídicas. Los miembros de la comunidad internacional pueden acordar nuevas fórmulas para crear el derecho de gentes”.¹⁶⁷ En consecuencia el derecho internacional está abierto a la transformación, reflejo evidente de la cambiante y compleja sociedad.

Asimismo, cabría concederles una función interpretativa a los instrumentos de *soft law*, como una herramienta de utilidad en la función jurisdiccional a la hora de analizar *hard law*, ello, dada su capacidad de clarificar normas internacionales al reflejar el consenso de los actores involucrados, claro ejemplo que ilustra lo

¹⁶⁶ González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez Sonia *Derecho Internacional Privado, Doscientos años...*, cit., p 45.

¹⁶⁷ Barberis, Julio, *Formación de derecho internacional*, Ábaco, Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 257

expuesto, es la Guía de buenas prácticas del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores,¹⁶⁸ así como el protocolo de actuación que ha sido desarrollado por la Oficina Regional para América Latina de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Debe entenderse entonces al *soft law* como el símbolo y producto de la permanente cooperación multilateral entre los miembros de la comunidad internacional, como una herramienta cuya existencia no puede negarse y cuya utilidad apenas ha comenzado a descubrirse.¹⁶⁹

Es en este contexto, el denominado *soft law* o como se le ha denominado en español “derecho flexible”, ha ganado terreno en la solución de los conflictos que se presentan en cuestiones internacionales, por lo que a continuación se exponen dos instrumentos que tienen por objeto coadyuvar a la solución del proceso de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes.

2.6.1. Proyecto de guía de buenas prácticas sobre el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980

Más de ochenta Estados son ahora partes del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores de 25 de octubre de 1980, los Estados parte se reúnen periódicamente durante una Comisión especial organizada por el Buró Permanente de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, para revisar la práctica en virtud del Convenio y hacer recomendaciones.

Durante la Cuarta Reunión de la Comisión Especial antes mencionada celebrada en La Haya del 22 al 28 de marzo de 2001, se hizo la sugerencia para revisar y

¹⁶⁸ Matías Feler, Alan, “Soft Law como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas”, *Lecciones y Ensayos*, número 95, 2015, pp. 281-303.

¹⁶⁹ Fernández, Jonathan, “Restitución internacional de menores. El rol de las autoridades centrales en el marco del deber de cooperación de los estados”, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, número 7, Argentina, 15 de diciembre 2017.

hacer recomendaciones sobre la práctica bajo el Convenio, consistente en que los Estados parte deberían cooperar entre sí y con la Oficina Permanente para elaborar una Guía de buenas prácticas que desarrollará los principios enunciados en el artículo 7 del Convenio.

Se mencionó que se trataría de una Guía práctica explicativa que tendría por objeto facilitar la aplicación del Convenio, estaría esencialmente consagrada a las cuestiones operacionales y destinada principalmente a los nuevos Estados parte, y además no tendría un efecto imperativo.¹⁷⁰

En respuesta a esta recomendación, la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, en consultas con los Estados Contratantes, redactó seis partes de la Guía de buenas prácticas. La primera parte trata de la práctica de las Autoridades Centrales, la segunda de las Medidas de Aplicación, la tercera de Medidas Preventivas, la cuarta de Ejecución, la quinta de la Mediación y la sexta es respecto al artículo 13, apartado 1, letra b) de la Convención de la Haya.

Estas partes de la Guía fueron aprobadas por la Comisión Especial sobre el Convenio y publicadas en inglés, francés y español; estas guías se refieren a lo siguiente:

La Parte I se refiere a la práctica de las autoridades centrales, uno de sus objetivos es pasar revista a una serie de buenas prácticas desarrolladas bajo el Convenio al paso de los años por la experiencia y por los procedimientos y los errores. La Guía está diseñada para ayudar a las nuevas Autoridades centrales, así como a las ya establecidas, a fin de ayudarles a ahorrar tiempo y energía al poner a su disposición una gama de prácticas intentadas y probadas, las cuales han resultado en una efectiva implementación del Convenio en países en los que ya han sido adoptadas.

¹⁷⁰ Página oficial de La Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado (COHADIP), Sitio web: <https://assets.hcch.net/docs/9fb7e7f3-0b624a15-8570-048a841d2ed6.pdf>. Visto el 2 de febrero de 2020.

Ciertas Autoridades centrales verán en esta Guía de buenas prácticas parte 1, un instrumento útil para sus discusiones con sus autoridades locales, en cuanto a la necesidad de obtener nuevos recursos o de modificar su legislación; aun y cuando lo estipulado en esta Guía no podrá ser interpretado como obligatorio, se anima a todas las Autoridades centrales a revisar sus propias prácticas y, cuando sea apropiado y posible, a cambiarlas.

Tanto para las Autoridades centrales establecidas y como para aquellas en desarrollo, la implementación del Convenio debería ser vista como un proceso continuado, progresivo y creciente de mejoramiento, ya que esta guía se obtuvo precisamente por la estrecha consulta con las Autoridades centrales.¹⁷¹

Ahora bien, también tenemos la Parte II de esta Guía, la cual contempla las Medidas de ejecución, esta parte tiene como objetivo se tengan en cuenta los dispositivos, las prácticas y los procedimientos que se han probado como útiles para aplicar el Convenio con éxito en jurisdicciones distintas, máxime que las disposiciones del Convenio de La Haya, están formuladas en términos suficientemente precisos y neutros para poder ser aplicadas fácilmente por los tribunales y las autoridades nacionales de cada Estado.

En esta parte de la guía se deja en claro que lo que sea necesario para la aplicación del Convenio en el derecho interno de un Estado parte, es una cuestión que depende del orden constitucional de cada Estado, es decir, sea cual sea la situación constitucional, serán necesarias algunas medidas de aplicación para que el Convenio funcione eficazmente, un ejemplo es la obligación de designar una Autoridad central, recurrir a sus procedimientos de urgencia, a organizar sus

¹⁷¹ Página oficial de La Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado (COHADIP), Sitio web: <https://assets.hcch.net/docs/9fb7e7f3-0b62-4a15-8570-048a841d2ed6.pdf>. pp 7-8, visto el 2 de febrero de 2020.

estructuras jurídicas y procesales de tal forma que se asegure el buen funcionamiento del Convenio,¹⁷² entre otras.

En otro aspecto, tenemos la tercera parte de la Guía de buenas prácticas que trata de las medidas de prevención, la prevención de la sustracción es una aspiración clave del Convenio de 1980, es ampliamente conocido que es mejor prevenir la sustracción, que tener que solicitar la restitución del niño tras la sustracción.

Debe indicarse de inicio, que la tercera parte de la Guía de buenas prácticas difiere en su enfoque de la primera y de la segunda parte, el enfoque es más amplio que en las partes precedentes y no se limita a tratar únicamente de las buenas prácticas con relación a la aplicación y el funcionamiento del Convenio de 1980, sino que su objetivo es orientar de forma general sobre el tipo de medidas de prevención que los Estados pueden considerar adoptar para reducir la incidencia de la sustracción de niñas, niños y adolescentes, es decir, hacer una relación de procedimientos y prácticas que los Estados puedan desear poner en funcionamiento.¹⁷³

La cuarta parte de la guía en comento se refiere a la ejecución, se espera que sirva de ayuda a los Estados contratantes en la implementación de un sistema eficiente para ejecutar las órdenes de restitución a fin de favorecer el interés superior de los niños involucrados, esta parte de la guía es más técnica y detallada en su enfoque sobre el tema reflejando con ello la complejidad y diversidad de los enfoques adoptados por los Estados respecto del tema de la ejecución y por lo tanto, se espera que en la medida de lo posible, los Estados tomen medidas para simplificar

¹⁷² Página oficial de La Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado (COHADIP), Sitio web: <https://assets.hcch.net/docs/36d44ecb-6864-403d-ae50-fe38211516e8.pdf>, visto el 2 de febrero de 2020.

¹⁷³ Página oficial de La Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado (COHADIP), Sitio web: <https://assets.hcch.net/docs/04e14dc3-14a7-4d40-965b-1655124489b0.pdf>, visto el 2 de febrero de 2020.

sus leyes y procedimientos relacionados con la ejecución de conformidad con los principios establecidos en esta parte de la guía.¹⁷⁴

La parte quinta de la Guía de buenas prácticas, promueve la mediación y otros procesos destinados a la solución amistosa de controversias familiares internacionales relativas a los niños, comprendidas en el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980, ya que este Convenio alienta a la solución amigable de disputas familiares, en su artículo 7.

Asimismo, se sostiene en esta parte de la guía que la mediación es uno de los métodos alternativos de solución de controversias más ampliamente promovidos en el marco del derecho de familia, aun y cuando hace referencia también a otros procesos destinados a facilitar acuerdos amistosos, tales como la conciliación, la que de igual manera a la mediación facilita acuerdos amistosos en controversias familiares internacionales.¹⁷⁵

Finalmente, tenemos la parte sexta de la guía y esta parte trata de lo que establece el artículo 13, apartado 1, letra b) de la Convención de la Haya y menciona que su objetivo es promover, a nivel mundial, la aplicación coherente de la excepción, la cual señala que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido, no está vinculada a ordenar el regreso del niño si la persona, institución u otro organismo que se opone a su retorno, establece que existe un grave riesgo de que a su regreso se exponga al niño a un daño físico o psicológico o a colocarlo en una situación intolerable, ofreciendo información y orientación sobre la interpretación y aplicación de esta excepción.

¹⁷⁴ Página <https://assets.hcch.net/docs/0ee87b01-cfcb-40be-a988-836eb074fbfd.pdf>. Visto el 30 de enero de 2020.

¹⁷⁵ Página oficial de La Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado (COHADIP), Sitio web: <https://assets.hcch.net/docs/b9315187-a07c-4f4f-a6c4-f764701bd80a.pdf>. Visto el 1 de junio de 2020.

Para su mejor comprensión, esta guía a su vez se divide en cinco secciones, la sección I presenta el artículo 13, fracción b), como parte del marco de la Convención de 1980; la sección II explica la aplicación del artículo antes citado; la sección III proporciona orientación operativa y buenas prácticas, destinada a ayudar a los tribunales incautados de los procedimientos de devolución, en su función de gestión al proceso de manera expedita y eficiente; y, la sección IV contiene información sobre el papel de las autoridades centrales designadas en virtud de la Convención, para ayudarlos a tratar casos entrantes y salientes donde se hace valer la excepción prevista en el artículo 13, fracción b; esta guía esta principalmente destinada a tribunales y autoridades centrales, también puede ayudar a abogados y otras instituciones u organismos.¹⁷⁶

En consecuencia, de todo lo anterior, podemos advertir que la Guía de Buenas Prácticas es un documento accesorio de la Convención de La Haya, que va estableciendo diversas explicaciones para el buen funcionamiento de la Convención en cita, por lo que se va redactando conforme a las necesidades, dudas, sugerencias y experiencias que los Estados-parte van teniendo a la hora de aplicar la Convención. Esta guía pertenece al *soft law* del derecho internacional privado, que suele usarse por las autoridades centrales y sus auxiliares, al momento de llevar a cabo el procedimiento de restitución.

2.6.2. Ley Modelo de normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción Internacional de niñas, niños y adolescentes

La Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes, es sin duda el instrumento

¹⁷⁶ Página oficial de La Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado (COHADIP), Sitio web: <https://assets.hcch.net/docs/225b44d3-5c6b-4a14-8f5b-57cb370c497f.pdf>, visto el 1 de junio de 2020.

más novedoso en la materia,¹⁷⁷ cuenta con 21 artículos¹⁷⁸, y, tiene la finalidad de garantizar la restitución inmediata de los niños trasladados o retenidos de manera ilícita, así como velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en un Estado, se respeten en otro, ajustándose a las normas procesales internas.

Dicha ley Modelo, señala que los plazos breves de decisión en aplicación del interés superior del niño contribuyen al cumplimiento del Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 y de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989, así como a la mejor preservación de los derechos a no ser trasladado o retenido ilícitamente de un Estado a otro y, a la visita cuando uno de los padres vive en un país diferente.¹⁷⁹

Asimismo, la mencionada ley, señala que, al asegurar el tratamiento conforme a los principios de los convenios antes citados, la resolución de los casos se dictará en forma rápida y, en caso de accederse a la restitución, que la misma se realice en forma segura para la niña, niño o adolescente; ello sin perjuicio del *nomen juris*¹⁸⁰ previsto por la legislación nacional.¹⁸¹

De igual manera, la Ley Modelo establece que queda expresamente excluida, la decisión sobre el fondo del asunto de la guarda, la que es materia privativa de la

¹⁷⁷ La ley modelo fue desarrollada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño. 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 Nuñez Verdín (México), la Dra. Delia Cedenios Palacios (Panamá), y la Dra. Luz María Capuña y Chávez (Perú).

¹⁷⁸ Página oficial de La Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado (COHADIP), Sitio web: https://assets.hcch.net/upload/iap28ml_s.pdf, visto el 2 de febrero de 2020.

¹⁷⁹ Página oficial de La Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado (COHADIP), Sitio web: <http://by.com.uy/oea.org/wp-content/uploads/2011/12/ley-modelo.pdf>, visto el 2 de febrero de 2020.

¹⁸⁰ Es la expresión que hace referencia a un principio jurídico conocido como "primacía de la realidad". El significado viene a decir que las cosas son tal y como son y no tal y como las partes aseguran que son.

¹⁸¹ Artículo 1 de la Ley Modelo de normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción Internacional de niños.

Jurisdicción del Estado de residencia habitual de la niña, niño o adolescente, por lo que se debe entender que quedan en suspenso los procesos tendientes a resolver sobre el fondo de la guarda o custodia, que puedan encontrarse en trámite.

En México, como ya lo hemos referido ininidad de veces, no se cuenta con una legislación interna que regule el proceso de restitución; sin embargo, en algunos otros países tampoco cuentan con una legislación interna tal como lo señala Luciana Beatriz Scoti al referir que “en la República Argentina no existe un procedimiento especialmente diseñado que sea apto para tramitar los pedidos de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes y, en consecuencia, la jurisprudencia nacional no tiene un criterio uniforme al respecto.”¹⁸²

Por lo que esta Ley Modelo, a nuestro criterio sirve de apoyo y de modelo para que cada Estado-Nación, cree su propia legislación interna y cuente con una normativa que contemple de manera pormenorizada el proceso de restitución, lo anterior en primer lugar, para salvaguardar el derecho fundamental a la estabilidad familiar, al equilibrio en su desarrollo psicoafectivo y al entorno social a que tiene derecho la niña, niño y adolescente en México y; en segundo lugar, porque evitaría los actuales problemas que se presentan al dar trámite al procedimiento de restitución internacional,¹⁸³ y de los cuales trataremos en capítulos posteriores.

2.7. Informe explicativo del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1981

Los Informes explicativos¹⁸⁴ sobre cada uno de los Convenios de La Haya, tienen por objeto proporcionar información al público sobre el sentido que tienen los

¹⁸² Scoti, Luciana Beatriz, *et al* (coords), *La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de restitución internacional de menores*, Buenos Aires, argentina, EPUB. 2017.

¹⁸³ Arias Gómez, Ma. De Lourdes, "El retorno del niño sustraído a su residencia habitual: objetivo de la convención interamericana sobre restitución internacional de menores", en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, marzo 2013, sitio web: www.eumed.net/rev/cccss/23/restitución-internacional-menores.html, visto el 3 de febrero de 2020.

¹⁸⁴ Página oficial de La Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado (COHADIP), Sitio web: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/publications2/explanatory-reports>, visto el 30 de enero de 2020.

representantes diplomáticos para un convenio en particular, todos los informes explicativos se incluyen en las Actas de la sesión que se dedicó a la Convención adoptada.

En abril de 1981 Elisa Pérez Vera¹⁸⁵, formuló un informe respecto del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, al final del decimocuarto período de sesiones, a partir de las actas y las notas de la Comisión Especial de la Conferencia de la Haya.¹⁸⁶ Dicho informe se divide en dos partes: la primera, dedicada al estudio de los principios generales en los que se inspira el Convenio y, la segunda, está dedicada al examen del texto, artículo por artículo.

Elisa Pérez Vera, en su informe explicativo toca varios temas importantes sobre la restitución de niñas, niños y adolescentes; por ejemplo, del interés superior de la niñez, de la edad y madurez de los niños para hacer manifestaciones respecto a su restitución, el aspecto penal de la sustracción, entre otros.

Por otra parte, Elisa Pérez Vera al referirse a los objetivos del Convenio, destaca que se está en presencia de un solo objetivo dividido en dos etapas: una ejecutiva consistente en el retorno inmediato de la niña, niño o adolescente a su residencia habitual y, otra preventiva que trata de velar por los derechos de custodia y visita vigentes en uno de los Estados contratantes, para que estos sean respetados por el resto de los Estados-parte, fundamentalmente estas dos etapas, que confluyen en un solo objetivo, representan el interés superior del infante y adolescente.

El punto 30 del informe explicativo del que se hace referencia, señala que el Convenio admite que la opinión de la niña, niño o adolescente, respecto a la

¹⁸⁵ Jurista Española, redactora del Informe adjunto al anteproyecto de Convenio adoptado por la Comisión Especial en mayo de 1980, Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la restitución internacional de menores.

¹⁸⁶ Informe explicativo de Elisa Pérez Vera http://www.menores.gob.ar/userfiles/perez_vera_elisa_informe_explicativo_del_convenio_de_la_haya_de_1980.pdf, pp.2.3. visto el 30 de enero de 2020.

cuestión esencial de su retorno o no retorno pueda ser decisiva si en opinión de las autoridades competentes, ha alcanzado una edad y una madurez suficientes.

En el punto antes mencionado, se busca que los infantes y adolescentes tengan la posibilidad de convertirse en intérpretes de su propio interés, esta disposición puede llegar a ser peligrosa si su aplicación se traduce en interrogatorios directos a jóvenes que pueden, ciertamente, tener conciencia clara de la situación pero que pueden sufrir daños psíquicos graves si piensan que se les ha obligado a elegir entre sus dos progenitores, no obstante, una disposición de esa naturaleza era indispensable dado que el ámbito de aplicación del Convenio *ratione personae* se extiende hasta el decimosexto cumpleaños; y es que, hay que reconocer que sería difícilmente aceptable el retorno de un joven, por ejemplo de quince años, contra su voluntad.¹⁸⁷

En el punto 23 del informe explicativo de Elisa Pérez Vera se señala que la parte dispositiva del Convenio de La Haya, no contiene referencia explícita al interés del menor como criterio corrector del objetivo convencional; sin embargo, ello no quiere decir que el Convenio ignore el paradigma social que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés de las niñas, niños y adolescentes para resolver todos los problemas que les afectan, sino todo lo contrario, ya en el preámbulo, los Estados firmantes declaran estar profundamente convencidos de que el interés de la niñez, es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia, justamente, esa convicción les ha llevado a elaborar el Convenio, deseosos de proteger al niño y adolescente, en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita.¹⁸⁸

Asimismo, el informe explicativo de que se trata es una herramienta importante que cubre los principales aspectos de los trabajos preparatorios y proporciona información para aclarar el objeto y propósitos del Convenio, así como para entender mejor el alcance de sus disposiciones; el único inconveniente y que no

¹⁸⁷ *Ídem.*

¹⁸⁸ *Ídem.*

debe dejar de mencionarse, es que, dicho Informe no es una interpretación autorizada del Convenio.

Finalmente, Elisa Pérez Vera considera, que uno de los obstáculos al retorno del infante o adolescente es la criminalización de la sustracción, pues en tanto que el objetivo convencional es el retorno de la niña, niño o adolescente al país de su residencia habitual, parece que, tanto para lograr el retorno voluntario, como para que una jurisdicción extranjera ordene el regreso, la existencia de sanciones penales tendrían consecuencias negativas.

2.8. Red de cooperación internacional para la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes

La actividad desplegada en un Estado, al servicio de un proceso tramitado o a tramitarse en otro, tradicionalmente ha sido fundada en la reciprocidad, la conveniencia y se asienta hoy de modo cada vez más firme en el convencimiento de las naciones que la justicia no puede ser frustrada por fronteras nacionales que se erijan en obstáculo a su realización.¹⁸⁹

En tal sentido Alcalá Zamora advertía hace medio siglo, con palabras que aún conservan plena actualidad: “el progreso incesante de los medios de comunicación y las cada día mayores relaciones mercantiles entre las naciones del mundo, son factores que contribuyen a fomentar y aún a exigir la cooperación entre los distintos Estados de la tierra.”¹⁹⁰

En esta línea, los Principios de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado sobre Acceso Transnacional, aprobados por unanimidad por la X Jornada

¹⁸⁹ Tellechea, Bergman Eduardo, Restitución Internacional de Menores y Cooperación Jurisdiccional Internacional, necesidad de nuevos desarrollos. Rev. secr. Trib. perm. revis. Año 5, N° 9; marzo 2017; pp. 11 a 32, visible en https://www.researchgate.net/publication/316531755_Restitución_internacional_de_menores_y_cooperación_jurisdiccional_internacional_necesidad_de_nuevos_desarrollos_Complementariedad_de_convenios, visto el 20 de enero de 2020.

¹⁹⁰ Capelleti, Mauro. “Riconoscimento delle sentenze straniere e basi ideologiche della interpretazione giuridica”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. 1975, año VIII, número 22-23, p. 33.

de dicha asociación en noviembre de 2016, en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, disponen coincidentemente, lo siguiente:

La cooperación interjurisdiccional constituye una obligación internacional de todo Estado, no solamente a los efectos de realizar emplazamientos, notificaciones y audiencias, sino que el deber de cooperar se extiende a todos aquellos actos o medidas necesarias para la consecución de los fines del proceso, incluyendo la cooperación en el procesamiento y ejecución de medidas cautelares, así como en la identificación, conservación y producción de pruebas; igualmente se tiene que la imposición de limitaciones a la obligación de cooperación interjurisdiccional será considerada como una violación al derecho de acceso a la justicia, a menos que la limitación encuentre fundamento en una razonable y necesaria protección de los derechos fundamentales o que la cooperación solicitada comporte una violación manifiesta a los principios esenciales del ordenamiento jurídico del Estado requerido.¹⁹¹

Con ello se trata de combatir la sustracción y retención ilícita de los infantes y adolescentes, a través de un sistema de cooperación entre los Estados, facilitando, mediante una acción autónoma de urgencia, la pronta restitución de los mismos al lugar de su residencia habitual, el propósito es restablecer la situación anterior, jurídicamente protegida y que fuera turbada, mediante el retorno inmediato del infante o adolescente desplazado o retenido ilícitamente en otro Estado contratante.

La cooperación jurídica internacional, aparece así como uno de los sectores del Derecho Internacional Privado, junto a la jurisdicción internacional y al derecho aplicable, la cooperación jurídica internacional comprende tanto la colaboración

¹⁹¹https://www.researchgate.net/publication/316531755_Restitución_internacional_de_menores_y_cooperacion_jurisdiccional_internacional_necesidad_de_nuevos_desarrollos_Complementariedad_de_convenios, visto el 20 de enero de 2020.

anterior al proceso y durante el mismo, como el reconocimiento y la ejecución de decisiones emanadas de autoridades extranjeras.¹⁹²

Es en el contexto de la cooperación jurídica internacional, donde se ubica la cooperación internacional entre autoridades, enfocándose en la problemática transfronteriza de las niñas, niños y adolescentes, al advertirse que esta “se convierte en una de las mejores técnicas de protección para la niñez” e inclusive en “un cuarto pilar del sector constitutivo del concepto del Derecho Internacional Privado”, al menos en la regulación de situaciones jurídicas privadas que incumben a la niñez o a la familia.¹⁹³

La cooperación internacional entre autoridades se plasma en normas convencionales con un marcado tinte pragmático o utilitario que, por un lado, persiguen la satisfacción de un fin concreto; por ejemplo, la pronta restitución de la niña, niño y adolescente o la prevención y sanción del tráfico internacional de niños, y, adicionalmente, pretenden alcanzarlo empleando en gran medida como vía el compromiso o el acuerdo entre los Estados-parte.

De manera que, al hablar de cooperación internacional, consideramos comprendidas la cooperación judicial internacional entre autoridades judiciales, autoridades administrativas y autoridades centrales.

Ahora bien, nótese que más allá de las tradicionales normas de competencia internacional indirecta, en la actualidad van surgiendo, con el apoyo de foros de codificación como la Conferencia de La Haya o la misma Organización de los Estados Americanos, nuevos mecanismos flexibles de cooperación internacional

¹⁹² González Martín, Nuria, “La Cooperación Internacional entre Autoridades: Especial referencia al Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional, a propósito de la Comisión Especial de 2010”, en Fresno de Aguirre, Cecilia (coord.), *Las personas frente a la dinámica y las exigencias del mundo globalizado*, Asunción, Paraguay, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, 2010, p. 196 y 197.

¹⁹³ Alborno, María Mercedes, “La convergencia de la cooperación interamericana de adopción, sustracción y tráfico de menores”, en *Seminario de Derecho Internacional Cooperación Jurídica en materia de Derecho de Familia y Niñez*, 2011, p. 22, sitio web: http://www.oas.org/dil/esp/seminario_derecho_internacional_documentos_mercedes_alborno.pdf. visto el 16 de enero 2020.

entre autoridades, tales como la conformación de grupos o comisiones especiales para el estudio de ciertos temas o la integración de redes que enlacen entre sí a las autoridades nacionales implicadas en la solución de casos internacionales que propician las comunicaciones judiciales directas y la elaboración de guías de buenas prácticas, de recomendaciones y hasta de leyes modelo.

En otro aspecto, tenemos que la Convención Interamericana sobre restitución, establece un mecanismo de cooperación que tiende a mejorar la comunicación entre las autoridades de los Estados-parte que intervienen en el proceso y cuya puesta en marcha es fundamental para que se pueda llevar a cabo el fin perseguido, esto es la pronta restitución del infante o adolescente al Estado-parte de su residencia habitual, buscando proteger el interés superior del niño, niña o adolescente y hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda.

En esta línea, se insta la figura de la Autoridad Central¹⁹⁴, figura clave en instrumentos de cooperación jurídica internacional, cuya presencia deviene fundamental para poder lograr los objetivos trazados.

Cada Estado-parte designará una autoridad central y comunicará la designación a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, las actividades de todas las autoridades centrales en el marco de esta convención, serán coordinadas por el Instituto Interamericano del Niño, que también tendrá atribuciones para recibir y evaluar información enviada por los Estados-parte acerca de la aplicación de la convención y, adicionalmente, tendrá a su cargo la tarea de cooperar con otros organismos internacionales dedicados a la protección de la infancia.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Artículo 7 de la Convención de La Haya de 25 de octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menor y el artículo 7 de la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores.

¹⁹⁵ Artículo 27 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

Tanto en el caso de devolución voluntaria, como en el de devolución no voluntaria, las autoridades del Estado requerido están colaborando con las autoridades del Estado requirente para lograr el objetivo de la restitución; sin embargo, la convención prevé algunos supuestos en los que, excepcionalmente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución -los cuales veremos en el siguiente capítulo-, supuestos en los que se valorara que el interés superior del infante o adolescente no implica su devolución al país donde residía habitualmente antes del traslado o la retención, es por ello que el hecho de que se niegue la restitución solicitada, no debe ser interpretado de ninguna manera como una ausencia de cooperación entre autoridades.

Ahora bien, antes de finalizar este subtema de Cooperación Internacional, se hace mención de dos instrumentos que operan en favor a la Cooperación Internacional en relación a esta materia, los cuales son de gran utilidad para apoyar en los pormenores que se vayan presentado a la hora de resolver la restitución de un menor o adolescente y en la especie son: el Protocolo Iberoamericano sobre Cooperación Judicial Internacional y la Red de Cooperación Jurídica Hemisférica en materia de derecho de familia y niñez.

El protocolo Iberoamericano sobre Cooperación Judicial Internacional tiende a satisfacer el Interés Superior de la niña, niño y adolescente, que se concreta en garantizar la restitución inmediata en los casos de traslado o retención de manera ilícita en cualquier Estado contratante y velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en el resto de los demás Estados parte.

Finalmente, tenemos a la Red de cooperación jurídica hemisférica en materia de derecho de familia y niñez, la cual se originó en la Séptima Reunión de Ministros de Justicia u otros Ministros, Procuradores o Fiscales Generales de las Américas (REMJA VII) de la Organización de los Estados Americanos, misma que está conformada por tres componentes, a saber: un sitio público en Internet, un sitio

privado en Internet y un sistema de comunicaciones electrónicas seguras, esta Red procurará facilitar el acceso al sistema interamericano de protección de la familia y la niñez y fomentar la cooperación internacional en la materia.

2.8.1. La red internacional de jueces de La Haya en el procedimiento de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes

La creación de la Red Internacional de Jueces de La Haya especialistas en cuestiones de familia, fue propuesta por primera vez en 1998, en el seminario para jueces de De Ruwenberg sobre la protección internacional de niños.¹⁹⁶

La Red Internacional de Jueces de La Haya, fue creada con el fin de facilitar las comunicaciones y la cooperación entre jueces a nivel internacional, así como para ayudar a asegurar la operación efectiva del Convenio de La Haya. Los jueces de la Red Internacional de Jueces de La Haya tienen entre sus cometidos, el actuar de enlace entre sus colegas a nivel interno para orientarlos en la aplicación de las convenciones sobre sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes y facilitar las comunicaciones judiciales directas con el juez competente del Estado de residencia habitual del niño, cuando ello le es requerido por el juez a cargo del caso.¹⁹⁷

Se recomendó que las autoridades pertinentes (por ejemplo, presidentes de tribunales u otros funcionarios, según sea apropiado dentro de las diferentes culturas legales) de las diferentes jurisdicciones, designen uno o más miembros de la judicatura para que actúen como canales de comunicación y enlace con sus Autoridades Centrales nacionales, con otros jueces dentro de sus propias jurisdicciones y con jueces de otros Estados contratantes, con relación por lo menos

¹⁹⁶ Lineamientos Emergentes, relativos al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya. Comunicaciones oficiales directas, p.6.

¹⁹⁷ Sitio Web: <http://www.cnaj.gob.ar/cnaj/docs/nacionalConvSustraccion.pdf>, visto el 30 de enero de 2020.

inicialmente, a cuestiones relativas al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980.

En enero de 2009¹⁹⁸, la Conferencia conjunta de la Comisión Especial de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (CE-HCCH), hizo hincapié en la importancia de las comunicaciones judiciales directas en casos de protección internacional de niñas, niños y adolescentes, así como en el desarrollo de redes judiciales internacionales, regionales y nacionales para apoyar esas comunicaciones.

Actualmente, la Red Internacional de la Haya cuenta con más de 80 jueces de más de 55 Estados de todos los continentes¹⁹⁹. El papel de cada miembro de la Red Internacional de Jueces de La Haya, consiste en actuar de enlace entre sus colegas a nivel interno y a nivel internacional con otros miembros de la Red.

Los miembros de la Red desempeñan dos funciones de comunicación principales;

a) La primera función de comunicación, posee carácter general y consiste en compartir información general de la Red Internacional de La Haya o de la Oficina Permanente con sus colegas de jurisdicción y, a la inversa, compartir información proveniente de sus colegas de jurisdicción con la Red Internacional de La Haya o con la Oficina Permanente. Asimismo, podrá comprender la participación en seminarios judiciales internacionales.

b) La segunda función de comunicación, consiste en comunicaciones judiciales directas relativas a casos específicos, siendo el objetivo de estas comunicaciones,

¹⁹⁸ Las Conclusiones y Recomendaciones de la Conferencia Judicial Conjunta CE-HCCH se encuentran disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya en la dirección bajo “Sección Sustracción de Niños”, luego “Comunicaciones Judiciales”. Estas Conclusiones y Recomendaciones fueron adoptadas con el consenso de más de 140 jueces de más de 55 jurisdicciones representativas de todos los continentes. <https://assets.hcch.net/docs/3b5e76ee-b983-4bd6-89cd-680b678fcf37.pdf>, visto el 1 febrero de 2020.

¹⁹⁹ Una lista de los miembros de la Red Internacional de Jueces de La Haya se encuentra disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en la dirección bajo “Sección Sustracción de Niños” luego “La Red Internacional de Jueces de La Haya”. <https://assets.hcch.net/docs/3b5e76ee-b983-4bd6-89cd-680b678fcf37.pdf>, visto el 1 de febrero de 2020.

erradicar la falta de información que el juez competente pudiera tener acerca de la situación y las implicaciones legales en el Estado de residencia habitual del niño.

A modo de ejemplo, los miembros de la Red pueden arbitrar los medios necesarios a efectos de la restitución rápida y segura del niño, entre los que se incluye la adopción de medidas urgentes o provisionales de protección y la provisión de información acerca de cuestiones de custodia o visita, o incluso de posibles medidas destinadas a abordar acusaciones de violencia doméstica o abuso.

Estas comunicaciones a menudo implican un considerable ahorro de tiempo y un mejor uso de los recursos disponibles, todo ello en el interés superior del niño. Los Principios de las Comunicaciones Judiciales es que proveerán transparencia, certeza y previsibilidad a las comunicaciones, tanto para los jueces involucrados como para las partes y sus representantes.

Se deberán realizar esfuerzos dentro de los Estados, para promover el uso adecuado de las comunicaciones judiciales directas en el ámbito de la protección internacional de niñas, niños y adolescentes, a efecto de difundir la existencia y las funciones de los Jueces de la Red y, garantizar, cuando sea oportuno, que el apoyo y los recursos necesarios para que puedan trabajar con eficacia estén disponibles.

En tal sentido, el juez enlace, tiene la misión de brindar a sus colegas jueces, un asesoramiento permanente sobre los convenios en materia de restitución internacional y su aplicación en la práctica, poniendo a su disposición toda la información relacionada con el tema, como son las Guías de Buenas Prácticas para la mejor aplicación del Convenio, Base de Datos sobre la sustracción internacional de niños, niñas y adolescente y el Boletín de los Jueces.

Se considera también que debería incluirse la organización de seminarios y talleres de capacitación para jueces y operadores de justicia relacionados con la aplicación de los Convenios de Restitución Internacional, y también la participación en conferencias judiciales internacionales de derecho de familia.

2.8.2. Base de datos sobre la sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes (INCADAT).

La Base de datos sobre la sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes cuyas siglas son INCADAT, pone a disposición de los usuarios decisiones destacadas relativas al Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, así como otras decisiones relevantes en la materia, los casos de sustracción internacional que involucran a los Estados Latinoamericanos (tanto si actúan como Estado requirente o como Estado requerido) pueden ser encontrados en el apartado “Búsqueda de decisiones” de la página de INCADAT, seleccionado el nombre del Estado de referencia en el menú que se abrirá al seleccionar “Estado requerido” o “Estado requirente”.²⁰⁰

2.9. Legislación nacional de protección a niñas, niños y adolescentes y sobre restitución internacional

A nivel nacional tenemos la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes. En la primera, encontramos dos artículos que abordan de manera somera el tema de restitución internacional y son los artículos 22 y 25.

En el artículo 25 se establece que las leyes federales y las de las entidades federativas contendrán disposiciones para prevenir y sancionar el traslado o retención ilícita de niñas, niños y adolescentes; pudiendo presentarse dos supuestos de retención o traslado del infante que puede ser dentro o fuera de territorio nacional, estableciéndose para ello que el procedimiento se obtenga de acuerdo a los instrumentos internacionales aplicables a la materia; sin embargo, en

²⁰⁰ Página oficial de La Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado (COHADIP), Sitio web: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction/latin-america#incadat>, visto el 20 de febrero de 2020.

nuestro País, no existe una ley que establezca el proceso exacto que se aplique para resolver esta problemática, siendo este el motivo por el que nace la inquietud y la necesidad de la presente investigación.

Respecto al Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes²⁰¹, tenemos que es un instrumento que pueden utilizar los juzgadores al momento de tramitar un asunto de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, aun y cuando literalmente no se establezca tal aseveración.

Este documento está dirigido a todas las Magistradas, Magistrados, Juezas y Jueces Federales y locales, siendo las instancias que deben adoptarlo el Consejo de la Judicatura Federal, por un lado, y los Tribunales Superiores de Justicia y los Consejos de las Judicaturas Locales por el otro, de tal forma que pueda ser retomado en todos los casos en que exista un interés directo de una niña, niño o adolescente.

Dicho protocolo, si bien no establece de manera específica las reglas con las que se llevará a cabo el procedimiento de restitución de que se trata, nos enlista un catálogo de derechos que implica una serie de obligaciones para el Estado, concretamente las de respetar, adoptar medidas para su cumplimiento y garantizar los derechos reconocidos en dichos instrumentos.

En nuestro país solamente en algunos de los Estados está regulada en su legislación interna la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, entre ellos encontramos a los Estados de Chihuahua, Coahuila, Durango, Estado de México, Michoacán, Querétaro, Sinaloa y Yucatán y las legislaciones en que se encuentra dicho tema son:

²⁰¹ Dicho protocolo fue elaborado por la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en marzo de 2020.

a) Código de Procedimientos Familiares del Estado de Chihuahua, título octavo denominado “De los procedimientos especiales” capítulo I titulado “restitución internacional de la niñez”, en los artículos 343 al 364, publicado en el Periódico Oficial del Estado Número 59 del 23 de julio de 2014, última reforma 9 de enero de 2019, número 03.

b) Código de Procedimientos Familiares Coahuila, “Trámite del procedimiento de restitución”, en los artículos 266 al 272. Ley publicada en el Periódico Oficial, el 15 de diciembre de 2015, última reforma publicada en el periódico oficial: 18 de octubre de 2019.

c) Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Durango, en el artículo 159 bis., fecha de última reforma: decreto 375 p.o. 43 de fecha 31 de mayo de 2018.

d) Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, capítulo “la restitución internacional de menores” en los artículos 2.361 al 2.372, publicado el 7 de mayo de 2002.

e) Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo, en la sección tercera, en los artículos del 874 al 878 y del 906 al 915, Código publicado en el Periódico Oficial del Estado el 11 de febrero del 2008, última reforma publicada en el Periódico Oficial del Estado el 29 de julio del 2008.

f) Código Civil del Estado de Querétaro, capítulo decimocuarto “la restitución internacional de menores”, artículos 618 al 630, Código publicado en el Periódico Oficial del Estado de Querétaro, el miércoles 21 de octubre de 2009, última reforma publicada en el periódico oficial: 22 de diciembre de 2019.

g) Código de Procedimientos Familiares del Estado de Sinaloa, artículos 462 al 466, último código publicado en la edición extraordinaria, tercera sección parte uno del

periódico oficial del Estado de Sinaloa, el miércoles 27 de noviembre de 2013, reforma publicada en el periódico oficial: 16 de mayo de 2016.

h) Código de Procedimientos Familiares del Estado de Yucatán, Capítulo II.- “De la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes”, artículos 523 al 538, última Reforma, Diario Oficial, 12 de junio 2015.

De acuerdo con lo antes expuesto y del contenido de los instrumentos que han sido citados, podemos establecer que la protección de las niñas, niños y adolescentes recae en la familia, la sociedad, el Estado y los órganos establecidos en cada tratado para la vigilancia y observancia del contenido de dichos tratados.

Según Karlos Castilla²⁰², el Estado, como estructura jurídica fue creado para asegurar el respeto y garantía de los derechos humanos, es el obligado permanente de velar porque la familia y la sociedad satisfagan los derechos de las niñas, niños y adolescentes, además de ser el coadyuvante y subsidiario principal de las obligaciones que no puedan ser cumplidas por la familia y la sociedad, así como el garante permanente de que dicha familia y sociedad no violen, afecten, ni vulneren los derechos de los que todos los infantes y adolescentes son titulares.

Los Estados deben adoptar las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, para dar efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes asegurarles la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de ellas ante la ley, por lo que está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

²⁰² Castilla, Karlos, *La Protección de los Derechos Humanos de Niñas y Niños en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, España, 2015, pp. 51-54

Por lo tanto, sería insuficiente solamente enunciar derechos inherentes de niñas, niños y adolescentes y no fortalecer a las instituciones del Estado mexicano para que estén en aptitud y en capacidad de hacer realidad estos derechos, motivo por el cual insistimos que debe de existir una Ley General en materia de restitución internacional que regule de manera pormenorizada el problema y, por lo tanto, dar por terminada la incertidumbre jurídica que se crea al momento de llevar a cabo los procedimientos de restitución de infantes y adolescentes, para así garantizarles una verdadera y eficiente protección a sus derechos.

CAPÍTULO TERCERO

EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. DERECHO COMPARADO.

Sumario

3.1. Generalidades del Procedimiento de Restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes en México, como país de destino. 3.1.1 Causas por las que se da inicio al procedimiento de restitución; 3.1.2. Solicitud del procedimiento de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes. 3.1.3. Partes en el procedimiento de restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes. 3.1.4. Autoridad Central de la Restitución de Niñas, Niños y Adolescentes. 3.1.5. Procedimiento Administrativo de la Restitución Internacional. 3.1.6. Procedimiento judicial de la Restitución Internacional. 3.2. Excepciones a la Restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes en México. 3.2.1. Excepción de la solicitud de restitución pasado un año 3.2.2. Excepción por consentimiento de los padres. 3.2.3. Ejercicio efectivo de la guarda y custodia. 3.2.4. Excepción cuando existe un grave riesgo de que la restitución de la niña, niño o adolescente lo exponga a un peligro grave físico o psíquico. 3.2.5. Excepción por grado de madurez. 3.2.6. Excepción por violación a los principios fundamentales del Estado requerido. 3.3. Generalidades del procedimiento de restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes en México, como país de origen. 3.4. Generalidades del procedimiento de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes en México cuando los Estados intervinientes no son contratantes de Convenio alguno. 3.5. Procedimiento de Restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes en Argentina y sus semejanzas con México. 3.5.1. Procedimiento administrativo. 3.5.2. Procedimiento judicial. 3.6. Procedimiento de Restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes en España y sus semejanzas con México. 3.6.1. Procedimiento administrativo. 3.6.2. Procedimiento judicial. 3.7. Estados contratantes de las Convenciones en la materia, que tienen una regulación interna respecto al procedimiento de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes.

3.1. Generalidades del Procedimiento de Restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes en México, como país de destino

En México, hasta el 30 de septiembre de 2017, se tuvieron 434 casos activos de restitución que involucran a 554 niñas, niños y adolescentes, según las estadísticas de la Secretaría de Relaciones Exteriores,²⁰³ como ya lo hemos señalado con anterioridad, el proceso de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, se regula a través de dos Convenciones Internacionales como son la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 y la Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores de 1989, siendo la primera la que más se aplica en nuestro país.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis 1a. CCLXXXI/2013,²⁰⁴ determinó que la Convención, no vulnera el derecho fundamental de audiencia, por lo que la considera constitucional, en atención a dos motivos importantes: a) establece la posibilidad de contestar la solicitud de restitución; y, b) permite ofrecer pruebas, garantizando con esto el debido proceso.

De la Convención de la Haya y la Convención Interamericana, no se advierte un procedimiento específico para lograr la restitución, por lo que se entiende que cada Estado tiene la libertad de recurrir a sus propios procedimientos de acuerdo a lo establecido en su normativa interna; sin embargo, en nuestro país tampoco tenemos un procedimiento que regule dicho procedimiento, lo cual es materia de la presente investigación y de lo que nos ocuparemos más adelante.

No obstante lo anterior, esto no impide que se resuelva dicha problemática, así que

²⁰³ Información obtenida de la página oficial del Gobierno de México, Secretaría de Relaciones Exteriores, sitio web: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/265679/Estadisticas_sustraccion_y_retencion_2016-2017.pdf. Visto el 7 de mayo de 2020.

²⁰⁴ Tesis 1a. CCLXXXI/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXV, Tomo 2, octubre de 2013, p. 1045, de rubro: "Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores. No vulnera el derecho fundamental de audiencia."

se debe de aplicar algún procedimiento especial de los que la legislación de cada Estado contemple, -el cual debe de tener la característica de la rapidez, lo que implica, entre otras cosas, que acorte plazos y disminuya solemnidades- aun y cuando no esté diseñado para resolver este conflicto internacional.

En México, al haber este vacío legislativo con respecto al proceso de restitución de niñas, niños y adolescentes, los órganos jurisdiccionales están obligados a darle a conocer a las partes intervinientes las etapas que comprenderá el juicio de referencia para garantizar el debido proceso, tal y como lo establece la tesis siguiente²⁰⁵:

CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. EN EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN DE MENORES, SI LA LEGISLACIÓN LOCAL AÚN NO SE AJUSTA A AQUÉLLA, LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEBEN DAR A CONOCER A LAS PARTES EL TÉRMINO PARA SU SUSTANCIACIÓN Y LAS ETAPAS PROCESALES QUE LO CONFORMARÁN. Mediante la suscripción de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el seis de marzo de mil novecientos noventa y dos, el Estado Mexicano comprometió a los distintos órganos de gobierno, tanto a nivel Federal como local, a instrumentar un procedimiento de restitución de menores conforme al tratado en cita. Por su parte, el artículo 11 de la aludida convención establece un plazo máximo de seis semanas para determinar si procede o no la restitución de un menor al Estado que lo solicita. Así, si la legislación local, como en la especie, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, aún no se ajusta al tratado en mención, los órganos jurisdiccionales deberán dar a conocer a las partes todas y cada una de las etapas que

²⁰⁵ Tesis: I.13o.C.4 C (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro VIII, Tomo 2, mayo de 2012, p.1828.

conformarán el procedimiento de restitución de menores y su duración, sin que ese término pueda exceder de seis semanas, salvo que existan razones que justifiquen la demora.

El Estado Mexicano, en cumplimiento a lo que establece el artículo 17 constitucional, en relación con el artículo 25 de la Convención de la Haya, está comprometido no solo a garantizar el debido proceso como se señaló en el párrafo precedente, sino que también brinda la asistencia legal y el asesoramiento jurídico necesario tanto a los nacionales como a los extranjeros²⁰⁶ que estén inmiscuidos en procesos de restitución de niñas, niños y adolescentes.

Asimismo, en cumplimiento a la garantía de acceso efectivo a la justicia, el Estado soporta la carga de contratar un traductor, con cargo al erario federal para la traducción de los escritos, actuaciones judiciales e inclusive sentencias de amparo, tal y como se aprecia en la siguiente tesis²⁰⁷:

CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. EN EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN DE MENORES LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEBEN IMPLEMENTAR LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA DAR A CONOCER LAS ACTUACIONES PROCESALES A LOS EXTRANJEROS. De conformidad con el artículo 25 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptada por el Estado Mexicano y publicada en el Diario Oficial de la Federación el seis de marzo de mil novecientos noventa y dos, éste adquirió el compromiso de otorgar asistencia judicial y asesoramiento jurídico a los nacionales de los Estados parte de ese tratado en las mismas condiciones como si fueran nacionales y residieran habitualmente en el territorio de la República Mexicana. Por su parte, el

²⁰⁶ Artículo 25 de la Convención de Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

²⁰⁷ Tesis: I.13o.C.2 C (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro VIII, Tomo 2, mayo de 2012, p.1827.

artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos obliga a los órganos jurisdiccionales a garantizar pleno acceso a los gobernados involucrados en procedimientos de carácter jurisdiccional, para lo cual, entre otras cosas, las promociones de las partes y resoluciones o actuaciones de los órganos jurisdiccionales deben realizarse en el idioma oficial de los mexicanos. Así, en el procedimiento de restitución de menores, el compromiso adquirido por el Estado Mexicano de tratar como nacionales a los extranjeros, sólo se cumple en la medida en que los órganos jurisdiccionales, de primera o de segunda instancia o de control de garantías o de convencionalidad, instrumenten las medidas necesarias para darles a conocer las actuaciones procesales, entre ellas, la traducción de los escritos de las partes, las resoluciones, actuaciones judiciales, e inclusive las sentencias de amparo, si en su país de origen el idioma oficial es distinto al español, para que conozcan las actuaciones en el idioma de su país, sin que tengan que soportar la carga de contratar un traductor, pues será con cargo al erario federal para que en cumplimiento a la garantía de acceso efectivo a la justicia, prevista en el citado precepto constitucional, que entre otras cosas, permite a los justiciables conocer por sí, sin necesidad de nombrar intérprete a su cargo, los motivos y fundamentos que condujeron al Tribunal Colegiado de Circuito a resolver en determinado sentido y, de este modo, el Estado Mexicano da cumplimiento al compromiso adquirido con la suscripción de la convención.

3.1.1. Causas por las que se da inicio al procedimiento de restitución

El procedimiento de restitución tiene su origen en el momento en que se da un traslado o retención ilícitos de un infante o adolescente, la Convención de la Haya nos establece claramente los casos en que se consideran de dicha manera y tenemos dos hipótesis²⁰⁸:

²⁰⁸ Artículo 3 de la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción internacional de Menores.

- a) Cuando se haya 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.

3.1.2. Solicitud del procedimiento de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes

Una vez que se dan las situaciones mencionadas en el párrafo precedente, uno de los padres o la persona legitimada para ello, pone en acción a la autoridad administrativa o judicial, para ejercitar la solicitud de restitución del infante o adolescente, ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, en la que se solicitan los datos siguientes²⁰⁹:

<p>I. Datos del niño, niña y adolescente.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Nombre del niño, niña o adolescente. • Información física. • Posible ubicación. 	<p>VI. Procedimientos o instancias en trámite. Especifique si existen procedimientos judiciales relacionados con el niño, niña o adolescente en curso.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Datos de contacto del abogado
<p>II. Información de la persona o institución que solicita la restitución o el ejercicio efectivo de derechos de visita.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Relación con el niño, niña o adolescente. • Dirección. • Datos de contacto • Institución (llenar sólo si el solicitante es una institución) 	<p>VII. Si se solicita la restitución o derechos de visita de más de un niño, niña o adolescente.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Nombre del infante o adolescente. • Información física

²⁰⁹ Información obtenida de la página oficial del Gobierno de México, Secretaría de Relaciones Exteriores, sitio web: <https://www.gob.mx/sre/documentos/solicitud-de-restitución-internacional-o-derechos-de-visita-al-extranjero>. Visto el 11 de mayo de 2020.

<p>III. Información de la persona que presuntamente sustrajo o retuvo al niño, niña o adolescente o impide los derechos de visita.</p> <ul style="list-style-type: none"> • relación con el niño, niña o adolescente. • Información física. • Posible ubicación. 	<p>VIII. Propuesta de retorno o convivencias con el menor. Proporcionar información sobre la manera en que se propone que viaje el menor y las personas que lo acompañarían a su lugar de residencia habitual en caso de ordenarse su retorno.</p>
<p>IV. Narración de los hechos y circunstancias en que ocurrió la sustracción o retención ilícita del (los) menor (es) o bien las acciones que impiden el ejercicio efectivo del derecho de visita. Indicar fecha, hora y lugar en que ocurrió la sustracción, incluyendo información sobre la fecha y temporalidad de cualquier permiso de viaje que se hubiera otorgado.</p>	<p>IX. Comentarios y observaciones. Especificar si se cuenta con documentación migratoria para ingresar al país en el que se encuentra el menor.</p>
<p>V. Datos de los padres</p>	

No debe de pasar desapercibido aclarar que al iniciar el procedimiento de restitución, el titular a ejercer esta acción no solo puede dirigirse a la autoridad central de cada país, sino también dirigirse directamente a las autoridades judiciales o administrativas competentes a través de exhorto o carta rogatoria, o por la vía diplomática o consular, como lo establece el artículo 29 de la Convención de la Haya y el artículo 8, incisos a) y c) de la Convención Interamericana; sin embargo, la mayoría de las veces se hace a través de una solicitud a la autoridad central.

3.1.3. Partes en el procedimiento de restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes

Se consideran partes²¹⁰ en la restitución Internacional los siguientes:

- a) El titular de la acción, esto es, el progenitor, tutor, familiar, persona o institución que fuere titular del derecho de custodia, conforme al régimen jurídico del país de la residencia habitual.
- b) El pasivo, es decir el denunciado, el sustractor o dicho en otras palabras el que retuvo ilícitamente a la niña, niño o adolescente.
- c) El Ministerio público, quien es el representante de la sociedad.
- d) El Procurador de la Defensa del menor, en coordinación con el Subprocurador de la Defensa del Menor del Municipio donde se encuentra la niña, niño o adolescente.
- e) Autoridades Policías de los tres niveles de gobierno.
- f) Y desde luego la Autoridad Central.

3.1.4. Autoridad Central de la restitución de niñas, niños y adolescentes

La Autoridad Central tiene su fundamento en los artículos 6 del Convenio de la Haya y el 7 de la Convención Interamericana.

La Autoridad Central en nuestro país, es la Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior²¹¹, dependiente de la Secretaría de Relaciones Exteriores, misma que está compuesta de una Dirección General Adjunta de Derecho de Familia, y es precisamente a esta autoridad a la que tenemos que acudir inmediatamente cuando se trate de hacer la solicitud de una restitución internacional de infantes o adolescentes.

Cabe mencionar que la Secretaría de Relaciones Exteriores cuenta con

²¹⁰ Matus Calleros, Eileen, *La sustracción internacional de menores desde la perspectiva del derecho internacional privado*, Universidad Autónoma de Barcelona, Ballaterra, Cerdanyola del Valles, septiembre 2016, pp 244 y 245.

²¹¹ Información obtenida de la página oficial del Gobierno de México, Secretaría de Relaciones Exteriores, sitio web: <https://www.gob.mx/sre/acciones-y-programas/sustraccion-y-restitucion-internacional-de-las-y-los-menores>. Visto el 11 de mayo 2020.

representantes en cada una de las Entidades Federativas del País, para llevar a cabo las obligaciones y funciones de los Convenios.

Las funciones principales de la Secretaría de Relaciones Exteriores como Autoridad Central son básicamente: a) promover la localización de la niña, niño y adolescente; b) intercambiar información relativa a la situación social del mismo, si se estima conveniente; c) facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación de la Convención; d) conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluyendo la participación de un abogado; y, e) llevar a cabo las medidas necesarias para garantizar el retorno del infante y adolescente ya sea voluntario o por medio de un procedimiento extrajudicial o judicial.²¹²

La Autoridad Central Mexicana, cuando se encuentra ante un procedimiento de restitución con un país que no es signante de alguna Convención, tiene su regulación en el reglamento Interno de la Secretaría de Relaciones Exteriores, específicamente en el artículo 33, fracción IX y el artículo 51 ter, fracción V, dichos artículos establecen:

Artículo 33. Corresponde a la Dirección General de Asuntos Jurídicos:

(...)

IX. Tramitar, previo análisis y dictamen de su procedencia, los exhortos o cartas rogatorias que se reciben del extranjero o que las autoridades de la República Mexicana dirijan al extranjero;

Artículo 51 ter. Corresponde a las delegaciones y subdelegaciones localizadas fuera del Distrito Federal, además de las funciones señaladas en el artículo anterior, las siguientes:

(...)

V. Tramitar previo dictamen de su procedencia, los exhortos y cartas rogatorias

²¹² Artículo 7 de la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de 1980 y el artículo 7 de la Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores de 1989.

que reciban;

Asimismo, cuando se encuentra ante un procedimiento de restitución con un país que es signante de alguna Convención, la Autoridad Central Mexicana tiene su regulación en el reglamento Interno de la Secretaría de Relaciones Exteriores, específicamente en el artículo 22, fracción XI y en el artículo 51 ter, fracción IV, los cuales establecen:

Artículo 22.

(...)

XI. Realizar las funciones derivadas de su designación como autoridad ejecutora o central en tratados y acuerdos internacionales en materia de adopción, sustracción de menores y pensiones alimenticias;

Artículo 51 ter. Corresponde a las delegaciones y subdelegaciones localizadas fuera del Distrito Federal, además de las funciones señaladas en el artículo anterior, las siguientes:

(...)

IV. Intervenir de acuerdo a las instrucciones que reciban de la Dirección General de Asuntos Jurídicos, en los procedimientos y juicios en que la Secretaría sea parte, así como en materia de pensiones alimenticias, adopciones y restitución de menores en los términos que lo solicite la Dirección General de Protección a mexicanos en el Exterior.

Una vez señalado lo anterior, podemos hacernos la siguiente pregunta, ¿La Autoridad Central tiene la facultad de decidir sobre el retorno o permanencia del infante o adolescente sustraído? Y la respuesta es no, ya que pensar lo contrario, sería una invasión a la esfera de competencia judicial. Veamos.

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, es la Ley que regula y establece las funciones de las dependencias de la administración pública, y de

acuerdo con el contenido del artículo 28 de dicha Ley²¹³, la Secretaría de Relaciones Exteriores no tiene las facultades para resolver sobre la restitución internacional de niñas, niños o adolescentes, es más, el artículo 124 de la Carta Magna señala que, “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias.”

Ya la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha determinado en la jurisprudencia PC.I.C. J/17 C (10a.),²¹⁴ que la Secretaría de Relaciones Exteriores, tiene el carácter de tercera interesada, lo anterior debido a que en un procedimiento de restitución, funge como la “representante” de la persona o de la institución que tiene la custodia de la niña, niño o adolescente en contra del sustractor, ya que en la Convención de la Haya se establece que la “Autoridad Central podrá exigir que la solicitud vaya acompañada de una autorización por escrito que le confiera poderes para actuar por cuenta del solicitante o para designar un representante habilitado para actuar en su nombre”²¹⁵.

En consecuencia, de todo lo anterior se desprende que la Autoridad Central no tiene competencia para decidir sobre la restitución del infante o adolescente. Por el contrario, es necesario que la orden de restitución o no de la niña, niño o adolescente, se base en una decisión judicial, puesto que es la autoridad competente para tomar la decisión, tema que retomaremos más adelante.

3.1.5. Procedimiento Administrativo de la Restitución Internacional.

²¹³ En este artículo se establece los asuntos que despacha la Secretaría de Relaciones Exteriores.

²¹⁴ Tesis PC.I.C. J/17 C (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 24, Tomo III, noviembre de 2015, p. 3076. De rubro “Tercero interesado en el juicio de amparo. tiene ese carácter la Secretaría de Relaciones Exteriores, cuando actúa como autoridad central del Estado Mexicano en el procedimiento judicial de restitución de menores, previsto en la convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”.

²¹⁵ Artículo 28 de la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de 1980.

El procedimiento administrativo sobre restitución internacional de infantes o adolescentes inicia en el momento en que la Autoridad Central recibe la solicitud y la acepta. Una vez aceptada la solicitud, la Secretaría de Relaciones Exteriores es la responsable de girar un oficio a las demás dependencias de la administración pública para que con su ayuda se localice a la niña, niño o adolescente.

Generalmente se solicita la ayuda de la Secretaría del Desarrollo Social, la Secretaría de Educación Pública, la Secretaría de Salud, el Instituto Nacional de Migraciones y a la Secretaría de Gobernación.

La Secretaría de Desarrollo Social, tiene a su cargo la Coordinación del Sistema Nacional de Restitución Internacional para el Desarrollo Integral de la Familia, que es el encargado de la protección, cuidado y asistencia de las niñas, niños o adolescentes, así como de su guarda y custodia en los casos que se requiera.

A la Secretaría de Salud, se le solicita ayuda para identificar si el infante o adolescente ha acudido a algún centro médico o de asistencia social; al Instituto de Migración, se le pide ayuda para corroborar la salida o entrada de la niña, niño o adolescente del territorio nacional; y, a la Secretaría de Educación Pública se le pide ayuda para corroborar si se ha inscrito el infante o adolescente a algún centro escolar.

La Organización Internacional de Policía Criminal (más adelante INTERPOL) y La Dirección General de Asuntos Policiales Internacionales, antes Dirección General de la Oficina Central Nacional Interpol-México²¹⁶, en cooperación con la Policía Federal Ministerial y de la Fiscalía General de la República, se encargan de

²¹⁶ Información obtenida de la página oficial de la Fiscalía General de la República, sitio web <https://www.gob.mx/fgr/acciones-y-programas/subprocuradurias-de-la-fgr>. Visto el 14 de mayo de 2020.

la búsqueda y localización de niñas, niños y adolescentes sustraídos²¹⁷.

Una vez que fue localizado el infante o adolescente, la Autoridad Central debe verificar que se cumplan todos los requisitos que establecen los Convenios en la solicitud de la restitución, con el objeto de que su aplicación sea posible ante la justicia respectiva²¹⁸.

Como podemos observar hasta este momento, el procedimiento de localización del infante o adolescente ha tenido una naturaleza meramente administrativa, ya que ha estado a cargo de las dependencias de la administración pública.

Ahora bien, este proceso podría quedarse en la esfera administrativa y realizarse la restitución del niño sin necesidad de la fase contenciosa, si se cumplen dos situaciones: a) que exista el retorno voluntario de la niña, niño o adolescente, o b) que se recurra a la mediación²¹⁹.

La participación de la Autoridad Central es de suma importancia, ya que al contactar al sustractor o progenitor que retiene de manera ilícita, puede a partir de sus funciones, alcanzar una solución amistosa entre las partes y posiblemente el retorno voluntario del infante o adolescente y con ello se estaría cumpliendo con el objetivo de las Convenciones de la materia, esto es, lograr la restitución inmediata de la niñez y velar por los derechos de custodia y visita vigentes en un Estado, los cuales deben ser respetados por todos los demás Estados.²²⁰

De lo anterior se desprende que, en todo momento se busca la protección del interés superior del infante o adolescente, principio tal que está contemplado en el artículo

²¹⁷ Memoria Documental Policía Federal Ministerial, 2006-2012 P.23, Sitio web: <http://pgrarchivos.blob.core.windows.net/memorias-documentales/MD27.pdf>. Visto el 14 de mayo de 2020.

²¹⁸ Artículo 10, segundo párrafo, de la Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores de 1989.

²¹⁹ Artículo 7, de la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de 1980.

²²⁰ Artículo 1, de la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de 1980 y el artículo 1 de la Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores de 1989.

4º Constitucional, como se advierte de la tesis cuyo rubro y texto son los siguientes:

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.²²¹

En el caso de que no se cumpla con el retorno de la niña, niño o adolescente, ya sea de manera voluntaria o por medio de la mediación, se entraría a la fase contenciosa o judicial, en la que será el juez competente para conocer del asunto el que determinaría la procedencia o no de la restitución.

Con ello no quiere decir que la Autoridad Central ya no tenga participación alguna, sino al contrario, está obligada en todo momento a otorgar la información y cooperación necesaria para la correcta aplicación de los Convenios de la materia, tomando siempre en cuenta el interés superior del niño, aun y cuando se inicie la vía contenciosa.

3.1.6. Procedimiento judicial de la Restitución Internacional

Vale la pena detenerse un poco, y establecer por qué si estamos ante la aplicación de un Convenio Internacional, lo van a conocer jueces de fuero común, veamos. El artículo 104 Constitucional establece que los Tribunales de la Federación conocerán de todas las controversias del orden civil o mercantil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de las Leyes Federales o de los Tratados Internacionales celebrados por el Estado mexicano.

Sin embargo, también tenemos que el artículo 124 constitucional señala que las facultades que no son expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios Federales, se entiende a los Estados, esto quiere decir que la materia familiar no está expresamente concedida a los funcionarios del ámbito Federal si no que se encuentra reservado a los Estados; por lo tanto, en el caso mexicano, la materia familiar es de competencia estatal y no federal, en consecuencia, la restitución internacional la conocerán los Jueces del fuero local.

²²¹ Tesis 1a. LXXI/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 15, Tomo II, febrero de 2015, p. 1418.

Ahora bien, retomemos el tema que nos ocupa, una vez terminada la etapa administrativa, la Autoridad Central inicia la fase contenciosa ante el Tribunal local del lugar en donde se encuentra la niña, niño o adolescente, el que resolverá sobre la restitución o en su caso comprobará la existencia de alguna excepción²²² que la impida.

Como lo hemos venido mencionando, en nuestro país no existe una Ley que regule de manera pormenorizada la restitución internacional, ni tampoco hay uniformidad en cada una de las Entidades federativas del procedimiento a seguir; sin embargo, es un hecho que aun con todos estos inconvenientes se debe dar una solución a este problema. Solamente en algunos de los Estados está regulada en su legislación interna la restitución internacional, entre ellos se encuentran Chihuahua²²³, Coahuila²²⁴, Durango²²⁵, Estado de México²²⁶, Michoacán²²⁷, Querétaro²²⁸, Sinaloa²²⁹ y Yucatán²³⁰.

²²² Artículo 13, de la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de 1980 y el artículo 11 de la Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores de 1989.

²²³ Código de Procedimientos Familiares del Estado de Chihuahua, título octavo denominado “De los procedimientos especiales” capítulo I titulado “restitución internacional de la niñez”, en los artículos 343 al 364. Publicado en el Periódico Oficial del Estado No. 59 del 23 de julio de 2014. Última Reforma 2019.01.09/No.03

²²⁴ Código de Procedimientos Familiares Coahuila, “Trámite del procedimiento de restitución”, en los artículos 266 al 272. Ley publicada en el Periódico Oficial, el martes 15 de diciembre de 2015. última reforma publicada en el periódico oficial: 18 de octubre de 2019.

²²⁵ Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Durango, en el artículo 159 bis. fecha de última reforma: decreto 375 p.o. 43 de fecha 31 de mayo de 2018.

²²⁶ Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, capítulo “la restitución internacional de menores” en los artículos 2.361 al 2.372. Publicado el 7 de mayo de 2002.

²²⁷ Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo, en la sección tercera, en los artículos del 874 al 878 y del 906 al 915. Código publicado en el Periódico Oficial del Estado El 11 de febrero del 2008, Última reforma publicada en el Periódico Oficial del Estado el 29 de julio del 2008.

²²⁸ Código Civil del Estado de Querétaro, capítulo Decimocuarto “la restitución internacional de menores”, artículos 618 al 630. Código publicado en el Periódico Oficial del Estado de Querétaro, el miércoles 21 de octubre de 2009. última reforma publicada en el periódico oficial: 22 de diciembre de 2019.

²²⁹ Código de Procedimientos Familiares del Estado de Sinaloa, artículos 462 al 466, último código publicado en la edición extraordinaria, tercera sección parte uno del periódico oficial del Estado de Sinaloa, el miércoles 27 de noviembre de 2013. reforma publicada en el periódico oficial: 16 de mayo de 2016.

²³⁰ Código de Procedimientos Familiares del Estado de Yucatán, Capítulo II.- “De la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes”, artículos 523 al 538. Última Ref. D. O.12-Junio-2015.

No obstante lo anterior, desde el año 2009 se emitió una tesis en el sentido de que, ante la falta de reglas y formas especiales en la Convención de la Haya, para la tramitación y resolución de este tipo de asuntos, debe estarse a lo que dispone el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Querétaro. La tesis en comento es la de rubro siguiente:²³¹

CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL SEIS DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS. TRATÁNDOSE DEL PROCESO, TRAMITACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LA RESTITUCIÓN RELATIVA, DEBE ESTARSE A LO QUE PREVÉN LOS CÓDIGOS CIVIL Y DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, AMBOS DEL ESTADO DE QUERÉTARO.

En consecuencia, de las normas contempladas en los Códigos Civiles o Familiares de los Estados señalados anteriormente, de las Convenciones Internacionales, de la Jurisprudencia, la guía de Buenas Prácticas de Elisa Pérez Vera, en nuestro país poco a poco se ha ido desarrollando el procedimiento de restitución de niñas, niños y adolescentes.

Ahora bien, tenemos que la presentación de la demanda o solicitud de la restitución se deben ajustar a los requisitos que contemplan los artículos 8 y 9 de las Convenciones de la Haya y la Interamericana, respectivamente, la cual se puede presentar: a) en forma directa ante el órgano jurisdiccional competente vía exhorto o carta rogatoria o b) por conducto de la autoridad Central.

Revisada la documentación presentada, se debe verificar que esté toda la documentación necesaria, en caso de que no sea así, es decir, que los documentos

²³¹ Tesis: XXII.2o.24 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época*, Tomo XXIX, marzo de 2009, p. 2732.

fueran insuficientes o carecieran de los requisitos necesarios para la validez, se solicitará la remisión de nueva documentación al Estado requirente a través de la Autoridad Central, quien la deberá enviar dentro de un plazo razonable.

Una vez cumplimentado lo anterior, el juez competente tomará conocimiento de inmediato del asunto, en ese momento puede ordenar medidas urgentes para localizar a la niña, niño o adolescente, si aún no hubiera sido localizado por la Autoridad Central, por ejemplo, cierre de fronteras, retención de pasaporte y de quien presuntamente lo ha sustraído, por lo que una vez localizado el niño, se le informa de inmediato al Estado requirente.

Matus Calleros, Eileen²³² propone que el procedimiento de restitución se realice de la manera siguiente:

- 1.-El juez procederá a la calificación de las condiciones de admisibilidad y legitimación, según las disposiciones respectivas de los convenios de la materia.
- 2.- Para efectos de la legitimación activa, el peticionario deberá acreditar la verosimilitud de su derecho, demostrando sumariamente en la solicitud, que se encuentra en el ejercicio de la guarda o custodia de conformidad con lo dispuesto por ambos convenios según sea el caso.
- 3.- Si la solicitud de restitución es rechazada de plano por el juzgador desde la presentación, la resolución admitirá recurso de apelación que deberá interponerse dentro de los tres días siguientes a la notificación. Si la denegación fuese confirmada en segunda instancia, dicha resolución deberá comunicarse al Estado requirente para que una vez notificados los interesados queden habilitados a iniciar las acciones que puedan corresponder.
- 4.- Admitida la demanda, en veinticuatro horas, el juez ordenará mandamiento de restitución; citará al requerido o demandado para que oponga sus

²³² Matus Calleros, Eileen, “*La sustracción internacional de menores...*” *cit.* pp. 246-251.

excepciones por el término de diez días; dispondrá las medidas cautelares necesarias a los efectos de la producción y sujeción de la persona menor de dieciséis años de edad al país, dictando el cierre de fronteras y la retención de documentación para viajar del menor de edad y de la persona que la ha sustraído, o bien modificará o mantendrá las adoptadas inicialmente. Igualmente designará a un defensor del menor de no haber sido designado anteriormente; designará en todos los casos un defensor al solicitante, que actuará con las facultades de representación, salvo que él mismo lo designe personalmente y notificará la decisión al Ministerio Público y al Procurador de la Defensa del Menor, así como a la Autoridad Central para los efectos legales conducentes.

5.-Es importante resaltar que en este procedimiento no se admitirán cuestiones previas, incidentales ni reconveniones que obsten o dilaten la prosecución del trámite.

6.- Respecto de las excepciones, que se puedan interponer, tenemos que la defensa del demandado deberá realizarse por escrito y deberá estar acompañada por las pruebas necesarias. Será válida la oposición de restitución cuando se exprese y demuestre únicamente alguno de los extremos que habilita el Convenio de La Haya o la Convención Interamericana. El Tribunal rechazará sin sustanciar toda excepción fuera de las enumeradas en las referidas convenciones.

7.-En el caso de que las excepciones no fueran opuestas, quedará firme el mandamiento de restitución y se dispondrá a hacer efectivo el mismo comunicándolo a la Autoridad Central. De ahí se le hará saber al Estado requirente, en su caso, que si dentro de los cuarenta y cinco días naturales desde que fuera comunicada la sentencia no adopta las medidas necesarias a efectos del traslado del menor de edad, quedará sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas. Por otro lado, si las excepciones son opuestas, éstas se deberán sustanciar en un plazo de 5 días.

8.- Una vez contestadas las excepciones o vencido el término de 6 días se convocará a una audiencia que se celebrará dentro de los tres días siguientes.

En dicha audiencia el Juez se pronunciará sobre los medios probatorios, ofrecidos por las partes, rechazando de plano toda aquella prueba notoriamente inadmisibles, inconducente o manifiestamente impertinente.

9.-La audiencia será presidida por el juez y no dejará de celebrarse por ausencia de alguno de los citados. En ella se intentará la conciliación, la que verificada se hará constar en acta y será autorizada por el juez. De no ser posible, será oído el Ministerio Público y se resolverá de haberse planteado las cuestiones procesales que obstan a la decisión final. Se procederá a la fijación de los puntos de debate y se diligenciarán los medios probatorios dispuestos a cuyo fin la audiencia podrá ser prorrogada hasta por setenta y dos horas.

10.-Igualmente, se garantizará el derecho de audiencia al menor, para que dé su opinión libremente y en sus propias palabras, tomando en consideración su edad y madurez. Igualmente se dará audiencia a las partes, al Ministerio Público y el Procurador de la Defensa del menor. La ausencia de estos dos últimos no obstará a la prosecución del trámite ni al dictado de sentencia.

11.- De acuerdo con la edad y circunstancias del menor cuya restitución se solicita, debe ser oído a través de profesionales especializados y designados por el Tribunal, cuyos informes o dictámenes, en su caso deberán ser signados dentro del plazo previsto para la celebración de la audiencia.

12.- Ahora bien, una vez dictada la sentencia definitiva, procederá el recurso de apelación, dentro de los 3 días siguientes a la notificación y sustanciado con un traslado por idéntico plazo a las partes.

13.- El recurso de apelación será concedido con efecto suspensivo, y los autos serán elevados dentro del término de veinticuatro horas de realizadas las notificaciones y traslados respectivos. El tribunal de Alzada se expedirá dentro del décimo día, podrá hacerlo en audiencia o dictar una decisión anticipada.

14.- La segunda Instancia debe tramitarse dentro de los plazos máximos establecidos en el Convenio de La Haya, o en la Convención Interamericana, según el caso.

15.- La resolución que ordena la restitución debe incluir instrucciones para su

ejecución y se comunicará a la autoridad responsable de su ejecución y a la Autoridad Central. Los gastos de restitución estarán a cargo del actor o en su caso del Estado requirente.

16.- Finalmente, respecto a las comunicaciones judiciales, se designará a un Juez de Enlace con la finalidad de facilitar las comunicaciones judiciales directas sobre los asuntos en trámite entre los Tribunales Extranjeros y los Tribunales Nacionales. Las consultas podrán ser recíprocas, se realizarán por medio del Juez de Enlace y podrá dejarse constancia de estas en los respectivos expedientes, con comunicación a las partes.

3.2. Excepciones a la Restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes en México

Ya hemos señalado el procedimiento en el que se determinó que era procedente la restitución internacional, pero no debemos olvidar que también existe la posibilidad de negarla y para ello existen las excepciones de restitución, las que se encuentran previstas en los artículos 12, 13²³³ y 20 del Convenio de La Haya; y, 11, 14 y 25 del Interamericano.

Básicamente, estas disposiciones regulan la negativa del retorno de la niña, niño o adolescente por: i) la expiración del plazo; ii) excepciones de orden público como que no se haya ejercido la custodia efectivamente; iii) que exista un grave riesgo de que la restitución del infante o adolescente lo exponga a un peligro grave físico o

²³³ Artículo 13.- No obstante, lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o

b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro 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.

psíquico o que de cualquier otra manera ponga al niño en una situación intolerable; y, iv) que el propio infante o adolescente se oponga a su restitución.

Es importante recordar que uno de los objetivos del padre sustractor es quedarse con la niña, niño o adolescente en el Estado en el que se encuentran, y muy probablemente su intención por un tiempo es esconderse para no ser localizado, lo que acarrearía que se dilate el procedimiento; y con intención o no, provocar una posible excepción de restitución.

Es por ello por lo que en estos asuntos -donde están involucrados infantes o adolescentes-, el juzgador para tomar una decisión deberá partir de un juicio de ponderación que habrá de realizar tomando en cuenta todos los factores que convergen en el caso. En ese sentido, la posible confrontación que se dé entre el interés superior del niño y la adecuada defensa de las partes en un juicio del orden familiar, se analizarán cuidadosamente, a fin de determinar, con base en el material probatorio existente en autos, si al ejercer el aludido principio de defensa, no se trastoca el interés superior de las niñas, niños y adolescentes involucrados.

3.2.1 Excepción de la solicitud de restitución pasado un año

Ahora bien, según lo dispuesto por el artículo 12²³⁴ de la Convención de La Haya, cuando una niña, niño o adolescente haya sido trasladado o retenido ilícitamente y a la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante, donde se halle el infante o adolescente, hubiera transcurrido

²³⁴ Artículo 12. Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

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

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

un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícita, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del infante o adolescente.

Sin embargo, dicho artículo también establece que la autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará la restitución de la niña, niño o adolescente salvo que quede demostrado que ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

Como nos damos cuenta, la protección al infante es de trascendental importancia, ya que los Estados Contratantes pactaron la posibilidad de que si el niño se encontraba durante un largo periodo con el padre sustractor, más de un año, se deberá determinar qué es lo que resulta más benéfico para el niño, ya que pudiera generar una quiebra en su ambiente familiar que genera un daño psicológico irreparable, haciéndose clara la debida ponderación y escrutinio respecto a la solicitud de la restitución y verificar que efectivamente se ha dado la adaptación de la niña, niño o adolescente, mediante las pruebas conducentes.

Se aclara, que de lo anteriormente expuesto no se debe de considerar que por el simple transcurso del tiempo en el procedimiento, es decir de las dilaciones que provoquen su retraso por más de un año, las autoridades del Estado receptor deben considerarlas como causa para negar la restitución solicitada, ya que de suponerlo así, se generaría y provocaría que el sustractor permaneciera oculto para que transcurriera el plazo de un año para legalizar su actuación ilícita.

Lo anterior está contemplado en la siguiente tesis²³⁵:

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. PARA QUE OPERE LA

²³⁵ Tesis 1a./J. 7/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 52, Tomo I, marzo de 2018, p. 858.

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

Esta Primera Sala advierte que el artículo 12 del Convenio de La Haya es una de las piezas fundamentales de dicho instrumento internacional, pues en el mismo se contienen las circunstancias que deben presentarse para determinar en última instancia la restitución inmediata del menor. En este sentido, el mencionado artículo distingue dos hipótesis para la procedencia de la excepción relativa a la integración a un nuevo ambiente: la primera, relativa a que la solicitud de restitución hubiera sido presentada dentro del año siguiente contado a partir de la sustracción; y la segunda, que hubiera sido presentada después de dicho periodo. El establecimiento del mencionado plazo de un año constituye una abstracción que atiende a las dificultades que pueden encontrarse para localizar al menor. Así, la solución finalmente adoptada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, amplía la ejecución de su objetivo primario -la restitución del menor- a un periodo indefinido, pues en cualquier tiempo se deberá restituir al menor, con la condición de que si ha pasado más de un año dicha restitución ya no será inmediata, sino que estará sujeta a un examen de ponderación para determinar la adaptación del menor a su nuevo ambiente. Lo anterior, pues el ideal del Convenio de La Haya es evitar las dilaciones indebidas, las cuales resultan sumamente perjudiciales para el menor involucrado, mediante un mandato de restitución inmediata. Sin embargo, en atención al propio principio de interés superior del menor, los Estados contratantes reconocieron la posibilidad de que si el menor se encuentra durante un largo periodo con el progenitor sustractor -a consideración de la Conferencia de La Haya más de un año-, se deberá determinar qué resulta más benéfico para el menor y evitar que sufra una nueva quiebra en su ambiente familiar que pueda significar un peligro para su correcto desarrollo psicológico. No obstante lo anteriormente expuesto, esta Primera Sala considera que el mero hecho de que las dilaciones en el procedimiento de restitución provoquen su retraso, por un

plazo mayor a un año, no permite a las autoridades del Estado receptor considerar la integración del mismo como una causa para negar la restitución. Ello es así, pues son muchos los casos en los que la actividad procesal de las partes tiene por finalidad justamente la dilación del procedimiento, a fin de poder argumentar la integración del menor; o en los que el sustractor permanece oculto con la finalidad de que transcurra el plazo de un año para legalizar su actuación irregular. Por otra parte, esta Primera Sala observa que los informes explicativos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado señalan que la intención de los Estados contratantes fue que dicho plazo se contara no hasta que la autoridad judicial o administrativa correspondiente recibiera la solicitud, sino desde el momento mismo de la presentación de la demanda. Lo anterior es así, en tanto que el posible retraso en la acción de las autoridades competentes no debe perjudicar los intereses de las partes amparadas por el Convenio.

Por su parte, el artículo 14 del Convenio Interamericano, establece que los procedimientos serán instaurados dentro del plazo de un año contado a partir del traslado o retención ilícita y que cuando se desconozca el paradero de la niña, niño o adolescente, el plazo empezará a correr a partir del momento en que fue localizado; asimismo, contempla una excepción al vencimiento del plazo del año para acceder a la solicitud de restitución, siempre y cuando a criterio de la autoridad requerida lo justifican las circunstancias del caso, a menos que se demostrare que la niña, niño o adolescente se ha integrado a su nuevo entorno.

Como podemos observar, en este Convenio se prevé el cómputo del plazo de un año a partir del traslado, y también el cómputo a partir de la localización del infante o adolescente, en comparación con el Convenio de la Haya, lo que se está tratando de prevenir en el Interamericano es que se tome en cuenta el cómputo de un año a partir de la localización de la niña, niño o adolescente cuando no se conocía el paradero del mismo. Sin embargo, aun y cuando el de La Haya no prevé el cómputo a partir de la localización del infante o adolescente, no es perjudicial, toda vez que

también contempla la restitución sin importar que haya expirado el plazo, siempre y cuando no se demuestre la integración a su nueva residencia.

Ahora bien, este límite temporal trata de establecer un parámetro por medio del cual se pueda discernir en qué supuestos sería más perjudicial el retorno del niño, sobre todo si éste ya se adaptó al lugar en donde se encuentra. Por lo tanto, consideramos que invocar la adaptación de una niña, niño o adolescente, a un nuevo ambiente como excepción a su retorno, sólo procedería si el procedimiento se inicia cuando hubiere expirado el plazo de un año.

Al respecto tiene aplicación la siguiente tesis²³⁶:

INTEGRACIÓN DEL NIÑO A SU NUEVO AMBIENTE, COMO MOTIVO PARA NEGAR SU RESTITUCIÓN. SÓLO ES INVOCABLE CUANDO EL PROCEDIMIENTO INICIA DESPUÉS DE UN AÑO DESDE LA SUSTRACCIÓN O RETENCIÓN ILÍCITAS. Del artículo 12 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores se hacen patentes los distintos efectos de la determinación que el Juez del Estado requerido debe adoptar en un procedimiento de restitución de menor, según si dicho procedimiento inició antes o después de un año, desde que la sustracción o retención ilícitas tuvieron lugar: en el primer caso, se debe decretar la restitución inmediata; y en el segundo, puede negarse la restitución si está demostrado que el menor ha quedado integrado a su nuevo ambiente. Lo anterior, pues se consideró razonable un año como plazo para que el interesado iniciara el procedimiento de restitución, pero se admite su inicio posterior en atención a diversas circunstancias que pueden presentarse en la realidad que pudieran retrasar tal gestión, como las dificultades para localizar al menor, aunque en este último caso, se considera más perjudicial el retorno del niño, si éste ya se adaptó al lugar donde ahora se encuentra. Por tanto, la

²³⁶ Tesis I.4o.C.236 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXI, enero de 2010, p. 2136.

consideración acerca de si el niño ya está adaptado al nuevo ambiente, sólo cabe invocarla cuando el procedimiento hubiera iniciado después de ese plazo, y en cambio, la dilación en la resolución de la restitución no debe ser motivo para legitimar la ilicitud de la sustracción, pues el posible retraso en la acción de las autoridades competentes no debe perjudicar los intereses de las partes amparadas por la convención.

3.2.2. Excepción por consentimiento de los padres

La Convención Interamericana, en el artículo 11, establece que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución de la niña, niño o adolescente, cuando la persona o la institución que presentare oposición, demuestre que los titulares de la solicitud o demanda de restitución hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención.

Asimismo, el artículo 13 de la Convención de la Haya, en su inciso a), nos menciona que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido, no está obligada a ordenar la restitución del infante o adolescente si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención.

De lo antes expuesto, se puede concluir que los supuestos de los párrafos precedentes, apuntan a que la persona que tiene la custodia de la niña, niño o adolescente, está accediendo a que el mismo adquiera una nueva residencia habitual; empero, hemos señalado que el interés superior del niño es de interés público, por lo que el consentimiento unilateral de uno de sus progenitores no es suficiente para decir el modo y estilo de vida del infante o adolescente; ya que esta decisión de gran magnitud no puede estar basada únicamente con uno de los progenitores, sino que el juez debe valorar las particularidades del caso, conciliando los intereses de padre-hijo, procurando siempre el mayor beneficio del niño.

3.2.3. Ejercicio efectivo de la guarda y custodia

El primer supuesto del artículo 13 de la Convención de la Haya, establece que procede negar la restitución de la niña, niño o adolescente requerido, si se demuestra que la persona que se hubiera hecho cargo de él no ejercía de modo efectivo el derecho del infante o adolescente en el momento en que fue trasladado o retenido. Lo anterior se justifica porque en ese supuesto, en realidad no existe el derecho que se pretende proteger con dicho instrumento internacional.

La efectividad del ejercicio de ese derecho de custodia conferido por la ley, hace referencia a la situación real existente entre el infante o adolescente y quienes deben custodiarlo, en el momento anterior al traslado o retención ilícita, es decir, se debe de comprobar que la persona custodia del niño, se encargaba de todas sus necesidades en general, como su manutención, educación, asistencia en caso de enfermedad, convivencia, cuidados generales, etcétera; es decir, que se advierta que los encargados de su custodia estuvieron al pendiente o al cuidado de cualquier situación que pudiera beneficiar o perjudicar a la niña, niño o adolescente, por lo que el término custodia efectiva no se refiere simplemente a tener una resolución judicial decretada por un juez familiar, lo anterior encuentra apoyo en la siguiente tesis²³⁷:

FALTA DE CUSTODIA EFECTIVA, COMO MOTIVO PARA NEGAR LA RESTITUCIÓN DE MENORES. CONCEPTO. Del artículo 13 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores se advierte que procede negar la restitución del menor requerido, si se demuestra que la persona que se hubiera hecho cargo del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido, lo cual se justifica porque en ese supuesto, en realidad no existe el derecho que se pretende proteger con dicho instrumento internacional. La efectividad del ejercicio de ese derecho conferido por la ley,

²³⁷ Tesis I.4o.C.234 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXI, enero de 2010, p. 2121.

hace referencia a la situación real existente entre el niño y quienes deben custodiarlo, en el momento anterior al traslado o retención ilícitas, por la que se aprecie el interés de estos últimos por el menor, manifestado en las conductas necesarias para su desarrollo en general, como su manutención, educación, asistencia en caso de enfermedad, convivencia, cuidados generales, etcétera, que impliquen que los encargados de su custodia estuvieron al pendiente o al cuidado de cualquier situación que pudiera beneficiar o perjudicar al niño, y lo cual se puede lograr viviendo bajo el mismo techo o, como en el caso de padres separados, aunque se viva en distinto domicilio del menor. Por tanto, el concepto de custodia efectiva no está relacionado con la formalidad de contar con alguna declaración judicial de su existencia.

Comprobar que la persona encargada de la custodia no ejercía efectivamente este derecho, es una presunción *iuris tantum*²³⁸ de la existencia de tal ejercicio a favor de quien solicita la restitución, que puede desvirtuarse con prueba en contrario.

3.2.4. Excepción cuando existe un grave riesgo de que la restitución de la niña, niño o adolescente lo exponga a un peligro grave físico o psíquico

El segundo supuesto que contempla el artículo 13 de la Convención de la Haya, establece que puede negarse la restitución cuando existe un grave riesgo de que la restitución de la niña, niño o adolescente lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera lo ponga en una situación intolerable, como ya se ha reiterado en diversas ocasiones a lo largo de esta investigación, la normatividad convencional y autónoma Mexicana, obliga a todas las autoridades a velar por el interés superior del niño; es decir, “respetar sus derechos y el ejercicio de éstos, para su sano desarrollo, cognitivo, psicológico y emocional”²³⁹.

²³⁸ Rodríguez Jiménez, Sonia, *La sustracción Internacional de Menores por sus propios padres, su destitución en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 77.

²³⁹ López Betancourt Eduardo, Fonseca Luján Roberto Carlos, *Juicios Orales en Materia Familiar*, México, IURE editores, vol. 1, 2014, p. 36.

De tal forma que, si bien se debe velar para que las niñas, niños o adolescentes no sean separados de sus padres contra la voluntad de éstos, esto tiene como excepción el interés superior del niño, como puede ocurrir en los casos en que la niña, niño o adolescente sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres.

En ese mismo sentido, también encontramos que el artículo 11 de la Convención Interamericana, establece que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido, no estará obligada a ordenar la restitución de la niña, niño o adolescente, cuando la persona o la institución que presentare oposición, demuestre que existiere un riesgo grave de que la restitución del mismo pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico.

Para probar la concurrencia de esta excepción y fundamentar el motivo de denegación, la utilización de informes sociales, tanto del niño como de su familia es recomendable, sin que su ofrecimiento e incorporación implique innecesarias dilaciones.²⁴⁰

Puede ocurrir también que el padre sustractor esté imposibilitado de retornar al lugar de residencia habitual, por ejemplo, porque el Estado de residencia del niño le niega la visa o pasaporte, y se configure el “grave riesgo” en una doble circunstancia, pues, por un lado, de restituir al niño el padre sustractor no tendría garantías procesales para enfrentar un nuevo procedimiento sobre el fondo de la custodia, ya que no podría asistir, y por otro, el niño quedaría en una situación de desamparo en el Estado al que sería restituido hasta el término del procedimiento sobre el fondo de la custodia.²⁴¹

No debemos dejar de mencionar para este tema, una herramienta legal valiosa, me refiero al informe psicológico pericial que tiene como objetivo evaluar las

²⁴⁰ Rizik-Mulet, Lucía, *Sustracción internacional de menores: jurisprudencia reciente de los tribunales superiores de justicia chilenos*, 29 *International Law*, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 193-234 (2016). p. 209. Sitio web: [http:// dx.doi.org/10.11144/ Javeriana.il 14-29. simj](http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il.14-29.simj). visto el 25 de mayo de 2020.

²⁴¹ *Ibidem*, pp 209-210.

condiciones psicológicas de las personas implicadas y aportar mayores elementos para la toma de decisiones. Este asesoramiento de psicólogos expertos en el comportamiento humano es muy útil para los operadores jurídicos que lo utilizan, ya que insistimos se deben adoptar las mejores decisiones que desde luego serán en beneficio del interés superior de la niñez.

3.2.5. Excepción por grado de madurez

De la misma fracción b) del artículo 13 del Convenio de la Haya, se puede considerar como el tercer supuesto de excepción a la restitución, la oposición de la niña, niño y adolescente a ser restituido, cuando haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta su opinión.

Como hemos venido señalando, de la interpretación del artículo 4o, párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende la obligación del Estado de velar por el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que puedan afectarle, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

En ese sentido, el juzgador deberá ser especialmente cuidadoso al valorar tanto la opinión del infante o adolescente como el resto del material probatorio en los asuntos que dirimen aspectos que afectan los derechos de niñas, niños y adolescentes, ya que en ocasiones, éstos expresan una opinión que puede estar manipulada o alienada y podrían vulnerarse con suma facilidad los derechos de los niños que precisamente se pretenden proteger, por lo que debe analizarse en conjunto tanto lo expresado por el infante o adolescente, así como las demás circunstancias que se presenten en el caso.

Apoya a lo anterior la siguiente tesis²⁴²:

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL. EN EL PROCEDIMIENTO SE DEBE EVALUAR LA OPINIÓN DEL MENOR SUSTRÁIDO O RETENIDO. Las niñas y los niños, como titulares de derechos humanos, ejercen sus derechos progresivamente, y a medida en que se desarrollan van adquiriendo un mayor nivel de autonomía; sin embargo, no todos los niños y las niñas se desarrollan y adquieren madurez en el mismo grado y medida; por lo que su participación en el juicio no depende de una edad específica, ni puede determinarse por una regla fija; luego, el derecho que tiene el menor a expresar su opinión en aquellos asuntos que le conciernen o le afectan, no necesariamente conlleva a que el juzgador acepte sus deseos, o acate indefectiblemente lo expresado por él, pues aunque su opinión es de suma importancia en la resolución del asunto, no tiene fuerza vinculante en la decisión que finalmente se emita, porque precisamente, en aras de proteger su interés superior, el juzgador tiene la ineludible obligación de evaluar la opinión expresada por el menor de conformidad con su autonomía o su grado de madurez, ponderando además todas las circunstancias del caso. Situación que cobra especial relevancia en los asuntos de restitución internacional, pues cuando un menor es separado de uno de sus progenitores y pierde todo contacto con él, por un largo tiempo, es natural que presente más apego con el progenitor con quien convive; por tanto, el juzgador debe ser extremadamente cuidadoso al valorar la opinión de un menor que encontrándose en esas circunstancias, manifiesta querer permanecer al lado del progenitor con quien convive, pues cuando esa separación obedece a una sustracción o retención, el padre que perdió contacto con su hijo, presentará una clara desventaja frente al que lo sustrajo o retiene en la preferencia del menor, sobre todo porque la sustracción o la retención ilegal, por sí misma, pone en evidencia que el deseo del sustractor

²⁴² Tesis 1a. CXXX/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, septiembre de 2017, Libro 46, Tomo I, p. 245.

o retenedor, es que el menor permanezca a su lado; por tal motivo, cuando ello ocurre, el juzgador al momento de valorar la opinión del menor, no sólo debe verificar que éste tiene la madurez suficiente para entender la problemática que presenta el juicio y emitir su opinión; sino que además, debe cerciorarse que ésta no es manipulada por el sustractor, a fin de asegurarse que la opinión que emite el menor realmente obedece a un juicio propio, tal y como lo ordena el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

De igual forma, en el último párrafo del artículo 11 de la Convención de la Haya, se establece que la autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del niño si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez de la niña, niño o adolescente justificase tomar en cuenta su opinión.

Se precisa que el hecho de respetar el principio del interés superior de la niñez, no conlleva de modo alguno a que se acate la voluntad de las pretensiones individuales de este, es decir, el principio no obliga a decidir lo que quiera la niña, niño o adolescente sino lo que sea mejor racionalmente para su desarrollo y bienestar.

3.2.6. Excepción por violación a los principios fundamentales del Estado requerido

En el caso en particular, advertimos que los artículos 20 y 25 de las Convenciones de la Haya y la Interamericana, respectivamente, establecen que la restitución de la niña, niño y adolescente podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido, consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño y de las libertades fundamentales.

Esta excepción resulta compleja en su interpretación, por la abstracción y generalidad de la misma. Para su exégesis habría que determinar los principios fundamentales del Estado de refugio en materia de derechos humanos y observar

si las garantías fundamentales que gozan en el Estado de refugio no se aseguran en el Estado de residencia habitual.²⁴³

Otras circunstancias que pueden estimarse a dar lugar a esta excepción, es que el país de residencia habitual esté siendo objeto de epidemias, guerras o bien potenciales desastres naturales.

Según el informe explicativo²⁴⁴ que Elisa Pérez Vera realizó respecto al Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, la posibilidad reconocida en el artículo 20 de dicho ordenamiento, en el sentido de no devolver a una niña, niño y adolescente cuando tal restitución no sea permitida por "los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales", ha sido ubicada de manera significativa en el último artículo del capítulo; de esta forma, se ha querido destacar el carácter claramente excepcional que siempre debe tener su aplicación.

Pérez Vera²⁴⁵ manifiesta que, aunque su tenor literal recuerda mucho la terminología de los textos internacionales en materia de protección de los derechos humanos, la norma no se refiere a los desarrollos alcanzados en el plano internacional; muy al contrario, sólo se refiere a los principios admitidos en el derecho del Estado requerido, ya sea por vía del derecho internacional general o convencional, ya sea por vía legislativa interna. En consecuencia, para poder denegar un retorno sobre la base de este artículo, será preciso que los principios fundamentales en la materia aceptados por el Estado requerido no lo permitan.

²⁴³ Aráuz Enríquez, María José, "De las excepciones en la Sustracción Internacional de persona menor de 16 años. Visión doctrinal y jurisprudencial, con énfasis en el proceso nicaragüense". Nicaragua, *Revista De Derecho*, Núm. 24, 3 de agosto de 2018, p. 21. sitio web, <https://doi.org/10.5377/derecho.v0i24.637>, visto el 30 de mayo de 2020.

²⁴⁴ Página oficial de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, sitio web: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779>. Visto el 1 de junio 2020.

²⁴⁵ *Ídem*.

Asimismo, Elisa Pérez Vera²⁴⁶ señala, que la invocación de tales principios no deberá en ningún caso ser más frecuente ni más fácilmente admitida de lo que lo sería para resolver situaciones puramente internas, y que además el estudio de la jurisprudencia de los distintos países demuestra que la aplicación por parte del juez de la legislación relativa a los derechos humanos y las libertades fundamentales, se lleva a cabo con una prudencia que cabe esperar se mantenga respecto a las situaciones internacionales cubiertas por el Convenio de La Haya, lo que sin duda sería muy benéfico.

3.3. Generalidades del procedimiento de restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes en México, como país de origen

Cuando México actúa como país de origen en un procedimiento de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, advertiremos que la regulación en torno a dicha restitución está condicionada por la normativa autónoma de los Estados requeridos.

Lo anterior quiere decir, que el resultado del procedimiento de restitución va a depender de cómo se lleve a cabo el procedimiento en el Estado en el cual se encuentra la niña, niño y adolescente; y, en nuestro país solamente se lleva a cabo el inicio de dicho procedimiento, esto es, la solicitud, mediante la autoridad central.

En la primera parte de la guía de Buenas Prácticas del Convenio de la Haya,²⁴⁷ denominado “práctica de las autoridades centrales”, se establecen diversas funciones que debe de realizar la Autoridad Central en papel de autoridad requirente, las cuales entre otras son: debe preparar y enviar la solicitud, previa

²⁴⁶ Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vera., p 34 http://www.menores.gob.ar/userfiles/perez_vera_elisa_informe_explicativo_del_convenio_de_la_haya_de_1980.pdf, visto el 26 de mayo de 2020.

²⁴⁷ Página oficial de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Guía de Buenas Prácticas Primera Parte – Práctica de las Autoridades Centrales. Sitio web: <https://assets.hcch.net/docs/9fb7e7f3-0b62-4a15-8570-048a841d2ed6.pdf>, visto el 26 de mayo de 2020.

verificación de que la misma se encuentre completa, bajo una forma aceptable para el Estado requerido y que responda a las condiciones exigidas por el Convenio; asimismo, debe portar una traducción de la solicitud y de todos los documentos esenciales.

De igual manera, debe obtener información sobre los procedimientos en el Estado requerido, asistir al solicitante, estar informado de los procedimientos de recurso en el Estado requerido, cooperar con la Autoridad Central requerida para facilitar el retorno seguro de la niña, niño y adolescente y, dado el caso, del padre acompañante, confirmar a la Autoridad Central requerida el retorno del infante o adolescente, verificar que se tomen las medidas de protección acordadas con la ayuda de los organismos de protección y bienestar en el país requirente cuando el niño retorna.

Una vez que se haya resuelto el procedimiento de restitución, en el País en el que se encontraba sustraída la niña, niño o adolescente, pueden pasar dos cosas: a) que se declare la restitución del infante o adolescente a su lugar de residencia habitual, en este caso sería a nuestro país; y, b) que se rechazará la solicitud de restitución del niño.

En el primero de los casos, la Autoridad Central sería la encargada de llevar a cabo los trámites necesarios y apoyo a la niña, niño y adolescente restituido, incluyendo a su acompañante y, si se acompañara la decisión de retorno con condiciones o compromisos, la autoridad central, será la encargada de llevar a cabo todas las actuaciones apropiadas en el ámbito de sus poderes para asegurar que las condiciones se respetaran o que se mantendrán los compromisos, entre los Estados parte.

En el segundo de los supuestos, esto es, cuando el Estado requerido rechaza la solicitud de restitución de la niña, niño o adolescente, se le dejan a salvo sus derechos al solicitante, para que pueda promover el recurso correspondiente que

tenga fijado el país en que se encuentra el niño, o bien promueva respecto a la guarda y custodia, hay que recordar que en este procedimiento no se toca nada respecto del fondo del asunto, sino únicamente si el traslado o retención fueron lícitas o no; en consecuencia, el padre solicitante puede seguir con el trámite de la guarda y custodia, ya sea que continúe con el que ya estaba en curso, o en su caso iniciar uno nuevo en el caso de que no lo hubiera.

3.4. Generalidades del procedimiento de Restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes en México cuando los Estados intervinientes no son contratantes de Convenio alguno

Existen países que no son parte de la Convención Interamericana ni de la Convención de la Haya, por lo que, si llegara el caso de que se tuviera que realizar una restitución internacional de niña, niño y adolescente con alguno de ellos, se tendría que llevar a cabo a través de las reglas del Derecho Internacional Privado, específicamente a través de la cooperación internacional.

La cooperación internacional entre autoridades, reviste una importancia esencial para la implementación de la localización y restitución de niñas, niños y adolescentes, comprende tanto la colaboración anterior al proceso y durante el mismo, como el reconocimiento y la ejecución de decisiones emanadas de autoridades extranjeras.²⁴⁸

Enfocándose en la problemática transfronteriza de las niñas, niños y adolescentes, se ha advertido que la cooperación internacional entre autoridades “se convierte en una de las mejores técnicas de protección para la niñez”²⁴⁹ e inclusive en “un cuarto

²⁴⁸ Albornoz, María Mercedes, “La convergencia de la cooperación interamericana de adopción, sustracción y tráfico de menores”, *Seminario de Derecho Internacional Cooperación Jurídica en materia de Derecho de Familia y Niñez*, 2011, p. 22, sitio web: http://www.oas.org/dil/esp/seminario_derecho_internacional_documentos_mercedes_albornoz.pdf. visto el 16 de mayo 2020.

²⁴⁹ González Martín, N., “La cooperación internacional entre autoridades en el Convenio de La Haya de 1993 sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional, a propósito de la Comisión Especial de 2010”, en Fresno de Aguirre, Cecilia. (coord.), *Las personas*

pilar del sector constitutivo del concepto del Derecho Internacional Privado, al menos en la regulación de situaciones jurídicas privadas que incumben al menor o a la familia.”²⁵⁰

Ahora bien, a diferencia de lo que sucedía en los procedimientos de restitución seguidos por los Convenios, los cuales eran substanciados en los Tribunales del Estado sustractor; estos procedimientos se inician por jurisdicción voluntaria en el Estado de origen y son substanciados por el Tribunal de la residencia habitual del niño (Estado de origen), es decir, el procedimiento de restitución se tramita y resuelve en el Estado de origen; posteriormente, el juez del Estado en que se encuentra el infante o adolescente es exhortado a que se ejecute la orden de restitución emitida por el Estado de la residencia habitual.

Una de las estudiosas del derecho experta en este tema, es la doctora Nuria González Martín, ella señala algunas peculiaridades del procedimiento de restitución de niñas, niños y adolescentes, cuando se lleva a cabo mediante Estados que nos son parte de alguno de los Convenios a los que hemos hecho referencia, de la siguiente manera²⁵¹:

- 1.- Este procedimiento debe ser regulado de conformidad con las normas del derecho internacional privado mexicano, mediante la cooperación internacional y a través de esta los instrumentos como la carta rogatoria o el exhorto, ya que al tratarse de un menor de edad es un asunto de gran importancia que no puede quedar sin solución.
- 2.- No importa que uno de los Estados involucrados o ambos no sean parte de las convenciones citadas y, por ello, no cuenten con autoridades centrales establecidas, lo ideal es que se prevean recordando su función primordial

frente a la dinámica y exigencias del mundo globalizado (Jornadas de la ASADIP 2010), Asunción, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), 2010, p. 196-197.

²⁵⁰ *Ídem*.

²⁵¹ González Martín, Nuria, *Familia internacional en México: adopción, alimentos, restitución y tráfico de trata*, México, UNAM-Porrúa, 2009, pp 224 y 225.

como canal de cooperación. Por lo que debería ser la autoridad central quien presenta a las autoridades competentes del otro Estado las cartas rogatorias o exhortos.

3.- El procedimiento realizado en estas circunstancias, se invoca al igual que en las convenciones referidas, cuando alguno de los progenitores o institución informan al juez de la residencia habitual del menor la sustracción, pidiéndole se localice y restituya al menor; siendo obligación del juez solicitar, como ya se había mencionado, a través de un exhorto o carta rogatoria dirigida al Estado en el que presume se encuentra el menor, la localización y restitución inmediata del mismo.

4.- El órgano exhortado recibirá la carta rogatoria o exhorto, mediante un departamento de cartas rogatorias dentro de la Dirección General Jurídica inmersa en la Secretaría de Relaciones Exteriores, la cual hace las veces de la autoridad central, enviando la carta rogatoria o exhorto a la autoridad competente para que analice si está dentro de sus competencias.

5.- El siguiente paso, será similar al procedimiento contemplado por las convenciones internacionales aplicables a la materia, inclusive lo relativo a las cuestiones de fondo de la guarda y custodia, recordando que el Estado requerido no podrá inmiscuirse en ellas, como se señaló anteriormente, únicamente demostrará que los derechos de guarda y custodia concedidos a uno de los progenitores han sido violados y en consecuencia determinar si procede o no la restitución.

6.-El procedimiento de restitución de un menor entre un Estado parte y uno que no forma parte de la Convención de la Haya y la Convención Interamericana de Restitución, sin duda alguna, debe basarse en la cooperación internacional de ambos países con la finalidad u objeto de resolver el conflicto, encaminando su actuar a proteger el interés superior del menor.²⁵²

²⁵² Robles Cruz, María Karen, "proceso de la restitución internacional de la niñez en México" México, revista de derecho privado del Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, Cuarta Época, año V, número 14, julio-diciembre de 2018, pp. 230 y 231.

Como se advierte, las solicitudes de restitución dirigidas a los Estados no parte de la Convención Interamericana ni de la Convención de la Haya, se realizan con un trámite distinto, el procedimiento a seguir en estos casos está basado en el auxilio judicial internacional, el cual consiste en solicitar la cooperación de las autoridades extranjeras para conseguir mediante exhorto o carta rogatoria, que el juez exhortado dé cumplimiento a las diligencias que le solicita el juez exhortante, en razón a que este último no puede realizarlas ya que dicho acto tiene lugar fuera de su circunscripción territorial.

No obstante lo anterior, Farith Simon²⁵³ aduce que a pesar de que la Convención de la Haya únicamente funciona para los países que lo han ratificado o se han adherido a él, cualquier persona, organismo o institución puede dirigirse a las autoridades administrativas sin importar que estén o no amparadas, esto es, cualquier país del mundo puede guiarse por lo que establece dicho convenio, tanto si son autoridades requerentes, como requeridas, aquí lo importante va a ser el deseo o no que tenga cada Estado de resolver el problema de restitución internacional, en favor de todas las niñas, niños y adolescentes del mundo.

3.5. Procedimiento de Restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes en Argentina y sus semejanzas con México

Argentina, al igual que nuestro país, resuelve los problemas de restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes a la luz de dos Convenios multilaterales, estos son: el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, los cuales han sido ratificados por dicho país.

Asimismo, la República Argentina cuenta con un instrumento de carácter bilateral

²⁵³ *Ibidem*, p 230.

en la materia -El Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores-, hecho en Montevideo, el 31 de Julio de 1981. Este convenio, si bien se encuentra vigente entre ambos Estados, ha sido desplazado en su aplicación por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

El 27 de diciembre de 2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, al resolver un caso de restitución, expresó literalmente lo siguiente:

“... Que consecuencia de las consideraciones efectuadas y de la experiencia recogida en los últimos tiempos en oportunidad de intervenir en esta clase de asuntos, esta Corte Suprema de Justicia de la Nación entiende imperioso exhortar al Poder Legislativo para que estime la necesidad o conveniencia de hacer uso de sus atribuciones para dictar una ley que se ajuste a la finalidad del CH 1980 y permita cumplir con las obligaciones asumidas por nuestro país al suscribir dicho convenio.”²⁵⁴

De lo anterior se desprende, que Argentina al igual que en nuestro país, no cuenta con una Ley que regule el procedimiento de restitución de manera general en México, y por lo visto también en ese país es muy necesaria, ya que como vemos la Corte exhortó al Legislativo para que dictara una ley reglamentaria que regulara el procedimiento de restitución, que no es ni más ni menos que “*hard law*” equivalente al dictado de una ley que responda al procedimiento de formación y sanción de las leyes con todos los efectos que conlleva.

3.5.1. Procedimiento administrativo

A groso modo veamos, como es el procedimiento administrativo de la restitución internacional en Argentina desde los dos aspectos;

²⁵⁴ Etel Rapallini, Liliana, *Comentario al Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niño*, Derecho Internacional privado, Cátedra 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales- Universidad Nacional de la Plata Provincia de Buenos Aires, Republica de Argentina, 2017. p. 1.

a) Cuando actúa como autoridad entrante²⁵⁵.

En Argentina, la Autoridad Central para dar cumplimiento a las obligaciones que han asumido en los Convenios sobre Restitución de niñas, niños y adolescentes, lo es la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional -Dirección General de Asuntos Jurídicos- del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.²⁵⁶

Los casos entrantes, serán remitidos a la Autoridad Central Argentina por parte de la Autoridad Central del Estado de residencia habitual del niño.

En primer lugar, la Autoridad Central Argentina hace todo lo que esté a su alcance y que sea necesario para que las partes lleguen a una solución amistosa, evitando de ese modo la judicialización del conflicto. La mediación, es una práctica muy importante que se realiza en este tipo de asuntos, ya que lo que se busca es la protección al interés superior de la niñez, además, trae como consecuencia una clara economía de tiempo y recursos.

En Argentina, a comparación de México, la Autoridad Central le envía una nota al padre sustractor con el fin de que proceda a restituir voluntariamente al niño, explicándole las consecuencias que acarreará su negativa; también se le ofrece la posibilidad de intentar llegar a un acuerdo con el peticionante. Para evitar demoras, se le otorga un plazo de 10 días para responder. En muchos casos se coordinan reuniones para explicar el procedimiento en forma personal.

Cabe mencionar que esta práctica no se lleva a cabo en México, y si bien puede

²⁵⁵ Página de la oficial del Ministerio de Relaciones exteriores y Culto de la República de Argentina, Cancillería Argentina, sitio web: <http://www.menores.gob.ar/convenci-n-de-la-haya-casos-entrantes>. Visto el 27 de mayo de 2020.

²⁵⁶ Página de la oficial del Ministerio de Relaciones exteriores y Culto de la República de Argentina, Cancillería Argentina, sitio web: <http://www.menores.gob.ar/autoridades-centrales>. Visto el 27 de mayo de 2020.

resultar de mucha utilidad, también tiene sus limitaciones cuando el peticionante considera que hay riesgo de que el progenitor sustractor se traslade nuevamente con la niña, niño o adolescente; por lo que en México la Autoridad Central inicia los procedimientos judiciales inmediatamente, a fin de que se resuelva la restitución del infante o adolescente en un plazo de 6 semanas.

En Argentina, al igual que en nuestro país, el procedimiento se tramita ante los juzgados o tribunales del fuero común con competencia en materia de familia o civil, dependiendo de qué tipo de juzgados existen en la jurisdicción en que se encuentra el infante o adolescente sustraído.

En materia probatoria, no hay disposiciones acerca de cuáles son las pruebas que pueden ser admitidas en el proceso, lo cual queda en las manos de los jueces determinar la admisibilidad de estas y su valoración.

b) Cuando actúa como autoridad saliente²⁵⁷

Una vez producido el traslado o retención ilícita del niño, el padre solicitante de la restitución de su descendiente deberá contactarse con la Autoridad Central de aplicación del Convenio de su país, a fin de recibir el asesoramiento necesario.

Si el caso reúne los requisitos para tramitarse a través de alguno de los Convenios que Argentina ha ratificado en la materia, tales como: 1) que se haya ejercido de manera efectiva el derecho de custodia al momento del traslado o retención; 2) que la niña, niño o adolescente tenga su residencia habitual en el país requirente inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita; 3) que el niño no hubiere cumplido 16 años; y, 4) que no haya transcurrido el plazo de un año desde que se produjo el traslado o retención; se deberá presentar la siguiente documentación:

- Formulario de aplicación.

²⁵⁷ Página de la oficial del Ministerio de Relaciones exteriores y Culto de la República de Argentina, Cancillería Argentina, sitio web: <http://www.menores.gob.ar/convenci-n-de-la-haya-casos-salientes>. Visto el 27 de mayo de 2020.

- Certificado o partida de nacimiento de la niña, niño o adolescente. Es suficiente con una copia simple, salvo que el niño se encuentre en Chile o México, en cuyo caso deberá presentarse original o fotocopia certificada.
- Documentación que acredite la residencia de la niña, niño o adolescente en la República Argentina (certificado médico, escolar, obra social, comprobantes de actividades que el niño realizaba en el país).
- Partida de Matrimonio (si correspondiere).
- Sentencia de divorcio o partida con anotación marginal (si correspondiere).
- Sentencia o acuerdo de partes que le otorgue la guarda o custodia del niño o atribuya un régimen de visitas (si correspondiere).
- Fotografías de la niña, niño y adolescente y del progenitor sustractor.
- Copia de denuncias o procedimientos judiciales que se hayan llevado a cabo (si correspondiere).
- Copia de la autorización para salir del país, si existió, y en su caso, copia de la revocación.

Toda la documentación deberá ser traducida por el solicitante al idioma del país al cual se solicite el reintegro del niño, una vez reunida la documentación, la Autoridad Central de Argentina remitirá la solicitud de reintegro a la Autoridad Central del Estado en que se encuentre el niño.

La Autoridad Central del Estado de refugio, dará curso a la solicitud de conformidad con los procedimientos establecidos en su Estado, ya que serán las autoridades judiciales del mismo las que decidirán acerca de la restitución del infante o adolescente a su residencia habitual. El Estado extranjero aplicará su legislación, política y procedimientos y serán sus autoridades las que en última instancia decidirán sobre el destino del niño.

Se hace la precisión que, en caso de ser necesario, la Autoridad Central requerida dará intervención a INTERPOL²⁵⁸, para que proceda a la búsqueda y localización del niño de manera inmediata.

El seguimiento del caso será realizado por la Autoridad Central Argentina, la que trabajará en conjunto con la Autoridad Central del Estado de refugio e informará al peticionante el curso de las actuaciones en el extranjero.

Hasta aquí hemos llegado con el procedimiento administrativo de la restitución internacional en Argentina y hemos manejado que la restitución se inicia a través de la autoridad Central de Argentina; sin embargo, se precisa que al igual que en México se puede también solicitar ante las autoridades administrativas o judiciales del Estado de refugio.

Ya hemos mencionado con anterioridad que en Argentina no hay una Ley que regule el proceso de restitución; sin embargo, este País tiene una gran ventaja sobre el nuestro, en Argentina cuentan con el Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños,²⁵⁹ siendo una reglamentación procesal nacional dictada en el ámbito Interamericano por un grupo de expertos de Argentina.

Los expertos son todos los jueces integrantes de la Red Nacional de Jueces de Familia para la Protección y Restitución Internacional de niños de Argentina, la Jueza de la Red Internacional de Jueces de La Haya, Doctora Graciela Tagle de Ferreyra, con sugerencias efectuadas por integrantes de la Autoridad Central

²⁵⁸ Organización Internacional de Policía Criminal, es una Organización Intergubernamental que cuenta con 194 países miembros en todo el mundo. Ayuda a la policía de los países miembros a colaborar entre sí, a la investigación en materia forense, analítica y a localizar a fugitivos en todo el mundo.

²⁵⁹ Página oficial de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, sitio web: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction/latin-america> Visto el 2 de junio 2020.

Argentina y del Ministerio Público Fiscal, quienes después de varias reuniones dieron por adoptado el texto final del Protocolo el 12 de diciembre de 2016.²⁶⁰

La Comisión Nacional de Acceso a Justicia, a cargo de la vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, Elena Highton de Nolasco, el 25 de noviembre de 2019, en el Palacio de Justicia, presentó un panel de expertos y señaló que, “la Comisión ha asumido el compromiso de favorecer el mejor funcionamiento del Convenio de La Haya y, a tal efecto, ha trabajado en acciones concretas, como la contribución a la aprobación y difusión entre los jueces de nuestro país del Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños”.²⁶¹

3.5.2. Procedimiento judicial

A continuación, presentaremos como es el trámite del procedimiento judicial de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, y para ello nos basaremos en el Protocolo²⁶² al que se hizo referencia en párrafos precedentes, el cual contempla los siguientes aspectos:

Procedimiento en sede judicial.

-El Juez que entiende en la restitución no está llamado a decidir, sobre: en cuál de los dos países el niño está mejor y con cuál de los progenitores el niño vivirá. Decidir la restitución no significa decidir la custodia (artículos 11, 16 y 19 Convenio de La Haya) ya que esta se definirá en la jurisdicción de la residencia habitual del niño.

²⁶⁰ Página oficial de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, sitio web:

<https://assets.hcch.net/docs/31e1be2c-0f5c-483a-8724-b0d47794ecd4.pdf> Visto el 2 de junio 2020.

²⁶¹ Reunión de expertos en protección y restitución internacional de niños en la Corte Suprema. Sitio web: <https://www.youtube.com/watch?v=CqHMMUkbPTA>, visto el 3 de junio de 2020.

²⁶² Página oficial de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, sitio web: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction/latin-america> Visto el 2 de junio 2020.

-Para abordar los casos de sustracción internacional de menores de modo rápido, eficaz y evitar que la demora convalide la sustracción, resulta pertinente disponer desde el inicio, que las notificaciones, diligencias y audiencias se lleven a cabo con habilitación de días, horas inhábiles, a fin de cumplir con el plazo de seis semanas establecido por el Convenio de La Haya. Salvo el traslado de la demanda, todas las notificaciones deberían hacerse por Secretaría, con habilitación de días y horas. En los casos de las jurisdicciones que cuenten con notificación electrónica, se efectuarán por ese medio. Teniendo en cuenta la urgencia que caracteriza estos casos, el delicado interés en juego y la responsabilidad internacional asumida por el Estado argentino al suscribir los Convenios, se recomienda a los Jueces que dispongan la habilitación de las ferias judiciales, a fin de cumplir con los plazos establecidos en los Convenios.

-Se recomienda dar intervención desde el inicio de las actuaciones al Ministerio Público de la Defensa Defensor/Asesor de Menores –según corresponda su denominación en las distintas jurisdicciones-, a fin de que ejerza la representación complementaria o principal establecida en el artículo 103 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (en adelante CCyCN), y 43 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa, o norma provincial análoga. Su actuación está orientada a asegurar que el interés superior del niño sea una consideración primordial, procurando: • la participación del niño en el proceso, • el contacto con el progenitor no conviviente (mientras tramita la causa y luego, en oportunidad de definir las medidas para el regreso seguro), • instar soluciones amigables entre los progenitores, en beneficio del niño, • su restitución inmediata, • el regreso seguro del niño.

-Evaluará si corresponde o no el planteo de las excepciones previstas en el artículo 13 del Convenio de La Haya, y en su caso, deberá aportar las pruebas conducentes a demostrar su existencia, respetando las limitaciones probatorias que deben regir en la materia.

-A los efectos de poder cumplir con el propósito de resolver el conflicto en seis semanas conforme lo establece el artículo 11 del Convenio de la Haya de 1980, se recomienda a los operadores el uso del procedimiento más breve disponible en los códigos procesales provinciales. A nivel nacional se tomará como referencia el trámite sumarísimo previsto en el artículo 498 del CPCyCN, mientras que las provincias deberán adecuar el procedimiento al trámite más acotado de que dispongan. Los plazos previstos en los procedimientos referidos deberán ser considerados como plazos máximos, estando el juez facultado para reducirlos. Ello, en orden a garantizar la protección del interés superior del niño y favorecer la cooperación internacional. Al recibir la solicitud de restitución, el Juez dentro del plazo legal de tres días, se pronunciará sobre la admisibilidad, comprobando la legitimación activa, pasiva y los recaudos establecidos en las Convenciones citadas (tales como, la existencia de una sustracción internacional, y que el Estado requirente haya suscripto alguno de los convenios aplicables). Si el pedido fuera admisible, en el mismo auto, el Juez actuara de la siguiente manera:

a) dispondrá las medidas cautelares necesarias para proteger al niño (por ejemplo, prohibición de innovar en el domicilio del niño sin autorización judicial, y prohibición de salida del país, (artículo 2641 del CCyCN).

b) resolverá de oficio dar el trámite del proceso sumarísimo o el más breve que prevean los ordenamientos provinciales, y ordenará correr traslado de la demanda, por el término de cinco días, al demandado para que oponga las excepciones previstas en los artículos 13 y 20 del Convenio de La Haya, o en el artículo 11 de la Convención Interamericana.

c) comunicará el inicio de las actuaciones a la Autoridad Central, mediante oficio dirigido a la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación.

d) correrá vista por el plazo de tres días, al Ministerio Público Fiscal para que dictamine, y por idéntico plazo, al Defensor/Asesor de Menores, para que

asuma la representación y requiera las medidas de protección que considere oportunas.

e) convocará a una audiencia, que se celebrará en el plazo más breve posible que no supere los diez días, a la que deberán asistir el niño, las partes con asistencia letrada o sus apoderados, el Defensor/Asesor de Menores y el Ministerio Público Fiscal.

f) suspenderá todo proceso civil conexo que se encuentre en trámite, referido a las cuestiones de fondo. En el caso de que tomare conocimiento de la existencia de alguna causa en trámite ante otra jurisdicción o fuero, deberá hacer saber al juez de aquella jurisdicción, acerca de la existencia del pedido de restitución internacional y;

g) arbitrará los medios para restablecer o mantener el contacto entre el progenitor no conviviente y el niño, siempre que el interés superior del niño así lo aconseje.

-Solo serán válidas como defensas las excepciones expresamente previstas en los convenios que rigen la materia (Convenio de la Haya y Convención Interamericana). El tribunal rechazará sin sustanciar toda excepción fuera de las taxativamente enumeradas, las cuales, a su vez, son de interpretación restrictiva.

-Contestada la demanda o vencido el término, se llevará a cabo la audiencia fijada en el primer auto. La misma será dirigida personalmente por el Juez, tendrá por objeto oír al niño y a las partes e intentar una conciliación y se celebrará aún en ausencia de alguno de los citados. En caso de acuerdo, será homologado si correspondiere. Si la conciliación fracasara, el Juez se expedirá en el mismo acto de la audiencia sobre los medios probatorios ofrecidos por las partes, rechazando *in límine*, toda aquella prueba inadmisibles, inconducente o manifiestamente impertinente.

La prueba deberá estar limitada a demostrar la existencia de un traslado o retención ilícita y la existencia de las excepciones expresamente previstas en los Convenios sobre sustracción de niños. De ser necesaria la producción de prueba pericial, el juez fijará los puntos de pericia, de manera que instruyan claramente al experto sobre el alcance de su tarea, en concordancia con el objeto del proceso. Es conveniente que los pedidos de explicaciones y las impugnaciones se formulen y evacuen en la audiencia a fijarse a tal efecto (artículos 473 y 474 del CPCyCN).

El plazo que se fije para la producción de la prueba debería ser el más acotado posible, en ningún caso podrá exceder de los quince días, haciéndole saber a las partes que vencido dicho plazo se pasará a la etapa siguiente en el desarrollo procesal (artículo 36 inc. 1 del CPCCN y su análogo en los regímenes procesales provinciales), en orden a lo previsto en el artículo 11 del Convenio de La Haya.

En cualquier etapa del proceso, el Juez, si lo considera oportuno aún con sentencia firme, podrá convocar a las partes a otra audiencia de conciliación, a efectos de lograr un acuerdo, siempre fijando plazos breves a efectos de evitar estrategias dilatorias. En ningún caso, ello podrá implicar la suspensión del trámite de la causa, la que deberá continuar según su estado.

- Producida la prueba, o vencido el término para hacerlo, se correrá vista por tres días, a los representantes de los Ministerios Públicos para que dictaminen. Cumplido ello el juez, sin más trámite dictará sentencia en el plazo más breve posible, procurando no exceder el plazo de cinco días para su dictado. Ello a fin de cumplir con la manda temporal prevista en el artículo 11 del Convenio de La Haya.

-Las excepciones no son de aplicación automática en el sentido de que no determinan forzosamente el no retorno del niño. Su interpretación es de carácter restrictivo. Por otra parte, es dable destacar que el Juez no debería denegar la restitución de un infante o adolescente, basándose en la existencia

de “un grave riesgo de que su restitución lo expusiera a un peligro grave físico o psíquico o a una situación intolerable”, sin antes haber explorado la posibilidad de que se instrumenten, en las jurisdicciones correspondientes, las medidas adecuadas para neutralizar la existencia del riesgo invocado.

- Para garantizar el regreso seguro del niño (artículo 2642, segundo párrafo del CCYCN), la sentencia que ordena la restitución mínimamente debería contener: 1) la fecha o el plazo en que se hará efectiva la restitución; 2) la indicación de la persona que acompañará al infante o adolescente, sin que ello se convierta en un obstáculo para el regreso del niño. 3) la determinación de quien correrá con los gastos (tickets del niño y del acompañante y alojamiento); 4) el levantamiento de las medidas cautelares de prohibición de salida del país, a los efectos del viaje de regreso y para ese destino; 5) una exhortación a las partes a cooperar y promover el cumplimiento voluntario, para evitar demoras indebidas; 6) establecer si se convocará a psicólogos, mediadores, intérpretes, etcétera, para dar cumplimiento a la orden, siempre que ello no genere demoras en la ejecución de la sentencia. Tales recaudos solo configuran una orientación general y podrán ser adaptados a las peculiaridades de cada caso.

-Las instancias superiores procurarán cumplir con los plazos fijados para primera instancia.

-La supervisión de la ejecución queda en cabeza del Juez (artículo 2642, segundo párrafo del CCyCN). La restitución deberá llevarse a cabo en el tiempo y forma establecido o en la fecha más cercana posible. Salvo que cuestiones relativas al interés superior del niño aconsejen diferir su cumplimiento por alguna razón fundada. Frente a la ausencia de especificaciones en el Convenio de La Haya, respecto de la ejecución, sería atinado tomar como pauta orientadora lo establecido por el artículo 13 de la Convención Interamericana, con relación al límite temporal estipulado para el cumplimiento o ejecución de la orden de restitución (45 días). Todos los

profesionales involucrados en la ejecución de una orden de restitución (entiéndase: letrados de las partes, Defensor/Asesor de menores, psicólogos intervinientes, Autoridad Central, etcétera) deberán estar al tanto de las tareas y responsabilidades de los otros y tendrán que cooperar conjuntamente durante todo el proceso. En esta etapa, también podrá el Juez, convocar a las partes a intentar un acuerdo voluntario, si lo considera beneficioso para el interés superior del niño, sin que ello implique incurrir en estrategias dilatorias.

-A los fines de obtener acuerdos amistosos, la mediación internacional puede ser intentada durante cualquier etapa del proceso. A los efectos de evitar dilaciones inaceptables, el Juez debería establecer plazos concretos y breves para llevarla a cabo. Salvo circunstancias excepcionales el proceso no se suspenderá y en caso de que la mediación no prospere continuará el trámite según su estado.

-Las convenciones sobre sustracción de niños se basan en la confianza entre los Estados contratantes, permitiendo así construir un sistema de cooperación internacional a partir de las mismas. Por ello, para el correcto funcionamiento de estas, las autoridades intervinientes deben hacer los máximos esfuerzos para que la cooperación, tanto administrativa como judicial resulte oportuna y eficaz, lo anterior desde luego para garantizar ampliamente el bienestar de la niñez.

Como podemos percatarnos, el anterior procedimiento de restitución internacional previsto en el Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños, es muy completo que incluso establece la habilitación de días y horas inhábiles para llevar a cabo notificaciones, diligencias y audiencias, lo cual va a permitir que el procedimiento se lleve a cabo de modo rápido, eficaz y evitar que la demora convalide la sustracción, a fin de cumplir con el plazo de seis semanas establecido por el Convenio de La Haya y que es algo con lo que muchos países han batallado.

3.6. Procedimiento de Restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes en España y sus semejanzas con México

En España, para poder obtener la restitución de una niña, niño o adolescente trasladado o retenido ilícitamente, se aplica el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980.

De igual manera, la restitución de niñas, niños y adolescentes se encuentra regulada en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y recientemente en la página oficial del Ministerio de la Presidencia, relaciones con las Cortes y Memoria Democrática del Gobierno de España, aparece un nuevo protocolo de sustracción de menores²⁶³.

3.6.1 Procedimiento administrativo

En el caso de España, la Autoridad Central es la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia:²⁶⁴ que es la encargada de transmitir y recibir las solicitudes en nombre de los progenitores privados de sus hijos y hacerlas llegar a las autoridades competentes del país a donde la niña, niño o adolescente, ha sido trasladado o donde está retenido.

Debe tenerse en cuenta que, para poder presentar la solicitud de restitución internacional, han de cumplirse los siguientes requisitos previstos en el Convenio de la Haya:

- a) Que el hijo sea menor de 16 años

²⁶³ Página Oficial del Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia, relaciones con las Cortes y Memoria Democrática del Gobierno de España, sitio web: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/area-internacional/tramitesnacionales/sustraccion-internacional>. Visto el 3 de junio de 2020.

²⁶⁴ Página oficial del Gobierno de España, Ministerio de Justicia, sitio web: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/area-internacional/tramites-internacionales/sustraccion-internacional>. Visto el 3 de junio de 2020.

- b) Que el niño, niña o adolescente tuviera antes de la sustracción su residencia habitual en España, un Estado Miembro de la Unión Europea o en uno de los Estados firmantes del Convenio de la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.
- c) Que el progenitor que presenta la solicitud tuviera en el momento de la sustracción un derecho de custodia y hasta entonces ejercía ese derecho.
- d) Haya pasado menos de un año desde que se produjo la sustracción

Ahora bien, cuando la autoridad central de España es la solicitante, actúa de la siguiente manera:

Recibe la solicitud junto con la documentación requerida y la hace llegar a la Autoridad Central del país extranjero donde la niña, niño o adolescente ha sido trasladado o se encuentra retenido; encargándose de la traducción de la documentación y en caso de que se necesitara algo adicional lo remitirá a la Autoridad competente del país extranjero, asimismo supervisa el progreso de la tramitación de la solicitud y proporciona a los padres privados de sus hijos información actualizada.

En todo caso, se deberá tener en cuenta que el desarrollo y duración del proceso judicial de restitución que se lleve a cabo en el país extranjero donde la niña, niño o adolescente ha sido trasladado o retenido, dependerá exclusivamente de las normas internas que regulen dichos procedimientos en el Estado extranjero el cual tiene la última palabra sobre la restitución del infante o adolescente a España, ordenado o denegando en su caso el retorno de este.

Al igual que en México, las Autoridades Centrales no tienen influencia alguna sobre la decisión que adopte el tribunal extranjero en cada caso en concreto.

Por otro lado, la Autoridad Central de España también actúa como requerida, teniendo las siguientes funciones:

Recibir las solicitudes de restitución internacional provenientes de las Autoridades Centrales extranjeras y remitirlas a la Abogacía del Estado de la provincia²⁶⁵ en la que se encuentre la niña, niño o adolescente. Cuando así lo requiera el caso, solicitar a INTERPOL el paradero del infante o adolescente.

La Abogacía del Estado una vez estudiada la documentación y en caso de que se cumplan todos los requisitos necesarios, procederá a interponer la demanda de restitución ante el tribunal competente en representación de la Autoridad Central Española. Solicita la información al Estado extranjero cuando sea necesario y proporciona información actualizada a lo largo del proceso.

3.6.2 Procedimiento judicial

La decisión última sobre si procede o no la restitución del menor le corresponde al juzgado español, y el juez que conoce de estos asuntos se basa en la Convención de la Haya y además en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil,²⁶⁶ específicamente del artículo 778 quáter al artículo 778 sexies; como advertimos en este País, si hay regulación interna en una Ley General sobre la restitución, a diferencia del nuestro.

En los anteriores artículos, encontramos el procedimiento judicial relativo a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional; a continuación, presentaré los aspectos más relevantes:

En estos procesos, será competente el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia, de Ceuta o Melilla con competencias en materia de derecho de familia, en cuya circunscripción se halle el niño que haya sido objeto de un traslado o retención ilícita, si los hubiere y, en su defecto, al que

²⁶⁵ El Cuerpo de Abogados del Estado es el conjunto de funcionarios públicos al servicio de la Administración Pública de España compuesto por Abogados del Estado. Dependen de la Abogacía General del Estado que, con rango de Subsecretaría, se integra orgánicamente en el Ministerio de Justicia de España.

²⁶⁶ Página oficial del Gobierno de España Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y memoria democrática, agencia Estatal, Boletín Oficial del Estado, última actualización publicada el 29/04/2020 sitio web: <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>, visto el 1 de junio de 2020.

por turno de reparto corresponda. El Tribunal examinará de oficio su competencia.

Podrán promover el procedimiento la persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia o un régimen de estancia o visitas, relación o comunicación de la niña, niño o adolescente.

A la demanda deberá acompañarse la documentación requerida, en su caso, por el correspondiente convenio o norma internacional y cualquier otra en la que el solicitante funde su petición. El Letrado de la Administración de Justicia²⁶⁷ resolverá sobre la admisión de la demanda en el plazo de las 24 horas siguientes y, si entendiera que ésta no resulta admisible, dará cuenta al Juez para que resuelva lo que proceda dentro de dicho plazo.

En la misma resolución en la que sea admitida la demanda, el Letrado de la Administración de Justicia requerirá a la persona a quien se impute la sustracción o retención ilícita del infante o adolescente para que, en la fecha que se determine, que no podrá exceder de los tres días siguientes, comparezca con el niño y manifieste si accede a su restitución o retorno, o se opone a ello, alegando en tal caso alguna de las causas establecidas en el correspondiente convenio o norma internacional aplicable.

El requerimiento se practicará con los apercibimientos legales y con entrega al requerido del texto del correspondiente convenio o norma internacional aplicable. Cuando el niño no fuera hallado en el lugar indicado en la demanda, y si, tras la realización de las correspondientes averiguaciones por el Letrado de la Administración de Justicia sobre su domicilio o residencia, éstas son infructuosas, se archivará provisionalmente el procedimiento hasta ser encontrado.

Si el niño o adolescente fuera hallado en otra provincia, el Letrado de la Administración de Justicia, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las

²⁶⁷ Corresponde a lo que en México sería al secretario de acuerdos.

partes por el plazo de un día, dará cuenta al Juez para que resuelva al día siguiente lo que proceda mediante auto, remitiendo, en su caso, las actuaciones al Tribunal que considere territorialmente competente y emplazando a las partes para que comparezcan ante el mismo dentro del plazo de los tres días siguientes.

Llegado el día, si el requerido compareciere y accediere a la restitución del niño, niña o adolescente o a su retorno al lugar de procedencia, según corresponda, el Letrado de la Administración de Justicia levantará acta y el Juez dictará auto el mismo día acordando la conclusión del proceso y la restitución o el retorno de la niña, niño o adolescente, pronunciándose en cuanto a los gastos, incluidos los de viaje, y las costas del proceso.

El demandado podrá comparecer en cualquier momento, antes de la finalización del procedimiento, y acceder a la entrega del niño, o a su retorno al lugar de procedencia, siendo de aplicación lo dispuesto en este apartado. Si no compareciera o si comparecido no lo hiciera en forma, ni presentara oposición ni procediera, a la entrega o retorno de la niña, niño o adolescente, el Letrado de la Administración de Justicia en el mismo día le declarará en rebeldía y dispondrá la continuación del procedimiento sin él, citando únicamente al demandante y al Ministerio Fiscal a una vista ante el Juez que tendrá lugar en un plazo no superior a los cinco días siguientes.

El Juez podrá decretar las medidas cautelares que estime pertinentes en relación con el niño, en caso de no haberse adoptado ya con anterioridad, conforme al artículo Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Si en la primera comparecencia, el requerido formulase oposición a la restitución o retorno del niño al amparo de las excepciones establecidas en el correspondiente convenio o norma internacional aplicable, -lo que deberá realizar por escrito-, el Letrado de la Administración de Justicia en el mismo día dará traslado de la oposición y citará a todos los interesados y al Ministerio

Fiscal a una vista que se celebrará dentro del improrrogable plazo de los cinco días siguientes.

La celebración de la vista no se suspenderá por incomparecencia del demandante. Si fuera el demandado que formula oposición quien no compareciere, el Juez le tendrá por desistido de la oposición y continuará la vista. Durante la celebración de esta se oirá a las partes que comparezcan para que expongan lo que estimen procedente, en concreto, a la persona que solicitó la restitución o retorno, al Ministerio Fiscal y a la parte demandada, incluso si compareciere en este trámite por vez primera, se practicarán, en su caso, las pruebas útiles y pertinentes que las partes o el Ministerio Fiscal propongan y las que el Juez acuerde de oficio sobre los hechos que sean relevantes para la decisión sobre la ilicitud o no del traslado o retención y las medidas a adoptar, dentro del plazo improrrogable de seis días.

El Juez podrá también recabar, de oficio, o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, los informes que estime pertinentes cuya realización será urgente y preferente a cualquier otro proceso.

Antes de adoptar cualquier decisión relativa a la procedencia o improcedencia de la restitución de la niña, niño o adolescente a su retorno al lugar de su residencia, el Juez en cualquier momento del proceso y en presencia del Ministerio Fiscal, oirá separadamente al infante o adolescente, a menos que la audiencia de este no se considere conveniente atendiendo a la edad o grado de madurez del infante o adolescente, lo que se hará constar en resolución motivada.

En la exploración de la niña, niño o adolescente, se garantizará que el mismo pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario. Esta actuación podrá realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar.

Celebrada la vista y, en su caso, practicadas las pruebas pertinentes, dentro de los tres días siguientes a su finalización, el Juez dictará sentencia en la que se pronunciará únicamente sobre si el traslado o la retención son ilícitos y acordará si procede o no la restitución del infante o adolescente, a la persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia. La resolución que acuerde la restitución de la niña, niño o adolescente o su retorno, establecerá detalladamente la forma y el plazo de ejecución, pudiendo adoptar las medidas necesarias para evitar un nuevo traslado o retención ilícita del niño tras la notificación de la sentencia.

Si se determinó procedente la restitución o retorno del infante o adolescente, en la resolución se establecerá que la persona que hubiere trasladado o retenido al niño abone las costas procesales, incluidas aquellas en que haya incurrido el solicitante, los gastos de viaje y los que ocasione la restitución o retorno de la niña, niño o adolescente al Estado donde estuviera su residencia habitual con anterioridad a la sustracción.

Contra la resolución que se dicte sólo cabrá recurso de apelación con efectos suspensivos, que tendrá tramitación preferente, debiendo ser resuelto en el improrrogable plazo de veinte días.

En la tramitación del recurso de apelación se seguirán las siguientes especialidades:

Se interpondrá en el plazo de tres días contados desde el día siguiente a la notificación de la resolución, debiendo el órgano judicial acordar su admisión o no dentro de las 24 horas siguientes a la presentación.

Admitido el recurso, las demás partes tendrán tres días para presentar escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación. En este último supuesto, igualmente el apelante principal dispondrá del plazo de tres días para manifestar lo que considere conveniente.

Tras ello, el Letrado de la Administración de Justicia ordenará la remisión de los autos en el mismo día al Tribunal competente para resolver la apelación, ante el cual deberán comparecer las partes en el plazo de 24 horas.

Recibidos los autos, el Tribunal acordará lo que proceda sobre su admisión en el plazo de 24 horas. Si hubiere de practicarse prueba o si se acordase la celebración de vista, el Letrado de la Administración de Justicia señalará día dentro de los tres días siguientes.

La resolución deberá ser dictada dentro de los tres días siguientes a la terminación de la vista o, en defecto de ésta, a contar desde el día siguiente a aquel en que se hubieran recibido los autos en el Tribunal competente para la apelación.

En cualquier momento del proceso, ambas partes podrán solicitar la suspensión de este, de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someterse a mediación. También el Juez podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, proponer una solución de mediación si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo, sin que ello deba suponer un retraso injustificado del proceso. En tales casos, el Letrado de la Administración de Justicia acordará la suspensión por el tiempo necesario para tramitar la mediación. La Entidad pública que tenga las funciones de protección de la niña, niño o adolescente puede intervenir como mediadora si así se solicitase de oficio, por las partes o por el Ministerio Fiscal.

La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones, sin que, en ningún caso, pueda la suspensión del proceso para mediación exceder del plazo legalmente previsto en este Capítulo. El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o, en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación, que deberá ser aprobado por el Juez teniendo en cuenta la normativa vigente y el interés superior del niño.

En la ejecución de la sentencia en la que se acuerde la restitución del infante o adolescente a su retorno al Estado de procedencia, la Autoridad Central prestará la necesaria asistencia al Juzgado para garantizar que se realice sin peligro, adoptando en cada caso las medidas administrativas precisas.

Si el progenitor que hubiera sido condenado a la restitución del niño a su retorno se opusiere, impidiera u obstaculizara su cumplimiento, el Juez deberá adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de forma inmediata, pudiendo ayudarse de la asistencia de los servicios sociales y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Vale la pena resaltar que en España al igual que en México,²⁶⁸ hay juzgados especializados en el tema de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, tal y como lo señala Forcada Miranda Francisco Javier;²⁶⁹ “Uno de los puntos clave de la nueva regulación Española de 2015, lo es la concentración de la competencia para conocer de estos casos en el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia, de Ceuta o Melilla, con competencias en materia de derecho de familia, en cuya circunscripción se halle el infante o adolescente que haya sido objeto de un traslado o retención ilícita, si los hubiere y, en su defecto, en el que por turno de reparto corresponda.”²⁷⁰

Con esta reforma España se aproxima a los mejores estándares internacionales y, por primera vez, capitaliza una cuestión de Derecho de familia en las capitales de provincia, algo que pudiera funcionar en el futuro a modo de banderín de enganche o faro para futuras especializaciones en materia de Derecho de familia.

²⁶⁸ Página oficial del poder judicial de la Ciudad de México, sitio web: https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/presidente_21032019_3/ visto el 4 de junio de 2020.

²⁶⁹ Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid y Asesor de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia Representante de España ante la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya.

²⁷⁰ Forcada Miranda Francisco Javier, *El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015, Parte II.*, Zaragoza, España, Bitácora Millennium DIPr, Num 3º/2016, junio 2016, p 4. sitio web: <http://www.millenniumdipr.com/archivos/1537312802.pdf>.

La concentración de la competencia permite tener jueces más expertos y mejor entrenados, algo esencial dada la complejidad de estos procesos, especialmente cuando las excepciones que contempla el Convenio de la Haya son llevadas al proceso, la especialización de los juzgadores aporta más seguridad y certidumbre jurídica al ciudadano, la acumulación de experiencia de los jueces concernidos es sin duda un gran apoyo a la celeridad en el manejo de los casos, cuya complejidad es notoria.

3.7. Estados contratantes de las Convenciones en la materia, que tienen una regulación interna respecto al procedimiento de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes.

En definitiva, a lo largo de esta investigación nos hemos percatado que, si bien tanto la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 como la Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores de 1989, son los instrumentos más importantes para resolver el problema de la restitución internacional, también es de observarse que dichas Convenciones no establecen un procedimiento específico para cada Estado Parte, de acuerdo a sus necesidades, en donde se detalle a ciencia cierta cada uno de los pasos que se deben seguir para el mejor manejo de la solución de este tipo de conflictos.

Es por ello, que le toca a cada Estado integrante, la iniciativa de crear una normativa interna adecuada a su sistema jurídico para que junto con las Convenciones en comento, resuelvan todas y cada una de las situaciones o problemáticas que surjan al momento de estar frente a un caso de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes y se cumpla a cabalidad el compromiso que adquirieron al firmar las Convenciones referidas, que es garantizar el "interés superior del niño" víctima de traslado o retención ilícita, que en el marco de estos instrumentos, consiste en la pronta restitución del menor a su residencia habitual.

Algunos países, ya han formulado sus reglamentaciones procesales nacionales, entre ellos tenemos a²⁷¹:

Argentina: Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Comisión nacional de Acceso a Justicia, mismo que ya analizamos.

Chile: Auto Acordado de la Corte Suprema de Justicia 205-2015 del 3 de diciembre del 2015.

Nicaragua: Protocolo de Actuaciones para la Aplicación de las Normas Internacionales en materia de Sustracción y Restitución Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes en el ámbito del Derecho de familia. Corte Suprema de Justicia y Ministerio de la Familia (Autoridad Central), 29 de octubre de 2012.

República Dominicana: Resolución 480/2008 de la Suprema Corte de Justicia
Panamá: Decreto Ejecutivo 222/2001.

Paraguay: Instructivo de Procedimiento para la Aplicación de los Instrumentos Internacionales ratificados por la Republica del Paraguay en materia de Restitución Internacional de Menores. Pleno de la Corte Suprema de Justicia, 3 de setiembre de 2019.

Uruguay: Ley Nº 18.895 Restitución de Personas Menores de Dieciséis Años Trasladas o Retenidas Ilícitamente.

Venezuela: Resolución Nº 2017-0019. Tribunal Supremo de Justicia, 4 de octubre de 2017.

De lo países antes citados podemos mencionar por ejemplo a Uruguay, este País cuenta con la Ley Nº18.895,²⁷² que es una Ley especializada en la materia. La

²⁷¹ Página oficial de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, sección Latinoamérica y el caribe, sitio web: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction/latin-america>. visto el 4 de junio de 2020.

²⁷² República Oriental del Uruguay, Poder Legislativo, Publicada D.O. 22 -may-12 - Nº 2847 Sitio web: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp2522991.htm>. Visto el 3 de junio de 2020.

Doctora María Lilian Bendahan Silvera,²⁷³ menciona que dicha Ley, fue pensada para suplir la carencia de un proceso específico para atender las solicitudes de restitución internacional de niños que el sistema procesal de Uruguay tenía, pero no sólo por el aspecto formal en sí mismo, sino en cuanto esa carencia de un proceso específico redundaba en un desconocimiento o incluso una directa vulneración de los derechos de niños y adolescentes involucrados.²⁷⁴

Tal aseveración la hizo al percatarse que en la normatividad que tenía Uruguay en relación con la restitución internacional, a su pensar, no solo resultaba insuficiente en materia de tiempo material que insume su tramitación cuando se trata de un proceso internacional, sino que también y principalmente a que no garantizaba el cumplimiento del espíritu de las Convenciones internacionales que son ley interna para el Uruguay.²⁷⁵

En efecto, la República Oriental del Uruguay, incorporó a su legislación interna el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores, pero para los efectos del proceso de restitución, como país requerido, no contaba dentro de su legislación nacional, con un proceso específico.

Y ahora con la entrada en vigor de la Ley nº 18.895 publicada en el Diario Oficial el 22 de mayo de 2012, se advierten normas relativas al proceso de restitución de personas menores de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente, y algo muy innovador es que se han implementado las notificaciones electrónicas, lo que ha coadyuvado, junto a la aplicación del procedimiento legal previsto para llevar a la práctica los plazos convencionales establecidos, a una muy significativa reducción de los tiempos que insumen los procesos restitutorios.

²⁷³ Juez de la Red Internacional de Jueces de La Haya de Uruguay, ministra del Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno de Uruguay.

²⁷⁴ Comentarios sobre la nueva Ley de Restitución de personas menores de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente. N° 18.895. sitio web: <http://poderjudicial.gub.uy/restitución-de-menores/download/6357/125/19>.

²⁷⁵ *Idem*.

A nuestro criterio, es muy importante que algunos países ya estén regulando de manera interna respecto a la restitución internacional de infantes y adolescentes, ya que con ello se apoya en la medida de lo posible la celeridad y, especialización en este tema, por lo que ahora solo queda esperar que su aplicación práctica sea beneficiosa para tantas niñas, niños y adolescentes que sufren este tipo de situaciones.

Al respecto, la celeridad ha de permitir el cumplimiento de los objetivos y finalidad del Convenio de 25 de octubre de 1980 y ha de evitar situaciones de victimización de los infantes y adolescentes que eran habituales tras una larga tramitación del procedimiento.

El operador jurídico ha de ser consciente del objetivo y finalidad de la regulación interna en cada Estado, ya que estaría adaptada a su sistema jurídico y obviamente, flexible de las exigencias procesales como es deseable en la aplicación práctica, es decir, debe estar cien por ciento diseñado en beneficio de los niños.

Finalmente, aun y cuando este no sea el momento apropiado para un análisis sobre la problemática que se genera en cada Estado, al no tener una norma interna que regule el procedimiento de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, debemos decir que sí llama la atención que en los procedimientos de Argentina, España y Uruguay, existen algunas novedades en el procedimiento, como por mencionar solo unos ejemplos, la habilitación de horas y días inhábiles y las notificaciones vía electrónica, lo que sin duda le dará celeridad al procedimiento y evitará con ello la demora en la tramitación del mismo.

Con lo anterior, el Estado estará en condiciones de entrar en escena y garantizar que la niña, niño o adolescente sea localizado e ingresado de nueva cuenta a la mayor brevedad posible a su seno familiar habitual, procurando hacerlo con el menor daño posible y de esta manera asegurar el respeto y garantía de sus derechos humanos, prevaleciendo el interés superior de estos.

CAPÍTULO CUARTO

ESTUDIO DE CASOS DE LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN MÉXICO

Sumario

4.1. Estudio de casos; 4.2. Estudio de caso I. Amparo directo en revisión 903/2014 de la Primera Sala de la SCJN, 4.2.1 Problemas identificados en el caso I; 4.3. Estudio de caso II. Amparo directo en revisión 1576/2006 de la Primera Sala de la SCJN, 4.3.1 Problemas identificados en el caso II; 4.4 Estudio de caso III. Amparo directo en revisión 1318/2014 de la Primera Sala de la SCJN; 4.4.1 Problemas identificados en el caso III; 4.5. Estudio de caso IV. Caso de restitución Italia-Sonora, México, 4.5.1 Problemas identificados en el caso IV; 4.6. Observaciones generales de los estudios de casos.; 4.7. El papel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, frente a la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes.

4.1. Estudio de casos

Las dificultades que surgen en todo proceso de restitución internacional de la niñez, que se dan desde que se presenta la solicitud hasta la resolución en la que se decide únicamente si debe otorgarse o no el retorno inmediato del niño, nos da la pauta para pensar que le falta eficacia al procedimiento de restitución internacional ya llevado a cabo en nuestro país y por ende, a la necesidad de robustecer dicho procedimiento que hasta el día de hoy en la mayoría de los Estados de la República se ha llevado a cabo, basándose en las Convenciones que regulan dichos procesos.

Existen contrariedades a la hora en que se lleva a cabo el procedimiento de restitución, que provoca que tarden mucho más tiempo en resolverse de lo estipulado en las Convenciones de la materia, lo que trae como consecuencia que se vulneren los derechos del grupo etario.

A continuación, vamos a desarrollar algunos casos que se han dado en la práctica de procedimientos de restitución internacional, la mayoría resueltos incluso por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (más adelante SCJN), esto con la finalidad

de ejemplificar e identificar los problemas operacionales, que se han presentado en los mismos.

4.2. Estudio de caso I. Amparo directo en revisión 903/2014 de la Primera Sala de la SCJN

Caso I²⁷⁶:

Una pareja con residencia en España tuvo dos hijos en aquel país. La madre trasladó a los niños a México bajo el argumento de que vivían una situación de violencia familiar provocada por su esposo. El padre menciona que el veintiocho de septiembre de dos mil once, fue la última vez que vio a su esposa y a sus hijos y el dieciséis de noviembre del mismo año, solicitó la restitución internacional de sus hijos, en los términos establecidos por la Convención de La Haya de 1980.

La Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana, a través de su Dirección General de Protección a mexicanos en el Exterior, Dirección de Familia, quien funge como Autoridad Central mexicana para casos de sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes, por oficio de dieciséis de mayo de dos mil doce, remitió al presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nayarit, la solicitud de restitución internacional.

Conoció del exhorto internacional el Juez Tercero de Primera Instancia del Ramo Familiar de Tepic, Nayarit, México, quien ordenó la comparecencia de la madre y la valoración psicológica de los niños y, después de varios diferimientos de la audiencia, el juez competente de Tepic, Nayarit, dictó sentencia expresando que podría haber una afectación psicológica en los niños, en caso de ser restituidos a

²⁷⁶ González Martín, Nuria, *Sustracción Internacional Parental de Menores y Mediación. Dos casos para la reflexión: México (amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano y Montoya Álvarez)*. Revista electrónica de estudios internacionales, mayo de 2015, pp 19-21. sitio web: dialnet.unirioja.es.

España y niega la restitución decretando, únicamente, un régimen de convivencia con el padre.

El progenitor perjudicado, en contra de lo anterior, interpuso recurso de revocación, al considerar que no había causa justificada para retrasar la restitución, el cual se declaró improcedente el nueve de noviembre de dos mil doce.

En contra de dicha resolución, el progenitor perjudicado promovió juicio de amparo indirecto el cinco de diciembre de dos mil doce, conociendo del asunto el Juzgado Segundo de Distrito en Materia de Amparo Civil, Administrativo y de Trabajo de Juicios Federales en el Estado de Nayarit, bajo el número 1279/2012, después de varios recursos más, el mismo progenitor promueve el juicio de Amparo Directo del que conoció el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Cuarto Circuito, radicado bajo el número 717/2013, el que se resolvió el veinticuatro de enero de dos mil catorce, y se concedió el amparo puesto que se consideró que no se podría afirmar, de manera inequívoca, que se pudiera dar la excepción del artículo 13 b) ya que no se constata la existencia de malos tratos, violencia familiar o cualquier situación evidentemente peligrosa para los dos infantes.

La madre, es decir, el progenitor sustractor, ante esta respuesta del tribunal colegiado, interpuso recurso de revisión, del que conoció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos.

La Suprema Corte mexicana se pronunció con una mayoría de votos concediendo el amparo, reconociendo que se había vulnerado la idea base del Convenio de la Haya de 1980, al no resolverse los procedimientos de sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes de manera expedita, ya que se solicitó la restitución el dieciséis de noviembre de dos mil once, y hasta la fecha de la

resolución -dos de julio de dos mil catorce- del amparo directo en revisión que se estaba conociendo, aun no se resolvía en definitiva respecto a la restitución.

Asimismo, consideró que el procedimiento de restitución no cumplió con el principio fundamental de salvaguarda del interés superior del niño, por lo que como se adelantó se concedió el amparo solicitado y se remitió el expediente al tribunal Colegiado para que resolviera tomando en cuenta los puntos que ya se señalaron.

No pasa desapercibido mencionar que algunos ministros no estuvieron de acuerdo en conceder el amparo, uno de ellos fue el Ministro Cossio, quien formuló su voto particular en el que en la parte final expresó: “A mi parecer, los jueces debemos ser especialmente cautelosos de no desvirtuar el fin perseguido por la Convención justificando el no retorno con apreciaciones que hacen referencia, no ya al peligro grave sino al bienestar del niño en su nueva residencia, en suma, soy de la opinión de que la mera invocación genérica del beneficio del niño o del cambio de ambiente no basta para configurar la situación excepcional que permitirá denegar la restitución con base en la Convención”.²⁷⁷

4.2.1 Problemas identificados en el caso I.

Nuria González Marín²⁷⁸, señala que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México, emitió una resolución poco favorable expresando, prácticamente, que el tema del año (contemplado en el artículo 12 de la Convención de la Haya), no es relevante ya que en todo caso aunque la solicitud de restitución se hubiera presentado en tiempo, la dilación en los amparos generaba que la restitución ya no fuera viable, lo cual -aduce- preocupa porque además de ser una

²⁷⁷ Voto particular del Amparo directo en revisión 903/2014 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 13.

²⁷⁸ González Martín, Nuria, *Sustracción Internacional Parental de Menores ...*, cit, 19-21. sitio web: dialnet.unirioja.es.

violación directa a la Convención de la Haya de 1980, es enviar un mensaje a los progenitores sustractores en el sentido de que si promueven todos los amparos posibles para dilatar el proceso pueden evitar una restitución, lo cual está lejos del sentido de la propia Convención y del Interés Superior de las niñas, niños y adolescentes.

Ahora bien, en este asunto no se cumplió con el plazo que establece el artículo 12 de la Convención de la Haya, sobre aspectos civiles de la sustracción Internacional de Menores, que es la que más se aplica, toda vez que como nos percatamos la solicitud de la restitución se hizo el dieciséis de noviembre de dos mil once y hasta el dos de julio de dos mil catorce, apenas se estaba resolviendo el amparo directo en revisión el cual tampoco resolvía en definitiva el asunto, sino que solo lo devolvía al Tribunal Colegiado, para que resolviera la litis, atendiendo a las directrices que marcaba la sentencia, lo cual fue mencionado en dicha resolución por los propios Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los que reconocieron que se había vulnerado la idea base del Convenio de La Haya de 1980, de resolver los procedimientos de sustracción internacional de niñas, niñas y adolescentes de manera expedita, puesto que ya habían pasado casi tres años de la presentación de la solicitud de la restitución y aun no se resolvía el asunto.

De igual manera, en este asunto hubo votos particulares, como por ejemplo, el del Ministro Cossío, quien respecto a la integración de los niños a su nuevo medio, pasado el lapso de un año establecido por la propia convención, aduce que es un tema de especial cuidado ya que se corre el riesgo inminente de que se puede dar una dilación clara al proceso para alegar dicha excepción.

En otro aspecto, el artículo 12 de la Convención de La Haya de 1980, establece una excepción para ordenar la restitución que es cuando el niño ha quedado integrado a su nuevo hogar, pero esta operara únicamente cuando se hubiere iniciado el procedimiento después de la expiración del plazo de un año desde el momento en que quedó demostrado que el niño quedó integrado en su nuevo medio, pero en

este caso a estudio, no se inició la solicitud de restitución después de un año sino después de dos meses, por este motivo precisamente fue que el Ministro Cossío en su voto señaló que el paso del tiempo puede generar un efecto sumamente pernicioso, que es convalidar un acto ilícito por el mero paso del tiempo, en clara vulneración de los derechos de custodia tanto del padre como de los infantes. Pareciera que basta sustraer ilícitamente a los niños por suficiente tiempo para no tener que cumplir con la ley.

Es por este motivo, que este procedimiento debe tener la característica de la prontitud y expeditéz, toda vez que, a diferencia de cualquier otro asunto, aquí se trata de asuntos concernientes a la niñez, la que de ninguna manera debe poner en riesgo, pues ir en contra de su estabilidad emocional les generaría un daño psicológico irreparable.

4.3. Estudio de caso II. Amparo directo en revisión 1576/2006 de la Primera Sala de la SCJN

Caso II.²⁷⁹

El dieciséis de febrero de dos mil cinco, un Tribunal de los Estados Unidos, dictó una resolución por la que se solicitaba la restitución de dos niños, el juez décimo tercero civil de Tlalnepantla con residencia en Huixquilucan, Estado de México, atendió a tal solicitud y el dieciocho de abril de dos mil cinco, acordó favorable tal solicitud, en acatamiento de lo dispuesto en la Convención de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores.

En el auto de dieciocho de abril de dos mil cinco, se estableció textualmente que en un día determinado la madre sustractora tenía que presentarse con sus hijos ante el juez para celebrar una audiencia y se le apercibió que en caso de no

²⁷⁹ Cossio Díaz, José Ramón, *Debido Proceso y restitución internacional de menores*, Lex. Difusión y Análisis, México, Tercer Época, Año XXII, núm., 165, marzo 2009, p.9.

presentarse se haría por conducto de la fuerza pública y se ordenó el depósito provisional de los infantes ante el DIF municipal.

Contra dichos actos de ejecución, se interpuso amparo, en la demanda la quejosa señaló como acto reclamado la inconstitucionalidad de la Convención y de todos los actos de aplicación o ejecución de la misma.

Esencialmente alegaba que se pretendía afectar los derechos, el domicilio y la libertad de sus hijos y de ella misma, sin haber sido oída y vencida en juicio, sobre lo dispuesto en una convención internacional, oscura, imprecisa e inconstitucional, por ser contraria a la garantía de audiencia en los artículos 14 a 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El amparo en comento por un lado se sobreseyó y por el otro se negó, por lo que, la mujer interpuso recurso de revisión en el que alegó que no era posible que la Convención no respetara la garantía de audiencia, pues no prevé un procedimiento expreso de restitución que deba seguirse. La Suprema Corte reasumió su competencia originaria para conocer del recurso al advertir un posible problema de constitucionalidad relacionado con la Convención de la Haya.

4.3.1 Problemas identificados en el caso II

De la fecha de la resolución dictada en Estados Unidos donde se solicitaba la restitución (dieciséis de febrero de dos mil cinco), a la fecha en que se resolvió el asunto en la Primera Sala de la SCJN (veintidós de noviembre de dos mil seis), -la cual aún no resolvía el fondo de la restitución-, transcurrió más de un año y medio, lo cual excede en demasía del plazo de seis semanas señalado en la Convención de la Haya para que se tome una decisión en este tipo de asuntos.

No se le hizo saber a la madre sustractora que gozaba de ciertos derechos al comparecer en audiencia, ya que solo se limitó a notificarla respecto de la existencia de la solicitud de restitución y a fijar día y hora para la audiencia, sin aclarar si en la misma sería escuchada, o si tendría la oportunidad de ofrecer pruebas y oponerse a la solicitud internacional remitida, lo cual va en contra de lo dispuesto por el artículo 13 de la Convención, que establece que la autoridad que conozca de la solicitud de restitución del infante, no está obligado a ello, si la persona que se opone a su restitución demuestra alguno de los supuestos a que se refieren dichos ordenamientos, esto es, que da la oportunidad a la parte que puede resultar afectada y que por lo tanto se opone a la restitución, a comparecer a alegar y demostrar lo que a su derecho convenga.

Se decretó el depósito de los infantes al Desarrollo Integral de la Familia Municipal (en adelante DIF), sin invocar el precepto legal que así lo autorice, la autoridad requerida no expuso razones que justificaran la necesidad de tal medida, sin que se advirtiera alguna causa de riesgo, para que se determinara esa resolución, situación que a consideración propia, genera una violación directa al bienestar psicoemocional de los niños y, un grave perjuicio al interés superior de los mismos.

4.4 Estudio de caso III. Amparo directo en revisión 1318/2014 de la Primera Sala de la SCJN

Caso III.²⁸⁰

En agosto del dos mil cuatro, dos personas contrajeron matrimonio en Michigan, Estados Unidos, el nueve de abril de dos mil seis, vivieron un año en Querétaro, México, pero establecieron su domicilio conyugal en Estados Unidos.

²⁸⁰ Amparo directo en revisión 1318/2014 de la Primera Sala de la Suprema Corte de la Nación, ministro Alfredo Gutiérrez Muñoz Mena, de 2 de julio de 2014.

Poco después se separaron y la madre junto con su hijo regresaron a México. El padre los buscó, se reconciliaron y regresaron a Estados Unidos. Sin embargo, debido a la violencia familiar que existía, la madre fue apoyada por un grupo de mujeres víctimas de violencia doméstica y el catorce de febrero de dos mil siete, inició el divorcio.

El veinte de mayo de dos mil siete, se dictó una orden temporal y de convivencia del niño con su padre; sin embargo, las visitas no eran tan satisfactorias puesto que el niño regresaba descuidado y dañado emocionalmente, por lo que en agosto de dos mil siete, la madre decide ir a México junto con el niño sin el consentimiento del padre.

El diecisiete de agosto del dos mil siete, el padre decidió iniciar la solicitud de restitución internacional de su hijo conforme a la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores ante la Autoridad Central de Estados Unidos de América.

El veintitrés de octubre de dos mil siete, la Autoridad Central Mexicana de la Secretaría de Relaciones Exteriores inició procedimiento administrativo de la solicitud de restitución. Dicha solicitud le tocó conocer al Juez Cuarto de lo Familiar del Poder Judicial del Estado de Querétaro, por auto de fecha veintiséis de octubre de dos mil siete, ordenó el inicio del procedimiento especial para la restitución del niño, a su vez ordenó la notificación y dio intervención al Agente del Ministerio Público adscrito al juzgado y a la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia del Estado de Querétaro.

Por diversos oficios la juez solicitó la localización inmediata de la requerida y del niño sin éxito alguno, por lo que el solicitante de la restitución compareció ante el juzgado a fin de solicitar la localización inmediata de su hijo, por lo cual la juzgadora giró órdenes a la Agencia Federal de Investigación del Distrito Federal, así como al Instituto Federal Electoral.

El dos de enero del dos mil ocho, la Corte en Estados Unidos emitió la resolución sobre el divorcio interpuesto por la madre, en el cual determinó la rebeldía de la demandante ante su falta de comparecencia y en consecuencia la disolución del vínculo matrimonial y además señaló que con base al interés superior del niño se otorgaba la custodia exclusiva al padre, destacando que la madre al trasladarse a México violó todas las órdenes temporales del procedimiento.

El ocho de enero de dos mil ocho, la madre se opuso a la solicitud de restitución internacional y manifestó las excepciones establecidas en los incisos a) y b) del artículo 13 de la Convención de la Haya, en el sentido de alegar que el padre no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia, además de que la restitución del niño representaba un grave riesgo porque lo exponía a un peligro físico y psíquico. Asimismo, la madre manifestó que el niño no contaba con visa americana y que sólo había ingresado a Estados Unidos para obtener su visa permanente.

El doce de septiembre de dos mil ocho, la juez de primera instancia dictó sentencia definitiva en la que se declaró procedente la restitución solicitada. Inconforme con la resolución, la madre interpuso apelación que fue conocida por la Primera Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Querétaro, siendo que el veinticuatro de noviembre de dos mil ocho, revocó la sentencia de primera instancia y negó la restitución internacional.

Inconforme con la resolución de la Sala Civil, el padre solicitante interpuso amparo directo del cual conoció el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, el cual el veintitrés de abril de dos mil nueve, determinó conceder el amparo al quejoso para efecto de que la Sala responsable dejara insubsistente la sentencia dictada y en su lugar ordenara la reposición del procedimiento ante la Juez de primera instancia para que desahogara la prueba en psicología ofrecida por la Procuradora de la Defensa del Menor no solo respecto de los padres sino también del niño.

Una vez repuesto el procedimiento, sin que se desahogara la pericial de forma colegiada, puesto que se declaró en rebeldía al perito señalado por el requirente, la juez familiar dictó sentencia definitiva el seis de mayo de dos mil diez, en la que al valorar el material probatorio determinó que era improcedente la restitución, pues representaba un grave riesgo para el niño impedirle el pleno y armonioso desarrollo físico y emocional, ya que se comprobó que el medio ambiente en el que se desenvolvía era el adecuado.

El padre solicitante interpuso apelación y por sentencia de fecha veinticuatro de septiembre de dos mil diez, la Sala resolvió revocar la sentencia de primera instancia, y ordenar a la Juez Familiar la reposición del procedimiento a fin de desahogar la prueba pericial de forma colegiada de acuerdo a los lineamientos indicados por el Juzgado Federal.

Desahogada la prueba pericial respecto de ambos progenitores y del niño, se dictó sentencia definitiva el diecinueve de septiembre de dos mil doce, misma que determinó improcedente la restitución del niño, en tanto que todas las periciales en psicología coincidieron que no era apto separar al niño de su madre.

El padre solicitante nuevamente interpuso apelación y en la resolución de catorce de diciembre de dos mil doce, determinó confirmar la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar improcedente la restitución del niño, en tanto que todas las periciales en psicología coincidieron que no era apto separar al niño de su madre y que el niño ya estaba integrado a un nuevo ambiente.

El veintiuno de enero de dos mil trece, el padre interpuso amparo en contra de la resolución de apelación, de dicho amparo conoció el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, en el que se resolvió conceder el amparo al quejoso, pero solo para los efectos de dejar insubsistente la sentencia reclamada por lo que hace a la condena de gastos y costas, por lo que determinó procedente

confirmar la negativa de la restitución del niño debido a que al valorar las periciales en psicología desahogadas, advirtió la perturbación o impacto que el infante en el caso concreto puede sufrir con motivo de cambio de lugar de residencia y que el impedimento para convivir con su madre es motivo suficiente para negar la solicitud.

Inconforme con la resolución de amparo, (lo cual a nuestra opinión es incongruente, ya que le fue favorable la sentencia) la madre, interpuso recurso de revisión que fue admitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el ocho de abril de dos mil catorce, y se turnó al ministro Alfredo Gutiérrez Mena de la Primera Sala, en dicho recurso manifestó que se le vulneró el derecho de acceso a la justicia y que el Colegiado resolvió de manera incongruente, pues hay consideraciones encontradas entre los magistrados que favorecen la restitución, pero después la niegan lo que demuestra que se puso poca atención en los tratados de derechos humanos, ya que en la sentencia se analizó y aplicó indebidamente la Convención sobre los Derechos del Niño que por su naturaleza es de mayor rango que la Convención de la Haya, que es de orden procesal.

La Primera Sala de la Suprema Corte conocedora del asunto en cuestión, consideró que la madre recurrente carecía de legitimación puesto que la decisión adoptada de la sentencia no le afecta en forma directa y que el Tribunal Colegiado si bien concedió el amparo al quejoso, lo hizo respecto de la condena de gastos y costas mientras que confirmó la negativa de la restitución internacional.

4.4.1 Problemas identificados en el caso III.

El asunto anteriormente descrito, es un claro ejemplo de dilación en el procedimiento de restitución internacional, que tardó en resolverse más de siete largos años, ya que los progenitores interpusieron cuanto recurso y amparo

podieron, lo que va en contra totalmente del objetivo de la Convención de la Haya que es restituir de manera pronta al niño sustraído ilícitamente.

También, se advierte que el juzgado de primera instancia tardó ocho meses en dictar sentencia, lo cual constituye una violación al artículo 11 de la Convención de la Haya, y lejos de conocer el procedimiento de restitución internacional se observó la falta de conocimiento que se tiene en relación al mismo, ya que dicha autoridad es la que debió tomar todas las medidas necesarias para que el procedimiento se llevara a cabo lo más pronto posible y sin alguna violación procesal, sobre todo en el desahogo de alguna prueba, para evitar la posible reposición del procedimiento.

Por ejemplo, la juez de primera instancia al advertir que el perito en materia de psicología no se presentaba, pudo oficiosamente designar uno, ya que el objetivo era llevar a cabo los estudios psicológicos a los padres y al niño como lo había ordenado la autoridad superior.

Asimismo, la juez de primera instancia en cuanto tuvo conocimiento que no se realizó la notificación a la sustractora, debió girar oficios de búsqueda, localización y recuperación del niño, así como dar aviso a la Secretaría de Seguridad Pública y con base en el artículo 7 inciso a) de la Convención de la Haya, debió movilizar a todas las autoridades, puesto que era su obligación hacer uso de sus facultades y realizar la localización del niño.

De igual manera, se advirtió la falta de pericia en la materia por parte de las autoridades que participaron, ya que evidentemente se olvidaron de que se estaba llevando un procedimiento de restitución y no una controversia familiar, ya que se advirtió claramente, la violación al principio de celeridad procesal, característica de este tipo de procedimientos.

Otra situación relevante que no puede dejar de mencionarse, es que no es posible que en este tipo de asuntos se ventilaran cuestiones de gastos y costas, lo cual

indudablemente solo retraso aún más el procedimiento, además de que no tenían nada que ver con la restitución en sí; sin embargo, lo que si queda claro, es que con motivo de la conducta de buena o mala fe de los progenitores, este caso tardó demasiado tiempo en resolverse.

No cabe duda, que las autoridades judiciales del Estado Mexicano no actuaron con urgencia en el procedimiento de acuerdo al artículo 11 de la Convención de la Haya; sin embargo, ello no quiere decir que hayan actuado contra derecho al admitir cada uno de los recursos y amparos que promovían los padres, ya que la legislación lo permitía, es por este motivo precisamente que se considera necesaria la existencia de una ley especial para este tipo de procedimientos, que si bien no vulnere el derecho de acceso a la justicia de los padres, cuando advierta que están en juego derechos de niños contra derechos de adultos, sea determinante y deje claro que lo que debe prevalecer es el interés superior de la niñez sobre el derecho de los padres.

Y tocando el tema de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, para concluir el análisis de este asunto, no está por demás mencionar que en este caso se vulneró también el derecho del infante a ser escuchado, ya que si bien el niño estaba muy pequeño cuando sucedió la sustracción ilícita, el procedimiento tardó más de siete años en resolverse, por lo que en todo ese tiempo se le pudo dar la oportunidad de ser escuchado de acuerdo a su madurez; sostener una plática con él, respecto si existía convivencia con ambos padres y cómo era la relación, tal y como lo establece el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del niño; sin embargo, esto no ocurrió.

De igual manera se vulneró en perjuicio del infante, el derecho a ser asistido por su propio abogado, tutor o representante legal durante todo el procedimiento de restitución, independientemente de los abogados que tenían sus padres, para que fuera protegido de cualquier eventualidad que ocurriera a lo largo de tantos años,

ya que al verse inmiscuido en asuntos de sus padres, podría considerarse revictimizado al no gozar de una buena convivencia con los mismos.

Finalmente, y a nuestra consideración lo más lamentable en este asunto, es que el niño, en lugar de vivir su niñez tranquila, plena y sin perturbaciones, vivió inmiscuido en los asuntos legales de sus padres, ya que como se advirtió se sometieron a un constante litigio, por más de siete años.

4.5. Estudio de caso IV. caso de restitución Italia- Sonora, México

Caso IV²⁸¹

Una pareja contrae matrimonio el veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y cinco, en la ciudad de Nogales, Arizona, tiempo después se trasladan a vivir a la ciudad de Florencia, Italia. En el año dos mil dos, deciden regresar a vivir a la ciudad de Nogales, la relación entre los cónyuges se fue deteriorando al grado de que el padre decidió regresar a Italia con los niños, posteriormente, la madre los alcanzó con la finalidad de estar con su familia.

En abril de dos mil cuatro, ambos cónyuges tomaron la decisión de separarse; ella abandonó, sin sus hijos, la casa en Florencia y partió para México, donde permaneció cerca de seis meses, según el padre en este periodo, ella pocas veces se comunicó con los niños, además de que se negó a dar una dirección y teléfono donde se le pudiera localizar, mientras tanto ambos niños se estaban integrando positivamente tanto en la escuela como en el ambiente que los rodeaba.

El veintinueve de septiembre de dos mil cuatro, la madre regresó a Florencia con la finalidad de definir los términos de una separación consensual y la custodia compartida de sus hijos, por lo que el cuatro de octubre de dos mil cuatro, ella

²⁸¹ Matus Calleros, Eileen, *Derecho Internacional Privado Mexicano ante la Restitución Internacional de Menores*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009, pp. 66-29.

pidió ver a los niños, mismos que le fueron entregados por el padre, los niños iban a permanecer con la madre todo ese día y posteriormente, iban a ser entregados al día siguiente al padre; sin embargo, al ir a recoger a los niños se encontró con la sorpresa de que la madre, según la recepcionista del hotel, había partido esa mañana con sus hijos, por lo que este se dirigió a las oficinas de la Jefatura de Policía de Florencia a presentar una denuncia formal en forma oral de lo sucedido.

Por indagaciones de la Policía Judicial, resultó que los niños habían sido sustraídos de Italia y que probablemente se encontraban en la ciudad de Puerto Peñasco, Sonora. Una vez recibida la solicitud de restitución de los infantes a la Autoridad Central Mexicana, ésta procedió a enviarle a la autoridad competente del Estado de la República Mexicana que correspondía, la documentación necesaria para que ésta adoptara las medidas y procedimientos apropiados tendientes a la localización y restitución de los niños conforme a lo estipulado en el artículo 7 de la Convención de La Haya.

Una vez que se recibió la solicitud de restitución el juez de Sonora competente, fijó fecha y lugar para que se llevara a cabo una audiencia, dando cumplimiento a lo establecido en los artículos 14 y 16 constitucionales.

Asimismo, se dio vista al Ministerio Público, adscrito al juzgado, para que éste manifestara lo que a su derecho conviniera, y se le informó al juez que el Procurador de la Defensa del Menor y la Familia en el Estado de Sonora, conjuntamente con los funcionarios de la Secretaría de Relaciones Exteriores, vigilarían el cumplimiento de la aplicación del presente instrumento convencional.

De igual manera, el juez competente, solicitó se le remitiera en calidad de urgente, copias certificadas de la investigación realizada para la localización del domicilio y ubicación de los infantes, la cual le fue proporcionada.

El Director General de Asuntos Policiales Internacionales e INTERPOL, en cumplimiento al oficio mediante el cual se solicitó la ubicación en nuestro país de los niños, envió al jefe regional de la Agencia Federal de Investigación en el Estado de Sonora, un oficio para llevar a cabo la localización de los infantes sustraídos ilícitamente.

Por su parte, la Agencia Federal de Investigación con la finalidad de dar cumplimiento a lo ordenado, se presentó en las instalaciones que ocupan todas y cada una de las dependencias de la localidad mismas que se requirieron como fuentes de información, a las cuales se tuvo acceso como son: Registro Civil, Registro de la Propiedad, Catastro, Comisión Federal de Electricidad, Policía Judicial del Estado, CERESO, correos, migración, televisión por cable, entre otras.

Esto con el fin de obtener información para la localización y ubicación de los niños. De esta investigación se obtuvo un domicilio, el cual sirvió a la Policía Federal Investigadora para ubicar a los infantes y a la madre de éstos.

A partir de este momento, ya localizados los niños, la juez señaló lo siguiente:

1.- Que ya existía un decreto de separación judicial de cónyuges y medidas provisionales decretadas por el presidente del Tribunal de Florencia, entre las cuales se autorizaba a los cónyuges a vivir separados, se otorgaba la custodia de los niños al padre, se signaba al padre la casa conyugal y se suspendían los derechos de la madre a visitar, por motivos graves a los infantes.

2.- Conforme a lo dispuesto en la Convención de la Haya (artículo 3), el traslado de los niños desde la ciudad de Florencia, Italia a la ciudad de Puerto Peñasco, Sonora, fue ilícito toda vez que se produjo con infracción de un derecho de custodia atribuido al padre, con apego al derecho vigente en el Estado de

Florenia, Italia. Además de reiterar, que el derecho de custodia era resultado de una resolución judicial.

3.- Decretó, con fundamento en el artículo 11 de la convención, que se procediera a sustraer a los infantes del domicilio en el que fueron encontrados, para después depositarlos judicialmente en forma provisional bajo la custodia de la Institución de Desarrollo Integral de la Familia (DIF), municipal.

4.- Con fundamento en los artículos 14 y 16 constitucionales, con el fin de resolver en forma imparcial y conforme a derecho sobre la restitución de los niños, se otorgó vista a la madre para que, en la fecha señalada para el desahogo de la audiencia de oposición, manifestara lo que a su derecho conviniera, y ofreciera pruebas que justificaran su oposición a restituir a los infantes.

5.- Igualmente pidió que se notificará del curso de la solicitud planteada y de la audiencia de mérito al procurador de la Defensa del Menor y la Familia en el Estado de Sonora y a los funcionarios de la Secretaría de Relaciones Exteriores designados para vigilar el cumplimiento del convenio, ya que de ser procedente la solicitud planteada, cualesquiera de los designados tendría la obligación de trasladar a los niños a la ciudad de México, ante la Autoridad Central solicitante, para que ésta a su vez, procediera con la restitución de los infantes a la Autoridad Central Italiana.

Dos días después de que se dictó la anterior resolución, el DIF notificó al Tribunal que ambos niños de 3 y 5 años respectivamente habían sido depositados provisionalmente en el Albergue infantil Amor, A.C. en tanto se realizaban los trámites y acciones correspondientes para determinar su situación legal, con la finalidad de brindarles protección física y psicológica.

En este tiempo se llevó a cabo el procedimiento judicial correspondiente ante la juez de Primera Instancia de lo Civil, durante el procedimiento, ambos

progenitores presentaron pruebas para defender sus intereses. Como ya es sabido, el padre pedía la restitución de los infantes, por su parte, la madre se opuso a la restitución de los niños, invocando que conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente convención existe un grave riesgo de que la restitución del infante los exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al niño en una situación intolerable.

Para demostrar lo antes señalado, la madre exhibió un informe psicológico en el cual se advertía que el padre había recibido terapia por problemas psicológicos derivados del consumo de drogas, presentó un convenio de separación de común acuerdo, del cual se desprendía que ambos estaban conformes en que se trasladaran los infantes a México y probó con recibos de llamadas telefónicas que el padre tenía conocimiento del lugar donde se encontraban sus hijos, ya que él continuamente hablaba con ellos.

Todo lo anterior, con el fin de demostrar que el traslado de los niños no era ilícito y que el padre siempre había estado en contacto con los infantes, pues ambos habían firmado un convenio de divorcio voluntario en el cual se estipulaba que la madre tendría la custodia de los infantes.

En este orden de ideas, la madre interpuso un amparo en contra de las autoridades que se vieron involucrados en el acto por el cual los niños fueron alejados de ella para ser depositados en el DIF, cuando ella tenía la custodia de ambos infantes por un convenio de mutuo acuerdo. En este sentido pidió ayuda a Derechos Humanos invocando que sus derechos como madre de convivir con sus hijos habían sido violados.

Por su parte, el padre presentó pruebas que demostraban el estado psicológico de los infantes durante su estancia con él, cartas de la directora de la escuela a la que acudían en Italia, certificados de residencia, el acta de denuncia en contra de la madre por la sustracción de los niños, y el decreto de separación judicial de

cónyuges aprobado por el presidente del Tribunal de Florencia, en el cual se advertían las siguientes medidas provisionales: se autorizaba a los cónyuges a vivir separados, se otorgaba la custodia de los infantes al padre, se asignaba al padre la casa conyugal y se suspendían los derechos de la madre a visitar (por motivos graves) a los niños. Este último con fecha posterior al traslado de los infantes.

Una vez realizada la audiencia de oposición, se abrió un término para alegatos, concluido éste la Juez procedió a dictar su resolución, en la cual negaba la restitución de ambos infantes conforme a lo dispuesto en el Convenio de la Haya. Acto seguido la Juez decretó el levantamiento de la medida cautelar urgente en la cual encomendó la custodia provisional de los niños al DIF, para que esté hiciera entrega inmediata de los infantes a la madre.

En relación con los medios de prueba y desarrollo del procedimiento judicial, se estuvo a lo establecido por los Códigos de Procedimientos Civiles y Código Civil para el estado de Sonora.

Los fundamentos de la Juez Primero del ramo civil de Distrito Judicial de Puerto-Peñasco, Sonora, para negar la restitución de los infantes fueron los siguientes:

1.- Conforme al artículo 3 inciso a) de la Convención de la Haya, el traslado realizado por la madre en Italia a México no fue ilícito ya que el derecho de custodia mencionado en el inciso a) podía ser resultado de una atribución de pleno derecho de dicho Estado y ya que por mutuo acuerdo ambos progenitores se separan y decidieron compartir la custodia, es que la madre en ejercicio de la patria potestad se trajo a los niños a México motivo por el cual el traslado no puede ser considerado ilícito.

2.- Por otra parte, el traslado y la retención de los infantes no fue ilícita, en virtud de que el mencionado derecho de custodia fue sustentado por ejercer la patria potestad.

Razón por la cual, no se tuvo como válido el derecho de custodia que hizo valer el padre con base en una decisión judicial, pues al momento de que éstos fueran trasladados no existía la decisión del tribunal de Florencia, en la que se otorgaba por vía urgente la custodia de los niños al padre y con base en que dicha resolución fue posterior al traslado, no se produjo infracción alguna de derecho de custodia atribuido al padre.

3.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 13, inciso a), se comprobó que si bien se separaron consensualmente con la custodia conjunta de los infantes, el padre, quien se hubiere hecho cargo de los niños en Italia, no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fueron trasladados los infantes, toda vez que el Tribunal Italiano le otorgó la custodia a éste después de la ejecución del traslado.

4.- Se probó por medio de un diagnóstico psicológico realizado a los niños, que ambos de 3 y 5 años, respectivamente, tenían un grado de madurez en el cual sí resultaba apropiado tener en cuenta sus opiniones. A lo que ambos expresaron su voluntad de quedarse con la madre oponiéndose a ser restituidos a Italia con el padre. Concluyendo dicho diagnóstico se arrojó un desequilibrio emocional y baja autoestima en ambos niños, proyectando un deseo de permanecer al lado de la madre y que en caso de restituir a los niños con el padre, atendiendo el grado de necesidad de cuidado de la madre, existiera un grave riesgo ya que los infantes estarían expuestos a un peligro psíquico de mayor intensidad. Por lo tanto, lo anterior traería como consecuencia una situación intolerable en la que se vería afectado su buen desarrollo integral y emocional con graves consecuencias futuras.

5.- Por otro lado, se tomaron en cuenta como pruebas: el certificado médico e informe psicológico emitido por el DIF, las constancias de estudio de un niño, las recomendaciones expedidas a favor de la madre por haber desempeñado su trabajo favorablemente en distintas empresas, constancias de llamadas y correos electrónicos realizados con el padre y el contrato de arrendamiento de la casa habitación en la que habita la madre con los infantes. De todo lo anterior, se infirió que ya llevaban once meses viviendo en México, por lo que ya se encontraban integrados en su entorno.

6.- Finalmente, se rechazó a la solicitud de restitución de los niños a la luz de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

4.5.1 Problemas identificados en el caso IV

En el asunto que se describió anteriormente, se decretó el depósito de los infantes al Albergue infantil Amor A.C, sin invocar razones que justificaran la necesidad de tal medida y sin que se advirtiera alguna causa de riesgo, para que se determinara esa resolución, situación que a nuestra consideración genera una violación directa al bienestar psicoemocional de los niños, y un grave perjuicio al interés superior de los mismos.

De igual manera, se advirtió que se tomó en consideración para determinar la negativa de la restitución la opinión de dos niños de 3 y 5 años, por lo que aquí pudiera surgirnos la siguiente interrogante: ¿Puede estimarse que un niño de tres o cinco años, por su corta edad, tenga plena conciencia sobre la situación en la que se encuentra para que opere la excepción de oposición a la restitución?

En principio, no se considera viable delegar en un niño la elección sobre si quiere volver o no a su lugar de residencia habitual, lo que debe prevalecer es el derecho

de los niños a expresar su opinión y que sea tomada en cuenta. Ya hemos señalado anteriormente, en que es de vital importancia, que los niños sean escuchados y que sus opiniones sean tomadas en cuenta.

No obstante, sobre este aspecto la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se ha pronunciado al respecto, específicamente en el amparo directo en revisión 6927/2018, resuelto el siete de agosto de dos mil diecinueve,²⁸² y al respecto señaló lo siguiente:

“Entre mayor edad tiene el menor, es posible que su desarrollo psíquico y emocional le permita realizar una elección cada vez más razonada y sustentada en cuanto al lugar en que quiere seguir desarrollando su vida, por ende, en cuanto a su oposición o no, a ser restituido. Sin embargo, debe reiterarse la imposibilidad de establecer, como una regla fija, que un menor de cierta edad, ubicado en la primera infancia [en el caso, cinco años], no pueda tener la capacidad de emitir una opinión sobre su restitución.

Esto, porque no puede afirmarse como una regla general, que un niño de cinco años no tenga la capacidad de tener una comprensión básica de la situación en que se encuentra, pues de inicio, la experiencia indica que un niño de esa edad, sabe y comprende, por lo menos, que ya no está en su lugar de residencia habitual, que viajó a otro país, que está viviendo en otro lugar, que no tiene contacto con uno de sus progenitores (o con la persona que lo cuidaba), o si lo hay, percibe que la convivencia ya no se da de la misma forma y/o con la misma frecuencia, sabe que está conociendo personas nuevas, que ha dejado de ver a las que antes conocía, que ya no va a la misma escuela, que donde está, en su caso, se habla un idioma diferente y sabe también

²⁸² Treviño, Fernández, Sofía del Carmen, *et al*, *Cuaderno de jurisprudencia, núm. 1, restitución internacional de niñas, niños y adolescentes*. México, Centro de Estudios Constitucionales, de la SCJN, 2020, pp 88-90.

identificar si se encuentra bien con esta nueva dinámica de vida o si prefiere volver a la que tenía antes.”²⁸³

Por tanto, si bien no se niega que el factor consistente en la edad cronológica, cuando se trata de niños que se ubican en la primera infancia (hasta los 8 años), puede tener cierta preponderancia en la valoración de la opinión del infante sobre su restitución, no puede establecerse una regla fija que excluya la posibilidad de que un niño ubicado en ese rango de edad (en este caso cinco años) pueda manifestar una oposición eficaz, de modo que lo que se impone es que el juzgador sea más cuidadoso en ponderar la circunstancia concreta del niño en cuanto a su madurez y/o nivel de desarrollo psíquico y emocional, para determinar la validez de su oposición.

4.6. Observaciones generales de los estudios de casos

En párrafos precedentes describimos casos del proceso de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, en cada caso se fue detallando en la medida de lo posible los hechos que lo originaron, la actuación de los padres y por supuesto de las autoridades que intervinieron en el procedimiento de restitución y, tal como nos percatamos, en la mayoría hubo complicaciones para llevar a cabo el mismo, siendo la que impero en todos los caso la relativa a la dilación del tiempo establecido en las Convenciones Internacionales de la materia, lo que trae como consecuencia evidentemente que se vulneren los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Algunos de los derechos humanos de los infantes que se vieron vulnerados fueron: a) derecho de una vida digna sin detrimentos en su integridad personal ya sea física y psicológica; b) el de tener contacto con sus progenitores; c) el derecho a ser escuchado; d) debido proceso; y, e) el nombramiento de un abogado o representante propio de las niñas, niños y adolescentes.

²⁸³ *Ibidem*, pp 89-90.

Estos derechos vulnerados no solo están establecidos en los Convenios de la materia, sino también en la Convención sobre los Derechos del Niño que es un tratado internacional de derechos humanos y del que el Estado Mexicano también es parte, por lo que doblemente está obligado a acatarlos; sin embargo, aun y cuando el estado pusiera todo de su parte para no vulnerarlos, existe otro gran problema que desafortunadamente recae en los propios progenitores, quienes consciente o inconscientemente contribuyen a ello, ya que en este tipo de procedimiento promueven los recursos y amparos que más les sean posibles, en algunas ocasiones manifestando argumentos ilógicos, lo que provoca el retardo de una resolución pronta, he ahí otro motivo más en el que se desprende la necesidad de crear una ley especial, que regule todas estas problemáticas.

Asimismo, también se pudo advertir que algunas autoridades, no comprenden con claridad el objetivo de la restitución internacional y siguen tramitándola como un procedimiento ordinario y analizando quien es el que debe tener o no la guarda y custodia, figura la cual, en este procedimiento no se debe tocar, ya que así lo establecen expresamente las Convenciones de la materia.

En consecuencia, en todos los casos que se presentaron en párrafos precedentes, se puede advertir con claridad que no se cumple con el principio de celeridad procesal contenido en las Convenciones aplicables, ya que como vimos ninguno de los casos que se presentaron se resolvió en tiempo y forma.

4.7. El papel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación frente a la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes

Desde ya hace mucho tiempo la comunidad internacional se ha dado a la tarea de darle una solución global al problema de la sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes, ante ese panorama se buscaron mecanismos que logran la restitución inmediata de los niños sustraídos, con el objetivo de restablecer la

situación modificada unilateralmente y hacer respetar los derechos de custodia reconocidos en el país de residencia habitual.

En este sentido, la Conferencia de la Haya, de la que derivó la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, buscó el compromiso y la cooperación internacional de los Estados participantes para que se garantizara la protección de los niños a la luz de su interés superior.

La labor de la Suprema Corte en los conflictos sobre restitución internacional de niñas, niños y adolescentes refleja la evolución en la manera como se aborda el derecho en nuestro país, ya que los acercamientos iniciales se referían exclusivamente a cuestiones formales y procedimentales, pero en la actualidad los casos entran de lleno al estudio de los derechos humanos de las personas involucradas y de las obligaciones de las autoridades para hacerlos valer.

La inexistencia de un procedimiento específico para restituir a los niños a su lugar habitual de residencia fue el tema que provocó la mayoría de los litigios; lo cual significó supuestas violaciones al interés superior de la niñez y a los derechos de defensa y garantía de audiencia, tanto de los padres sustractores como de los que solicitaban la restitución.

Ha generado cierta incertidumbre, el hecho de que los Estados parte de la Convención tienen la libertad de elegir el procedimiento interno que mejor se adecuara a la problemática, dada la urgencia en su tratamiento; por su parte, nuestro país, a través de la Suprema Corte, reconoció a la Convención como un instrumento que prevé las bases para el respeto del derecho de defensa y la garantía de audiencia, para la solución de dichos conflictos.

Asimismo, la Corte determinó la procedencia del juicio de amparo directo en contra de las sentencias que resuelven en forma definitiva sobre la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, esto en abono a la seguridad jurídica de las

personas involucradas en los procedimientos de restitución, lo que evidencia el control constitucional sobre estas decisiones.

También ya interpretó la Corte, que el objetivo principal consagrado por la Convención, es que la restitución de las niñas, niños y adolescentes que han sido sustraídos de su lugar de residencia habitual, sea inmediata, bajo la premisa de que ello será lo más benéfico para su interés superior y advirtió que el propio instrumento internacional prevé excepciones a este principio que deberán interpretarse de manera restrictiva.

Por ejemplo, la Suprema Corte ya ha analizado conflictos en los que se alega que los niños no deben volver a su lugar de residencia habitual, ello en razón de lo siguiente: a) al momento de resolver sobre la restitución ya están integrados al nuevo ambiente familiar en el que se desenvuelven; b) existe un grave riesgo a su integridad (física y mental) si son restituidos; o c) son los propios niños quienes se oponen a la restitución, en este caso podrá analizarse la integración del grupo etario a su nuevo ambiente siempre y cuando se actualice el supuesto que -bajo interpretación de la Corte- contempla la propia Convención: haya transcurrido más de un año entre la sustracción y la solicitud de restitución. Si eso no sucede, la restitución será inmediata.

Como vemos, estos argumentos que ya ha formulado la Corte, blindan al proceso de restitución de dilaciones injustificadas que podrían promover la madre o padre sustractor, para que con el paso del tiempo consigan que sus hijos permanezcan con ellos; es decir, como ya se ha reiterado en el presente trabajo, si el procedimiento de restitución se inicia antes de que transcurra un año de la sustracción, sin importar que el procedimiento tarde más de un año en resolverse, no podrá ser negada la restitución mediante la actualización de esta excepción, pero aquí también debe puntualizarse que, en todo caso, la Corte ya determinó que aquellos sustractores que alegan la integración de sus hijos al nuevo ambiente

familiar estarán obligados a probarlo, esto es, el solo transcurso del tiempo no es suficiente para acreditar esta excepción.

Otra de las excepciones que se han hecho valer dentro de los juicios conocidos por la Corte es la existencia de un grave riesgo para los niños si son regresados a su lugar de residencia habitual, por ejemplo los riesgos que se han hecho valer son: la calidad de indocumentado del padre o la madre que solicita la restitución, la existencia de violencia familiar o de antecedentes penales de los solicitantes o sus parejas o el posible descuido al que estarían expuestos los niños al ser restituidos, en estos casos la Corte ha sido muy contundente en determinar que, como en la excepción previamente planteada, quien afirma está obligada a probar.

Asimismo, la Corte ya se ha pronunciado respecto a que la existencia de un juicio penal en contra del solicitante de restitución no es suficiente para acreditar grave riesgo para los niños, pues, en su caso, debe probarse que se trata de una acusación que involucra una afectación directa para la niña, el niño o adolescente, ya que afirmar lo contrario daría lugar a una infinidad de procesos penales en contra de los solicitantes de la sustracción, lo anterior con el único propósito de negarse la restitución del niño.

Otro tema importante que ya ha conocido la Corte, es el relativo a la oposición de los niños a ser restituidos, dejando claro que es obligación de los juzgadores el que escuchen a los niños en los procedimientos de restitución, pero ello no es suficiente para resolver, ya que debe a partir de pruebas periciales en psicología, identificar si cuentan con la edad y el grado de madurez suficientes para expresar su deseo de permanecer en el país; es decir esta tarea es para los jueces quienes deberán analizar escrupulosamente si la manifestación estuvo manipulada y, solo así determinar si su permanencia resultaría nociva para los propios niños y en el caso que no resulte nociva ni provoque un grado de afectación importante para los niños, podrán permanecer en el país de traslado.

Por otro lado, la Corte ha reconocido la importancia que tiene el derecho de los niños a mantener relación con ambos padres, y le ha dado contenido a ese derecho; como ya hemos mencionado a lo largo de este trabajo, el proceso de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, concluye al determinar si la niña, niño o adolescente debe volver a su país de residencia habitual o debe permanecer en el lugar de traslado; sin resolver tema referente a la custodia de los niños, no obstante ello, una interpretación conjunta con la Convención sobre los Derechos del Niño evidencia que, aunque la separación de los niños de su madre o padre sea necesaria, ello no implica que se pierda el derecho a mantener contacto con ambos, independientemente de que vivan en países distintos.

En ese sentido, la Corte ha determinado que, salvo aquellos casos en que se pruebe una clara afectación al interés superior de la niñez, se debe procurar el derecho humano de los niños a mantener relación y contacto con su madre y padre de forma física y, de no ser posible, por medios digitales.

Finalmente, el ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Arturo Zaldívar, ha manifestado que a través del Centro de Estudios Constitucionales, se está impulsando la publicación de la colección “Cuadernos de Jurisprudencia”, siendo que el primer número de dicha colección está dedicado precisamente a la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes y recopila la jurisprudencia del tribunal constitucional hasta mayo de dos mil veinte, esto con el objetivo de que la Suprema Corte fortalezca su papel como agente de cambio social, ya que busca impulsar el debate político y social en torno a sus resoluciones y a la vez para que la ciudadanía tenga más herramientas para hacer efectivos sus derechos, respecto al tema que nos ocupa.

Este cuaderno sin lugar a dudas será de gran apoyo y facilitará la revisión de los casos, ya que las sentencias se agruparon en ciertos rubros temáticos sobre restitución internacional, y se incluyeron como anexos un glosario y las tesis aisladas y de jurisprudencia derivadas de todas las sentencias, ordenadas por tema

y por fecha de publicación, lo que será de mucha utilidad para que los operadores jurídicos competentes resuelvan los procedimientos de restitución, pero lo más importante, es que ayudará en gran parte a enmendar esas lagunas que se tienen por no contar con una ley que regule el proceso de restitución de niñas, niños y adolescentes, lo cual dio origen a realizar la presente investigación.

CONCLUSIONES

PRIMERA. En la actualidad, los niños, niñas y adolescentes son personas titulares de derechos y no objetos de protección. La globalización ha modificado los escenarios sociales, culturales, políticos y económicos, pero a pesar de ello, la familia sigue siendo fundamental para el desarrollo de todo niño, ya que es la responsable de protegerlo, brindarle la seguridad que necesita, proporcionarle un ambiente de afecto, cuidado y bienestar.

SEGUNDA. En nuestro país existe amplia protección a los derechos del grupo etario lo cual está contemplado en el artículo 4 constitucional, dando origen a uno de los más importantes principios, el interés superior de la niña, niño y adolescente.

TERCERA. La sustracción internacional de niños y adolescentes es un fenómeno social presente a nivel mundial, a causa de las disputas que existen entre sus progenitores, resultado de la infracción del derecho de custodia o de visita que tiene uno de los progenitores sobre el hijo, motivo por el cual, como ya se señaló en la presente investigación existen instrumentos internacionales con el objetivo de garantizar el retorno al país de origen del niño o niña sustraída y proteger su integridad física y emocional, dando como resultado la figura de la restitución internacional, cuyo objetivo es el de recuperar al niño a su residencia habitual, para salvaguardar los derechos fundamentales, la estabilidad familiar, el equilibrio en su desarrollo psicoafectivo, y al entorno social al que tienen derecho.

CUARTA. México es parte de dos instrumentos internacionales que dan respuesta a la restitución de niños, niñas y adolescentes, estos convenios son la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989.

QUINTA. Tanto la Convención de la Haya como la Interamericana, sólo se limitan a dar respuesta a los aspectos civiles de la sustracción, es decir, su finalidad es lograr la restitución inmediata del infante trasladado o retenido de manera ilícita a su lugar

de residencia habitual; así como velar por que los derechos de guarda, custodia y visita vigentes en uno de los Estados contratantes sean respetados por todos los demás Estados, y no castigar al sustractor, lo que es propio del aspecto penal de la sustracción; sin embargo, también se precisa que el procedimiento que se siga en base en estas Convenciones no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya delito, tal y como lo establece el artículo 26 de la Convención Interamericana de restitución internacional.

SEXTA. Es importante mencionar 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 sus hijos, sustrayéndolo o reteniéndolo fuera de su residencia habitual, no necesariamente acontece o se deriva de la separación de padres, que infracciona un derecho de custodia, que haya sido otorgado judicialmente, mediante sentencia, de un juicio de guarda y custodia o de un divorcio, pues este supuesto también puede acontecer en el concubinato o en una relación esporádica que se dio entre dos personas y en el que existieron hijos.

SÉPTIMA. Hay posturas doctrinarias, que argumentan que la utilización del término menor, en lugar de niño, es denostativo, minimiza su persona y denigra los derechos de su niñez; sin embargo, hace algunos años era común la utilización de dicho término, incluso las convenciones de la materia lo usan, actualmente la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ya propone una denominación distinta y utiliza el término niño, que a nuestro criterio sería la más idónea.

OCTAVA. El derecho de visitas y convivencias del hijo sustraído, con el progenitor no sustractor, debe tenerse siempre presente, por lo que en caso de ser solicitadas se deben conceder y señalarse periódicamente, salvo circunstancias excepcionales.

NOVENA. También se ha precisado que la pertinencia de la opinión del infante debe ser evaluada en función de su edad y madurez en relación con el tipo de decisión que se esté tomando, sin que la participación implique que deba acatarse ineludiblemente la voluntad del niño, el derecho a ser escuchados se enmarca dentro de los llamados derechos de participación, y como tal constituye uno de los valores fundamentales para hacer efectiva la concepción del niño como sujeto de derecho, otorgándole voz, para la consideración del interés superior, para interpretar y hacer respetar todos los restantes derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

DÉCIMA. Dentro del *Soft law* de la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, encontramos el Proyecto de guía de buenas prácticas sobre el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, la Ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños e Informe explicativo de Elisa Pérez Vera, estos instrumentos auxilian a los operadores jurídicos para mejorar la aplicación de los Convenios de restitución a los casos concretos que se les presenten.

DÉCIMA PRIMERA. Tanto a nivel internacional como a nivel nacional, expertos en la materia se han constituido en agrupaciones para que estén en constante comunicación, y siempre mantenerse actualizados en temas novedosos en relación a la restitución internacional; al respecto se ha creado la Red de Cooperación Internacional, la red internacional de jueces de La Haya en el procedimiento de restitución internacional, incluso se ha creado la base de datos sobre la sustracción internacional de menores (INCADAT) y a nivel nacional existe la red mexicana de cooperación judicial, misma que está integrada por jueces especializados en la materia, los cuales serían los idóneos para que opinaran respecto a la ley que se propone y en base a su experiencia se obtengan todos los pormenores respecto al procedimiento de restitución, para que fueran contemplados a efecto de crear una ley con la mayor eficacia posible.

DÉCIMA SEGUNDA. El procedimiento de restitución internacional de niñas, niños y

adolescentes, tiene dos etapas, la primera es la administrativa que inicia en el momento en que la autoridad central recibe la solicitud y la acepta, por lo que comienza a girar oficios a las demás dependencias de la administración pública para que con su ayuda se les localice y una vez terminada la etapa administrativa, la autoridad central inicia la segunda, la contenciosa, ante el Tribunal local del lugar en donde se encuentra el infante o adolescente.

DÉCIMA TERCERA. No se debe olvidar que también existe la posibilidad de negar la restitución internacional y para ello existen las excepciones de restitución, las que se encuentran en los artículos 12, 13 y 20 del Convenio de La Haya y 11, 14 y 25 del Interamericano, entre ellas, encontramos a) que no se haya ejercido la custodia efectivamente; b) que exista un grave riesgo de que la restitución del niño lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable; y, c) que el propio niño, niña o adolescente se oponga a su restitución.

DÉCIMA CUARTA. En nuestro país, no existe una Ley que regule de manera pormenorizada la restitución internacional, ni tampoco hay uniformidad en cada una de las Entidades federativas del procedimiento a seguir; sin embargo, ya en algunos está regulada en su legislación interna, entre ellos se encuentra Chihuahua, Coahuila, Durango, Estado de México, Michoacán, Querétaro, Sinaloa y Yucatán.

DÉCIMA QUINTA. En países como Argentina, España y Uruguay, se están implementando aspectos novedosos al procedimiento, como la habilitación de horas y días inhábiles y las notificaciones vía electrónica, lo que sin duda le dará celeridad y evitará con ello la demora en su tramitación. La ley del enjuiciamiento civil de España sorprende con su procedimiento ágil, el cual podría usarse de modelo.

DÉCIMA SÉXTA. Algunos de los problemas detectados en la teoría respecto del atraso en los procedimientos de restitución internacional son: a) falta de una legislación interna o directrices que hagan el procedimiento sumario y se explique cómo actuar; b) falta de capacitación sobre el objetivo de los Convenios a las autoridades judiciales y administrativas; b) La poca difusión del procedimiento entre

la población y sobre todo entre la comunidad jurídica; c) admisión indiscriminada de pruebas, interposición de muchos recursos o amparos innecesario dentro del procedimiento; d) el tiempo para encontrar a los niños sustraídos.

DÉCIMA SÉPTIMA. De los casos que se detallaron en el último capítulo de esta investigación, se pudo advertir claramente que no se cumple con el principio de celeridad procesal contenido en las Convenciones aplicables, ya que como vimos ninguno de los casos que se presentaron se resolvió en tiempo y forma, pudiendo evidenciar que el procedimiento que se lleva a cabo en la actualidad, no es efectivo, ya que se puede entender que se está haciendo una mala interpretación, y aplicación de la Convención de la Haya, de ahí que nació la propuesta que se presentó, cuyo objetivo es ampliar lo señalado en las Convenciones de la materia.

DÉCIMA OCTAVA. La labor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los conflictos sobre restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, ha sido de mucha utilidad, ya que ha interpretado cómo se deben de entender ciertas disposiciones de la Convención de la Haya y toda vez que en el país no se cuenta con una legislación que determine el procedimiento que hay que seguir, es la Corte la que ha suplido esas lagunas, incluso ha publicado un cuaderno de resoluciones sobre el tema que será de mucha utilidad para los operadores jurídicos competentes para resolver procedimientos de restitución.

DÉCIMA NOVENA. Todos los juzgadores del país deben capacitarse para no incurrir en interpretaciones erróneas respecto al alcance del texto del Convenio de la Haya y del Convenio Americano, lo que provoca que no se actúe con urgencia en la tramitación de la restitución de las niñas, niños y adolescentes, ni tampoco que emitan su resolución respecto de la restitución en el plazo de seis semanas como lo prevé el artículo 11 de la Convención.

VIGÉSIMA. Si en nuestro país, no existe una Ley que regule de manera pormenorizada la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, ni tampoco hay uniformidad en cada una de las entidades federativas del procedimiento a seguir, es necesario y urgente crear la ley general que lo regule a efecto de dar protección

eficiente a la niñez afecta, ello con el único y más noble propósito de cumplir cabalmente con el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, tanto nacionales como extranjeros.

PROPUESTA

La necesidad de una ley general que regule el procedimiento de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes en México.

Como pudo observarse, del estudio de casos que se realizó en el último capítulo de este trabajo de investigación, se advierte que existen diversas fallas al llevar a cabo el procedimiento de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, es por ello, que se propone se cree una ley general que regule dicho procedimiento, debiendo ser este especial y sumario que contemple los principios de celeridad y mínimo formalismo, a fin de que se dé una respuesta oportuna a la restitución internacional.

Este procedimiento cuya característica principal es la celeridad, debe respetar el debido proceso y el derecho de audiencia de las partes contendientes, para no dejarlas en estado de indefensión, lo que les generaría certeza jurídica, puesto que de ninguna manera dejaría de adecuarse a lo estipulado en la Convención de la Haya sobre aspectos Civiles de la Sustracción Internacional y la Convención Interamericana de Restitución Internacional de menores, sino que ampliaría lo ya estipulado en dichas convenciones pues contendría más detallado el procedimiento a seguir.

Asimismo, se sugiere que sea una ley que se aplique en toda la República mexicana, ya que a nuestra consideración esto nos traería muchas ventajas, una de ellas es que se reducirían las diversas interpretaciones que se pueden hacer de una misma norma convencional; los criterios que se tomaran en un Estado de la República, podrían servir de referencia para otro; la capacitación que se da mediante cursos, seminarios, congresos, etcétera, serviría para cualquier Estado de la República y para los abogados, resultaría más fácil conocer una ley general, que una ley en cada estado del País, las cuales posiblemente manejarían aspectos diferentes.

Se considera que algunos de los tópicos que debe obligatoriamente abarcar la ley que se propone para que se cumpla cabalmente con el objetivo de los Convenios de la materia, son: a) derecho de audiencia, b) interés superior de niñas, niños y adolescentes, c) derecho de custodia efectiva, d) Integración al nuevo ambiente, e) grave riesgo, f) entrevista del infante y grado de madurez, g) excepciones y oposición a la restitución, g) facultades de autoridades y, h) contacto transfronterizo y visitas.

En esta ley los niños no serán tratados como objetos, sino como partes en el procedimiento, en razón de ello, se propone que se les nombre un abogado, por lo que el juez que conozca del asunto, girará oficio al Procurador de protección de niñas, niños, adolescentes y de la familia de la Entidad Federativa correspondiente, para que le designe uno, se aclara que este abogado que se le nombre será independiente a los que representen a los padres.

Para estar en constante comunicación las autoridades administrativas y judiciales participantes, en la ley que se propone tendrán la obligación de señalar un correo electrónico y un número telefónico, para recibir las comunicaciones oficiales a través de estos medios de comunicación.

Durante el procedimiento de restitución podrán autorizarse convivencias entre los hijos y padres, salvo que se advierta que exista un peligro para el infante o adolescente. Durante la tramitación del juicio, el progenitor sustractor tendrá prohibido salir del país, incluso en casos que lo ameriten, se podrá impedirle salir del estado en el que se esté tramitando el procedimiento.

No procederá recurso alguno durante la tramitación del procedimiento de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, solamente será recurrible la sentencia definitiva a través del recurso de apelación; asimismo, no habrá días inhábiles para llevar a cabo el procedimiento de restitución dada su urgencia y premura y se desechará de plano todo escrito que contenga peticiones irrelevantes, o que no sean materia del procedimiento de restitución.

Cuando los progenitores sustractores mencionen que hubo una deportación a México, las autoridades de Migración en sus respectivas facultades deben de indagar este hecho en coordinación con la autoridad central mexicana con la autoridad central del país requirente para comprobar que efectivamente hubo una deportación que involucró a una niña, niño o adolescente.

Para el caso de que los solicitantes no puedan viajar y presentarse a las audiencias o se encuentren impedidos de ingresar a nuestro territorio por cuestiones migratorias, se utilizarán servicios de video conferencia -se adaptarán salas con tecnología audiovisual que permitan intercambiar información y desahogar pruebas-, para que participen de las audiencias y que no sea por este motivo que obtengan un fallo en su contra.

La autoridad central mexicana y las autoridades judiciales en todo momento, deben incentivar a los progenitores de los niños sustraídos a llegar a un arreglo y explicarles a los padres involucrados en el procedimiento sobre la finalidad de las Convenciones Internacionales, las opciones que tienen para que no continúe el procedimiento y se alargue, causando así perjuicios a sus hijos, así como que tienen derecho a la elección de las visitas y convivencias internacionales.

Cada Tribunal Superior de Justicia de cada Estado de la República Mexicana, nombrará un juez de primera instancia y una sala, que serán los encargados de conocer de este tipo de asuntos de restitución que se llegaren a presentar en dicha entidad federativa, para que se origine una especialización en la materia.

Una vez que hemos detallado diversas generalidades que conlleva el procedimiento de restitución, y para el caso de que en la etapa administrativa no se haya restituido a la niña, niño o adolescente, a continuación, les presentaremos de manera somera el trámite que a nuestro criterio debe llevar el procedimiento de restitución internacional en su etapa judicial, a fin de que se pueda tomar una decisión respecto a la procedencia o no de la restitución internacional del infante o adolescente en el término de seis semanas que contempla el artículo 11 de la Convención de la Haya.

Cabe hacer hincapié que el principal interés de esta propuesta es que la aplicación de los instrumentos internacionales que regulan la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, se desarrolle de la mejor forma posible, con la finalidad desde luego de dar mayor protección a la niñez, ya que consideramos que al tener una ley especial que regule sobre este tema, traería como consecuencia que se lleve a cabo un procedimiento rápido y certero. Por lo tanto, no queda más que señalar de manera categórica, que evidentemente existe la necesidad de crear una Ley General que regule el procedimiento de Restitución Internacional de Niñas, Niños y Adolescentes en México, la cual debe contener lo siguiente:

LEY GENERAL DEL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

CAPÍTULO I ETAPA ADMINISTRATIVA

ARTÍCULO 1. La presente Ley General regula el procedimiento de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes para cumplir el compromiso que el país adquirió al firmar el Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 y la Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores de 1989.

ARTÍCULO 2. Una vez producido el traslado o retención ilícita de una niña, niño o adolescente, la persona, institución u organismo que haya ejercido de manera efectiva la guarda y custodia o un régimen de convivencias o visitas sobre el infante o adolescente podrá solicitar la restitución de este ante la Autoridad Central del país que corresponda, a fin de recibir el asesoramiento necesario.

ARTÍCULO 3. La Autoridad Central en México es la Secretaría de Relaciones Exteriores, a través de su Dirección General de Protección a mexicanos en el Exterior, Dirección de Familia, la que en todo tiempo supervisará el progreso de la

tramitación de la solicitud de restitución y proporcionará a las personas privadas del infante o adolescente información actualizada respecto al asunto.

La autoridad central promoverá en la etapa administrativa la conciliación entre las partes, buscando con ello generar economía de tiempo y recursos.

ARTÍCULO 4. Los requisitos para tramitar la restitución internacional de una niña, niño o adolescente son: a) que se haya ejercido de manera efectiva el derecho de custodia, de visita o convivencia al momento del traslado o retención; b) que la niña, niño o adolescente tenga su residencia habitual en el país requirente inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita; y, c) que no haya transcurrido el plazo de un año desde que se produjo el traslado o retención.

ARTÍCULO 5. La documentación necesaria para presentar una solicitud de restitución es: a) formulario de solicitud, b) acta de nacimiento de la niña, niño o adolescente, c) documentación que acredite la residencia de la niña, niño o adolescente (certificado médico, escolar, trabajo social, comprobantes de actividades que el niño realizaba en el país), d) acta de matrimonio o de divorcio (si correspondiere, e) sentencia o acuerdo de partes que le otorgue la guarda o custodia del niño o atribuya un régimen de visitas (si correspondiere), f) fotografías de la niña, niño y adolescente y del progenitor sustractor, g) copia de denuncias o procedimientos judiciales que se hayan llevado a cabo (si correspondiere) y, h) copia de la autorización para salir del país, si existió, y en su caso, copia de la revocación.

ARTÍCULO 6. Cuando la autoridad central mexicana es la solicitante, una vez que reciba la solicitud junto con la documentación requerida, la hará llegar a la Autoridad Central del país extranjero donde la niña, niño o adolescente ha sido trasladado o se encuentra retenido; encargándose de la traducción de la documentación y en

caso de que sea necesario algo adicional lo remita a la Autoridad Central competente.

ARTÍCULO 7. La Autoridad Central del Estado donde haya sido trasladada la niña, niño o adolescente, dará curso a la solicitud de conformidad con los procedimientos establecidos en su Estado, ya que serán las autoridades judiciales del mismo las que decidirán acerca de la restitución del infante o adolescente a su residencia habitual. El Estado extranjero aplicará su legislación, política y procedimientos y serán sus autoridades las que tienen la última palabra sobre la restitución del infante o adolescente, ordenando o denegando en su caso el retorno de este.

La Autoridad Central mexicana no tiene influencia alguna sobre la decisión que adopte el tribunal extranjero en cada caso en concreto.

ARTÍCULO 8. Cuando la autoridad central mexicana es la requerida, recibe las solicitudes de restitución internacional provenientes de las Autoridades Centrales extranjeras y una vez estudiada la documentación y en caso de que se cumplan todos los requisitos necesarios, procederá a la búsqueda y localización del niño o adolescente.

La Autoridad central solicitará información al Estado extranjero cuando sea necesario.

ARTÍCULO 9. La Autoridad Central solicitará ayuda a la Organización Internacional de Policía Criminal, a la Secretaría del Desarrollo Social, a la Secretaría de Educación Pública, a la Secretaría de Salud, al Instituto Nacional de Migraciones y a la Secretaría de Gobernación, para dar con el paradero del infante o adolescente; si este es localizado la Autoridad Central hará todo lo que esté a su alcance y sea necesario para que las partes lleguen a una solución amistosa, evitando de ese modo la judicialización del conflicto.

ARTÍCULO 10. En caso de que no exista una solución amistosa o en caso de que en el término de tres días no se dé con el paradero del niño o adolescente, la

Autoridad Central iniciará el procedimiento judicial inmediatamente, a fin de que se le dé solución a la restitución en un plazo de 6 semanas, tal y como lo establece el artículo 11 del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980.

CAPÍTULO II

ETAPA JUDICIAL

ARTÍCULO 11. El procedimiento se tramita ante los juzgados del fuero común con competencia en materia de familia o civil, dependiendo del tipo de juzgados que existan en la jurisdicción en que se encuentra el infante o adolescente sustraído.

ARTÍCULO 12. En cualquier etapa del procedimiento, el Juez, podrá si lo considera conveniente, aun y cuando ya exista sentencia firme, convocar a las partes a una audiencia de conciliación para lograr un acuerdo, siempre fijando plazos breves a efecto de evitar estrategias dilatorias. En ningún caso, ello podrá implicar la suspensión del trámite de la causa, la que deberá continuar según su estado.

ARTÍCULO 13. El Juez competente para resolver sobre la restitución no está facultado para decidir sobre la custodia de la niña, niño o adolescente.

ARTÍCULO 14. El juez establecerá los medios para restablecer o mantener el contacto entre el progenitor no conviviente con el infante o adolescente, siempre que el interés superior del niño lo permita.

ARTÍCULO 15. En todos los procedimientos de restitución se habilitarán días y horas inhábiles para llevar a cabo notificaciones, diligencias y audiencias, a fin de cumplir con el plazo establecido por el Convenio de La Haya para resolverse este tipo de procedimientos.

ARTÍCULO 16. Teniendo en cuenta la urgencia que caracteriza estos asuntos, el delicado interés en juego y la responsabilidad internacional asumida por el Estado

mexicano, se requerirá a las partes señalen medios electrónicos para hacerles las notificaciones que sean necesarias en el procedimiento de restitución.

ARTÍCULO 17. Una vez que la Autoridad Central remita la solicitud al Juez competente de la entidad federativa en donde se presume se encuentra el infante o adolescente sustraído, en el caso de que ya estuviera completa la documentación que debe presentar la autoridad requirente, y que aún no se hubiere localizado a la niña, niño o adolescente, en un término de veinticuatro horas a partir de la recepción de la solicitud, se girarán los oficios de localización a las dependencias marcadas en el artículo 9, para que realicen la búsqueda y localización del infante o adolescente.

ARTÍCULO 18. En el auto de admisión, el cual se dictará en el término de 24 horas contadas a partir de la recepción de la solicitud de restitución, la autoridad judicial competente: a) dará aviso a la Autoridad Central, de la radicación del asunto, b) acordará dar aviso al Procurador de protección de niñas, niños, adolescentes y de la familia de la Entidad Federativa competente, para que se le designe un abogado o representante especial al infante o adolescente, c) se girará oficio al Instituto Nacional de Migración para que impida la salida del país al niño o adolescente y padre sustractor, y d) se le dará vista al ministerio público de la adscripción.

ARTÍCULO 19. Una vez localizada a la niña, niño o adolescente sustraído, se procederá a emplazar al progenitor sustractor.

ARTÍCULO 20. Si el niño o adolescente fuera hallado en otro Estado de la República diferente al lugar en donde se inició la etapa judicial del procedimiento, el Juez del conocimiento, en el plazo de veinticuatro horas remitirá las actuaciones al Tribunal que considere competente.

ARTÍCULO 21. En el acto de la diligencia de emplazamiento se le hará saber al demandado que le está estrictamente prohibido abandonar la demarcación geográfica en la que se encuentra el juzgado que conoce del asunto, se le informará que tendrá que estarse presentando a las instalaciones del juzgado, los tres

primeros días del mes corriente para acreditar su permanencia, con el apercibimiento que, de no hacerlo, se le aplicarán las medidas de apremio establecidas en el Código Federal de Procedimientos Civiles.

ARTÍCULO 22. En caso de que el demandado no se presente ante el juez de la causa como está ordenado en el artículo anterior, o que traslade al infante o adolescente a otro Estado de la República Mexicana, este se asegurará en un albergue de la localidad en la que se esté tramitando el procedimiento de restitución.

ARTÍCULO 23. En el acto de la diligencia de emplazamiento se le hará saber al demandado que cuenta con un término de 5 días para contestar la demanda, y oponer excepciones.

ARTÍCULO 24. Solo serán válidas como defensas las excepciones expresamente previstas en los convenios que rigen la materia (Convenio de la Haya y Convención Interamericana). El tribunal rechazará sin sustanciar toda excepción fuera de las taxativamente enumeradas, las cuales, a su vez, son de interpretación restrictiva.

ARTÍCULO 25. En caso de que el padre sustractor no conteste la demanda en el plazo que se le otorgó para ello, se le declarará en rebeldía, teniéndole por conforme con la restitución, y en los 3 días siguientes se dictará la sentencia.

ARTÍCULO 26. Si el demandado contesta la demanda, se le acordará en un término de veinticuatro horas y se señalará fecha para la celebración de una audiencia de ley, la misma será dirigida personalmente por el Juez, tendrá por objeto oír a las partes para intentar una conciliación y al niño, esto en presencia del psicólogo que se le designe para ello, salvo que por su edad, no sea prudente hacerlo. Esta audiencia se celebrará aún en ausencia de alguno de los citados.

Dicha audiencia deberá señalarse dentro de los cuatro días siguientes al día en que se tenga por contestada la demanda. Si en dicha audiencia las partes no llegan a un acuerdo, en esa misma audiencia, se abrirá el periodo probatorio, para que en el término de 3 días ofrezcan las pruebas que consideren pertinentes, una vez que las

partes ofrezcan sus pruebas se les acordarán en un término de 24 horas, lo que les será notificado al día siguiente.

ARTÍCULO 27. Solo se admitirán las pruebas idóneas y pertinentes que tengan relación con las excepciones planteadas, dado al carácter sumario del procedimiento.

ARTÍCULO 28. En el auto de admisión de pruebas, se ordenará de oficio las periciales en materia de psicología tanto a los progenitores como al infante o adolescente sustraído, en este mismo auto, se nombrará el perito en materia de psicología, y se les requerirá a las partes para que en el término de dos días señalen los puntos a desahogar, y en el mismo término comparezcan ante él, para efecto de realizarles la prueba psicológica ordenada, y este pueda emitir los dictámenes encomendados, quien los remitirá dentro de los dos días siguientes al día en que se hayan realizado las evaluaciones psicológicas.

ARTÍCULO 29. La audiencia de pruebas y alegatos se llevará a cabo dentro de los 8 días siguientes a la fecha del auto que las admitió, no se admitirá reconvencción, recursos, ni incidentes. En una sola audiencia se desahogarán las pruebas de las partes, por lo que, al terminar, se oirán los alegatos y se citará para sentencia, la que se dictará dentro de los tres días siguientes, en la que se resolverá únicamente si procede o no la restitución, sin tocar tema alguno de guarda y custodia.

ARTÍCULO 30. Contra esta resolución, procederá apelación, que se interpondrá en un término de 48 horas siguientes a la notificación, tal escrito ya deberá de llevar sus agravios, la que se admitirá o desechará al día siguiente y se resolverá dentro del término de 5 días.

ARTÍCULO 31. Si se determinó procedente la restitución o retorno del infante o adolescente, en la resolución se establecerá que la persona que hubiere trasladado o retenido al niño sufrague las costas procesales, incluidos los gastos de viaje y los que ocasione la restitución o retorno de la niña, niño o adolescente al Estado donde estaba su residencia habitual con anterioridad a la sustracción.

ARTÍCULO 32. La supervisión de la ejecución queda a cargo tanto del Juez que conoció del asunto como de un juez de enlace que designe para ello la Autoridad Central mexicana. La restitución deberá llevarse a cabo en el tiempo establecido en el artículo 13 de la Convención Interamericana de la Restitución Internacional de Menores, salvo que cuestiones relativas al interés superior del niño aconsejen diferir su cumplimiento por alguna razón fundada.

ARTÍCULO 33. Para garantizar el regreso seguro del niño la sentencia que ordena la restitución debe contener: 1) la fecha o el plazo en que se hará efectiva la restitución; 2) la indicación de la persona que acompañará al infante o adolescente, sin que ello se convierta en un obstáculo para el regreso del niño. 3) la determinación de quien correrá con los gastos (tickets del niño y del acompañante y alojamiento); 4) el levantamiento de las medidas cautelares de prohibición de salida del país en el que se encontraba sustraído; 5) una exhortación a las partes a cooperar y promover el cumplimiento voluntario, para evitar demoras indebidas; 6) establecer si se convocará a psicólogos, mediadores, intérpretes, etcétera, para dar cumplimiento a la orden, siempre que ello no genere dilaciones en la ejecución de la sentencia y 7) otras que puedan ser adaptadas a las peculiaridades de cada caso.

ARTÍCULO 34. Si la persona que hubiera sido condenada a la restitución de la niña, niño o adolescente a su retorno se opusiere, impidiera u obstaculizara su cumplimiento, el Juez deberá adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de forma inmediata, pudiendo ayudarse de la asistencia de cualquier medida de apremio contemplada en el Código federal de Procedimientos Civiles.

ARTÍCULO 35. Las convenciones sobre sustracción de niños señaladas en el artículo 1 de esta ley, se basan en la confianza entre los Estados contratantes, es por ello por lo que, para su correcto funcionamiento, las autoridades intervinientes y todos los profesionales involucrados en las restituciones, deben hacer el máximo esfuerzo para que la cooperación, tanto administrativa como judicial resulte oportuna y eficaz, lo anterior desde luego para garantizar ampliamente el bienestar de la niñez.

ARTÍCULO 36. En todo este procedimiento se respetará el principio del interés superior del niño contemplado en el artículo 4 Constitucional, que garantiza el derecho de las niñas, niños y adolescentes, las obligaciones de los ascendientes y del Estado de procurar su desarrollo integral, el principio de legalidad y la garantía de audiencia consagrados en los artículos 14 y 16 de nuestra Carta magna.

FUENTES CONSULTADAS

BIBLIOGRAFÍA

ACEDO PENCO, ÁNGEL, Derecho de familia, editorial, Dykinson, Madrid 2013.

ÁLVAREZ DE LARA, ROSA MARÍA, (Coord.). Diccionario de derecho civil y de familia, Editorial Porrúa, Mexico, 2004.

— “El concepto de niñez en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la legislación mexicana” en Pérez Contreras, María de Montserrat Macías Vázquez, María Carmen (coords), Marco Teórico Conceptual sobre Menores Versus Niñas, Niños y Adolescentes, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

BARBERIS, JULIO, Formación de derecho internacional, Ábaco, Buenos Aires, Argentina, 1994.

BAQUEIRO ROJAS, EDGAR Y BUENOSTRO BÁEZ ROSALÍA, Derecho Familiar, México, Oxford University, Press, 2004.

— Derecho de familia y sucesiones, México, Oxford University, Press, 2004.

BELLUSCIO AUGUSTO, CÉSAR, Manual de derecho de familia, 7 edición, 1 Astrea, t.I, reimpresión argentina 2004.

BRENA SESMA, INGRID, “El Interés Superior del Menor en las adopciones internacionales” en González Martín, Nuria y Rodríguez Benot, Andrés. (coords) Estudios Sobre adopción Internacional, México, UNAM, 2001.

BRUÑOL, MIGUEL CILLERO. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño, editorial del Preto, 1998.

BUSTOS RODRÍGUEZ, M.B. Diccionario de derecho civil. México, Oxford, 2006

CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, et al., Derecho Internacional Privado, 2ª ed., vol. II Madrid, Comares, 2000.

CAPELLETI, MAURO. “Riconoscimento delle sentenze straniere e basi idiosgiche della interpretazione giuridica”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. 1975, año VIII, número 22-23.

CARBONELL, MIGUEL, “Familia, Constitución y Derechos Fundamentales” en Álvarez de Lara, Rosa María (coord.) “Panorama internacional de derecho de familia. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados”, t.I., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2006

- CÁRDENAS MIRANDA ELVA LEONOR, Instrumentos internacionales en relación con la familia y sus miembros, Editorial Porrúa, México 2011.
- CARLOS, LASARTE, derecho de familia, principios de derecho civil VI, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- CASTILLA, KARLOS, La Protección de los Derechos Humanos de Niñas y Niños en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, España, 2015.
- CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL F. "La familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno filiales" Editorial Porrúa, Mexico, 1987.
- CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en Infancia, ley y democracia en América Latina, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, Temis, 1998.
- COSSIO DÍAZ, JOSÉ RAMÓN, Debido Proceso y restitución internacional de menores, Lex. Difusión y Análisis, México, Tercer Época, Año XXII, núm., 165, marzo 2009.
- DE CASTRO, F. Derecho Civil de España, tomo I, Madrid, 1952.
- ECHEGARAY DE MAUSSION, CARLOS Eduardo, "El derecho de custodia", en la Restitución Internacional de la niñez, México, Ed. Porrúa, 2011.
- ENGELS, FRIEDRICH, El origen de la familia, la propiedad y el Estado, Ediciones Frente Cultural, Cuarta edición, México, 1891.
- ETEL RAPALLINI, LILIANA, Comentario al Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niño, Derecho Internacional privado, Cátedra 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales- Universidad Nacional de la Plata Provincia de Buenos Aires, Republica de Argentina, 2017.
- FERNÁNDEZ, JONATHAN, "Restitución internacional de menores. El rol de las autoridades centrales en el marco del deber de cooperación de los estados", Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración , número 7, Argentina, 15 de diciembre 2017.
- GARCÍA PASTOR, MILAGROS, la situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven; aspectos personales, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1997.
- GIDDENS, ANTHONY, Un mundo desbocado. Lo efectos de la globalización en nuestras vidas, México, Taurus, 2000.

GUILLARTE MARTIN- CALERO. CRISTIANA, La Custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial, En indret abril 2018, Barcelona.

GONZÁLEZ CONTRÓ MÓNICA, Derechos humanos de los niños, una propuesta de fundamentación, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2008.

GONZÁLEZ MARTÍN, NURIA, “La cooperación internacional entre autoridades en el Convenio de La Haya de 1993 sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional, a propósito de la Comisión Especial de 2010”, en Fresno de Aguirre, Cecilia. (coord.), Las personas frente a la dinámica y exigencias del mundo globalizado (Jornadas de la ASADIP 2010), Asunción, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), 2010.

— familia Internacional en México, Adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata, México, Porrúa, 2009.

— Familia internacional en México: adopción, alimentos, restitución y tráfico de trata, México, UNAM-Porrúa, 2009.

— “La Cooperación Internacional entre Autoridades: Especial referencia al Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional, a propósito de la Comisión Especial de 2010”, en Fresno de Aguirre, Cecilia (coord.), Las personas frente a la dinámica y las exigencias del mundo globalizado, Asunción, Paraguay, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, 2010.

— Y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, SONIA, El interés superior del menor en el marco de la adopción y el tráfico internacional. Contexto mexicano, Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, México, 2011,

— Derecho Internacional Privado, Doscientos años de Tratados Internacionales ratificados por México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2014.

GUERRERO ZAZUETA, ARTURO, ¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad, CNDH, México, 2015.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, JULIÁN, “Derecho familiar” en Treviño Pizarro, María Claudina, Derecho familiar, México, IURE Editores, 2017.

— el orden público en el derecho familiar mexicano, ponencia en el Congreso Internacional de Derecho de Familia en México, 22-24 de noviembre de 2005.

- GUILLO JÍMENEZ J. “Niños, niñas y adolescentes: los nuevos ciudadanos”, en Villagrasa Alcaide, C. Y Ravetllat Ballestré, I., coords, El desarrollo de la Convención sobre los Derechos de los niños en España, España, Bosch, 2006.
- GONZÁLES CONTRÓ, MÓNICA. Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación. ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, ed. México, 2008.
- JIMÉNEZ GARCÍA, JOEL FRANCISCO, Derechos de los niños, Instituto de investigaciones jurídicas-UNAM, México, 2000.
- LARA PONCE RODOLFO, “Los derechos en el constitucionalismo mexicano” en Solís García, Bertha, Evolución de los Derechos Humanos, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO, FONSECA LÚJAN ROBERTO CARLOS, Juicios Orales en Materia Familiar, México, IURE editores vol. 1, 2014.
- LÓPEZ HERRERA FRANCISCO, Derecho de familia, 2a ed, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005.
- MUÑOZ ROCHA, CARLOS I. Derecho familiar, Mexico, Oxford 2013.
- MIZRAHI, MAURICIO LUIS, Familia, matrimonio y divorcio, 1ª reimpresión, Editorial Astrea, Argentina, 2001.
- MARIN PEDREÑO, CAROLINA, Sustracción Internacional de menores y proceso legal para la restitución de menor. España, 2015, Editorial Ley 57.
- MATÍAS FELER, ALAN, “Soft Law como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas”, Lecciones y Ensayos, número 95, 2015.
- MATUS CALLEROS, EILEEN, Derecho Internacional Privado Mexicano ante la Restitución Internacional de Menores, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009.
- La sustracción internacional de menores desde la perspectiva del derecho internacional privado, Universidad Autónoma de Barcelona, Ballaterra, Cerdanyola del Valles, septiembre 2016.
- OLIVA GÓMEZ, EDUARDO, et al (coords), 2015, “La naturaleza jurídica del Derecho de Familia; Reflexiones en el contexto jurídico mexicano”, en Temas Selectos 2, hacia el ámbito del derecho privado, Eternos Malabares, Cuernavaca, Morelos, 2015.

- et al (coords), “La implementación de la familia de acogida en el sistema jurídico mexicano: Retos y compromisos a cumplir”, en Temas selectos 4, hacia el ámbito del derecho familiar, Eternos Malabares, Cuernavaca, Morelos, 2017.
 - El divorcio incausado en México, Moreno Editores, México, 2013.
 - et al. “Temas selectos 4 Hacia el ámbito familiar”, La implementación de la familia de acogida en el sistema jurídico mexicano, retos y compromisos a cumplir, ediciones Eternos Malabares, Cuernavaca, Morelos, 2015.
 - Contextos Jurídicos en clave de Derechos Humanos, ediciones Eternos malabares, Cuernavaca, Morelos, México, 2017.
- PÉREZ CONTRERAS, MARÍA DE MONSERRAT, Derecho de familia y sucesiones, México, Nostra Ediciones-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- Derechos de Familia, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, 3ª ed., México, 2015.
- PEREZNIETO CASTRO, LEONEL Y SILVA SILVA JORGE ALBERTO, Derecho Internacional Privado, Parte General, 9 edición, México, Oxford 2011.
- , Derecho Internacional privado. Parte especial, México, Oxford, 2000.
- PÉREZ JOHNSTON, RAÚL, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Concordancia con los Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. México, Porrúa, 2012.
- QUINTANA ROLDÁN, CARLOS FERNANDO Y SABIDO PENICHE, Norma Dolores. Derechos Humanos, 2ª. ed. México, Porrúa, 2001.
- ROBLES CRUZ, MARÍA KAREN, “proceso de la restitución internacional de la niñez en México” revista de derecho privado del Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, Cuarta Época, año V, número 14, julio-diciembre de 2018.
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, SONIA, La Sustracción Internacional de Menores por sus propios padres, sus destipificación en México, Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 2012.
- STILEMAN N. MARTA, Teoría y Práctica del Derecho de los Niños, Catedra Jurídica, 2016, p. 238.
- SCOTTI, LUCIANA BEATRIZ, et al (coords), La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de restitución internacional de menores, Buenos Aires, argentina, EPUB.

TREVIÑO PIZARRO, MARÍA CLAUDINA, Derecho familiar, México, IURE Editores, 2017.

TREVIÑO, FERNÁNDEZ, SOFÍA DEL CARMEN, et al, Cuaderno de jurisprudencia, número 1, restitución internacional de niñas, niños y adolescentes. Centro de Estudios Constitucionales, de la SCJN, México, 2020.

VILLALOBOS DE GONZÁLEZ, ELVIRA, Manuel de derecho de familia, México, Tirant Lo Blanch, 2014.

VON THUR. ANDREAS. Parte general del Derecho Civil, (traducción del alemán por Wenceslao Roce), editorial Comares, Granada. 2006.

ZAVALA PEREZ, DIEGO H. Derecho familiar, Porrúa, México, 2008.

HEMEROGRAFÍA Y BIBLIOGRAFÍA ELECTRÓNICA (CIBERGRAFÍA)

ALBORNOZ, MARÍA MERCEDES, “La convergencia de la cooperación interamericana de adopción, sustracción y tráfico de menores”, Seminario de Derecho Internacional Cooperación Jurídica en materia de Derecho de Familia y Niñez, 2011, p. 22, sitio web: http://www.oas.org/dil/esp/seminario_derecho_internacional_documentos_mercedes_albornoz.pdf. visto el 16 de mayo 2020.

ARÁUZ ENRÍQUEZ, MARÍA JOSÉ, “De las excepciones en la Sustracción Internacional de persona menor de 16 años. Visión doctrinal y jurisprudencial, con énfasis en el proceso nicaragüense”. Nicaragua, Revista De Derecho, Núm. 24, 3 de agosto de 2018, p. 21. sitio web, <https://doi.org/10.5377/derecho.v0i24.637>, visto el 30 de mayo de 2020.

ARIAS GÓMEZ, MA. DE LOURDES, "El retorno del niño sustraído a su residencia habitual: objetivo de la convención interamericana sobre restitución internacional de menores", en Contribuciones a las Ciencias Sociales, marzo 2013, sitio web: www.eumed.net/rev/cccss/23/restitución-internacional-menores.html, visto el 3 de febrero de 2020.

BARROSO FIGUEROA, JOSÉ. “La autonomía del derecho de familia”. Revista de la Facultad de Derecho México, México, número 68, octubre-diciembre 1967, p 831. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/26429/23803>. vista el 28 de agosto de 2019.

BOTANA GARCÍA, GEMA ALEJANDRA, Notas sobre el derecho de visita, Revista Jurídica de Navarra, España, 1990, número 10.

GONZÁLEZ MARTÍN, NURIA, Sustracción Internacional Parental de Menores y Mediación. Dos casos para la reflexión: México (amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano y Montoya Álvarez). Revista electrónica de estudios internacionales, mayo de 2015, sitio web: dialnet.unirioja.es.

— “Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística”, en Carbonell, José y González Martín Nuria, Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 64, disponible en: <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3174/4.pdf>, visto el 2 de agosto 2019.

GUITRON FUENTEVILLA, JULIÁN, Derecho familiar, Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM, México, número 109, 1978, p 87-89. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/27144/24491>.

PINTO TEPOZTECATL, JORGE, “La defensa de los derechos del niño” Periódico el sol de Puebla, 28 de abril de 2019, <https://www.elsoldepuebla.com.mx/autor/-pinto-tepoxtecatl>, visto el 9 de octubre de 2019.

RIZIK-MULET, LUCÍA, Sustracción internacional de menores: jurisprudencia reciente de los tribunales superiores de justicia chilenos, 29 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 193-234 (2016). p. 209. Sitio web: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il.14-29.simj>. visto el 25 de mayo de 2020.

SOLÍS GARCÍA, BERTHA, Evolución de los Derechos Humanos, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p.85. en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3100/9.pdf>.

TELLECHEA, BERGMAN EDUARDO, Restitución Internacional de Menores y Cooperación Jurisdiccional Internacional, necesidad de nuevos desarrollos. Rev. secr. Trib. perm. revis. Año 5, Nº 9; marzo 2017; pp. 11 a 32, visible en https://www.researchgate.net/publication/316531755_Restitucion_internacional_de_menores_y_cooperacion_jurisdiccional_internacional_necesidad_de_nuevos_desarrollos_Complementariedad_de_convenios.

JURISPRUDENCIA

- Tesis: I.5o.C. J/16, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, marzo de 2011, p 2188.
- Tesis: 1a. LV/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVII, Décima Época, t. I febrero de 2013, p 822.
- Tesis I.5o.C. J/32 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Libro IX, junio de 2012, Tomo 2, p. 698

- Tesis: I.5o.C. J/33 (9a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Libro IX, junio de 2012, Tomo 2, p. 699
- Tesis: I.5o.C. J/34 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo 2, Libro IX, junio de 2012, p. 759.
- Tesis P/J. 20/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo I Libro 5, abril de 2014, p. 202.
- Tesis 1a. CXXVI/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XX, diciembre de 2004, p. 355.
- Tesis: XXII.2o.24 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIX, marzo de 2009, p. 2732.
- Tesis PC.I.C. J/17 C (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 24, Tomo III, noviembre de 2015, p. 3076.
- Tesis 1a. LXXI/2015 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 15, Tomo II, febrero de 2015, p. 1418.
- Tesis: I.13o.C.2 C (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro VIII, Tomo 2, mayo de 2012, p.1827.
- Tesis 1a. CCLXXXI/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXV, Tomo 2, octubre de 2013, p. 1045.
- Tesis: I.13o.C.4 C (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro VIII, Tomo 2, mayo de 2012, p.1828.
- Tesis 1a./J. 7/2018 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 52, Tomo I, marzo de 2018, p. 858.
- Tesis I.4o.C.236 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, enero de 2010, p. 2136.
- Tesis I.4o.C.234 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, enero de 2010, p. 2121.
- Tesis 1a. CXXX/2017 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, septiembre de 2017, Libro 46, Tomo I, p. 245.

NORMATIVIDAD NACIONAL

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Código Procesal Familiar del Estado Libre y Soberano del Estado de Morelos
- Código de Procedimientos Familiares del Estado de Chihuahua
- Código de Procedimientos Familiares Coahuila
- Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Durango
- Código de Procedimientos Civiles del Estado de México
- Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo
- Código Civil del Estado de Querétaro
- Código de Procedimientos Familiares del Estado de Sinaloa
- Código de Procedimientos Familiares del Estado de Yucatán
- Ley General del niñas, niños y adolescentes
- Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes. Emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México.

NORMATIVIDAD INTERNACIONAL

- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina.
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Convención sobre los Derechos de los Niños
- Ley Modelo de normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción Internacional de niños
- Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, la Haya, de 25 de octubre de 1980
- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores
- Comité de los Derechos del Niño, El derecho del niño a ser escuchado”, Observación General No.12, 20 de julio de 2009.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

PÁGINAS ELECTRÓNICAS

- http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_198_12oct11.pdf
- <https://www.cndh.org.mx/documento/sustraccion-y-retencion-de-ninas-ninos-y-adolescentes>.
- <https://www.unidosporlosderechoshumanos.es/course/lesson/background-of-human-rights/the-background-of-human-rights.html>.
- <https://www.gob.mx/inafed/articulos/desde-hace-69-anos-mexico-tiene-una-representacion-permanente-en-la-organizacion-de-los-estados-americanos>.
- Página oficial de la Corte interamericana de los derechos humanos. Interamerican court human rights. Historia de la corte IDH; <http://www.corteidh.or.cr/historia-en.cfm>.
- <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/36-Mex-Siste-DH.pdf>.
- <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/intro.asp>
- <https://www.humanium.org/es/declaracion-1959/>
- <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.
- <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/historia>.
- <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/historia>.
- <https://www.gob.mx/sipinna/articulos/para-hablar-de-derechos-humanos-con-ninas-y-ninos?idiom=>.
- https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/331413/PRONAPINNA_.pdf
- <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>.
- <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/print/?cid=24>.
- <http://www.hcch.net/upload/expl28s.pdf>.
- <http://www.oas.org/Juridico/spanish/firmas/b-53.html>.

- Página oficial de La Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado (COHADIP), Sitio web: <https://assets.hcch.net/docs/9fb7e7f3-0b624a15-8570-048a841d2ed6.pdf>.
- Página de la oficial del Ministerio de Relaciones exteriores y Culto de la República de Argentina, Cancillería Argentina, sitio web: <http://www.menores.gob.ar/convenci-n-de-la-haya-casos-entrantes>.
- Reunión de expertos en protección y restitución internacional de niños en la Corte Suprema. Sitio web: <https://www.youtube.com/watch?v=CqHMMUkbPTA>.
- Página Oficial del Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia, relaciones con las Cortes y Memoria Democrática del Gobierno de España, sitio web: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/area-internacional/tramitesinternacionales/sustraccion-internacional>.
- Página oficial del Gobierno de España, Ministerio de Justicia, sitio web: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/area-internacional/tramites-internacionales/sustraccion-internacional>.
- Página oficial del Gobierno de México, Secretaría de Relaciones Exteriores, sitio web: <https://www.gob.mx/sre/documentos/solicitud-de-restitución-internacional-o-derechos-de-visita-al-extranjero>.
- Página oficial de la Fiscalía General de la República, sitio web <https://www.gob.mx/fgr/acciones-y-programas/subprocuradurias-de-la-fgr>.
- Memoria Documental Policía Federal Ministerial, 2006-2012 P.23, Sitio web: <http://pgrarchivos.blob.core.windows.net/memorias-documentales/MD27.pdf>.
- Página oficial del Gobierno de España Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y memoria democrática, agencia Estatal, Boletín Oficial del Estado, última actualización publicada el 29/04/2020 stito web: <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>.
- Página oficial del poder judicial de la Ciudad de México, sitio web: https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/presidente_21032019_3/.
- Página oficial de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, sección Latinoamérica y el caribe, sitio web: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction/latin-america>.

OTROS DOCUMENTOS

- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Temas Selectos de derecho Familiar, Patria potestad, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ed. 1ª, México, 2011.
- Lineamientos Emergentes, relativos al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos, en el contexto de

la Red Internacional de Jueces de La Haya. Comunicaciones oficiales directas.

- Voto particular del Amparo directo en revisión 903/2014 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 13.
- Amparo directo en revisión 1318/2014 de la Primera Sala de la Suprema Corte de la Nación, ministro Alfredo Gutiérrez Muñoz Mena, de 2 de julio de 2014.
- Diccionario jurídico mexicano, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. VI, pp. 316 y 317, disponible en: <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1173/13.pd>.
- Comentarios sobre la nueva Ley de Restitución de personas menores de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente. N° 18.895. sitio web: <http://poderjudicial.gub.uy/restitución-de-menores/download/6357/125/19>.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS



CUERNAVACA MORELOS A 14 DE MAYO DE 2021

Dr. VICTOR MANUEL CASTRILLON Y LUNA
JEFE DE LA DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UAEM.
P R E S E N T E.

Por medio de la presente me dirijo a usted para manifestar que una vez que fui designado como Director del trabajo de investigación intitulado **“LA NECESIDAD DE CREAR UNA LEY GENERAL QUE REGULE EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN MÉXICO”**, elaborado por la Licenciada en Derecho **ROSA ISELA NABOR PINEDA**, mismo que se desarrolló para la obtención del grado académico de Maestra en Derecho, y una vez que he revisado dicha investigación, expreso que la misma se ha concluido satisfactoriamente, por lo que otorgo **VOTO APROBATORIO**, con base en los siguientes razonamientos:

Se trata de un trabajo original, desarrollado en cinco capítulos, en el cual se sigue una investigación científica ordenada, apreciándose la utilización de métodos de investigación y se observa el uso de la técnica de investigación documental.

Se aprecia un sustento teórico basado en el estudio de los distintos instrumentos reguladores del Derecho, se observa, asimismo, un aparato crítico suficientemente especializado, apoyado en referencias bibliográficas, normativas y

electrónicas. El problema de investigación tiene que ver con una visión que pone de relieve la necesidad de crear una ley general de los distintos instrumentos jurídicos necesarios para la solución de la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes en México.

Al final se presentan conclusiones generales que contiene una hipótesis sólida de solución al problema de investigación. Considero que esta hipótesis cuenta con sustento lógico y coherente en relación con los contenidos de la investigación acordes a lo dispuesto por la normatividad universitaria al respecto.

Por todo lo anterior manifiesto que, en mi carácter de director de la citada investigación, la apruebo plenamente a efecto de que la interesada pueda continuar con los trámites pertinentes para la celebración de su examen recepcional.

ATENTAMENTE

PITC. Dr. FRANCISCO XAVIER GARCÍA JIMÉNEZ



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS

Se expide el presente documento firmado electrónicamente de conformidad con el ACUERDO GENERAL PARA LA CONTINUIDAD DEL FUNCIONAMIENTO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA PROVOCADA POR EL VIRUS SARS-COV2 (COVID-19) emitido el 27 de abril del 2020.

El presente documento cuenta con la firma electrónica UAEM del funcionario universitario competente, amparada por un certificado vigente a la fecha de su elaboración y es válido de conformidad con los LINEAMIENTOS EN MATERIA DE FIRMA ELECTRÓNICA PARA LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE ESTADO DE MORELOS emitidos el 13 de noviembre del 2019 mediante circular No. 32.

Sello electrónico

FRANCISCO XAVIER GARCIA JIMENEZ | Fecha:2021-05-13 19:11:15 | Firmante

mxxrZOrkC1IM0DWSj6gpYlhamT1OeS/KavAPQkpuR9u/sDIK/BNmezHH0YrPxETbghkldGCA12DKgg9P5v11aCol/SvLg6wg+Of9PNF/UfswqSAfUOo07dyjIzK8omk8LgCmCW4ZdOM9yptj/qHflepS6oRACWb7SvHq909TxFJ/ljkrIpX7LuCJrbzxEwMTHTHpbKkrMsB8NksRIQy1WZlkqCIT3ZvOCYKbE8L3VljoJntCqyuxMRCPkXOdALnGAUkSJib+Ozay0j1HXtWm/oDGKW71o2SY5GFJpcMa26sR+A7H/BEhBAKjd7CQd5WFNI3xf1DkUI20KFaNh+Q==

Puede verificar la autenticidad del documento en la siguiente dirección electrónica o escaneando el código QR ingresando la siguiente clave:



wPUq6F

<https://efirma.uaem.mx/noRepudio/HU2JgUuxsNLleiBJQ1ECHxQVYfIxxoUD>

UA
EM

Una universidad de excelencia

RECTORIA
2017-2023

Cuernavaca, Morelos a 08 de junio de 2021.

**MTRO. PEDRO HURTADO OBISPO
COORDINADOR DEL PROGRAMA EDUCATIVO
DE MAESTRÍA EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
DEL ESTADO DE MORELOS.
P R E S E N T E.**

En relación con el oficio número **53/05/21/DESPD** de 21 de mayo del presente año, por virtud del cual se me comunica mi designación como miembro del sínodo encargado de revisar la tesis elaborada por la licenciada Rosa Isela Nabor Pineda, que se intitula **“LA NECESIDAD DE CREAR UNA LEY GENERAL QUE REGULE EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN MÉXICO”**, le manifiesto:

La tesis se encuentra concedida de 4 capítulos del siguiente modo:

En el primer capítulo la sustentante se ocupa del marco teórico, en el cual se desarrollan los conceptos que forman parte y están inmersos en el tema de la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes.

En el segundo capítulo presenta un marco histórico-normativo, aquí desarrolla la historia de los derechos humanos, hasta llegar al momento en que se crearon los Instrumentos Internacionales más importantes que abordan el tema de restitución internacional.

En el tercer capítulo, se establecen las generalidades del procedimiento de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes en su fase tanto administrativa como judicial, y se hace referencia a cómo se lleva a cabo dicho procedimiento en otros países.

Finalmente, en el cuarto capítulo, la sustentante presenta estudio de casos de cómo se han llevado a cabo diversos asuntos reales de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes en México, en los que se detallan cada una de las problemáticas que se presentaron por no tener un procedimiento de restitución de forma específica en el país, lo cual impidió que se cumpliera con los objetivos plasmados en la Convención de la Haya de Restitución Internacional de Menores de 1980.

En ese sentido, la sustentante señaló los motivos que justifican la necesidad de proponer la creación de una ley general que regule el procedimiento de restitución Internacional de infantes y adolescentes, y elaboró la Ley General que propuso.

Por todo lo anterior expuesto, en mi opinión la tesis debe ser aprobada, ya que constituye un trabajo de investigación profundo y bien documentado, con un aparato crítico amplio y especializado, una adecuada metodología y una técnica de investigación documental, por lo que me permito otorgar mi **VOTO APROBATORIO** a la investigación realizada por la licenciada ROSA ISELA NABOR PINEDA.

ATENTAMENTE

DR. VÍCTOR MANUEL CASTRILLÓN Y LUNA
PROFESOR INVESTIGADOR DE TIEMPO COMPLETO



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS

Se expide el presente documento firmado electrónicamente de conformidad con el ACUERDO GENERAL PARA LA CONTINUIDAD DEL FUNCIONAMIENTO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA PROVOCADA POR EL VIRUS SARS-COV2 (COVID-19) emitido el 27 de abril del 2020.

El presente documento cuenta con la firma electrónica UAEM del funcionario universitario competente, amparada por un certificado vigente a la fecha de su elaboración y es válido de conformidad con los LINEAMIENTOS EN MATERIA DE FIRMA ELECTRÓNICA PARA LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE ESTADO DE MORELOS emitidos el 13 de noviembre del 2019 mediante circular No. 32.

Sello electrónico

VICTOR MANUEL CASTRILLON Y LUNA | Fecha:2021-06-11 20:56:31 | Firmante

ndHgM7TVpNYFmCdDwvAuDKOodUVmpV3P7U5mTlkmVVjajSN1Czl+r8BqB0n4B3zY0yKKUqe21Xv+3KeEVUGXRavz1yeklgGrEEaZ/ypA5ahT/i5RxSCJTUEqIWMgB2WifcT1JJES9IKRCLjd6Gph3KMSylXSnJYKpQErSRReuRXrBu86p0nHLvmBg15yZyXWizq8WSwxiNrcWviHxL1UHX1MYu8i+3wxGJCWkZ9+B7TpYikq2D7pa+BVTaFLkEniOxIYXJG49sF18A2mOfaMTO+eEi4VL1xcodJXB9ulU0NUsp5lpinkIKf1hjSEXcaCOMD2f1WIK8ZM+RXosn4w==

Puede verificar la autenticidad del documento en la siguiente dirección electrónica o escaneando el código QR ingresando la siguiente clave:



IZ0yTD

<https://efirma.uaem.mx/noRepudio/4yMAw2yJIOSPa5PKpseU71q3sV0T06ic>

**UA
EM**

Una universidad de excelencia

RECTORIA
2017-2023



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS

Cuernavaca, Morelos a 3 de junio de 2021.

**MTRO. PEDRO HURTADO OBISPO
COORDINADOR DEL PROGRAMA EDUCATIVO
DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES
P R E S E N T E.**

Por medio de la presente me dirijo a usted para manifestarle que habiendo sido designado por usted como miembro de la comisión revisora en el desarrollo del trabajo de tesis tendiente a la obtención del grado académico de Maestra en Derecho, dentro del programa de Maestría en Derecho acreditado ante el PNPC (CONACYT), elaborado por la Licenciada **ROSA ISELA NABOR PINEDA**, y que se intitula "**LA NECESIDAD DE CREAR UNA LEY GENERAL QUE REGULE EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN MÉXICO**", dicha investigación a mi parecer se ha concluido satisfactoriamente, por lo que otorgo mi **VOTO APROBATORIO**, ya que se trata de un trabajo de investigación original, en el cual la sustentante demuestra la hipótesis que plantea y en la que sigue métodos de investigación científica, y un sustento en el derecho interno, contrastado y analizado en relación al derecho internacional y en al derecho comparado, con una amplia y especializada fuente de consultas que refuerzan su aparato crítico, y que incluye también las conclusiones y propuestas en el ámbito legislativo.

Por todo lo anterior, manifiesto a usted que, en mi carácter de revisor de la citada investigación, la apruebo plenamente a efecto de que la interesada pueda continuar con los trámites pertinentes para la celebración de su examen recepcional.

ATENTAMENTE

**DR. RICARDO TAPIA VEGA
Profesor de Tiempo Completo "C" de
la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UAEM,
e integrante del Núcleo Académico Básico
del Posgrado de dicha Facultad**



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS

Se expide el presente documento firmado electrónicamente de conformidad con el ACUERDO GENERAL PARA LA CONTINUIDAD DEL FUNCIONAMIENTO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA PROVOCADA POR EL VIRUS SARS-COV2 (COVID-19) emitido el 27 de abril del 2020.

El presente documento cuenta con la firma electrónica UAEM del funcionario universitario competente, amparada por un certificado vigente a la fecha de su elaboración y es válido de conformidad con los LINEAMIENTOS EN MATERIA DE FIRMA ELECTRÓNICA PARA LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE ESTADO DE MORELOS emitidos el 13 de noviembre del 2019 mediante circular No. 32.

Sello electrónico

RICARDO TAPIA VEGA | Fecha: 2021-06-03 13:01:23 | Firmante

ncd1kw0wtajSssN0wapOIHWpp9A/uZBjDI9V5ArRYVFrZg6WU+jZEu4XuPgjLM5wmE3aM44ikVbGWGf2RpdUJfSe++4D0juAcsAbIR7EYThI8gRnu/C4pJDvzWgttRQOtlEqLX7E
0FUcpMIVEmZzfWWuif+GMNjeWevBYDA5rI3hYQYmAA4UAhTzm+tly0haW8/5nCcRK3X7sU0M48P4zDBcakUyj550tEoTY8z5fQ0P/GwQ+3smPj3a0Vb/Pue6fne+/aUwTe4Pc6g
F/jvu/4JVh2a2Rtk1BHZ3Y0T9vHiUTy/e7j1XsVcmovuC9sCFgCU/iOoWqtmym9iOh3IA==

Puede verificar la autenticidad del documento en la siguiente dirección electrónica o
escaneando el código QR ingresando la siguiente clave:



2gmCXe

<https://efirma.uaem.mx/noRepudio/gUlhyxfQnFTxFx2wpG903VrwY5KHLuxf>

**UA
EM**

Una universidad de excelencia

RECTORÍA
2017-2023

DR. VÍCTOR MANUEL CASTRILLÓN Y LUNA
JEFE DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS SUPERIORES DE POSGRADO DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS.

P R E S E N T E.

Por este conducto en mi calidad de Revisor de la Tesis de la alumna **ROSA ISELA NABOR PINEDA**, me permito hacer referencia al trabajo de investigación que ha venido desarrollando la citada alumna y que se titula: **LA NECESIDAD DE CREAR UNA LEY GENERAL QUE REGULE EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN MÉXICO**, investigación que presenta para acceder al grado de Maestra en Derecho en el Programa Educativo de Maestría en Derecho, acreditado como programa de calidad ante el PNPC de CONACYT, y sobre el cual manifiesto lo siguiente:

Respecto a dicha investigación, mediante el presente me resulta grato informarle que después de haberse llevado la revisión del trabajo de tesis de la referida alumna, y dado que se llevó a cabo una exhaustiva investigación, la cual se hace con relación a su tema de tesis, **me complace OTORGARLE MI VOTO APROBATORIO** a la C. Licenciada **ROSA ISELA NABOR PINEDA**, a su respectivo trabajo de tesis por haberlo terminado completamente.

EL VOTO APROBATORIO que otorgo a la Licenciada **ROSA ISELA NABOR PINEDA**, para optar por el grado de Maestra en Derecho, se extiende en virtud de las siguientes consideraciones:

PRIMERO.- La Licenciada **ROSA ISELA NABOR PINEDA**, ha realizado un trabajo de tipo descriptivo analítico y propositivo, mediante el cual construye un marco referencial debidamente sustentado y con una suficiente argumentación a fin de proponer la creación de la Ley General para regular el procedimiento aplicable en el tema de la Restitución Internacional de Niñas, Niños y Adolescentes en México.

SEGUNDO.- La Licenciada **ROSA ISELA NABOR PINEDA**, atendió adecuadamente a todas y cada una de las observaciones que le fueron hechas en su momento por el comité tutorial designado para evaluar periódicamente el desarrollo de la investigación, tal como se encuentra señalado en el programa educativo cursado, en atención a ello, su trabajo de tesis ha cumplido satisfactoriamente con las recomendaciones que le fueron hechas.

TERCERO.- Sobre las características y particularidades de la investigación jurídica, debe destacarse que se trata de un trabajo bien desarrollado en el que se expone de manera clara, ordenada y precisa un estudio propositivo sobre el tema investigado y con ello proponer la creación de la Ley General para regular el procedimiento en la Restitución Internacional de Niñas, Niños y Adolescentes.

La tesis se construye en cuatro capítulos, el primero destinado a la parte teórica y conceptual, en la que se exponen los conceptos fundamentales sobre familias, interés superior de niñas, niños y adolescentes, Patria Potestad, Custodia y Convivencia, así como Sustracción y Restitución; en el capítulo segundo se presenta un estudio sobre el desarrollo histórico-normativo de la Restitución Internacional de Niñas, Niños y

Adolescentes; el capítulo tercero se ocupa de la revisión y estudio dogmático del procedimiento de Restitución Internacional; por último, el capítulo cuarto contiene el estudio de casos relacionados con el tema de investigación. Todo el marco referencial construido es empleado por la sustentante para elaborar la propuesta de la investigación.

El trabajo muestra una metodología adecuada, la hipótesis planteada se acredita en el desarrollo de la investigación, la propuesta es coherente con la sistemática jurídica y las conclusiones reúnen los puntos más destacados del trabajo de tesis. Cabe destacar que la sustentante recurrió a fuentes importantes de investigación actuales y de reconocido prestigio.

Como consecuencia de las buenas impresiones que me ha causado el trabajo de tesis, con agrado, otorgo mi **VOTO APROBATORIO** y felicito a la C. Licenciada **ROSA ISELA NABOR PINEDA**, por el logro alcanzado en la culminación de su trabajo de tesis y la elaboración de un trabajo de calidad, el cual considero lo sustentará y defenderá al momento de presentar su examen de grado.

Sin otro particular, le reitero mi afecto y le envío un cordial saludo.

Cuernavaca, Morelos, 10 de junio de 2021.

DR. EDUARDO OLIVA GÓMEZ.
PROFESOR INVESTIGADOR DE TIEMPO COMPLETO.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS

Se expide el presente documento firmado electrónicamente de conformidad con el ACUERDO GENERAL PARA LA CONTINUIDAD DEL FUNCIONAMIENTO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA PROVOCADA POR EL VIRUS SARS-COV2 (COVID-19) emitido el 27 de abril del 2020.

El presente documento cuenta con la firma electrónica UAEM del funcionario universitario competente, amparada por un certificado vigente a la fecha de su elaboración y es válido de conformidad con los LINEAMIENTOS EN MATERIA DE FIRMA ELECTRÓNICA PARA LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE ESTADO DE MORELOS emitidos el 13 de noviembre del 2019 mediante circular No. 32.

Sello electrónico

EDUARDO OLIVA GOMEZ | Fecha:2021-06-15 14:15:17 | Firmante

qhDkfiMW58T3e1F/gPbVURiAlhwGWH5HOrBJM03HaSNCAi5RdHlzNxa4z/ivvizZYAUxB/2nu3wwGLzBaWTCubDR2nWJuTqYsOPWRwiMkeZ6KLQeiby+WgHhntirraipPivYX/z2348ZBOLmU17wwFVecrGWcg+w2CpcP6aZ6d2+gvp9oB8rezxZky286YZg/Fv78rmGDgdLDw51C/v3sfvgsGS5lonDidBBigB45jGs3RUicvXcu7Z3DZ452ZR2r71JdQUhS1usctGqDEAdztrTySPP2+naZZCuqe5AdgWPVKhOLo7v5gc2sxj3ILPEUIAYRcMzkhcPhr0D+yPjXg==

Puede verificar la autenticidad del documento en la siguiente dirección electrónica o escaneando el código QR ingresando la siguiente clave:



U4EIF1

<https://efirma.uaem.mx/noRepudio/UjHVtjon6QgeXPZX3Pyqurp3tDgpceEy>



Cuernavaca, Morelos a 24 de junio de 2021.

**MTRO. PEDRO HURTADO OBISPO
COORDINADOR DEL PROGRAMA EDUCATIVO
DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UAEM.
P R E S E N T E.**

En relación con el oficio número **53/05/21/DESF** de veintiuno de mayo del presente año, por virtud del cual se me comunica mi designación como miembro del sínodo encargado de revisar la tesis elaborada por la licenciada Rosa Isela Nabor Pineda, que se intitula "**LA NECESIDAD DE CREAR UNA LEY GENERAL QUE REGULE EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN MÉXICO**", manifiesto lo siguiente:

Es una tesis que contiene 4 capítulos que se desarrollan de la siguiente manera:

El primer capítulo la sustentante trata el marco teórico, en el que desarrolla los conceptos que forman parte del tema de la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes.

En el segundo capítulo trata el marco histórico-normativo, desarrolla la historia de los derechos humanos, hasta llegar a la creación de la Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores y la Convención de la Haya Sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores.

En el tercer capítulo, se establece el procedimiento de la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes en sus dos fases la administrativa y la judicial, y se hace referencia a cómo se lleva a cabo dicho procedimiento tanto cuando se actúa como autoridad de origen como autoridad de destino.

En el cuarto capítulo, se presentan estudios de casos de la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes en México, en los que advierten diversas problemáticas por no contar con un procedimiento de restitución de forma específica en el país, por lo que la sustentante atinadamente señaló los motivos que justifican la necesidad de proponer la creación de una ley general que regule el procedimiento de restitución Internacional. Finalmente, la sustentante elaboró la Ley General relativa a la restitucion internacional de niñas, niños y adolescentes en México.

En consecuencia, de lo anterior, y a criterio de la suscrita la tesis que se revisa debe ser aprobada, ya que constituye un trabajo de investigación con un aparato crítico bien sustentado y documentado, que cumple con una adecuada metodología y técnica de investigación, por lo que me permito otorgar mi **VOTO APROBATORIO** a la investigación realizada por la licenciada ROSA ISELA NABOR PINEDA.

ATENTAMENTE

**MTRA. PERLA MARRÓN CALDERÓN
PROFESORA EVALUADOR EXTERNA**



Se exhibe el presente documento firmado electrónicamente de conformidad con el ACUERDO GENERAL PARA LA CONTINUIDAD DEL FUNCIONAMIENTO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA PROVOCADA POR EL VIRUS SARS-COV2 (COVID-19) emitido el 27 de abril del 2020.

El presente documento cuenta con la firma electrónica UAEM del funcionario universitario competente, amparada por un certificado vigente a la fecha de su elaboración y es válido de conformidad con los LINEAMIENTOS EN MATERIA DE FIRMA ELECTRÓNICA PARA LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE ESTADO DE MORELOS emitidos el 13 de noviembre del 2019 mediante circular No. 32.

Sello electrónico

PERLA MARRON CALDERON | Fecha:2021-11-19 16:19:26 | Firmante

VDV5R7bJCo3m8WkQRWt73CZGoGtg+5h1LFvev2NgE5U8ZIRIMD7Kt5f6pKejH1sS08Glc0vsPM+IWZTFJU832uOpgjs+DYWEDrpTHMj2zb2YJk+KA2UbrgZdUQk/+GBbZ8wR
N7KJlxWtQkPG3cuN79hOTb0wailh+mOT4ZApDl3UXW5YPdayReJLdm1x3Cy+4TUUDblwVBJP9CNpOSSAdz9f4jcp6xyQjd+R9b2EkqEianLrWesv/CI4vJjlyzKfdDRoX412wje
AHYMcNLjbRPH9fcaHIQ+g08Ll6E6JgXILVgMmbYQjrxZQbsQdERbz3hs6VMlQAnjQ==

Puede verificar la autenticidad del documento en la siguiente dirección electrónica o escaneando el código QR ingresando la siguiente clave:



1cyhuB7RN

<https://efirma.uaem.mx/noRepudio/f2DaZTFv3HDYnrzel2F29MA9BEFwrl>

