



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO

EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL
DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN MÉXICO

T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
MAESTRA EN DERECHO

PRESENTA:
YOLANDA HERNÁNDEZ MEDINA

TUTORA: DRA. ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Ciudad Universitaria, CD. MX. junio 2019



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Agradecimientos

Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) por el apoyo brindado durante mis estudios de Maestría.

A la Universidad Nacional Autónoma de México por el apoyo brindado a inicios de mi Maestría para que pudiera continuar con los estudios. Y por todo lo que me ha dado. Por siempre: mi Alma Mater.

A mi mamá por siempre estar conmigo.

A la Dra. Elisa Ortega Velázquez, tutora y guía de este trabajo de investigación por estar presente en toda la realización del mismo.

¡Pocas personas como usted!

¡Gracias por apoyarme!

A la Lic. Claudia Sierra Martínez, Subdirectora de Restitución y Custodia Internacional de Menores en la Secretaría de Relaciones Exteriores, por lo que aprendí con ella durante el tiempo que estuve ahí; porque esto fue el origen y motivación para el estudio del tema de restitución internacional de niños.

Al Magistrado Oscar Gregorio Cervera Rivero, por permitirme realizarle la entrevista y por ser una de las pocas personas amables que mantienen su sencillez.

ÍNDICE	
INTRODUCCIÓN	6
CAPITULO PRIMERO	9
Marco Teórico Conceptual: Sustracción Internacional de niños, niñas y adolescentes	
1.1. Niños, niñas y adolescentes (NNA) y no menores	10
1.1.1. Sujetos de derechos y no objetos de protección	16
1.2. Sustracción Internacional de niños, niñas y adolescentes	28
1.2.1. Traslado ilícito del niño, niña y adolescente	29
1.2.2. Retención ilícita del niño, niña y adolescente	30
1.3. Guarda y Custodia	30
1.4. Residencia Habitual	32
1.5. Restitución Internacional del niño, niña y adolescente	34
1.6. Visitas y Convivencias Internacionales	36
1.7. Problemas más comunes en la teoría sobre la restitución internacional de niño, niña y adolescente	38
1.7.1. Problemas en México sobre la restitución internacional del niño, niña y adolescente	51
1.8. Estadísticas de casos de sustracción y restitución de niños, niñas y adolescentes a nivel mundial y en México	55
	65
Conclusión	
CAPITULO SEGUNDO	68
Marco Jurídico Internacional de la Sustracción Internacional de niños, niñas y adolescentes	
2.1. La Convención sobre los Derechos del Niño y la Sustracción Internacional de Niños	69
2.1.1. El Comité de los Derechos del Niño y la Sustracción Internacional de Niños	75
2.2. La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convención de la Haya)	78
2.3. La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores	86
2.4. Convenio del 19 de octubre de 1996. Relativo a la Competencia, Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución, y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.	94
2.5. <i>Soft Law</i> del Procedimiento de Restitución Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes	96
2.5.1. La Guía de Buenas Prácticas (Partes I, II, III, IV Y V)	98
2.5.1.1. Práctica entre Autoridades Centrales	99
2.5.1.2. Medidas de Aplicación	100
2.5.1.3. Medidas de Prevención	101

2.5.1.4. Ejecución	101
2.5.1.5. Mediación	101
2.5.1.6. Contacto Transfronterizo	102
2.5.2 Ley Modelo de Normas Procesales para la aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños	103
2.5.3 Cooperación Jurídica Internacional en materia de sustracción internacional de niños	112
2.5.4 Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado	113
2.5.5 Comunicaciones Judiciales y el Procedimiento de restitución internacional de niños	115
2.5.6 Red Internacional de Jueces de la Haya y el procedimiento de restitución internacional de niños	116
2.5.7 Programa Interamericano de cooperación para prevenir y reparar casos de sustracción internacional de menores por uno de sus padres	120
2.5.8 Pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el debido proceso de los niños en relación con la sustracción internacional	122
2.5.9 Pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el debido proceso de los niños en relación con la sustracción internacional	126

Conclusión	129
------------	-----

CAPITULO TERCERO 133

Marco Jurídico del Procedimiento de Restitución Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes en México

3.1. Procedimiento Administrativo	134
3.1.1. La Autoridad Central Mexicana	137
3.1.1.1. Tipos de casos llevados por la Autoridad Central Mexicana	139
3.1.1.2. Formas de terminar el procedimiento de restitución para la Autoridad Central Mexicana	139
3.1.1.3. Atrasos detectados por la Autoridad Central Mexicana en el procedimiento de restitución de niños, niñas y adolescentes	140
3.1.2. Autoridades involucradas en el procedimiento de restitución internacional de niños y sus obligaciones	142
3.2. Procedimiento Judicial	147
3.2.1. Fundamento Jurídico del Procedimiento de Restitución Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes	158
3.2.2. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la restitución internacional	159
3.2.3. Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes y la restitución internacional	166
3.2.4. Estados de la República Mexicana que cuentan con un apartado específico en su normativa sobre la restitución internacional	171
3.2.5. Jurisprudencias y Tesis sobre el procedimiento de restitución	173

internacional de niños en México	
3.2.6. Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en el procedimiento de restitución internacional	179
3.2.7. Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez	192
3.2.8. Jueces de Enlace	193
3.2.9. Comunicaciones Judiciales	195
	198
Conclusión	
CAPITULO CUARTO	204
Casos Estudio. Dilaciones en el procedimiento de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes en México	
4.1 Caso I	205
Descripción del caso	
Antecedentes Procesales	
Procedimiento ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación	
Derechos vulnerados de los Niños, Niñas y Adolescentes	
Análisis	
4.2 Caso II	218
Descripción del caso	
Antecedentes Procesales	
Procedimiento ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación	
Derechos vulnerados de los Niños, Niñas y Adolescentes	
Análisis	
4.3 Caso III	230
Descripción del caso	
Antecedentes Procesales	
Procedimiento ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación	
Derechos vulnerados de los Niños, Niñas y Adolescentes	
Análisis	
	242
Propuestas de Mejora	
	245
Conclusión	
	248
CONCLUSIONES	
	253
REFERENCIAS	
ANEXO	

INTRODUCCIÓN

La interacción entre los miembros de una familia siempre ha tenido complicaciones, debido a los diferentes caracteres que cada persona tiene. Esto ha llevado a que se den situaciones familiares difíciles como el divorcio o separación de la pareja; solicitar una pensión alimenticia; mantener visitas y convivencias con los hijos cuando uno de los padres no vive con ellos. Todas suelen ser complejas si no se llega a un acuerdo de cómo mantendrán esa convivencia o cómo resolverán su problema.

Esto se agrava aún más cuando hay problemas de custodia y de visitas respecto de los hijos en una relación de pareja ya sea que se encuentren casados o en unión libre y que va más allá de las fronteras, esto es, tiene tintes de internacionalidad. El asunto se origina cuando uno de los padres lleva a su hijo, ya sea sin permiso del otro progenitor a otro país, o aún con permiso se extiende del plazo acordado y decide residir en el país al que se trasladó. Se habla entonces de la figura jurídica de sustracción o retención ilícita internacional de niños, niñas y adolescentes (NNA) en materia civil por parte de uno de sus progenitores.

Esta situación que más allá del hecho ilícito de los padres y que vulnera el derecho de custodia de uno de ellos, perjudica a los niños, puesto que el cambio de ambiente de un país a otro genera una inestabilidad física y emocional aunado a no poder ver a su otro progenitor, lo que vulnera sus derechos humanos.

Para combatir estas sustracciones o traslados ilícitos, expertos en la materia han creado Convenciones Internacionales para que todos los países que sean ratificantes de ellas puedan adecuar sus legislaciones internas para luchar contra esos traslados o retenciones ilícitas de niños por parte de uno de sus progenitores y se retorne lo más pronto posible al niño, niña o adolescente.

La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convención de la Haya), así como la Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores, son los instrumentos en la materia que luchan contra los traslados ilícitos, en ellas se manifiesta de manera general que cada país

debe tener una Autoridad Central que se encargue de velar por los propósitos de la Convención; el tiempo que debe durar un procedimiento en el país a donde el NNA fue trasladado para evitar hacerle más daño; y las excepciones a la restitución que el progenitor sustractor puede alegar ante tribunales.

Las Convenciones dejan a cada país estipular el procedimiento de restitución más rápido para que pueda resolverse el conflicto, siempre en armonía con los instrumentos internacionales en la materia y claro está con la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, en el caso de México, sólo algunos Estados de la República tienen regulado un procedimiento, mientras que los demás Estados lo realizan conforme lo marque el Código Civil o alguna Ley Familiar de la Entidad Federativa y, dependiendo del caso y del Juez, se estipulan medidas precautorias para que el NNA este protegido mientras dure el procedimiento o inclusive después.

Aunado a lo anterior, se ha visto en la práctica que el procedimiento de restitución en México puede durar desde seis meses que es lo estipulado por la Convención de la Haya hasta años, esto es por diversos factores, lo que hace que no se cumpla con lo establecido en la Convención y en consecuencia los derechos de los niños, niñas o adolescentes sean vulnerados.

Por lo que el objetivo general es conocer los motivos por los cuales la normativa de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes en México vulnera su derecho de acceso a la justicia, puesto que siempre se ve la violación de los derechos de los padres, pero no se preocupan por los derechos de los niños; y la restitución internacional de niños así como las Convenciones en la materia lo que buscan es la protección de ellos, por tanto, es un tratado internacional hecho para los niños, y no para los padres.

En el presente trabajo se aplica una teoría positivista, formalista, bajo un método deductivo en el que se expone la normativa a nivel internacional y nacional del procedimiento de restitución internacional de niños. Además, es realista porque se expone el procedimiento internacional llevado en México y se analizan tres casos de restitución donde hubo diversos hechos que provocaron el atraso en el procedimiento, para que de esta manera se midiera el impacto de la normatividad

existente sobre el procedimiento de restitución internacional en la realidad. Lo anterior para determinar cuáles son los atrasos más comunes en el procedimiento.

En primer lugar, existe un marco teórico conceptual, donde se explica por qué se les debe decir niños, niñas y adolescentes (NNA) y no menores a los niños, debido a que son sujetos de derechos y no objetos de protección, y en esta tesis se ve a los niños como sujetos protagonistas en un procedimiento como es el de restitución internacional. Asimismo, se explican los conceptos básicos que involucra el tema como son la guarda y custodia, la residencia habitual, la sustracción internacional, el traslado ilícito, la restitución internacional y los derechos de visita internacionales.

Bajo un método comparativo se exponen los problemas en la teoría internacional y nacional, así como estadísticas sobre cuántas sustracciones hay, qué progenitor es el que suele realizar esta acción, qué edad de los niños es la más vulnerable. En coadyuvancia con lo anterior, se realizaron dos entrevistas como técnicas de investigación de campo, sumadas a las documentales y a las estadísticas del capítulo primero, en las cuales se llevó a cabo una serie de preguntas a la Autoridad Central Mexicana, que es la encargada a nivel administrativo de estos asuntos, así como a un Juez de la Red de parte de México perteneciente a la Conferencia de la Haya y Juez de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez.

Además, se exponen y analizan los atrasos y otros problemas que han surgido en el procedimiento de restitución internacional de niños en México, así como la vulneración a su derecho efectivo de acceso a la justicia como personas de derechos, puesto que se está interactuando con niños de hasta los 16 años, que es lo que contemplan las Convenciones; y estos hechos contra ellos cambian no sólo su situación jurídica, sino su vida; por lo que existe una afectación integral.

Hay que recordar que se está en presencia de sujetos de derechos que, aunque dependen por su edad de sus padres, ellos van a crecer y lo que se busca es que crezcan armoniosamente como personas que contribuyan de una manera sana a la sociedad y no que toda su vida esté basada en conflictos que los perjudiquen permanentemente.

CAPITULO PRIMERO

Marco Teórico Conceptual: Sustracción Internacional de niños, niñas y adolescentes

La sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes involucra diversos conceptos que se manejan en el área de derecho de familia, como es la guarda y custodia y las convivencias y visitas. Pero estas figuras tienen un significado mucho más amplio, esto es debido a que como se está en un tema de carácter internacional, no en todos los países se tiene el mismo significado, mientras para México es guarda y custodia, para España será sólo custodia. Inclusive hay países que la manejan como patria potestad.

Por lo que en este capítulo se expondrán los conceptos básicos para entender la sustracción internacional, desde un breve análisis del por qué se les debe llamar niños, niñas y adolescentes y no menores, y por qué se les debe considerar sujetos de derechos y no objetos de protección, para continuar con el significado de guarda y custodia según las Convenciones en materia de sustracción de niños y sus principales ramificaciones como ¿a qué se refiere con traslado ilícito y retención ilícita?, ¿cuándo se da ese supuesto?, ¿por qué se relaciona con la custodia?

Además, se hablará sobre residencia habitual, concepto muy importante dentro de la sustracción internacional puesto que de ahí se partirá para determinar si se vulneró el derecho al niño, niña o adolescente respecto de su vida, ya que el cambio de ambiente repentino les puede causar efectos perjudiciales emocionales.

Para terminar la explicación conceptual de las figuras y entender la sustracción internacional, se definirá al acto posterior de ésta, que es la restitución internacional, lo que implica y cuándo se debe dar.

Y, aunque no es tema del presente trabajo, se explicarán qué son las visitas y convivencias internacionales o también llamadas derecho al contacto transfronterizo, que es una opción que tienen los padres que no tienen la custodia

y que en consecuencia no pueden estar en un contacto frecuente con sus hijos debido a que se encuentran en diferentes países.

Posteriormente, se muestran algunos problemas en el procedimiento de restitución internacional en la doctrina, que diversos académicos e investigadores han encontrado. Se expondrá el caso de algunos países como España y Argentina como parte del Derecho Comparado y algunas estadísticas a nivel mundial sobre la sustracción internacional, por ejemplo, ¿cuál es el rango de edad de los niños, niñas y adolescentes que son comúnmente sustraídos?, ¿qué progenitor suele ser el que más sustrae a los niños, niñas y adolescentes?

Asimismo, se exponen algunos problemas detectados en México en el procedimiento de restitución internacional y estadísticas elaboradas por la Autoridad Central Mexicana perteneciente a la Secretaría de Relaciones Exteriores sobre el número de casos llevados, motivo de cierre de casos, y tiempo que se tarda en tramitar un procedimiento en México.

Lo mencionado anteriormente es para conocer los conceptos básicos y entender cómo se da la sustracción internacional en materia civil sobre niños, niñas y adolescentes, así como la situación a nivel internacional y nacional sobre el tema y que es de gran importancia para el derecho internacional privado y que involucra los derechos de los niños.

1.1. Niños, niñas y adolescentes (NNA) y no menores.

El tema respecto de los derechos de los niños siempre ha sido difícil de abordar por parte de los adultos, esto es porque, aunque hay varias personas que saben que los niños tienen sus derechos, y que en los últimos años han marcado una “realidad jurídica” debido a los constantes avisos a través de los medios de difusión sobre los múltiples derechos establecidos en las leyes. En la “realidad social” se actúa de diferente manera frente a ellos, se cree que los niños no son titulares de derechos, que siguen siendo “propiedad” de sus padres (de ahí los múltiples daños que les

han y siguen haciendo) y se les suele decir incapaces, que no entienden, o menores.¹ De ahí que son considerados grupo vulnerable en la sociedad.

El término “menores”, es un adjetivo comparativo que proviene del latín *minor* y significa que es inferior a otra cosa en cantidad, intensidad o calidad o que es menos importante con relación a algo del mismo género². Podría decirse que es una comparación entre menor y mayor, algo siempre será más grande a aquel.

En la historia de la humanidad no se ha estimado a los niños como sujetos de derechos o personas independientes, sino todo lo contrario, seres incapaces, dependientes de los padres, sujetos a lo que diga su tutor, o al Estado como protector de ellos. Se reconoce que el niño no está preparado para afrontar la vida, por eso es preciso someterlo a un régimen especial, a una cuarentena, antes de dejarle vivir con los adultos.³

En Europa, la idea de que los niños tienen (o deberían tener) sus propios derechos, nace del siglo XVIII con las filosofías de la ilustración (especialmente Rousseau). Posteriormente durante la Revolución francesa, con la Declaración de los Derechos Humanos y Ciudadanos (1789).⁴

Las primeras normas estatales referentes a la protección laboral de los niños se crearon en el siglo XIX, pero no se fundamentaron en la idea de otorgarles derechos

¹ Varias personas respondieron a la siguiente pregunta ¿usted cree que los niños deben tener...? Los derechos que les da la ley 65.9%; los derechos que sus padres les quieren dar 26%. Encuesta Nacional de niños, niñas, adolescentes y jóvenes. *Los mexicanos vistos por sí mismos. Los grandes temas nacionales*, México, Área de investigación aplicada y opinión, IJ UNAM, 2015.

² Real Academia Española, Consultar <http://dle.rae.es/?id=Ouc027t>.

³ Aries, Philippe, “El niño y la vida familiar en el antiguo régimen”, *El observador*, número 8, septiembre de 2011, p. 107. Consultar http://www.sename.cl/wsename/otros/obs8/OBS_8_82-110.pdf.

⁴ Liebel, Manfred, *Sobre la historia de los derechos de la infancia*, en *Infancia y Derechos Humanos. Hacia una ciudadanía participante y protagónica*, Perú, Ed. IFEJANT. Instituto de Formación para Educadores de Jóvenes, Adolescentes y Niños Trabajadores de América Latina y el Caribe, mayo, p. 24.

Consultar

http://www.uhu.es/63015_64038/images/descargas/pdf/infancia_y_ddhh_liebel_martinez.pdf.

a los niños, sino más bien de cuidar y proteger a la infancia en su calidad de potencial para el futuro tanto para el Estado como para la economía, al igual que capacitarlos para fines militares.⁵ Es decir, se les consideraba como objetos que podrían ayudar a incrementar ganancias pero sin pagarles lo que les correspondía como a una persona adulta; existía un aprovechamiento de ellos por ser pequeños.

Y aun cuando ha existido todo un proceso a través del tiempo de manera internacional para reconocerles sus derechos a los niños, ese cambio de mentalidad en la sociedad de adultos es complicado, porque se les sigue considerando “menores”, propiedad de los padres, quienes tienen obligaciones y derechos sobre ellos.

Durante la trayectoria para reconocer y positivizar los derechos de los NNA a nivel mundial, se han tenido que realizar diversas reuniones con expertos para poder crear una legislación que los considere, que regularice sus derechos. Esta normatividad fue surgiendo más que nada como obligaciones que tienen los padres para con los hijos; un ejemplo muy claro es la educación, éste es un derecho que tienen los niños, pero también es una obligación de los padres educarlos, llevarlos a la escuela.

Se debe entender que los derechos de los niños (se remarca) son “derechos de los niños”, y no de los padres, derechos que ellos pueden ejercer; y como dice Luigi Ferrajoli, son derechos fundamentales aquellos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas como ciudadanos o personas con capacidad de obrar.⁶ En este caso, los niños, entran en la categoría de personas, de seres humanos, que si bien, no han alcanzado la madurez y necesitan de sus padres para desarrollarse, no dejan de ser individuos.

⁵ *Ibidem* p. 26.

⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Madrid, 4ª ed, Ed. Trotta, 2004.

A través del tiempo a nivel mundial se han establecido normativas para reconocer los derechos a los niños. Estas son:

- 1882, acuerdos bilaterales europeos para enfrentar la lucha contra el tráfico de niños.
- 1892, surgió una ley noruega para el tratamiento de niños abandonados.
- 1922, una ley de beneficencia alemana. Desde la primera guerra mundial hubo varias iniciativas para otorgar a los niños derechos, pero no pasaban de ser meras declaraciones de intenciones o su vigencia era limitada para un cierto tiempo o espacio.⁷
- 1918, Declaración de Moscú sobre los Derechos del Niño y la Niña.
- 1924, 26 de septiembre, se aprueba la *Declaración de Ginebra sobre los Derechos del niño*.

Documento que consta de cinco puntos en la que se expresa la obligación de la humanidad de aspirar a algo mejor para los niños. Se menciona en esta declaración que el niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse de manera normal, material y espiritualmente; debe ser alimentado; recibir ayuda; protegido; educado en sus mejores cualidades al servicio de sus hermanos.⁸ Sin embargo en esta declaración aún se veía al niño como un sujeto de protección mas no de derechos.

- 1959, 20 de noviembre, se aprueba la *Declaración ampliada de los Derechos del niño*.

Se refiere no sólo a las necesidades materiales sino también las de ser amados y comprendidos, se considera al niño como sujeto de derecho.

⁷ Liebel, Manfred, *op cit.*, p. 25.

⁸ Declaración de Ginebra de Derechos del Niño, p. 14.
https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf. Página consultada en junio de 2018.

Contiene una serie de 10 principios donde se manifiesta que se les reconocerá a los niños sus derechos enunciados en el documento tales como que gozará de una protección especial; oportunidades de desarrollo; derecho a un nombre y nacionalidad; beneficios de la seguridad social; tratamiento; educación; cuidados especiales; desarrollo de su personalidad en un ambiente de amor, comprensión; derecho a jugar; debe ser protegido contra toda forma de abandono, explotación; no debe ser discriminado.⁹

Como se observa, en esta Declaración ya se reconoce al niño como un sujeto que tiene derechos al igual que los adultos y no meramente como objeto de protección. Desafortunadamente, no logró pasar a ser reconocida legalmente a nivel internacional.

- 1989, Convención sobre los Derechos del Niño.

Fue hasta este año que se logró establecer un tratado internacional obligatorio y vinculante para los Estados firmantes donde se establecen los derechos de los niños y son reconocidos mundialmente como sujetos de derechos. La convención ofrece un panorama en el que el niño es un individuo y el miembro de una familia y una comunidad, con derechos y responsabilidades adaptados a la etapa de su desarrollo.¹⁰

La convención establece cuatro principios básicos: la no discriminación, el interés superior del niño, la supervivencia y desarrollo del niño y la participación de infantes y adolescentes.

⁹ Declaración de los Derechos del Niño.

<https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>. Página consultada en junio de 2018.

¹⁰ Freitas Barros, Luisa Mercedes, "La convención internacional sobre los derechos del niño: apuntes básicos", *Educere*, Venezuela, volumen 12, núm. 42, julio-septiembre, 2008, p. 432. Consultar <http://www.redalyc.org/pdf/356/35614569002.pdf>

Con la llegada de esta Convención, se tiene que los niños ahora son titulares de derechos, no objetos de protección, por lo que se usa el término niños, niñas y adolescentes (NNA), esto es porque “niño” es una denominación que usa la Convención para identificar a las personas de cero a dieciocho años. El término “niño” se identifica con la transformación de la situación irregular a la protección integral.¹¹ Y se les dice “adolescentes” por el cambio físico y psicológico, a partir de la edad de 12 a 18 años.

Por tanto, se puede sostener que el término “menor” tiene una connotación negativa, pues referirse a Niños, Niñas y Adolescentes como “menores” puede implicar el riesgo de exclusión de programas de protección y derechos diseñados específicamente para los niños.¹²

Además desde el surgimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño a nivel internacional, los países firmantes y podría incluirse a los que aún no lo son, deben considerar estos puntos importantes que maneja la Convención que es primeramente considerar a los niños como sujetos de derechos; segundo, no decirles “menores” sino “niños” y tener en cuenta a los adolescentes debido a que lo único que cambia es su edad, pero siguen considerándose dentro del Tratado Internacional puesto que aún no llegan a ser considerados adultos.

De manera que, ya no se debe llamar “menores” a los niños ni a los adolescentes sino la terminología correcta es “niños, niñas y adolescentes” (NNA), en el cual se marca la diferencia por género y edad.

Razón por la cual es primordial nombrar adecuadamente a este grupo de la sociedad y usar el parámetro que marca la Convención, el cual diluye la antigua

¹¹ *Ibidem*, p. 37.

¹² Ortega Velázquez, Elisa, “Estándares para niñas, niños y adolescentes migrantes y obligaciones del Estado frente a ellos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la Academia*, México, UNAM-IIJ-CNDH, 2017, pp. 5 y 6.

dicotomía entre “niños” y “menores” al incluir ambas categorías dentro del ámbito de protección de la Convención.¹³ Sin duda es un cambio necesario de paradigma en la sociedad.

1.1.1. Sujetos de derechos y no objetos de protección.

Anteriormente existía el modelo *minorista-privatista* en el que se utilizaba el vocablo “menor” el cual refleja una situación relacional en la que siempre habrá una mayor posición respecto de un menor de edad, se describe una circunstancia, un estado en el que se encuentra el niño, la cual desafortunadamente está muy arraigada al léxico jurídico¹⁴ y se podría decir que cotidiano también.

El paradigma de la minoridad está integrado por un conjunto de creencias y prácticas dirigidas a la infancia sobre la base de la distinción entre menor y mayor de edad.

Con el “modelo tutelar” con que se le manejaba al NNA se fundaba en el paradigma de minoridad que suponía la incapacidad plena antes de la mayoría de edad y de esta manera se reconocía la obligación estatal de “proteger” a los menores descañados.¹⁵ El menor de edad es considerado como incapaz, pero con el simple paso a la mayoría de edad cambia radicalmente su situación jurídica hacia la capacidad plena.¹⁶

El modelo “minorista-privatista” estaba fundado en una visión de las personas menores de edad como sujetos del derecho privado exclusivamente y operaba mediante la distinción entre menor y mayor de edad¹⁷. Los derechos de los niños

¹³ *Ibidem* p.6.

¹⁴ González Contró, Mónica, “¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina”, México, IIJ UNAM, número 5, 2011, p. 35.

¹⁵ *ibidem*, p. 40.

¹⁶ *ibidem*, p. 42.

¹⁷ “Análisis de la Iniciativa de Ley General para la protección de niñas, niños y adolescentes, Elementos para su valoración y propuestas”, Instituto Belisario Domínguez, Dirección General de Investigación Estratégica, México, 2014, p. 2. Consultar

no se garantizaban y mucho menos se contemplaba los que establecía la Convención.

Y como se mencionó anteriormente, se mantenía la palabra “menor” y el niño estaba sujeto a lo que decían sus padres, tutores o el Estado, estaba bajo su protección. Estos actores tenían la obligación para con los menores de dotarles de escuela, vivienda; no se contemplaba al niño como una persona sino más bien como un objeto al que cuidar.

Respecto al modelo “minorista-garantista”¹⁸ los derechos de la infancia no se encontraban debidamente garantizados y dejaban de contemplar derechos contenidos en la convención como ser escuchados sin establecerse mecanismos para hacerlos efectivos en la realidad.

Podría establecerse que los NNA siempre han sido subordinados por un poder, ese que tienen los adultos y el Estado, en el que están constantemente localizados, examinados y distribuidos; parecería, como dice Foucault, un dispositivo disciplinario¹⁹ en el que se deben de comportar de cierta forma, el “yo soy tu madre/padre”. Esta es la manera de que sólo se les enseñe determinada cosa, “estar sujeto el hijo a sus reglas”, ser tratado como un objeto. Aunque se quiere establecer una disciplina con los NNA para que sean de una y otra forma, sometidos a sus “tutores”, se llega a un encierro de sus derechos como personas que son.

Por lo tanto, con el modelo “convencional- garantista” que está contemplado en la Convención sobre los derechos del niño se debe entender que los NNA son sujetos plenos de derecho y se debe dejar atrás la idea de tutelarlos, porque lo importante es garantizarles sus derechos. Además, el no reconocer la personalidad jurídica a los niños y las niñas podría devenir tanto en un daño a su dignidad como en la

http://www.senado.gob.mx/comisiones/educacion/docs/analisis_iniciativa/Analisis_Iniciativa.pdf.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, Argentina, Ed. Siglo XXI, 1976.

violación a su derecho a defender derechos humanos y requerir un tercero para hacerlo.²⁰

Este modelo utiliza el término antes descrito de niñas, niños y adolescentes, y en ocasiones se utiliza la palabra “infancia” para hacer referencia a los derechos colectivos; identifica las obligaciones correlativas a los derechos y sujetos obligados, se reconocen los derechos de otros tratados de derechos humanos; desarrolla la forma de interpretarlos y aplicarlos; se contempla un mecanismo accesible para los niños; así como las obligaciones y procedimientos concretos en caso de vulneración de un derecho y presupone que el Estado debe actuar como un agente activo y promotor del cumplimiento de los derechos.²¹

En México, el proceso de adaptación de una normativa interna garantista de derechos de los niños ha ido evolucionando para estar en concordancia con los tratados internacionales en materia de niños y sobre todo la Convención sobre los Derechos del Niño:

- 1980, reforma al artículo 4 Constitucional. Establece el deber de los padres de preservar los derechos de los NNA de sus necesidades y a la salud física y mental. La visión que adoptó México, lejos de reconocer a los niños como titulares de derechos, estableció una serie de deberes para los padres, confirmando así una visión de estos como sujetos del derecho privado.²²
- 2000, reforma al artículo 4 constitucional, se introduce el término niñas y niños para sustituir al de menores.

²⁰ Soto Climent, Gabriel, “El derecho a defender derechos humanos ejercicio por niñas y niños”, *Defensor. Revista de Derechos Humanos*, México, CDHDF, número 11, noviembre 2012, p. 23.

²¹ Análisis de la Iniciativa de Ley General para la protección de niñas, niños y adolescentes, *op cit*, p. 2.

²² González Contró, Mónica, “Niñas, niños y adolescentes: la evolución de su reconocimiento constitucional como personas”, México, IJ UNAM, p. 188. Consultar <http://biblio.juridicas.unam.mx>.

- Se publicó la Ley de Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
- Octubre 12 de 2011, nueva reforma al artículo 4 constitucional junto con la adición de la fracción XXIX-P al artículo 73. Se incorpora el principio de “interés superior de la niñez” y se otorgaron facultades al Congreso de la Unión para expedir leyes en materia de derechos de la infancia con el fin de establecer la concurrencia entre la Federación, las entidades federativas y los municipios.²³
- 2011, reforma constitucional, se incorpora los derechos humanos contenidos en tratados internacionales ratificados por México, esto incluye a la Convención sobre los Derechos del niño y demás tratados donde se involucren los NNA.
- 2012, Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes, presentado por la SCJN.
- 2014, creación de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes como una nueva institucionalidad a favor de los derechos de la infancia; además se les reconoce a los NNA como titulares de derechos. En esta ley se reconoce a los NNA no sólo un amplio catálogo de derechos acorde a los tratados internacionales, sino que se crean instituciones para garantizar el cumplimiento de esos derechos como el Sistema Nacional de Protección y a su vez la Procuradurías de Protección.
- 2017, reforma al artículo 73 fracción XXX referente a la creación de un código nacional de procedimientos civiles y familiares. En este se espera que al

²³ *Ibidem*, p. 189.

establecer las normas procesales para seguir diversos juicios se considere la participación del NNA como sujeto de derechos.

Con la doctrina de la *protección integral*, que deviene de la Convención ya no se habla de menores sino de niñas, niños y adolescentes (NNA), se les reconoce la condición de sujetos de derechos; se les asume el carácter de personas en desarrollo, capaces de ir, progresivamente, adquiriendo responsabilidades con potestad para expresar su opinión.²⁴

De ahí que este en constante avance el *modelo convencional- garantista*²⁵ una normativa que protege y vela por los derechos de los niños; pero para hacerlos efectivos, éstos dependen de sus padres o tutores, aunque ellos se resisten a reconocer a los niños como titulares de derechos, de tal manera que no permiten su ejercicio y no acompañan esta representación.²⁶

Se debería de cambiar de paradigma para trasladar de una visión asistencialista, a una visión positiva en la que concibe a la infancia como un grupo de personas en desarrollo que por el simple hecho de existir merecen una protección especial, posicionándolos como protagonistas que tienen derecho a ser tomados en cuenta.²⁷

²⁴ Freites Barros, Luisa Mercedes, “La convención internacional sobre los derechos del niño: apuntes básicos”, *Educere*, Venezuela, volumen 12, núm. 42, julio-septiembre, 2008, p. 433. Consultar <http://www.redalyc.org/pdf/356/35614569002.pdf>.

²⁵ “Análisis de la Iniciativa de Ley General para la protección de niñas, niños y adolescentes, Elementos para su valoración y propuestas”, Instituto Belisario Domínguez, Dirección General de Investigación Estratégica, México, 2014, p. 2. Consultar http://www.senado.gob.mx/comisiones/educacion/docs/analisis_iniciativa/Analisis_Iniciativa.pdf. p. 2.

²⁶ González Contró, Mónica, “Niñas, niños y adolescentes: la evolución de su reconocimiento constitucional como personas”, México, IJ UNAM, p. 191. Consultar <http://biblio.juridicas.unam.mx>.

²⁷ *La regulación de los Centros de Asistencia social en México: un enfoque integral con perspectiva de derechos humanos*, Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, México, noviembre 2016, pp. 17 y 18.

Las políticas orientadas a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes deben contemplar la totalidad del entorno en el que viven, y tratar de generar condiciones favorables para su desarrollo.²⁸

El enfoque integral protege los derechos humanos y derechos especiales, atiende las necesidades particulares de vulnerabilidad; abarca todas las dimensiones de la vida y desarrollo de cada NNA.²⁹

Actualmente sigue existiendo insuficiencia de mecanismos para que la opinión de los NNA sea considerada y valorada en todas las decisiones que afecten sus derechos; además de la prevalencia de un enfoque asistencial y tutelar en el diseño del marco normativo y la política pública dirigidos a garantizar los derechos de los NNA.³⁰

Menciona Luigi Ferrajoli que:³¹

La ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar; del mismo modo que las violaciones de derechos cometidas por los poderes públicos contra sus ciudadanos deben ser concebidas como antinomias igualmente indebidas que es obligatorio sancionar como actos ilícitos o anular como actos inválidos.

Lo anterior se manifiesta a través de las autoridades de todo el Estado Mexicano, y aunque exista normativa al respecto sobre los NNA, hay lagunas de aplicación,

²⁸ *Orientaciones para las áreas especializadas en los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de los Organismos Públicos de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos y UNICEF, p. 20.

²⁹ La regulación de los Centros de Asistencia social en México [...], *op cit.* p. 16.

³⁰ Castellanos Lemus, Víctor Hugo y Conde González, Javier, "Balance sobre la institucionalidad en México en materia de derechos de niñas. Niños y adolescentes. A 25 años de la Convención sobre los Derechos del Niño", *Defensor. Revista de Derechos Humanos*, México, CDHDF, diciembre 2014, p. 9.

³¹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, 4ª ed, 2004.

ejecución de esa reglamentación, entonces ¿por qué si existe una normativa para garantizar los derechos de los NNA aún se tiene arraigado el paradigma de “menor”, de incapaz, de “no entiende nada”, “es chiquito”, “yo sé cómo lo educo”? o de parte de los juzgadores el decidir sobre su custodia, pensión alimenticia y visitas y convivencias de acuerdo a quien tiene mejor derecho, pero no se toma en cuenta al niño como parte en el litigio, sino más bien lo contemplan como un objeto, por el que hay que “pelear” porque la madre o padre o quien tenga su custodia tiene mejor derecho que el otro litigante.

En los juicios donde se involucra al NNA, que es en los casos familiares, se le sigue considerando “menor” al niño que se presenta a “dar su opinión” respecto del asunto; y en ocasiones hasta los mismos jueces se les “olvida” instaurar ese tipo de audiencia con el NNA, siendo que es su obligación y se espera a que el abogado lo solicite o sea extremadamente necesario la presencia del NNA para dirimir un “conflicto” que tienen entre los padres.

Como ya se mencionó, se tiene un paradigma muy arraigado de “protección al menor” que, en los casos sobre alimentos, guarda y custodia, divorcio, visitas y convivencias se tiene más en cuenta los derechos procesales de los padres o personas involucradas que los de los niños. Es más, se contraponen a ellos, se les olvida a las partes en conflicto que, aunque efectivamente son personas pequeñas que aun necesitan desarrollarse, sí se dan cuenta del problema que pasa a su alrededor y no se les pregunta ¿cómo te sientes? ¿qué piensas al respecto?

Entonces, se tiene que los derechos de los niños tienen una cierta preferencia respecto de los derechos de sus padres por ser personas en situación de vulnerabilidad, únicamente en razón de su edad. Por tanto, en un juicio donde se involucren NNA ¿qué derechos son mejores o deben prevalecer más?, ¿los derechos de los padres al solicitar un derecho de custodia o alimentos? o ¿el derecho de los niños de qué es lo que más les conviene a ellos y donde puedan desarrollarse mejor y ser felices?

Para lo anterior se debe velar por el principio del interés superior de la niñez y según Nava Tovar en su análisis de la obra de Robert Alexy, lo cita mencionando que “los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes”.³² El principio del interés superior de la niñez, debe ser cumplido, garantizado por todas las personas, llámense padres, sociedad, Autoridades. Hay que recordar que se está frente a otras personas sujetas de derechos al igual que los adultos y que lo único de diferencia que tienen es que están en crecimiento y necesitan de una guía en su vida.

Es importante mencionar que algunos derechos que deben gozar los niños, niñas y adolescentes son: derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; derecho a la identidad; derecho a vivir en familia; derecho a no ser discriminado; derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral; derecho a la educación; derecho de participación; derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso y más.

Estos son algunos de los derechos que tienen los niños en los países y que deben acatarse por todas las personas. Por lo que en el tema de restitución internacional que se explicará es de suma importancia que se respete al niño, niña y adolescente en el procedimiento para evitar que se les cause algún problema mayor y no sólo jurídico en el cual se vea afectado su desarrollo personal.

Uno de los principios principales que tienen los niños es el “interés superior de la niñez”, este principio es el más sobresaliente, sin embargo, no es el único que se debe tomar en cuenta al momento de resolver un asunto relacionado con el NNA, pero al ser un principio inmerso en las normatividades internacionales y estatales sobre derechos de los niños, y que además su definición es amplia y abarca una

³² Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, México, Ed. Siglo veintiuno, Anthropos, UAM, 2015, p. 175.

protección integral del NNA y para garantizar sus derechos, es importante su mención como subtema.

En su etimología latina *principium* es la una palabra compuesta. Deriva de *pris*, que significa lo “antiguo” y lo “valioso”, y *cp* que se encuentra en el verbo *capere*, con el significado de “asir, coger, tomar”, y en el sustantivo *caput*, donde significa “cabeza”.³³ Por lo que se deduce que principio es tomar lo valioso, lo primordial de algo.

Según la Real Academia Española³⁴, un principio es la base, el origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia, también puede ser una norma o idea fundamental que rige el pensamiento o una conducta. Mientras que, un principio de derecho es una norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales.

Ronald Dworkin señala que un principio en sentido genérico es, “todo el conjunto de los estándares (que no son normas) que apuntan a decisiones exigidas por la moralidad e impelentes de objetivos que han de ser alcanzados”.³⁵

Se puede concluir que un principio es una idea fundamental, un estándar que rige un pensamiento o una conducta, es relevante para el derecho y es importante tomarlo en cuenta puesto que se considera como una base, sin embargo, no tiene consecuencias jurídicas.

Ahora bien, los antecedentes del interés superior de la niñez en el Sistema Internacional de derechos humanos comienzan con la Declaración de Ginebra

³³ Sánchez de la Torre, Ángel, “Los principios del derecho como objeto de investigación jurídica”, *Los principios generales del derecho*, Madrid, RAJL, Actas, 1993, p. 17.

³⁴ Real Academia Española. Consultar <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=UC5uxwk>.

³⁵ Islas Montes, Roberto, “Principios Jurídicos”, México, IIJ UNAM, p. 368. Consultar <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2011/pr/pr26.pdf>.

sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1924 la cual reconoce que “los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la Humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle”³⁶, sin embargo en la palabra como tal aparece en la Segunda Declaración de los Derechos del Niño de 1959 la cual menciona que el niño gozará de una protección especial y se considerará de manera fundamental el interés superior³⁷.

Posteriormente con la llegada de la Convención sobre los Derechos del Niño como se conoce actualmente, el principio del interés superior del niño se encuentra fundamentado en el artículo 3³⁸ que de manera general menciona que, en todas las medidas concernientes respecto de los niños, las Autoridades públicas y privadas, así como los padres deben tomar en cuenta el interés superior del niño por lo que se debe de asegurar al niño la protección y cuidado para su bienestar y sobre todo garantizar esos derechos contenidos en el tratado.

Dice Miguel Cillero Bruñol que es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un “principio” que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el “interés superior del niño” como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los

³⁶ Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño. Consultar https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf.

³⁷ Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Principio 2. El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. Principio 7. [...]. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación.

Consultar

http://www.senado.gob.mx/comisiones/desarrollo_social/docs/marco/Declaracion_DN.pdf.

³⁸ Artículo 3. Convención sobre los derechos del niño. Consultar <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>.

niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.³⁹

Más que nada se menciona que los niños tienen derechos al igual que los adultos, y que estos derechos deben ser respetados, promovidos y protegidos por la sociedad; asimismo los NNA deben ser considerados en cualquier asunto en donde estén involucrados, tal cual como sujetos de derechos.

Llegado a este punto, el interés superior del niño puede definirse como un principio garantista, de modo que toda decisión que concierna a los NNA debe ser prioritaria para garantizar la satisfacción integral de sus derechos. Además, se debe considerar su amplitud porque trasciende los ámbitos legislativos o judiciales, extendiéndose a todas las Autoridades privadas y públicas, y por supuesto el entorno familiar del niño.⁴⁰ Asimismo, el interés superior del niño se determina de acuerdo al caso concreto, la interpretación de la norma, el contexto en el que se aplique.

El Comité de los Derechos del niño dice que el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico (abarca desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social) del niño.⁴¹

El Comité menciona que el Interés Superior del Niño es un concepto triple:⁴²

³⁹ Cillero Bruñol, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", p. 8.

Consultar: http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf.

⁴⁰ Alegre, Silvia, Hernández, Ximena. *et al*, *El interés Superior del Niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas*, Sistema de información sobre la primera infancia en América Latina, Cuaderno 5, p. 3. Consultar

http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf.

⁴¹ Observación General número 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre Derechos del niño, del Comité de los Derechos del Niño.

⁴² Observación General número 14, Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, del Comité de los Derechos del Niño, párrafo 261.

1. Un derecho sustantivo, el cual debe tener una consideración primordial y se tenga en cuenta al ponderar los distintos intereses en el momento de tomar una decisión.
2. Un principio jurídico interpretativo fundamental, para esto se debe elegir que la interpretación, satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.
3. Norma de procedimiento, cuando se tenga que resolver y afecte a un niño o grupo de niños, el proceso de adopción de decisiones debe incluir una estimación de las posibles repercusiones positivas o negativas. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren de garantías procesales.

De ahí que los Estados parte deben garantizar el interés superior del niño, por lo que las decisiones judiciales y administrativas, así como las políticas públicas y la legislación (que debe estar en concordancia con la Convención sobre los derechos del niño), demostrarán que el interés superior se ha considerado primordialmente.

Dice el Comité de los derechos del niño que el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño; se entiende holístico como un todo, un desarrollo que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico, social del niño.⁴³

El principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades⁴⁴ para que se puedan garantizar esos derechos instaurados en la Convención así como la obligación de los Estados de establecer leyes que se armonicen con este tratado internacional, para que los niños en su país puedan gozar de los derechos que no

⁴³ Observación General no. 5, *op cit.* párrafo 12.

⁴⁴ Cillero Bruñol, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño", p.8.
http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf. Página consultada el 22 de septiembre de 2017.

sólo la convención les confiere sino también la legislación interna, teniendo en cuenta que al ser una población vulnerable, que sólo lo es en cuanto a su grado de madurez y necesidades, debe ser más protegida.

Por lo que el concepto de interés superior del niño, además de garantizar una protección integral de los derechos de los niños, debe ajustarse de manera individual a cada situación, contexto y necesidad según el caso que se presente.

1.2. Sustracción Internacional de niños, niñas y adolescentes.

El término “sustracción” viene de “sustraer” y según la Real Academia Española significa apartar, separar, extraer.⁴⁵ Por lo que de manera general y realizando una deducción de la definición antes descrita, la sustracción internacional de NNA es la acción de apartar, separar al NNA del país donde vivía para llevarlo a otro país.

Sin embargo, surge la siguiente interrogante: ¿de quién se separa al NNA?, por lo que el concepto involucra más términos. Primeramente, la sustracción también es considerada como un traslado ilícito del niño, además según la Convención de la Haya en materia de sustracción de 1980 dentro del concepto de sustracción también se encuentra el supuesto de retención ilícita.

Por tanto, la sustracción internacional de NNA va a tener diferentes palabras inmersas que son: retención o traslado ilícito; de un país a otro, lo que la hace internacional; y de acuerdo con los convenios de la materia, que se verán más adelante, los actores de esta sustracción pueden ser los padres o tutores de los NNA a los que se les llamará “sustractores”, que son aquellos que pretenden llevarse al niño a otro país para obtener una resolución en el nuevo país sobre su custodia o en su caso tratar de proteger al NNA de algún peligro que se esté dando en su residencia habitual.⁴⁶

⁴⁵ Real Academia Española. Consultar <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=YqDjO6S>.

⁴⁶ González Martín, Nuria, *Familia Internacional en México: Adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata*, Ed. Porrúa, México, 2009, p. 203.

Dice la Convención de la Haya de 1980 en materia de sustracción de niños en su artículo 3:⁴⁷

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

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

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

Por lo que la sustracción de niños, que siempre será un desplazamiento, abarcará el traslado o retención ilícita de un NNA a otro país donde no es su residencia habitual afectando no sólo los derechos de custodia del progenitor con el que vive sino también los derechos del niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño menciona en su artículo 11, que los Estados adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos al extranjero y la retención ilícita de ellos.

Ya que “quien es sustraído de su centro de vida y es inmerso en otro espacio-tiempo vital tiene que cambiar intempestivamente su estructura tanto mental, emocional como social para poderse habituar nuevamente al centro de vida que le es impuesto”⁴⁸

1.2.1. Traslado ilícito del niño, niña y adolescente.

Sustracción o desplazamiento, es cuando el NNA es llevado fuera del lugar de su residencia habitual y sea sometido “de facto” a cargo de quien carece de la custodia

⁴⁷ Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Consultar <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24>.

⁴⁸ Rolong Arias, Katherine Andrea y Álvarez Moreno, Sandra Patricia, *Restitución Internacional de Infantes y Adolescentes*, Colombia, Universidad de Medellín, 2012, p. 24.

permanente o incluso temporal.⁴⁹ Es decir, uno de los progenitores se lleva de un país a otro sin el consentimiento del otro progenitor o de quien tiene la custodia (que puede ser una Institución o el Estado) para establecer una nueva residencia habitual.

Es entonces que la ilicitud en el traslado consiste en la infracción a la ley vigente en el estado de la residencia habitual del NNA⁵⁰ por parte de uno de los progenitores o familiares, llevándose al NNA a otro país.

1.2.2. Retención ilícita del niño, niña y adolescente.

Retención, es cuando la persona en quien se confió la guarda provisional para que recibiera la visita de un NNA se excede en el plazo máximo que le fue fijado, lo cual se traduce en el incumplimiento de la obligación de regresar al NNA al lugar de su residencia habitual y con la persona que ejerce la custodia permanente.⁵¹

Por lo que existe retención ilícita cuando uno de los progenitores en el momento en el que ejerce el derecho de visita con el NNA o en su caso con el consentimiento de la persona, Institución que tiene la guarda y custodia lleva al NNA a otro país, sin embargo, no cumple con el tiempo establecido, y empieza a realizar acciones para poder obtener una nueva resolución sobre la custodia y en consecuencia una nueva residencia habitual para el NNA.

1.3. Guarda y Custodia.

No hay un concepto generalizado de la guarda y custodia, debido a que cada país lo puede interpretar de manera diferente; sin embargo, la Convención de la Haya en materia de sustracción de niños, en su artículo 5 menciona 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”. Este derecho puede ser

⁴⁹ González Martín, Nuria, *op cit*, p. 197.

⁵⁰ Benavides Santos, Diego y Ramírez Solano, Andrea, *La ilicitud en el traslado del menor de edad*, en “La Restitución internacional de la niñez”, México, Ed. Porrúa, 2011, p. 92.

⁵¹ González Martín, Nuria, *Familia Internacional en México: Adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata*, Ed. Porrúa, México, 2009, p.197.

ejercido por cualquiera de los progenitores, abuelos o en su caso alguna Institución o el Estado.

Es importante interpretar bien el concepto de custodia, porque no es lo mismo que Patria Potestad, el cual es más amplio y no se pierde tan fácilmente ni se cede a otra persona, por lo tanto, la Convención en materia de sustracción, menciona que sólo se afecta la custodia a quien la ejerza efectivamente. Se entiende por “efectivamente”, que es “eficaz”, “real”⁵², que se está realmente cuidando del NNA, de su bienestar, se le brinda educación, cuidados integrales.

En cuanto al origen de la guarda, se dice que esta se produce de la ausencia de la convivencia entre los padres y la consiguiente imposibilidad de que ambos convivan con el niño. Por lo que el niño tiene necesariamente que vivir con uno o con otro, llamándose guarda a la posición que ocupa respecto del hijo que con él convive.⁵³

La guarda significa encomendar el cuidado directo del niño, el que necesita del contacto continuo con el niño, de la convivencia con él, 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 el NNA.⁵⁴

Pero, así como existen casos en los cuales un niño vive con un progenitor y el otro se dedica a ejercer las convivencias, como suele ser lo más común; también hay casos en donde ambos progenitores tienen la custodia del niño, a lo que también se le llama “coparentalidad,”⁵⁵ lo que conduce a confusiones cuando no hay acuerdo de tenencia preexistente y es difusa la línea entre el padre que es custodio y aquel que visita o participa activamente en la vida del hijo.

Se debe agregar que, en los casos de “guarda y custodia compartida” o “coparentalidad”, ambos progenitores deben llegar a un convenio, ya sea de manera judicial o extrajudicial respecto de lo que más beneficie al NNA en cuanto a salud,

⁵² Real Academia Española. Consultar <http://dle.rae.es/?id=EOIq6RM>.

⁵³ Echegaray de Maussion, Carlos Eduardo, “El derecho de custodia”, en *La Restitución Internacional de la niñez*, México, Ed. Porrúa, 2011, p. 105.

⁵⁴ García Pastor, Milagros, *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos Personales*, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1997, p. 74.

⁵⁵ Echegaray de Maussion, *op cit.* p.110.

educación, esparcimiento, residencia, y se piensa que aunque están compartiendo el derecho para con el niño, aun así uno de ellos es el que vive con el NNA, es el que ejerce efectivamente la custodia y el otro progenitor es el que va de visitas, aunque tengan la “coparentalidad”.

Es preciso señalar que un progenitor tiene el derecho de custodia del NNA sin necesidad de una resolución judicial, por lo que no es forzoso que haya habido un procedimiento judicial previo al traslado o sustracción, basta tener la patria potestad del NNA.⁵⁶ Sin embargo, en materia de sustracción, tal como dice la Convención se tomará en cuenta a quien tenía el derecho de custodia efectivo (se tenga o no una resolución judicial), aunque ambos padres tengan la patria potestad.

Y puede ocurrir que aunque no se tenga alguna declaración judicial de la custodia definitiva, ése sea un motivo por el cual el progenitor sustractor se aproveche de la situación y en el país al que fue trasladado el NNA inicie el procedimiento legal para que se le otorgue la custodia definitiva, siendo que el otro progenitor de la residencia habitual del NNA es quien la tiene de manera efectiva, de ahí que las Convenciones en materia de sustracción no resuelven cuestiones de fondo o de custodia⁵⁷, porque eso es competencia de los Tribunales del país donde tiene su residencia habitual el NNA.

1.4. Residencia Habitual.

Al igual que el concepto de la guarda y custodia; respecto de la residencia habitual se tiene varios discursos sobre lo que implica, pero esto no ha obstaculizado a que se hayan desarrollado conceptos de lo que significa en la aplicación de las

⁵⁶ Marín Pedreño, Carolina, *Sustracción Internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*, España, Ed. Ley 57, 2015, p. 39.

⁵⁷ Artículo 16 de la Convención de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio.

Convenciones en materia de sustracción de niños, por lo que se dará un concepto general de lo que implica la residencia habitual de un NNA.

Derivado del latín *residens*, *-entis* 'residente' que significa casa en que se vive, casa donde conviven⁵⁸ o residir, que es estar establecido en un lugar. Y la palabra habitual del lat. mediev. *habitualis*, der. del lat. *habitus* 'hábito', que se hace, padece o posee con continuación o por hábito.⁵⁹ Se infiere que residencia habitual es el lugar donde se está establecido o donde se vive de manera continua.

De acuerdo con la Convención Interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el Derecho internacional Privado menciona en su artículo 2 que el domicilio de las personas físicas será determinado por el lugar de residencia habitual.⁶⁰

De manera que la residencia habitual a la que se refiere en materia de sustracción de niños es aquella donde el niño realiza su vida de siempre, donde va a la escuela, donde vive, realiza sus actividades. Donde ha estado residiendo por seis meses, o bien, que es donde el NNA ha sido trasladado con el objetivo primordial de residir o donde el menor tiene su "centro de vida".⁶¹ A este concepto podría agregársele que no precisamente "donde se haya trasladado" es su residencia habitual, puesto que su lugar de residencia puede ser el que ha tenido desde que nació y no se refiere exclusivamente a donde fue llevado.

Se dice entonces que el "centro de vida" de un NNA es el entorno donde 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 igual a la anterior a efectos de evitar que el NNA se vea perjudicado.⁶²

⁵⁸ Real Academia Española. Consultar. <http://dle.rae.es/?id=W9hpKPy>.

⁵⁹ Real Academia Española. Consultar. <http://dle.rae.es/?id=Jve1IGl>.

⁶⁰ Convención Interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado. Consultar. <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-44.html>.

⁶¹ Rodríguez Jiménez, Sonia, *La sustracción internacional de menores por sus propios padres. Su destipificación en México*, México, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 641, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p.280.

⁶² Cámara de Apelación. C y C de Mar del Plata, sala 2, 9/06/05, "G.L.E. v C.M. s/tenencia de hijos; régimen de comunicación y autorización judicial supletoria." Actualidad Jurídica de Córdoba, Familia y Minoridad, No 17, p.1785/1793. En Argentina.

De manera que, la residencia habitual de un NNA es, en definitiva, el lugar en que ha estado físicamente durante un tiempo suficiente que le ha permitido integrarse, de forma que el NNA tiene un grado de voluntad suficiente de permanecer allí.⁶³

No obstante, puede haber un cambio de residencia al momento de que se traslada al NNA a otro país, debido a un posible grave riesgo si permanece donde ha vivido; esto ocasiona que al país donde el progenitor se lo lleve, si pasa más de un año, se debe de probar que el NNA está integrado al nuevo lugar y que corre algún peligro el NNA en caso de que sea regresado al lugar que antes era su residencia habitual (depende de cada caso en concreto). De esta manera se va estableciendo la residencia habitual.

Por consiguiente, se infiere que la residencia habitual tiene como características: que el NNA esté integrado por completo a ese ambiente; tenga su “centro de vida” donde realice diversas actividades y tenga amigos o familia cercanos; y haya vivido más de un año en ese lugar. Y en casos excepcionales, corresponderá a su nueva residencia habitual el lugar a donde es trasladado debido a un grave riesgo⁶⁴ que pueda pasar si se quedaba en el lugar anterior.

Si bien, una misma persona puede tener, en efecto, varias residencias “simples”, no puede, en cambio, tener más que una residencia habitual.⁶⁵

1.5. Restitución Internacional del niño, niña y adolescente.

Del latín *restitutio*, “restituir” que es volver algo a quien lo tenía antes o reestablecer o poner algo en el estado que antes tenía. Y restitución *in integrum*, que significa reintegración de un menor o de otra persona privilegiada en todas sus acciones y derechos.⁶⁶ Por lo tanto, se puede inferir que la Restitución Internacional del NNA es retornar al NNA a su residencia habitual o país donde vivía antes de ser

⁶³ Marín Pedreño, Carolina, *Sustracción Internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*, España, Ed. Ley 57, 2015, p. 41.

⁶⁴ Dice la Autora Carolina Marín Pedreño, citando a Baronesa Hale, que se refiere a “grave riesgo” a una situación en la que, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del menor no se puede esperar a que soporte o tolere como la separación de sus progenitores, violencia, amenazas, falta de ingresos.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 44.

⁶⁶ Consultar Real Academia Española <http://dle.rae.es/?id=WEMpqPl>.

trasladado o retenido ilícitamente en otro país, y por consiguiente reestablecerle sus derechos para con el progenitor que ejerce su custodia efectiva.

La “restitución” se refiere al resultado lógico-natural y jurídico, esperado tras la acción de sustraer al menor de edad. Volver a la situación inmediatamente anterior sin necesidad de cuestionar en este momento procesal a quien corresponde el derecho de guarda/custodia y visita/contacto.⁶⁷

Para lo anterior, menciona la autora Pilar Jiménez ⁶⁸, que se debe mantener un *status quo* que conlleva tres aristas: 1. El respeto por el derecho de custodia que tenga el progenitor ya sea mediante una resolución judicial o por algún acuerdo entre las partes; 2. La competencia predeterminada a favor del juez de la residencia habitual. Se trata de evitar que alguno de los progenitores traslade al NNA a otro lado de acuerdo con los intereses que no siempre benefician al NNA; 3. Igualdad procesal entre los progenitores.

Lo que se pretende es no vulnerar los derechos del NNA establecidos en la Convención sobre los derechos del niño que son antes que nada trasladarlo de un lugar a otro, para que inicie una “nueva vida”, alejándolo de todo lo que ya conoce y donde tenía su “centro de vida”, causándole (dependiendo de cada caso) algún problema psicológico, debido al cambio de “ambiente” de manera repentina.

Asimismo, se le vulnera su derecho a mantener contacto con uno de sus progenitores, o su demás familia. También, no se le toma en cuenta al momento de trasladarlo de un lugar a otro, simplemente se lo llevan.

Por tanto, la “restitución” significa regresar al niño al estado inmediatamente anterior en que se encontraba antes de ser sustraído, donde tenía su rutina diaria y con quienes vivía, sin necesidad de cuestionar a quien corresponde el derecho de custodia porque ésta debe tramitarse en la residencia habitual del niño.

⁶⁷ Jiménez Blanco, Pilar, “Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores”, España, Universidad de Oviedo, 2008, p. 13.

Consultar <https://www.marcialpons.es/media/pdf/100817172.pdf>.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 9.

Cuando se habla de la restitución internacional el interés superior de la niñez tiene relación directa con el derecho del que goza este sujeto de derechos a no ser desarraigado en forma ilegal de su centro de vida tanto familiar como social, y se parte de la idea de que lo más beneficioso es la restitución al lugar de residencia habitual ya que allí se entiende que el infante o adolescente gozaba del disfrute pleno de sus derechos.⁶⁹

1.6. Visitas y Convivencias Internacionales.

Las visitas y convivencias internacionales o también llamadas “contacto transfronterizo”, según la Convención de la Haya en materia de sustracción menciona en su artículo 5 que “el derecho de visita comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual;”⁷⁰ asimismo este derecho se encuentra regulado en el artículo 21 de la Convención.⁷¹

En la definición antes mencionada se le podría agregar que en caso de que se lleve al NNA a otro país, se deberán de poner de acuerdo los progenitores de cuántos días se llevará al NNA y en su caso firmar el acuerdo ante notario o juez, de esta manera se evitaría una posible sustracción.

El fin del derecho de visita es que se le garantice al NNA de manera efectiva su derecho a mantener contacto con el otro progenitor con el que no vive. Este derecho constituye el fundamento del reconocimiento internacional del que fuera

⁶⁹ Rolong Arias, Katherine Andrea y Álvarez Moreno, Sandra Patricia, *Restitución Internacional de Infantes y Adolescentes*, Colombia, Universidad de Medellín, 1ª ed., 2012, p. 24.

⁷⁰ Convención sobre los Aspectos de la Sustracción internacional de Menores. Consultar.

<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24>.

⁷¹ Artículo 21. Una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades Centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor.

Las Autoridades Centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho. Las Autoridades Centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho.

Las Autoridades Centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo.

tradicionalmente denominado “régimen de visitas”, hoy “contacto personal”.⁷² Se encuentra regulado en el artículo 9 de la Convención sobre los derechos del niño.⁷³

El derecho de visitas podría considerarse un derecho doble en virtud de que no sólo aplica al NNA sino también a su otro progenitor y demás familia para establecer relaciones personales y no debería ser perjudicado por nadie, puesto que aquí lo que importa es el interés del NNA en esos asuntos, aunque depende las circunstancias del caso; pero en principio no debe haber una separación del NNA con sus padres.

“La convivencia es una relación básica para el desenvolvimiento del ser humano, que tiende a facilitar la participación activa del niño en la comunidad, tutelando un sano desarrollo físico y mental de los niños, niñas y adolescentes”.⁷⁴ La determinación de este derecho (horas, días, traslados, medidas de disfrute y de protección) debe realizarse de manera detallada, milimétrica, para facilitar su materialización.⁷⁵

Menciona la Guía de Buenas Prácticas sobre el Contacto Transfronterizo⁷⁶ que el término “contacto” se utiliza en un sentido amplio y hace alusión a las diversas maneras en que un padre o una madre que no tiene la custodia (y en ocasiones una persona que no es padre o una madre) mantiene relaciones personales con un niño y viceversa. Por consiguiente, se entienden como “contacto” el derecho de visita y las comunicaciones a distancia. Se considera que “derecho a mantener el contacto”

⁷² Stilerman, Marta, *Teoría y Práctica del Derecho de los Niños*, Argentina, Ed. Cathedra Jurídica, 2016, p. 19.

⁷³ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 9. 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. [...] 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

⁷⁴ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. Clave II.3º. C., núm. 62C. Amparos directos 790/2002 y 695/2002. México.

⁷⁵ Rodríguez Jiménez, Sonia, *La sustracción internacional de menores por sus propios padres. Su destipificación en México*, México, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 641, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 317.

⁷⁶ Consultar Contacto Transfronterizo relativo a los niños. Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas https://assets.hcch.net/upload/guidecontact_s.pdf. Párrafo 9.1, pág. 73.

en el contexto de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 es lo mismo que derecho de visita.

De tal manera que el derecho de visita internacional lo puede solicitar el progenitor que no viva con el NNA, o sus abuelos, y que se encuentren en otro país. Asimismo, este contacto transfronterizo no sólo debe estar supeditado a lo que se estableció en una resolución judicial, sino que también a lo que manifestaron los progenitores o quienes tengan la custodia efectiva del NNA mediante acuerdo; además se deben establecer lineamientos específicos para llevar a cabo estas visitas de acuerdo con cada caso y sobre todo siempre mirando al interés superior del NNA.

1.7. Problemas más comunes en la teoría sobre la restitución internacional de niño, niña y adolescente.

La Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, tiene un objetivo; el ámbito de aplicación; las Autoridades que participan en el procedimiento; los principios que son el interés superior de la niñez y, otro importante el principio de celeridad al momento de resolver, debido a que dice en su artículo 11 que debe ser en el término de seis semanas para no causar mayores riesgos al NNA.

Sin embargo, la Convención deja a los Estados parte de ella para establecer las medidas necesarias y se pueda cumplir con el propósito del Tratado.⁷⁷ Asimismo tiene la Guía de Buenas Prácticas que es un manual que se puede consultar en caso de que se tenga duda de la aplicación del tratado; ahí se explica cómo deben de actuar las Autoridades en el Procedimiento.

Pero, podría decirse que no es tan complicada su aplicación, debido a que es una *solicitud*, no un litigio. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, depende de cada Estado la aplicación de la misma en su territorio, sin menoscabar los derechos humanos de las partes involucradas. Y dependiendo de cada caso, éste se puede

⁷⁷ Artículo 2 de la Convención de la Haya en materia de sustracción de niños. Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.

agravar por diversas circunstancias que van sucediendo al momento de llevar a cabo el procedimiento.

En la teoría, y también en la práctica en el mundo, se han suscitado diversos problemas para poder resolver una sustracción e inclusive los derechos de visita, sin embargo, cada país ha tratado de solucionarlos.

Por tanto, a continuación, se mencionarán los problemas que se han detectado al momento de aplicar las Convenciones en materia de sustracción de niños, y que en consecuencia dilatan el procedimiento de restitución o de derechos de visita, así como la manera en que algunos de los Estados parte (en los cuales su sistema jurídico es como en México) han solucionado estos problemas.

En Argentina⁷⁸ se han presentado los siguientes:

1. La carencia de capacitación adecuada de los operadores que participan en el proceso de restitución. El desconocimiento y la falta de perfeccionamiento provoca la errónea aplicación de los convenios y produce exagerados retardos en las resoluciones.

Para lo anterior, se deben establecer programas de capacitación a nivel nacional para los profesionales (tanto Autoridades como abogados), para que conozcan del procedimiento de restitución y sobre la finalidad y aplicación de los Convenios para no llegar a interpretaciones erróneas.⁷⁹

2. El desconocimiento de los derechos vulnerados a los niños por la retención o traslado ilícito. Se despoja al niño de sus derechos al ser sustraído de su centro de vida y a no mantener contacto con sus progenitores.

⁷⁸ Laje, Rodrigo, Baltar, Leandro *et al*, "Cooperación Internacional en la Restitución de menores" *en Restitución Internacional de Menores. Aspectos Procesales y Prácticas Derecho Comparado*, Argentina, B. de F, 2014, pp.235-238.

⁷⁹ Capuñay, Luz María, "Los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", *en La Restitución Internacional de la Niñez. Enfoque Iberoamericano, doctrinario y jurisprudencial*, México, Ed. Porrúa, 2011, p.13.

3. La imposibilidad de ubicar al NNA.
4. Dificultades para que el solicitante consiga un abogado que lo represente.
5. Falta de personal calificado y recursos indispensables como acceso a internet, instrumental de oficina.
6. La inadecuada o nula comunicación entre los operadores, lo que provoca malentendidos y falta de confianza.
7. Desconocimiento o desatención al cúmulo de herramientas informáticas existentes, como el sistema de comunicación que ofrece la OEA, la IberRed⁸⁰; INCADAT.⁸¹ Las anteriores pueden utilizarse para la resolución de casos.
8. La inexistencia o desactualización de una base de datos de contactos y referencias y un insuficiente intercambio de información con los organismos especializados.
9. La judicialización innecesaria de los pedidos de restitución desestimula el propio mecanismo de reintegro. Debe promoverse que se llegue a un acuerdo sobre la restitución y así se evita llegar a Tribunales.
10. La carencia de Tribunales especializados.
11. La descentralización de autoridades competentes sin un enlace matriz. Esto puede permitir la intermediación y la celeridad.

⁸⁰ Sistema de comunicación seguro para los puntos de contacto y los enlaces de las autoridades centrales de la IberREd. Consultar <https://www.iberred.org/>.

⁸¹ Consultar Base de datos jurídica sobre la sustracción internacional de niños. Consultar. <https://www.incadat.com/es>

12. La falta de reglamentación procedimental interna. Por ejemplo, la duda respecto del tipo de procedimiento a aplicar, pruebas a admitir y cómo producirlas, lo que puede conllevar a demoras en las propias decisiones y permitir la interposición de recursos de apelación de las partes disconformes. Por tanto, debería existir un trámite sumario, rápido, urgente, que resulte idóneo para obtener el fin perseguido de las Convenciones.⁸²

13. La inexistencia de políticas de Estado tendientes a la prevención de supuestos de sustracción o retención ilícita. Por ejemplo, el control de entradas y salidas en las aduanas.

14. La inexistencia de facultades directas para la requisitoria de información y obtención de datos. Es decir, las Autoridades Centrales no cuentan con la posibilidad de solicitar directamente a cualquier dependencia o autoridad gubernamental la información que se considere pertinente para el caso.

O la respuesta de una información que solicita la Autoridad Central o los Tribunales a otra Autoridad es demorada, lo que hace que exista atraso en el procedimiento.⁸³

15. Interposición de instancias recursivas (en Argentina una decisión puede ser revisada tres y hasta cuatro veces).⁸⁴

Además de las anteriores, se ha notado que la falta de divulgación de la existencia de las Convenciones Internacionales en materia de sustracción impide su aplicación

⁸² Álvarez de Elías, Rocío, "El interés superior del niño frente a la inexistencia de la legislación procesal relativa al funcionamiento del proceso de restitución internacional de menores", en *Restitución Internacional de Menores: Aspecto Procesales y Prácticos. Derecho Comparado*. Argentina, Ed. B. de F, 2014, pág. 225.

⁸³ Baltar, Leandro, "La demora de la restitución en los procesos judiciales argentinos", en *La Restitución Internacional de Menores. Aspectos Procesales y prácticos. Derecho Comparado*, Argentina, Ed. B. de F, 2014, p. 195.

⁸⁴ Rubaja, Nieve y M. All, Paula, "Experiencia de los países que regulan el proceso de restitución internacional de niños", en *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, México, Ed. Porrúa, 2017, p.191.

en los casos. Estas campañas de difusión se deberían hacer a toda la población, no sólo a los abogados sino también a los padres para instruirlos sobre los efectos dañinos de la sustracción, tanto en lo psicológico, así como del riesgo en que se expone al niño⁸⁵, es decir, sensibilizarlo de ese problema para evitar una sustracción.

Por lo que en Argentina en aras de disminuir los problemas suscitados en el país se tiene el Código Civil y Comercial donde se encuentra en el “Titulo IV Disposiciones de Derecho Internacional Privado”, en la sección octava sobre “Restitución Internacional de Niños”, lo cual es un avance notorio, aun si resulta imprescindible contar con instrumentos que tiendan a la celeridad procesal a efectos de resguardar los intereses de las personas involucradas y concretar los derechos fundamentales de los niños, puesto que la demora en estos procesos es cuando se llega a la ejecución en sede judicial.⁸⁶

Es importante mencionar que los especialistas que estudian el tema de sustracción de niños se dieron cuenta que los procedimientos de restitución se demoran en exceso y que esto afecta tanto la finalidad del convenio como al niño de estar separado de uno de sus progenitores; produce un principio de arraigo en el país requerido; los interesados suelen efectuar planteamientos ajenos al convenio. Por tanto, a través de la resolución de un caso, la Corte Suprema exhortó al Poder Legislativo para que se cree una ley que se ajuste al Convenio de la Haya.⁸⁷

En el año 2014 se presentó un Proyecto de Ley en el Congreso de la Nación el cual no evolucionó; y actualmente se encuentra un Anteproyecto de Ley de procedimiento para la aplicación de los convenios sobre restitución internacional de

⁸⁵ Capuñay, Luz María, “Los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, en *La Restitución Internacional de la Niñez. Enfoque Iberoamericano, doctrinario y jurisprudencial*, México, Ed. Porrúa, 2011, p.13.

⁸⁶ Rubaja, Nieve, “La Estabilidad del niño y de los vínculos con sus progenitores luego de emitida la orden restitución. Recursos Judiciales Disponibles”, *Ponencia presentada en ocasión del XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar “Las Familias y los desafíos sociales”*, que tuvo lugar en Mar del Plata del 22 al 26 de octubre de 2012. Ponencia premiada por el Consejo Académico del Congreso, pp. 99-110.

⁸⁷ Rubaja, Nieve y M. All, Paula, “Experiencia de los países que regulan el proceso de restitución internacional de niños”, en *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, México, Ed. Porrúa, 2017, p.185.

niños, niñas y adolescentes y régimen de visitas o contacto internacional elaborado por la Autoridad Central y por la Juez de la Red de la Haya Graciela Ferreyra de Tagle.⁸⁸

En la Provincia de Córdoba en Argentina, a través del acuerdo 119/2016 se estableció un Protocolo de Actuación en materia de cooperación internacional para facilitar la celeridad en la cooperación a través de acciones consistentes en la difusión y aplicación de instrumentos normativos. Asimismo, el Tribunal Superior de Justicia, dispuso en un determinado número de tribunales la concentración de jurisdicción.⁸⁹

Además, el 21 de diciembre de 2016 la Legislatura de la Provincia de Córdoba se aprobó el proyecto de ley de procedimiento para la aplicación de los Convenios sobre Restitución Internacional de NNA. Este cuenta con 20 artículos que establecen la obligación de escuchar la opinión de los niños durante el proceso y el detalle de cómo deben ser los procesos para reducir la duración de los trámites para la restitución.⁹⁰

Para evitar más demoras en la resolución de los casos de restitución se elaboró un protocolo de actuación orientativo para los funcionarios judiciales con especificaciones precisas sobre el procedimiento. Este se adoptó el 12 de diciembre de 2016, el cual fue trabajado por la Red Nacional de Jueces de Familia y la Jueza de la Red Internacional de Jueces de la Haya. Este Protocolo otorga pautas para facilitar la implementación de los convenios de sustracción de niños hasta en tanto se cuente con una reglamentación específica.^{91 92} Además su aplicación se extiende a las dos convenciones de sustracción de niños, así como a los países que no se encuentren en el ámbito de aplicación.⁹³

⁸⁸ *Ibidem*, p. 186.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 187.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 187.

⁹¹ *Ibidem*, p. 188.

⁹² Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños. <http://www.cij.gov.ar/adj/pdfs/ADJ-0.305074001493756538.pdf>. Página consultada el 5 de diciembre de 2018.

⁹³ Rubaja, Nieve y M. All, Paula, *op cit.* p.190.

Como se pudo ver, el contar con un Protocolo de Actuación es de gran avance, puesto que uno de los remedios más efectivos para reducir los tiempos de tramitación de los casos ha sido la regulación del procedimiento.⁹⁴ Pero propone Nieve Rubaja que existen otras maneras para evitar los atrasos en el procedimiento de restitución.⁹⁵

1. La expedición del certificado previsto en el Convenio de la Haya de 1980 para determinar la ilicitud del desplazamiento y /o retención ilícita.

El artículo 15 de la Convención dice que “las Autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las Autoridades de residencia habitual una decisión o certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito.”

De esta manera al expedir el certificado implicará reconocer y establecer una presunción en torno a que la residencia habitual del niño se encontraba en ese país.

2. La concentración de competencia.

Asignar competencia a un mínimo de juzgados especializados en la materia. Esto ha ayudado a tener una interpretación uniforme de los presupuestos del convenio; a la reducción de tiempos de tramitación de los casos; mejor manejo de los casos; se tiene un trabajo coordinado entre el Juez y la Autoridad Central.

3. La ratificación del Convenio de la Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños de 1996.

Otra de las acciones que se han tomado en Argentina es designar una Secretaría, que es parte de la Defensoría General de la Nación, con fines de intervenir en todos

⁹⁴ Castro, Florencia y Rubaja, Nieve, “Recursos que contribuyen a la eficiencia en los procesos de restitución internacional de niños” p. 2, <http://congresoderechofamiliasmendoza.com/wp-content/uploads/2018/07/Castro.-Rubaja.-Public.pdf>. Página consultada el 23 de noviembre de 2018.

⁹⁵ *Ibidem*.

los casos, dentro de su jurisdicción, en representación de los solicitantes en casos de sustracción de niños que se encuentran en el extranjero y deban ser representados por dicho organismo.⁹⁶

En Chile, han tratado de solucionar estos atrasos en el procedimiento de restitución. Antes los casos de sustracción se regían bajo un procedimiento ordinario establecido en la Ley de Tribunales de Familia, lo cual contenía reglas que hacían que el juicio durara más de tiempo establecido.

Sin embargo, en noviembre de 2015, la Corte Suprema de Chile dictó el Acta 205-2015, la cual tiene un auto acordado sobre el procedimiento aplicable en casos de sustracción de niños.⁹⁷ A grandes rasgos el contenido de esta Acta menciona que el tribunal tiene la posibilidad de ordenar a distintas instituciones del país la ubicación del niño en territorio chileno aun cuando la autoridad administrativa desconozca el domicilio; la posibilidad de dictar una orden de arraigo al niño o niña por parte del tribunal con la sola interposición de la solicitud de la restitución; se estipula el principio de urgencia: en una sola audiencia se tratará de llegar a una conciliación y la parte sustractora contestará la demanda de manera verbal y se rendirán las pruebas; suspensión de otros juicios de guarda y custodia; sólo se podrán interponer recursos de apelación y sólo se oirán alegatos si los abogados lo solicitan.⁹⁸

En el Salvador, en el año 2009, se aprobó la Ley de Protección Integral para la Niñez y Adolescencia en la cual se encuentran procesos para el tratamiento de la problemática de los NNA. Se establece un modelo procesal rápido, concentrado en dónde se requieran respuestas urgentes, sin dilaciones y sin eliminar los aspectos esenciales del debido proceso, puesto que al ser un procedimiento sumario no debe

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Zarricueta Baeza, Juan Francisco, "Procedimiento aplicable en Chile a los casos de sustracción internacional de niños bajo el Convenio de la Haya de 1980" en *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, México, Ed. Porrúa, 2017, p.199.

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 200 y 201.

de significar una disminución de garantías o vulneración de derechos de las personas involucradas.⁹⁹

En Uruguay se tiene la Ley No. 18.895¹⁰⁰ del 11 de abril de 2012. Contiene un procedimiento sumario y si no es oponen excepciones se ejecuta de inmediato la restitución, y por el contrario si existen motivos para no aplicar la restitución, se lleva a cabo una audiencia con la participación de todos los actores y se tiene la posibilidad de irse a segunda instancia en caso de estar inconformes. Se prevé la concentración de jurisdicción; los plazos en cada diligencia son muy breves; se prevén las comunicaciones judiciales directas y se tiene un juez de enlace. Asimismo, y muy importante, se reglamenta la Defensa Pública gratuita para representar a los distintos actores como son el solicitante, los niños y el sustractor en su caso.¹⁰¹

En España, se han dado diversas demoras en el procedimiento de restitución que en nada se alejan de las problemáticas detectadas en Latinoamérica. De igual forma se deben de establecer mejores medidas de protección provisionales que aseguren el retorno del niño, y en su caso del acompañante, y debe haber regulación de medidas específicas relativas a los procesos de ejecución de órdenes de retorno con límites legales y con la promoción del cumplimiento voluntario.¹⁰²

Se tiene el reglamento 2201/2003 (o Reglamento Bruselas II *bis*, aplicable para la Unión Europea menos Dinamarca)¹⁰³ en cual cuenta con la Audiencia del Menor

⁹⁹ Marroquín, Alex, “Experiencia de los países que regulan el proceso de restitución internacional de niños. El Salvador”, en *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, México, Ed. Porrúa, 2017, p. 208.

¹⁰⁰ Ley No. 18.895 “Restitución de personas menores de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente” <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp554990.htm>. Página consultada el 18 de diciembre de 2018.

¹⁰¹ Bendahan Silvera, María Lilian, “Experiencia de los países que regulan el proceso de restitución internacional de niños. Uruguay”, en *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, México, Ed. Porrúa, 2017, pp. 217 y 218.

¹⁰² Forcada Miranda, Francisco Javier, “Carencias, Necesidades y Conflictos de la Sustracción Internacional de Menores y el Novedoso Marco Español”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, Vol. 68/2. Julio-diciembre 2016, p. 340.

¹⁰³ Reglamento 2201/2003 del 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. <https://www.boe.es/doue/2003/338/L00001-00029.pdf>. Página consultada el 19 de diciembre de 2018.

que se puede realizar por un procedimiento establecido, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para la obtención de pruebas; la Autoridad Central siempre favorecerá una resolución amistosa; se pretende reducir el número de traslados y retenciones ilícitas de los niños y conseguir la ejecutoriedad directa en todos los Estados miembros; asimismo, lo relevante de este reglamento es la inclusión de la responsabilidad parental.¹⁰⁴

Además, este reglamento introduce conceptos bien definidos sobre la guarda y custodia, la responsabilidad parental y el derecho de visita. Y es importante mencionar que es más exigente en cuestión de tiempos que el propio Convenio de la Haya, debido a que en este último solo se pide una declaración sobre las razones de la demora, mientras que en el reglamento se refuerza la necesidad de respetar el plazo.¹⁰⁵

Se ha notado que muchas veces el retraso que se ha dado en los procedimientos de restitución de niños no es precisamente por lo establecido en el reglamento o en los convenios, sino que procede de la voluntad de los particulares involucrados, que tardan en actuar frente a fenómenos de sustracción.¹⁰⁶

En España, se han establecido formas más rápidas para resolver los procedimientos de restitución de niños. Primero, se ha implementado la concentración en un número limitado de jueces. Y con la reforma de 2015 se tiene un proceso preferente y urgente, seis semanas en dos instancias, apelación en dos efectos y la especialización de los operadores jurídicos, el establecimiento de medidas cautelares a lo largo de todo el proceso.¹⁰⁷

De lo anterior, se tiene la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 que establece en su capítulo IV bis “Las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los

¹⁰⁴ Zarraluqui Navarro, Elena, “Guarda y custodia vs patria potestad en cuanto a la residencia de los hijos menores” en *El derecho de familia. Novedades en dos perspectivas*, Asociación Española de Abogados de Familia, Editorial Dykinson, Madrid, 2010, pp. 146 y 147.

¹⁰⁵ Forcada Miranda, Francisco Javier, “Reglamento Comunitario 2201/2003 y sustracción internacional de menores. Puntos de conflicto en su aplicación y en la ejecución de resoluciones sobre traslado ilícito de menores”, en *El derecho de familia. Novedades en dos perspectivas*, Asociación Española de Abogados de Familia, Editorial Dykinson, Madrid, 2010, p. 205.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Zarraluqui Navarro, Elena *op cit*, p. 340.

supuestos de sustracción internacional”, donde se establece el ámbito de aplicación, así como las normas generales, el procedimiento y la declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional.¹⁰⁸ En ésta se pretende reformar lo que respecta a la escucha del niño, y a exigir el reconocimiento mutuo de los ordenamientos jurídicos en el sentido de que la obligación que se dé al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, la oportunidad de expresar sus opiniones.¹⁰⁹

Un problema que se ha detectado bastante en España es la interferencia de recursos extraordinarios contra resoluciones firmes los cuales hacen que el procedimiento sea lento y acaban convirtiendo casos de restitución en casos del fondo del asunto.¹¹⁰ Por lo que es preferible que solo el juez especializado en restitución sea el que resuelva del asunto e informar a los particulares que cualquier cuestión extra a la restitución sea resuelta directamente en la residencia habitual del niño.

Siguiendo con los atrasos en el procedimiento de restitución según lo manifestado en la teoría, se tiene que, respecto de la aplicación de la Convención en el ámbito interno, algunos jueces no utilizan los procedimientos urgentes sino los de carácter ordinario, abriendo a prueba, ya sea por desconocimiento o porque en muchos casos les cuesta adaptarse a los instrumentos internacionales.¹¹¹

Otro problema que se ha dado es cuando los padres ejercen la custodia compartida, por lo tanto, ambos tienen el derecho de fijar la residencia del NNA, pero no siempre la situación es clara: motivos de cambios provisorios de lugar, visitas largas a otro lugar.¹¹² Lo que hace que, al momento de la sustracción, ambos aleguen que tienen

¹⁰⁸ Ley 1/2000, del 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323&p=20151028&tn=1>. Página consultada el 19 de diciembre de 2018.

¹⁰⁹ Forcada Miranda, Francisco Javier, “La determinación del alcance de la opinión del niño en el contexto de los procesos de restitución internacional de niños”, en *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, México, Ed. Porrúa, 2017, p. 362.

¹¹⁰ Zarraluqui Navarro, Elena, *op cit*, p. 345.

¹¹¹ Seoane de Chiodi, María del Carmen, “Autoridades Centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de la Haya de 1980” en *La Restitución internacional de la Niñez. Enfoque Iberoamericano, doctrinario y jurisprudencial*, México, Ed. Porrúa, 2011, p. 179.

¹¹² Echegaray de Maussion, Carlos Eduardo, “El derecho de custodia”, en *Enfoque Iberoamericano, doctrinario y jurisprudencial*, México, Ed. Porrúa, 2011, p.112.

la custodia compartida y por lo tanto el mismo derecho sobre la elección del lugar del NNA para vivir.

De lo anterior, se piensa que, pese a que tengan la custodia compartida, el NNA vive más con uno de los progenitores, por lo que éstos pueden llegar a un acuerdo y de preferencia cuando suceda esto, lo más recomendable es ir ante un Tribunal a formalizar el acuerdo para que tenga la fuerza de una sentencia y en caso de incumplimiento acudir a Juzgados a ejecutarlo.

Otro problema es que, aunque las Convenciones en materia de sustracción de niños mencionan que se puede negar la restitución de un NNA si se prueban los supuestos contemplados en el tratado. Estos suelen dilatar el procedimiento porque el progenitor sustractor ingresa un cúmulo de pruebas y el juez debe, conforme al debido proceso aceptar o desechar y además desahogarlas, lo que hace que se atrase.

La autoridad judicial o administrativa, aun en el caso de que se hubiere iniciado el procedimiento de restitución de niños, después de la prescripción del plazo de un año, ordenará la restitución del NNA, salvo que quede demostrado que éste ha quedado integrado. Sin embargo, la Corte tiene la posibilidad de ejercer su discreción y ordenar su retorno, dependiendo del asunto.¹¹³

Uno de los graves problemas que se han notado en varios países es el “factor tiempo” o el principio de celeridad que debe operar en los procedimientos de restitución en cada Estado o provincia del país. Esto es, porque no se cumple el término de seis semanas que están contempladas en la Convención de la Haya.

El factor tiempo es de vital trascendencia, para evitarle un mayor daño al niño que ha sido separado de su residencia habitual y separado del progenitor que tiene la custodia.¹¹⁴

¹¹³ Marín Pedreño, Carolina, *Sustracción Internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*, España, Ed. Ley 57, 2015, pp. 55 y 56.

¹¹⁴ Álvarez de Elías, Rocío, “El interés superior del niño frente a la inexistencia de la legislación procesal relativa al funcionamiento del proceso de restitución internacional de menores”, en *Restitución Internacional de Menores: Aspecto Procesales y Prácticos. Derecho Comparado*, Argentina, Ed. B. de F, 2014, pág. 223.

Esto es porque entre más se dilate un procedimiento de restitución, mayor es el daño que se le hace al NNA al mantenerlo en un lugar que no conoce; asimismo, esto favorece al sustractor (a) puesto que hace que el NNA se vaya integrando poco a poco a otro lugar y establecer su residencia, lo que provocaría que el progenitor (a) ganara una custodia establecida mediante una sentencia (si es que no existe una previa) que no le correspondía y sería más probable que no se restituyera al NNA.

Esta celeridad en el procedimiento contemplada en las Convenciones en materia de sustracción y que deben tener los jueces y todas las autoridades involucradas, viene dada porque no se encuentra en juego una cuestión de fondo, sino que el fin último es que el NNA retorne a su residencia habitual.¹¹⁵

La Autoridad Central Brasileña, menciona que el retraso en los procedimientos judiciales de restitución se debe a que existen: 1. Conflictos de jurisdicción entre la justicia común, de los Estados y la Justicia Federal; 2. Desconocimiento por parte de los jueces y demás operadores del derecho sobre el contenido de la Convención; 3. Ausencia de previsión, en la legislación interna, de un procedimiento judicial específico para atender a la celeridad prevista en el Convenio.¹¹⁶

Como se pudo observar en líneas anteriores se coincide en la teoría, que va unida con la práctica, en que existen diversos factores que provocan la demora en los procedimientos de restitución internacional de NNA, como son la falta de una legislación interna en cada Estado que guie el procedimiento, aunado al desconocimiento de las Convenciones de parte de las Autoridades involucradas.

Asimismo, eso provoca que se vulnere el principio de celeridad que está contemplado en el tratado y que por consiguiente vulnera otro principio que es el interés superior del NNA, puesto que primero se transgredió su derecho al ser trasladado de un lugar donde tenía su centro de vida a otro que puede que

¹¹⁵ *Ibidem*, pág. 225.

¹¹⁶ Sifuentes, Mónica, "Cuestión de fondo acerca de los derechos de custodia. Artículo 16 del Convenio de la Haya", en *La Restitución Internacional de la Niñez. Enfoque Iberoamericano, doctrinario y jurisprudencial*, México, Ed. Porrúa, 2011, pág. 36.

desconozca por completo; acto seguido, se le aleja de la convivencia con uno de sus progenitores, y por mencionar otra transgresión, el sometimiento a un procedimiento largo de restitución.

De manera que, se puede apreciar que la verdadera víctima de todo esto, no son los progenitores, sino que es el niño, niña y adolescente.

1.7.1. Problemas en México sobre la restitución internacional del niño, niña y adolescente.

El Estado Mexicano no es ajeno a los problemas que se han suscitado en el procedimiento de restitución de NNA. Coincide en varios de los dichos anteriormente.

A continuación, se mencionarán los problemas que se han tenido en México en la teoría y práctica al momento de resolver un procedimiento de restitución y que siguen vigentes.¹¹⁷

1. Admisión de pruebas en el procedimiento que no corresponden con el asunto.
2. La interposición de amparos. Se ha presentado un número alto de ellos por las cuestiones más mínimas y menos importantes que el caso de que se ocupa. Menciona Cristina Oropeza¹¹⁸, que ha habido amparos contra la Secretaría de Relaciones Exteriores por el simple hecho de haber recibido una solicitud de restitución, cuando ésta es su función.

Hay una multiplicidad de amparos en todas las fases del procedimiento, primero por la solicitud, después porque ante la falta de conocimiento del

¹¹⁷ Oropeza Zorrilla, María Cristina, "La restitución internacional de menores desde la perspectiva de la Secretaría de Relaciones Exteriores (Autoridad Central)", en *Séptima Reunión de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez*, México, Serie Justicia y Derecho, número 25, Ed. Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, 2017, pp. 18-22.

¹¹⁸ Anterior Directora de Derecho de Familia de la Secretaria de Relaciones Exteriores y Autoridad Central Mexicana.

tema se piensa que es una extradición y, mientras dura el procedimiento, por cuestiones de fondo del asunto, de pruebas.

Se han utilizado en los amparos argumentos en los que se manifiesta que la Convención de la Haya viola derechos de los NNA, lo cual es bastante equivoco, debido que tanto la Convención sobre los derechos del niño como la Convención de la Haya se complementan.¹¹⁹

También se ha notado que se interponen amparos presuntamente por la falta de debido proceso; alega el presunto sustractor (a) que nunca se le notificó de la audiencia o del procedimiento mismo de restitución.

La protección indubitada de la infancia víctima de las desavenencias de sus progenitores, y el hecho de dejar abierta la puerta al uso de amparos, sólo depara en hacer lento un proceso que debe ser expedito, lo cual provoca consecuencias nefastas para los menores involucrados.¹²⁰

3. El “abuso” de recursos o amparos con un único objetivo, que es dilatar un proceso que se caracteriza por la necesidad de ser expedito en el interés superior del NNA.¹²¹
4. La falta de un procedimiento que regule la restitución, debido a que, aunque en algunos Estados de la República se cuenta con un apartado en sus códigos o leyes de familia, la mayoría de los jueces de la República Mexicana lo manejan cómo mejor se adecue a un procedimiento ya sea ordinario o de controversias del derecho familiar. Lo anterior deriva a una manipulación.

¹¹⁹ Jácome Cid, Johannes, El aspecto migratorio en los procesos de restitución en México, en *La Restitución Internacional de la Niñez. Enfoque Iberoamericano, doctrinario y jurisprudencial*, México, Ed. Porrúa, 2011, p. 307.

¹²⁰ “Constitucionalidad de la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *Serie Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, número 83, SCJN, IJ-UNAM, México, 2015, p. 81.

¹²¹ *Ibidem*, p. 95.

La carencia de reglas claras del procedimiento, la ausencia de disposiciones que prevean qué pruebas son las que se pueden o deben aportar, o cuál es el procedimiento específico que seguir, las medidas cautelares para evitar nuevas sustracciones, puede propiciar el alargamiento del procedimiento de restitución.¹²²

5. La localización previa del NNA. Este ha sido un obstáculo porque se ha dificultado; al inicio el solicitante de la restitución tiene datos de ubicación, pero puede ser que éstos hayan cambiado, para lo cual debe existir una cooperación con todas las Autoridades tanto a nivel local como federal para coadyuvar de manera pronta y obtener los nuevos datos de ubicación del NNA sin trabas.
6. Como se tiene que emplazar al sustractor para que se presente con el NNA al juzgado, éste suele “escaparse” y entonces para evitar esa situación de “huidas”, desde el principio al momento de que se localiza al NNA, se interna en un albergue del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia mientras dura el procedimiento.

Sin embargo, esto ha sido cuestionado por algunas autoridades y ese ha sido otro motivo por el cual se han ingresado Amparos.

7. La imposibilidad del solicitante de la restitución para comparecer en México por diversas causas, algunas como falta de dinero o de documentos legales,

¹²² Rangel Ramírez, Fernando, “Aspecto prácticos de la Restitución Internacional de Menores”, *Séptima Reunión de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez*, México, Serie Justicia y Derecho, número 25, Ed. Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, 2017, p. 54.

ha sido interpretada ocasionalmente por el juez como falta de interés procesal.¹²³

8. Falta de un representante para el NNA.
9. El lenguaje con que se manejan las órdenes de ejecución del Tribunal para INTERPOL, que es la policía internacional que trabaja en la localización de niños. Estos mandamientos deben tener las leyendas “búsqueda, localización y presentación”¹²⁴ y demás acciones que se consideren necesarias por parte del juzgador. Porque si no, no se podrá cumplir con la orden y genera atraso en el procedimiento.
10. El desconocimiento del procedimiento de restitución internacional por parte de las Autoridades, de los abogados y de la población.

Respecto de lo anterior, al desconocer la Convención, los juzgadores suelen resolver cuestiones de fondo del asunto, aduciendo que la custodia de los menores una cuestión de orden público.¹²⁵ Siendo que éste debe resolverse en el país de residencia habitual del NNA.

Si el Convenio no se aplica con extrema urgencia, se incumplen sus objetivos y puede volverse contra los intereses del niño.¹²⁶

¹²³ Jácome Cid, Johannes, El aspecto migratorio en los procesos de restitución en México, en *La Restitución Internacional de la Niñez. Enfoque Iberoamericano, doctrinario y jurisprudencial*, México, Ed. Porrúa, 2011, p. 305.

¹²⁴ Vidal Terrazas, Irving Emmanuel, “La participación de INTERPOL en la recuperación de los menores en casos de sustracción internacional”, *Séptima Reunión de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez*, México, Serie Justicia y Derecho, número 25, Ed. Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, 2017, p.33.

¹²⁵ “Constitucionalidad de la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *Serie Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, número 83, SCJN, IJ-UNAM, México, 2015, p. 93

¹²⁶ Núñez Verdín, Dionisio, “Restitución Internacional de menores. Proceso Jurisdiccional”, *Memoria del Primer Congreso Internacional de Especialistas en Derecho Procesal Contemporáneo*, México, Centro de Estudios de Justicia Agraria, 2011, p. 177.

1.8. Estadísticas de casos de sustracción y restitución de niños, niñas y adolescentes a nivel mundial y en México.

A continuación, se presentan datos obtenidos a nivel mundial de la situación de sustracción de niños y derechos de visita.¹²⁷ Posteriormente se presentarán estadísticas de casos en México.

En el 2015 se realizó una encuesta, los datos obtenidos se compararon con otra encuesta realizada en el 2008. A partir de esto se pudo notar que hubo un aumento del 3% en el número de solicitudes de devolución (ver imagen 1).¹²⁸

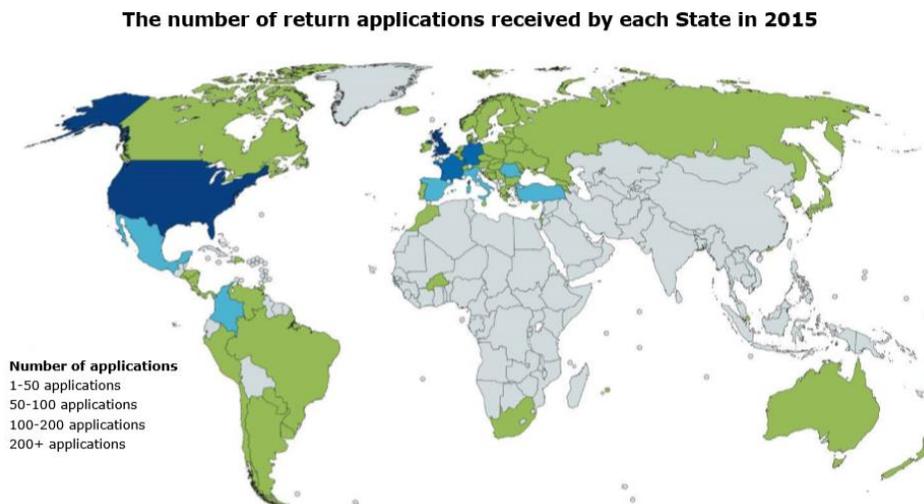


Imagen 1. Número de solicitudes de retorno recibidas por cada Estado en 2015. Fuente: <https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf> p. 6.

El país que más ha recibido solicitudes ha sido Estados Unidos, seguido de Inglaterra y Gales.

La siguiente estadística es la relación entre el sustractor (a) y el niño, muestra quién de las personas suelen ser las que toman al menor y realizan el traslado o retención

¹²⁷ Segunda Reunión de la Comisión Especial de la Operación Práctica de la Convención de la Haya de 1980 en materia de sustracción de niños y la Convención de la Haya de 1996 en materia de Protección de niños. Octubre de 2017.

Página consultada en septiembre de 2018 <https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf>.

¹²⁸ “32. Comparing the data from the States which responded to the Survey in both 2015 and 2008, there has been a 3% increase in the number of return applications. This marks a slowing down in the increase in applications globally when compared with the 2008 Survey which recorded a 45% increase in applications in States which responded to both the 2008 and 2003 Surveys”.

ilícita. Aquí se puede observar que es la madre, la que la mayoría de las veces ha sido la sustractora, siguiéndole el padre.

Se menciona en el documento que esto varía entre Estados.

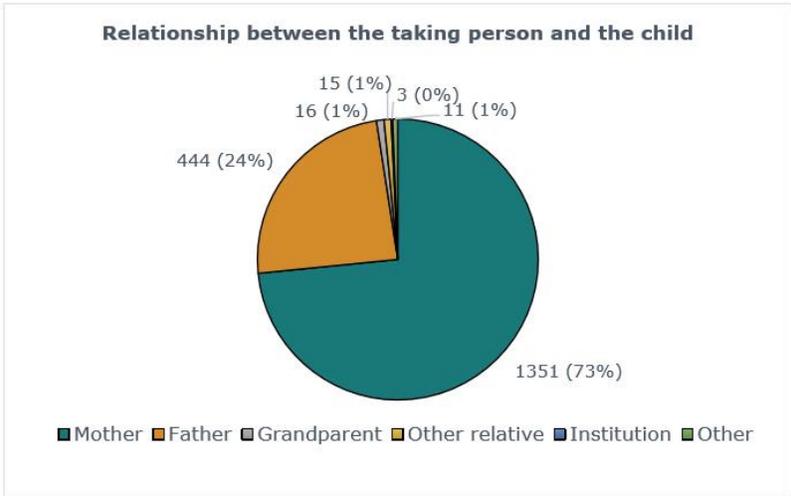


Imagen 2. Relación familiar entre la persona sustractora y el niño. Fuente: <https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf> p. 7

A continuación, se muestra una tabla de las edades de los niños en las cuáles involucrados en solicitudes de sustracción.

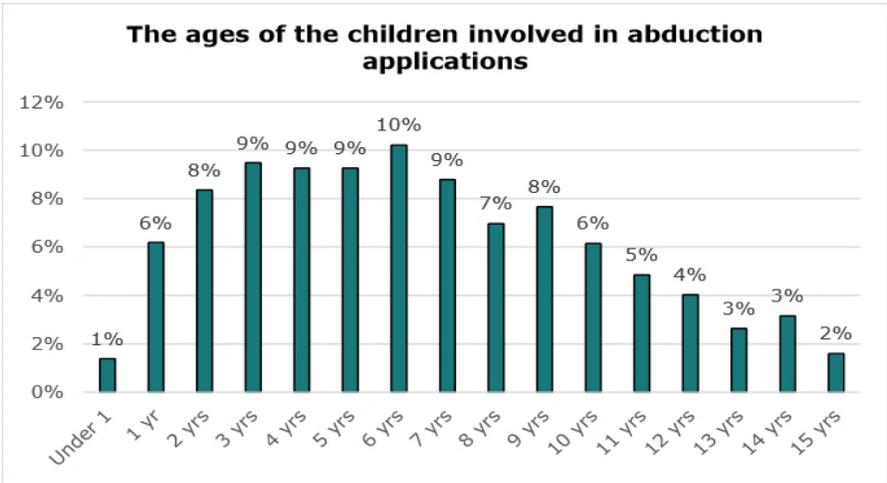


Imagen 3. Las edades de los niños involucrados en solicitudes de sustracción. Fuente: <https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf> p.8

En el 2015, el promedio de edad de los niños involucrados en una solicitud de retorno fue de 6.8 años, la tabla muestra el año de distribución, con la gran proporción de edad de los niños entre 3 y 7 años que estuvieron involucrados.¹²⁹

Respecto del “factor tiempo” o “celeridad” en los asuntos de restitución. El principal número de días para llegar a una resolución final fue de 164 días, desde la fecha en que fue recibida la solicitud, comparada con 188 días en el año 2008.¹³⁰

La siguiente tabla, muestra el promedio de tiempo que se tomó desde que se recibió la solicitud por la Autoridad Central hasta la sentencia o resolución final en los Tribunales, incluidos los de apelación.

Esta tabla incluye los casos que fueron con retorno voluntario, el retorno de manera judicial y la no procedencia de la restitución establecida en la sentencia del Tribunal.

The average number of days taken to reach certain outcomes in 2015

	Voluntary Return	Judicial return	Judicial refusal
Mean	108	158	245
Minimum	3	4	12
Maximum	693	808	867

Imagen 4. El promedio de días tomados para recibir solicitudes. Fuente: <https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf>

¹²⁹ “50. In 2015 the average age of a child involved in a return application was 6.8 years. The table below shows the age distribution, with the greatest proportion of children aged 3-7 years.”

¹³⁰ “106. The mean number of days to arrive at a final settlement was 164 days, from the date at which the application was received, compared with 188 days in 2008”

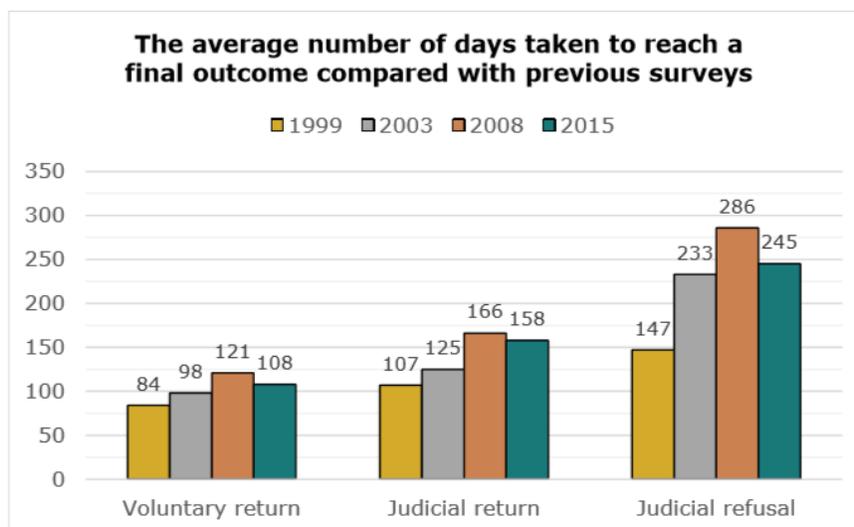


Imagen 5. Promedio de días tomados para llegar a una resolución final. Fuente: <https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf> p.21

La tabla anterior, muestra el promedio de días que se tomaron para llegar a una resolución final. Se compara desde el año de 1999 hasta 2015 y se puede observar que ha sido más tardado llevar a cabo la restitución mediante procedimiento judicial que por medio de un retorno voluntario.

A continuación, se muestra las estadísticas del número de solicitudes de derechos de visita, recibidas por cada Estado en 2015.

De los 76 Estados que respondieron la encuesta realizada en el 2015, 47 Estados recibieron un total de 382 solicitudes de visita.

La mayoría de ellas fueron de los Estados Unidos de América, seguidos de Inglaterra y Gales. En algunos países se incrementó la recepción de solicitudes como en México, Suiza, Inglaterra y Gales, Estados Unidos.¹³¹

¹³¹ "139. Annex 9 compares the number of access applications received by States in 2015 with previous Surveys. Some States received a significantly large increase in access applications, compared with 2008. The number received by Mexico increased by 250%, Switzerland by 55%, England and Wales by 53%, USA by 43%, and France by 32%. By contrast, Sweden received 73% fewer applications in 2015 and the number received by both Ireland and the Netherlands decreased by 54%".

The number of access applications received by each State in 2015

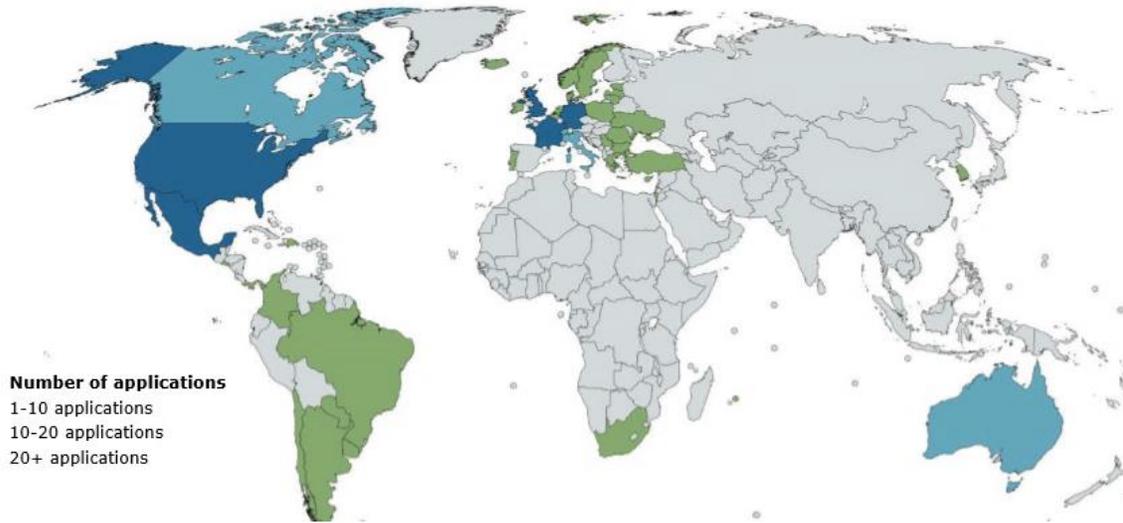


Imagen 6. Número de solicitudes de derechos de visita recibidos por cada Estado en el 2015.

Fuente: <https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf> p. 27

La siguiente gráfica muestra la cantidad de solicitudes de derechos de visita se han presentado en los años 1999, 2003, 2008, y 2015.

Solicitudes que han sido rechazadas de manera judicial, otras que han sido otorgadas mediante acuerdo entre las partes, otras de manera judicial y las que se encuentran pendientes.

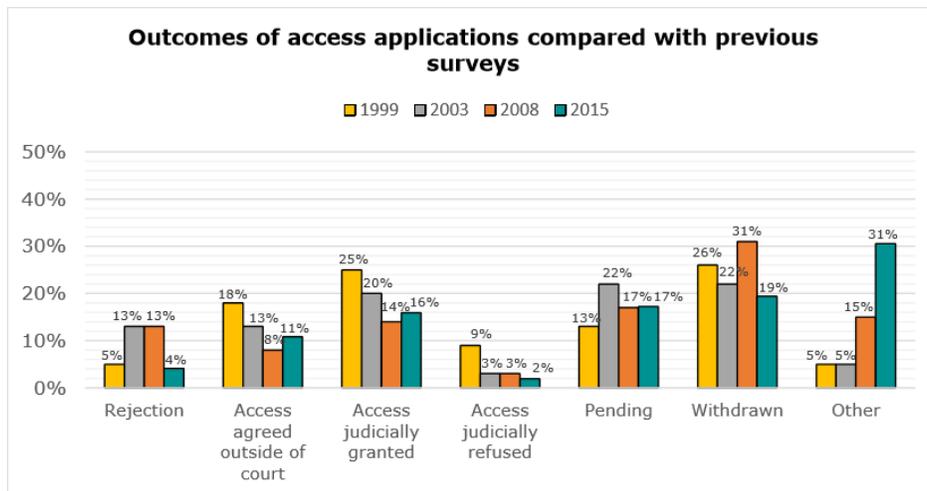


Imagen 7. Aplicaciones de derechos de visita entrantes comparadas con encuestas anteriores.

Fuente: <https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf> p.31

Como se puede observar, en el 2008 hubo una mayor cantidad de solicitudes de visita “retiradas” que en los otros años; y, por el contrario, en el 2015, se han resuelto más las solicitudes implementando otra forma de resolver el conflicto.

Las siguientes estadísticas muestran el promedio de días que se tomaron para obtener una resolución y otorgar derechos de visita y la otra estadística para negar la solicitud.

En la primera se puede observar que en el 2008 la mayoría de las solicitudes se resolvieron mediante la aplicación de la Convención de la Haya, mientras que en el 2015 se resolvieron aplicando la ley de cada país. En la segunda estadística se negaron los derechos de visita en el 2015 aplicando la Convención de la Haya, mientras que en el 2008 se negaron utilizando la ley interna del país.

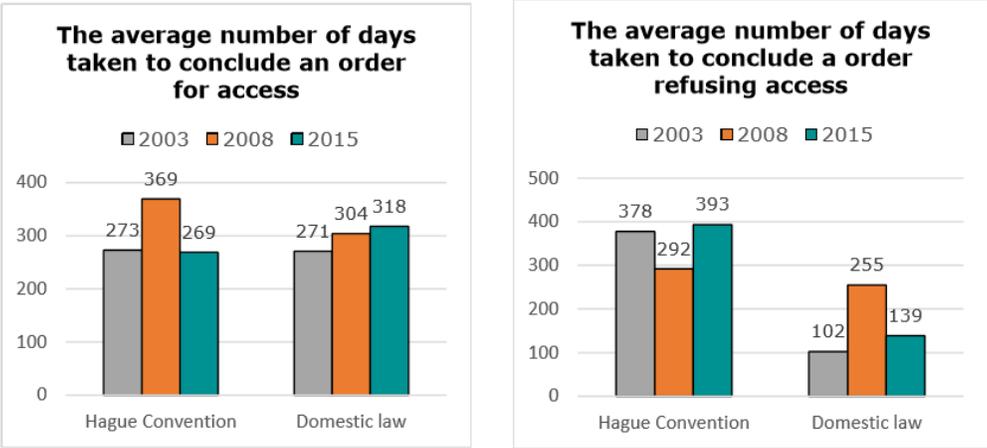


Imagen 8. El promedio de días tomados para concluir con una orden de derechos de visita y el promedio de días tomados para rechazar una orden de derechos de visita. Fuente:

<https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf> p.34

En el Estado Mexicano, se tienen las siguientes estadísticas elaboradas por la Autoridad Central Mexicana en 2017 y 2018.¹³²

Respecto de los casos activos hasta el año 2018, se tiene que hay 225 casos en los que están involucrados 340 niños. De los cuales 92 son casos de niños sustraídos

¹³² [Estadísticas sobre sustracción de menores. Consultar. https://www.gob.mx/sre/documentos/estadisticas-sobre-sustraccion-de-menores?state=published.](https://www.gob.mx/sre/documentos/estadisticas-sobre-sustraccion-de-menores?state=published) Página consultada en septiembre de 2018.

a México, siendo la mayoría de ellos traídos de Estados Unidos, y 133 niños sustraídos desde México.¹³³

Se puede observar que hay más casos salientes, es decir, aquellos donde el NNA tiene su residencia habitual en México y es trasladado o retenido ilícitamente en otro país, lo que se considera que en México no se tiene una política pública o un programa para prevenir las sustracciones de niños, donde las Autoridades tengan el deber de investigar cuando el niño viaja con algún progenitor y si tiene autorización de hacerlo por parte del otro progenitor en su caso por el Juez competente. Y por el contrario existen menos casos donde los niños son trasladados a México.

En el año 2018, hubo 111 casos de niños sustraídos a Estados Unidos, siguiéndole Guatemala, Italia, Suiza, Venezuela, Argentina. Y respecto de casos de niños traídos a México 62 casos fueron de niños traídos de Estados Unidos, siguiéndole Canadá, Francia.¹³⁴

En el año 2017 se presentaron 110 casos de restitución ante Estados Unidos, siguiéndole Canadá y Reino Unido como muestra la siguiente tabla.

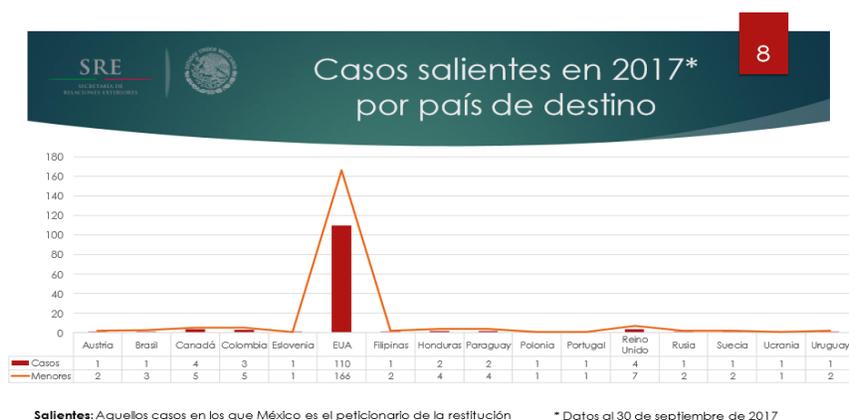


Imagen 9. Casos salientes en 2017 por destino. Fuente:

<https://www.gob.mx/sre/documentos/estadisticas-sobre-sustraccion-de-menores?state=published>

¹³³ Datos Estadísticos Sustracción de Niños S.R.E a 2018, <https://datos.gob.mx/busca/dataset/derecho-de-familia-restitucion-de-menores>. Página consultada el 8 de marzo de 2019.

¹³⁴ *Ibidem*.

Respecto del parentesco del sustractor con el niño, la madre encabeza la lista de personas que traslada o retiene al NNA de manera ilícita.



Imagen 10. Parte sustractora en 2017. Fuente: <https://www.gob.mx/sre/documentos/estadisticas-sobre-sustraccion-de-menores?state=published>

En el año 2018, el motivo de cierre de casos han sido 12 por acuerdo judicial, 13 casos por restitución judicial, 11 casos han sido por desistimiento, 9 por restitución voluntaria, 6 por restitución negada y por ser improcedentes.¹³⁵ Como se puede observar la mayoría de los casos se han llevado a sede judicial y es importante destacar que ha habido más casos terminados en acuerdo, lo que es un avance para que el procedimiento no victimice a los niños, niñas y adolescentes y se vuelva largo y tedioso.

En el año 2017, el motivo de cierre de casos salientes fue a través de una restitución judicial siguiéndole por cierre administrativo de la Autoridad Central requerida, por acuerdo judicial y restitución negada.

Como se observa, la gran mayoría de los casos se resuelve en sede judicial ya sea mediante una sentencia o un acuerdo judicial o una restitución voluntaria. Lo importante aquí es que el procedimiento pueda resolverse de manera rápida y eficiente sin perjudicar tanto al niño, niña o adolescente.

¹³⁵ *Ibidem.*

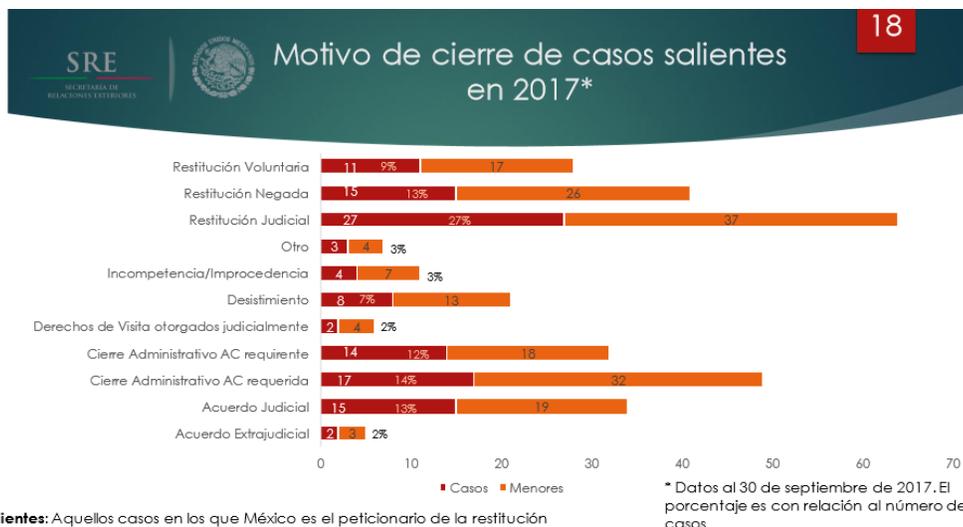


Imagen 11. Motivo de cierre de casos salientes. Fuente:

<https://www.gob.mx/sre/documentos/estadisticas-sobre-sustraccion-de-menores?state=published>

Como se puede notar, la mayoría de los casos, donde los niños son llevados de México a otro país se han resuelto mediante una restitución judicial o acuerdo judicial.

Ahora bien, en la Segunda Reunión Interamericana de Autoridades Centrales y Jueces de la Red Internacional de Jueces de la Haya sobre Sustracción Internacional de Niños realizada en Panamá los días del 29 al 31 de marzo de 2017 se tienen las siguientes estadísticas:¹³⁶

¹³⁶ Datos obtenidos de la Ponencia “Conversatorio sobre Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes. Excepciones al Convenio Artículo 13” que presentó el Magistrado Oscar Gregorio Cervera Rivero en Bogotá, Colombia el 22 de noviembre de 2018. Material que fue obtenido en la Entrevista realizada en noviembre de 2018.

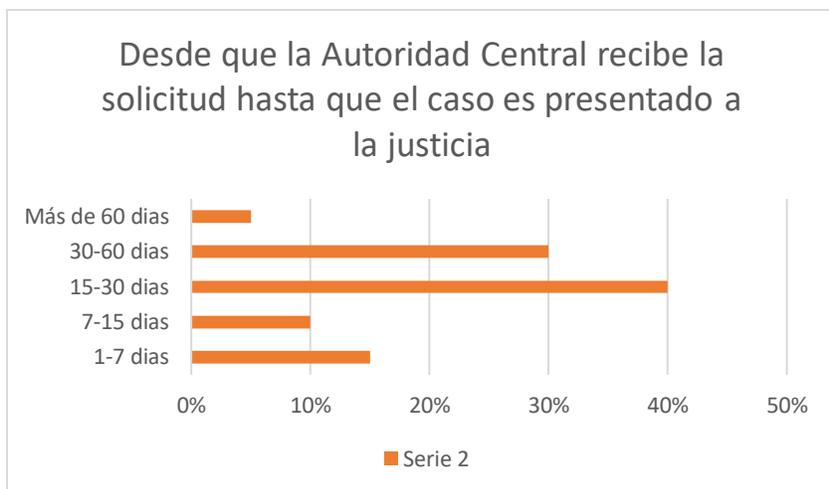


Imagen 12. Tiempos de tramitación de los casos. Fuente: Ponencia “Conversatorio sobre Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes” Magistrado Oscar Cervera.

Se tiene que aproximadamente el 40% de las solicitudes desde que se presentan a la Autoridad Central y llegan a sede judicial tardan de 15 a 30 días, lo que podría decirse que es un tiempo bastante amplio, en el cual mientras se pueden realizar algunas acciones de localización de los niños sustraídos.

La siguiente gráfica, muestra los días que tarda el Tribunal de apelación en resolver desde que recibe el caso hasta que dicta sentencia.

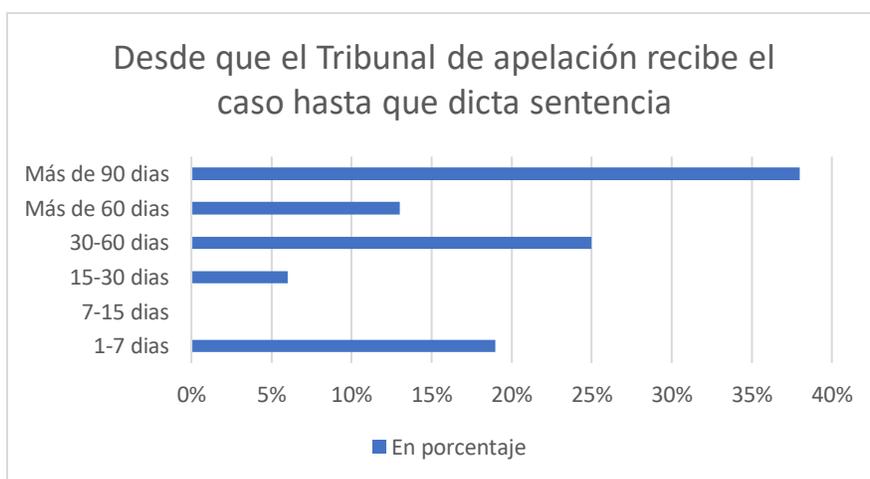


Imagen 13. Días que tardan en resolver desde que el Tribunal de apelación recibe el caso hasta que dicta sentencia. Fuente: Ponencia “Conversatorio sobre Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes” Magistrado Oscar Cervera.

Como se puede observar en la mayoría de los Tribunales de apelación se tardan casi tres meses en resolver sobre una solicitud de restitución, lo que hace que sea más lento el procedimiento y tarde en ejecutarse. Esto provoca daño al niño que por un lado aún no ha sido devuelto a su residencia habitual y por otro en caso de que no proceda una restitución el caso se volvió más largo y el niño sigue sin saber (al igual que los padres) si regresará a lo que era su residencia habitual o permanecerá en el país al que fue sustraído.

Por tanto, de alguno u otra manera existe vulneración más allá de los legal a los derechos de los niños.

Conclusión.

En este capítulo se inició hablando sobre el por qué se le debe decir “Niñas, niños y adolescentes” (NNA) y no “menores” a los niños. Esto fue para introducir al lector a la terminología que se debe usar (y no por moda) cuando se habla de niños.

Se expuso debido a que se tiene muy arraigado en la sociedad que al momento de referirnos a los niños se les diga “menores” haciendo referencia a alguien que tiene menor capacidad, además no hay que olvidar que se les sigue considerando a los niños como “propiedad” de los padres.

Se sabe que desde la Convención sobre los Derechos del Niño se empiezan a ver a los niños como sujetos de derechos y no como objetos de protección, dejando a un lado el modelo minorista-privatista que venía imperando desde hace mucho tiempo para pasar al modelo de protección integral y al convencional- garantista en el que se reconocen los derechos de los niños como personas.

Desafortunadamente aún se sigue viendo a los niños como objetos y eso se puede observar diariamente, sobre todo en los juicios donde están involucrados como del que se hablará a lo largo de todo este trabajo.

No se podía pasar desapercibido uno de los principios más importantes referentes a los NNA, este es el interés superior del niño, que se encuentra contenido en la

Convención sobre los Derechos del Niño, así como en diversas normativas internacionales y estatales.

Se mencionó que el interés superior de la niñez es un principio garantista, de modo que toda decisión que importa a los NNA debe dar seguridad y protección plena para satisfacción de sus derechos de manera integral, es decir, completa.

Analizando dicho principio, se entró al tema del presente trabajo, que es la sustracción internacional de NNA en materia civil. Se sabe que la sustracción es el trasladar o retener ilícitamente a un NNA en otro país diferente al que tiene su residencia habitual o centro de vida.

Esta sustracción se hace por medio de uno de los progenitores y se afecta el derecho de custodia efectivo del otro progenitor o del Estado. Aquí varía dependiendo del caso, puesto que unos progenitores pueden tener una resolución judicial donde establezca esto, pero otros ejercen la custodia de manera efectiva.

Por lo tanto, se manifestó que la guarda y custodia es muy importante definirla para estos casos para que de esta manera se pueda llevar a cabo el procedimiento que se encuentra regulado en las Convenciones Internacionales y que se debe llevar a cabo en cada país y así poder restituir o no al NNA a su residencia habitual.

Por último, se expusieron los problemas que se han detectado en la teoría derivados de la práctica en el procedimiento de restitución llevado a cabo tanto en México como en otros países.

Se puede decir que los más comunes son la falta de una legislación interna donde se explique cómo deben actuar las Autoridades en el proceso, seguido de la capacitación de ellas; así como la difusión del procedimiento entre los abogados y demás jueces; además de cuestiones dentro del procedimiento como la admisión de pruebas que no tienen nada que ver con el asunto o la interposición de recursos y amparos innecesarios.

De igual manera se mostraron algunas estadísticas del año 2015 de casos que recopiló la Conferencia de la Haya en las cuales se observó que las madres tienden a ser las sustractoras; que las edades de los niños sustraídos van entre los 3 y 7

años; así como que los casos se tardan más cuando se llevan mediante un procedimiento judicial.

Respecto de México, las estadísticas emitidas por la Secretaría de Relaciones Exteriores en 2017 y 2018 muestran que hay más casos salientes, es decir, niños que van de México a otro país, que entrantes, sobre todo con Estados Unidos; respecto de la parte sustractora, la madre sigue siendo la protagonista, sin embargo, también hay una gran cantidad de padres que sustraen a los hijos.

Los casos entrantes que han sido llevados a cabo por los jueces nacionales se han resuelto mediante un acuerdo judicial, siguiéndole la restitución judicial y voluntaria.

Es importante conocer estos datos y poder observar que la mayoría han concluido mediante un acuerdo. Por tanto, siempre ha sido más recomendable evitar la judicialización, y llegar a un convenio; así se provocaría menor daño al NNA y se evitaría la demora en los procedimientos. Pero, por otro lado, al hacer un convenio ante un Tribunal, éste tiene valor jurídico y se puede ejecutar posteriormente en caso de incumplimiento y en consecuencia hacer más largo el procedimiento, aunque se tiene seguridad jurídica.

Con estos datos, se puede dar a notar que el niño envuelto en estos juicios es meramente porque así lo establecieron sus padres, nuevamente al pensar que son “propiedad” de la madre o del padre, por lo que se da un conflicto por la “tenencia” del hijo.

Se puede ver primeramente que, los padres transgreden los derechos de los niños al separarlos de su residencia habitual y de su familia. Después, las Autoridades en los procedimientos, al momento de tomar más en cuenta el derecho de los padres al debido proceso, al no conocer la Convención, al no establecerle un abogado o representante legal. Entonces, ¿dónde quedó el interés superior del niño, niña y adolescente?

CAPITULO SEGUNDO

Marco Jurídico Internacional de la Sustracción Internacional de niños, niñas y adolescentes

La restitución internacional de niños, niñas y adolescentes se encuentra regulada a nivel internacional en diversos ordenamientos. La principal es la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores o también llamada Convención de la Haya, la cual tiene varios países contratantes a nivel mundial; mientras que a nivel regional se tiene la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, la cual tiene menos países firmantes y que como resultado, la mayoría prefiere interponer la solicitud de restitución internacional a través de la Convención de la Haya.

Pero, en conjunto con las Convenciones anteriores, se tiene a la Convención sobre los Derechos del Niño, puesto que es un tratado que garantiza los derechos de los niños de manera integral, sobre todo en este tipo de procedimientos en donde se encuentra involucrado el niño, niña y adolescente.

En ese capítulo, se expondrá la normativa internacional aplicable a la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes, desde la Convenciones anteriormente mencionadas, el Comité de los Derechos del Niño en relación con la sustracción internacional, el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hasta el *soft law* aplicable como la guía de Buenas Prácticas de la Convención de la Haya, la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de niños, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado que involucra la cooperación internacional, las Comunicaciones judiciales en el procedimiento de restitución, la Red internacional de jueces de la Haya, el Programa Interamericano de Cooperación para Prevenir y Reparar casos de restitución

internacional y algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Toda la normativa anterior descrita es para conocer de la amplia gama que se tiene de ordenamientos jurídicos en relación al procedimiento de restitución internacional de niños que es importante para la aplicación en cada país y de esta manera garantizar la pronta restitución de los niños, niñas y adolescentes a su lugar de residencia habitual.

2.1. La Convención sobre los Derechos del niño y la Sustracción Internacional de Niños.

En el capítulo anterior se expuso de manera somera la trayectoria histórica que han tenido que pasar los derechos de los niños para que sean reconocidos internacionalmente, debido a que es interés de la sociedad que ellos estén protegidos. Por lo que, para poder llegar a que se estableciera como tal una Convención donde se les reconociera los derechos de los niños y no sólo fueran objetos de protección, se elaboraron diversas normativas, como las que se exponen a continuación:

El 26 de septiembre de 1924, la Asamblea General de la Liga de las Naciones aprueba la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño. Ésta se fundamentó en la iniciativa de la maestra Eglantyne Jebb, presidenta de la Fundación Británica *Save The Children International Union*.¹³⁷

La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño es un documento que consta de cinco puntos que menciona las obligaciones que tienen los padres para con los hijos, como, por ejemplo, darle de comer, llevarlo al médico, educarlo, y no ser explotado. No menciona como tal los derechos que el niño tiene, sino más bien

¹³⁷ Liebel, Manfred, *Sobre la Historia de los Derechos de la Infancia*, en "Infancia y Derechos Humanos. Hacia una ciudadanía participante y protagónica", Perú, IFEJANT, 2009, p. 27

las obligaciones que sus tutores o padres deben hacer por él. La Declaración no estipula límites de edad.

Posteriormente la Liga de las Naciones creó un Comité para la protección de la infancia, pero los “derechos establecidos” no eran reclamables porque no había jurisdicción internacional. Sin embargo, diez años después de su ratificación, los Estados se comprometieron a tomar en cuenta los principios en las legislaciones internas.¹³⁸

Tuvieron que pasar muchos años, conferencias y debates para poder crear el 20 de noviembre de 1959 la Declaración Ampliada sobre los Derechos del Niño, esto fue debido a que se mencionaba que los derechos ya estaban contemplados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 1948.

Esta Declaración consta de 10 principios, que tienen más forma de derechos que de obligaciones como la anterior Declaración. A grandes rasgos estos principios mencionan: los niños disfrutarán de los derechos enunciados en la Declaración, sin excepción alguna; gozarán de una protección especial y disfrutarán de oportunidades y servicios; derecho a un nombre y nacionalidad; beneficios de seguridad social; pleno derecho al desarrollo de su personalidad; derecho a la educación; se menciona el interés superior del niño como principio rector y su protección contra discriminación y abandono.¹³⁹

Lo más sobresaliente de esta Declaración es que por primera vez se le considera al niño como un sujeto de derecho. Mientras que en la Declaración de Ginebra aún se le veía como objeto al que había que dar algo.¹⁴⁰

Después de diversos movimientos dados en el mundo para poder crear legislaciones que protegieran a los niños como el Movimiento por la Liberación de

¹³⁸ *Ibidem*, p. 28

¹³⁹ Declaración de los Derechos del Niño. Consultar.

http://www.senado.gob.mx/comisiones/desarrollo_social/docs/marco/Declaracion_DN.pdf.

¹⁴⁰ Liebel, *op cit*, p. 29

los Niños; por fin en 1989 se dio la creación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Uno de los avances alcanzados por la Convención es el cambio de paradigma con respecto de la infancia. Debido a que ésta se fundamenta en la doctrina de la protección integral, que reconoce a los niños como sujetos de derechos.¹⁴¹

La Convención sobre los derechos del niño¹⁴², es un documento que establece las bases de una relación jurídica entre los Estados y sus sociedades con los niños y las niñas, a quien fortalece como sujetos de derecho, dejando de lado sus anteriores consideraciones como objetos de tutela.¹⁴³

Se basa en la protección integral del niño, y como se dijo anteriormente ya no se habla de “menores” sino de “niños, niñas y adolescentes”; se promueven sus derechos tales como: dar su opinión en los asuntos donde estén involucrados (de acuerdo con su edad y grado de madurez), derecho a la educación, a vivir plenamente, a no ser separados de sus padres. Para esto el Estado debe de establecer políticas para que se cumpla cabalmente la Convención en el país para mayor garantía de los derechos de los niños.

Esta doctrina de protección integral está conformada por una serie de instrumentos como: las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia juvenil (Reglas de Beijing, 1985), las reglas mínimas de las Naciones Unidas para los jóvenes privados de la libertad (1990), Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, así como los protocolos facultativos de la Convención¹⁴⁴ que son:

¹⁴¹ Freitas Barros, Luisa Mercedes, “La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Apuntes básicos”, *EDUCERE. La Revista Venezolana de Educación*, Venezuela, vol. 12, núm. 42, julio-septiembre, 2008, pág. 432.

¹⁴² Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 en Nueva York. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991.

¹⁴³ García Chavarría, Ana Belem, *La Convención sobre los derechos del niño*, México, Comisión Nacional sobre los Derechos Humanos, Fascículo 8, noviembre 2015, p. 13.

¹⁴⁴ Freitas Barros, Luisa Mercedes, “La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Apuntes básicos”, *EDUCERE. La Revista Venezolana de Educación*, Venezuela, vol. 12, núm. 42, julio-septiembre, 2008, pág.433.

1. Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en conflictos armados
2. Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil, y la utilización de niños en la pornografía
3. Protocolo Facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones.¹⁴⁵

La Convención sobre los Derechos del niño, establece que la familia es el principal centro para el desarrollo del niño, por ello tiene un papel importante para garantizar la protección integral del NNA en conjunto con el Estado, sin dejar de ver a los NNA como sujetos de derechos. Es por eso, que se debe mantener al niño con su familia en todo momento, se debe evitar una separación puesto que eso los afectaría psicológicamente.

Asimismo, la Convención menciona que se deben respetar cuatro principios rectores inmersos en ella que son:¹⁴⁶

1. La no discriminación. Reconocimiento de la igualdad de derechos para todos los niños.
2. El interés superior del niño¹⁴⁷. En los actos administrativos o en un conflicto de intereses, debe prevalecer aquello que resulte de mayor beneficio al NNA.
3. La supervivencia y el desarrollo del niño. Derecho a la vida, a la salud física.
4. Participación del NNA en los asuntos donde esté involucrado. Garantizar su derecho a un debido proceso.

¹⁴⁵ Es importante mencionar que México aún no ha ratificado este protocolo.

¹⁴⁶ Freitas Barros, *op cit*, p. 435.

¹⁴⁷ El artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño, menciona el principio de interés superior del menor, el cual a la letra dice: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño 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 él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

En las Convenciones sobre sustracción de niños, todos los principios se encuentran inmersos, aunque no estén explícitos en ellas. Esto es porque al momento de que se sustrae o se retiene ilícitamente al niño en un lugar completamente diferente a donde residía, puede estar en un grave riesgo que le afecte psicológicamente. Tal como lo establece la tesis sobre “sustracción internacional de menores, el interés superior del niño está inmerso en la convención internacional que la regula” al menciona:¹⁴⁸

[...] el Juez respectivo debe atender a los supuestos establecidos en dicha convención, sin necesidad de invocar el interés superior del menor, como motivo distinto o al margen de los supuestos que ahí se establecen, pues debe considerarse precisamente que, al emitir esa normativa, la comunidad internacional ya tuvo en cuenta dicho interés superior.

Por lo que no es necesario mencionar tal precepto debido a que se está considerado al NNA, así como su protección más amplia al momento de aplicar las Convenciones de restitución.

Además del artículo 3 de la Convención, otros artículos aplicables a la restitución internacional son los artículos 9, 11 y 12¹⁴⁹ los cuales mencionan que el NNA no

¹⁴⁸ Tesis I.4o.C.253 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXI, Novena Época, enero de 2010 Página: 2239.

¹⁴⁹ Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño [...].

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño [...].

Artículo 11

1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.

2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

Artículo 12

debe ser separado de sus padres a menos que así lo determinen las Autoridades en caso de que exista alguna situación que afecte al NNA. Asimismo, se debe luchar contra las sustracciones o retenciones ilegales de niños que lo afectan íntegramente.

Es de suma importancia garantizar el debido proceso del NNA en los juicios donde estén involucrados. Con respecto al tema del presente trabajo, es fundamental permitir al NNA que de acuerdo con su grado de madurez opine respecto al asunto y decida si desea permanecer en su nueva residencia habitual o no.

En el procedimiento de restitución internacional de NNA, así como de derecho de visita es sustancial la Convención sobre los derechos del niño, porque al ser un tratado de derechos humanos en donde se involucran todas las prerrogativas sobre los niños, así como el principio de interés superior del NNA, es un documento complementario de las Convenciones de restitución que impone obligaciones a los Estados que las han ratificado.

Esta Convención es primordial no solo por ser un tratado de derechos humanos referente a los niños, sino que se relaciona en muchos aspectos con las Convenciones de sustracción que se verán más adelante, debido a que involucra varios derechos que los niños tienen y que muchas veces sus mismos padres vulneran, pensando que no les afectará.

Por tal motivo, es que los Estados a través de sus autoridades deben de implementar medidas de protección para esos niños que son sustraídos, así como aquellos que no tienen contacto con padres, debido a que se están vulnerando derechos establecidos en los tratados internacionales del cual el Estado se comprometió a salvaguardar y cumplir.

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

2.1.1. El Comité de los Derechos del niño y la Sustracción Internacional de Niños.

El Comité de los Derechos del niño, es el órgano de las Naciones Unidas que se encarga de vigilar que los Estados cumplan con las obligaciones establecidas en la Convención de conformidad con el artículo 43, primer párrafo.¹⁵⁰ Además de supervisar la aplicación de los tres protocolos facultativos.

Para su funcionamiento, la Convención ha otorgado al Comité la facultad de adoptar su propio reglamento, así como la facultad de recibir periódicamente por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado los Estados para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso del goce de esos derechos.¹⁵¹

El reglamento del Comité autoriza a diversos organismos para que coadyuven con ellos y proporcionen asesoramiento especializado sobre la aplicación de la Convención en los sectores que son de incumbencia de sus respectivos mandatos.¹⁵²

Algunas actividades del Comité son llevar a cabo sesiones públicas o privadas con órganos auxiliares; debe presentar cada dos años un informe sobre sus actividades a la Asamblea General de las Naciones Unidas; publicar su interpretación del contenido de las disposiciones sobre derechos humanos en forma de “observaciones generales”; además se pueden plantear cuestiones relacionadas con los derechos de los niños y las niñas ante otros Comités de las Naciones Unidas en competencia, para examinar denuncias de los particulares.¹⁵³

¹⁵⁰ Artículo 43 de la Convención sobre los derechos del niño. 1. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan. [...].

¹⁵¹ *Ibidem*, p.15.

¹⁵² García Chavarría, Ana Belem, *La Convención sobre los derechos del niño*, México, Comisión Nacional sobre los Derechos Humanos, Fascículo 8, noviembre 2015, pág. 16.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 17.

El Comité se reúne en Ginebra, Suiza y celebra tres periodos de sesiones. Está compuesto por 18 personas expertos independientes; son electos en el término de 4 años por los Estados parte¹⁵⁴ de conformidad con el artículo 43 de la Convención.

Los idiomas oficiales del Comité son el árabe, chino, español, francés, e inglés, y sus idiomas de trabajo son el español, francés e inglés. Sus sesiones siempre son públicas a menos que se decida lo contrario.

Las observaciones generales, según el artículo 77 del Reglamento¹⁵⁵, son para promover la aplicación de la Convención y asistir a los Estados parte del cumplimiento de sus obligaciones respecto de la presentación de informes.

Estas observaciones constituyen documentos que brindan interpretaciones relativas a los derechos humanos contenidos en la Convención, las cuales coadyuvan con el conocimiento, difusión y aplicación de ésta,¹⁵⁶ y pese a que no son jurídicamente vinculantes, se les considera como contribuciones útiles para la comprensión de los instrumentos en materia de derechos humanos.¹⁵⁷

A continuación, se muestra una tabla con las observaciones generales del Comité hasta el momento:

Observaciones Generales	
1	Propósitos de la Educación.
2	El papel de las instituciones nacionales independientes de los derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño.
3	El VIH/SIDA y los derechos del niño.
4	La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁵⁴ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Consultar.

<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/Membership.aspx>.

¹⁵⁵ 1.El Comité podrá elaborar observaciones generales sobre la base de los artículos y las disposiciones de la Convención para promover su aplicación y asistir a los Estados partes en el cumplimiento de sus obligaciones de presentación de informes. 2.El Comité incluirá esas observaciones generales en sus informes a la Asamblea General.

¹⁵⁶ Cardona Acuña, Luz Ángela, "Observaciones Generales de la Convención sobre los Derechos del Niño", *Dfensor, Revista de Derechos Humanos*, México, número 12, año XII, diciembre 2014, pág. 27.

¹⁵⁷ *Guía a la observación general No. 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, Unicef y Fundación Bernard Van Leer, la Haya, 2007, p. 1.

5	Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del niño
6	Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.
7	Realización de los derechos del niño en la primera infancia.
8	El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes.
9	Los derechos de los niños con discapacidad.
10	Los derechos del niño en la justicia de niños, niñas y adolescentes.
11	Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño.
12	El derecho del niño a ser escuchado.
13	Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.
14	Sobre el Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.
15	Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud.
16	Sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño.
17	Sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes.
18	Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta.
19	Sobre la presupuestación pública para la realización de los derechos del niño (artículo 4).
20	Sobre la implementación de los derechos del niño durante la adolescencia.
21	Niños en situación de calle.

Tabla, elaboración propia, con base en la página del Comité de los Derechos del niño.
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11

Como se puede observar existen diversas opiniones por parte del Comité que pueden ayudar no sólo a los Estados parte para realizar sus informes o aplicarlos en las respectivas legislaciones, sino que también auxilian a aquellas personas que se dedican a velar por los derechos de los niños, tales como jueces o abogados. Para que de esta manera se comprenda más a que se refiere la Convención cuando habla sobre algún artículo o tema en específico.

De lo anterior, es importante que se conozca la actividad del Comité, así como estas orientaciones generales, para poder contribuir a la protección integral de los derechos del niño y sobre todo a garantizarles sus derechos.

2.2. La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convención de la Haya).

La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores o Convenio de la Haya¹⁵⁸ es un instrumento de carácter unitario que sólo regula los aspectos de cooperación entre autoridades judiciales o administrativas con el fin de evitar el traslado o retención ilícita, localizar y restituir al NNA, así como hacer valer los derechos de custodia y visita vigentes en un Estado parte.¹⁵⁹ Como es un tratado multilateral tiene varios países firmantes alrededor del mundo, factor que hace posible su aplicabilidad.¹⁶⁰

La Convención de la Haya busca la protección del NNA en el plano internacional de los efectos perjudiciales que podría causarle una retención o traslado ilícito; y el poder establecer un procedimiento que permita una restitución inmediata. Así como instaurar derechos de visita.

¹⁵⁸ Adoptado en sesión plenaria celebrada el 24 de octubre de 1980 por el decimocuarto periodo de sesiones de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Incorpora el texto del convenio y una recomendación que contiene un formulario modelo de las demandas de retorno de los NNA desplazados o retenidos ilícitamente. En México fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de marzo de 1992.

¹⁵⁹ González Martín, Nuria, *Familia Internacional en México. Adopción, Alimentos, Restitución, Tráfico y Trata*, México, Porrúa, 2009, pág. 198.

¹⁶⁰ Para ver qué países son los que han ratificado la Convención de la Haya <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>. Página consultada el día 17 de septiembre de 2017.

El convenio de la Haya tiene como finalidad:

1. Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante.
2. Velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en un Estado contratante se respeten en los demás Estados.

Las personas que tienen el derecho de guarda y custodia pueden ser no sólo los progenitores sino también algún familiar o una institución, y están legitimados a solicitar la restitución internacional ante la Autoridad respectiva, de la cual se hablará más adelante.

Para este convenio, NNA es aquel que aún no ha alcanzado los 16 años, pero, aunque sea menor de edad y tenga suficiente madurez, puede decidir con quién quedarse, si con el solicitante o el supuesto sustractor.

Es importante mencionar que se puede presentar la solicitud de restitución en cualquier momento, mientras el NNA no haya cumplido los 16 años.

Algunas características de este convenio son:

- Carácter ilícito de un traslado o retención

El artículo 3 del Convenio establece cuales son las causas, que a la letra dicen:

Se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, una institución, o cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el NNA tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención.

Cuando este derecho de custodia de los progenitores se ejercía en forma efectiva, es decir, habitual, continua, ya sea separada o conjuntamente, en el momento del traslado o retención ilícita, o se seguiría ejerciendo si es que no se hubiera producido ese menoscabo al derecho.

- **Ámbito de Aplicación.**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 35 de la Convención¹⁶¹, sólo aplica a aquellos Estados contratantes del Convenio, que es el Estado donde reside el NNA y a donde fue trasladado o retenido ilícitamente.

Sin embargo, como menciona el artículo 36¹⁶² nada impide a los Estados aplicar el convenio retroactivamente o derogar alguna disposición del Convenio, claro está, en beneficio del interés superior del NNA.

- **Autoridades Centrales.**

De acuerdo con el artículo 6 del Convenio de la Haya, “cada uno de los Estados contratantes designará una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone la Convención”. Desempeñará su función como Autoridad requirente o requerida según sea el caso.

Algunas obligaciones y atribuciones mencionadas en el artículo 7 son: adoptar medidas apropiadas para la localización del NNA (en este tema, se trabaja en conjunto con otras Autoridades Administrativas); garantizar la restitución voluntaria del NNA o facilitar una solución amigable; intercambiar y facilitar información; facilitar la apertura de un procedimiento judicial; la obtención de asistencia judicial.

El rol que le compete a la Autoridad Central es trascendente, se le considera que es el elemento clave de los sistemas efectivos para garantizar la restitución inmediata del NNA o en su caso la apertura de derechos de visita, por tanto, deberá coordinar y promover la cooperación dentro y fuera del país con las demás autoridades del Estado como la policía local, INTERPOL.¹⁶³

¹⁶¹ Artículo 35 de la Convención de la Haya “el presente Convenio sólo se aplicará entre los Estados contratantes en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados”.

¹⁶² Artículo 36 de la Convención de la Haya “nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá que dos o más Estados contratantes, con el fin de limitar las restricciones a las que podría estar sometida la restitución del menor, acuerden mutuamente la derogación de algunas de las disposiciones del presente Convenio que podrían originar esas restricciones”.

¹⁶³ Capuñay, Luz María, “Los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, en Tenorio Godínez, Lázaro (coord.) *La Restitución Internacional de la Niñez. Enfoque Iberoamericano, Doctrinario y Jurisprudencial*, México, Porrúa, 2011, pág.7.

- Principios rectores de la Convención de la Haya: Celeridad y urgencia.

El artículo 11 de la Convención menciona que las autoridades judiciales o administrativas de los Estados actuarán con urgencia en los procedimientos de restitución de niños, por lo que si una autoridad no hubiera llegado a una resolución en el plazo de seis semanas deberá indicar las razones de su demora. Esto es porque al ser un tratado que protege al niño de retenciones o traslados ilícitos, el factor tiempo es indispensable puesto que entre más demora exista para ubicarlo más estará en peligro.

De tal forma que los obligados a garantizar esa celeridad al procedimiento son las autoridades centrales en coadyuvancia con las administrativas y judiciales para evitar el arraigo del NNA al país donde fue trasladado¹⁶⁴ y evitar ocasionarle daños psicológicos no sólo por cambiar de residencia, sino que no podrá seguir en contacto con su otro progenitor y le vulneraría su derecho de estar con su familia.

Esta celeridad contemplada que deben tener los jueces viene dada porque no se encuentra en juego una cuestión de fondo [...] sino que el fin último es que el NNA retorne a su residencia habitual donde tenía su centro de vida, a fin de que sus derechos sean salvaguardados.¹⁶⁵ Y se agregaría que no sólo deben tener esa celeridad los jueces sino también las autoridades administrativas que auxilian en el procedimiento a la Autoridad Central y a los Jueces.

- Excepciones a la Restitución.

El interés principal del Convenio de la Haya es la restitución inmediata del NNA, sin embargo, hay ciertas excepciones que pueden darse en el procedimiento y que le corresponde al sustractor probarlas.

¹⁶⁴ Tesis 1a. XXXVII/2015 (10a.), Gaceta del *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época Tomo II, febrero de 2015, Página: 1419.

¹⁶⁵ Álvarez de Elías, Rocío, "El interés superior del niño frente a la inexistencia de la legislación procesal relativa al funcionamiento del proceso de restitución internacional de menores" *Restitución Internacional de Menores. Aspectos procesales y prácticos. Derecho Comparado*, Argentina, Ed. B de F, 2014, p.224.

Estas excepciones pueden dar lugar a que la restitución sea negada. Por lo que de conformidad a los artículos 13 y 20 del Convenio, se describen a continuación las excepciones previstas.

1. La persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del niño 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.

En este supuesto, la persona que tenía el derecho de custodia no lo ejercía comúnmente o no existe una declaración judicial que lo mencione. Además, cabe la posibilidad de que la persona que tenía el derecho de custodia otorgara un permiso para que el niño saliera del país.

2. Existe un grave riesgo de que la restitución del NNA lo exponga a un peligro físico y/o psíquico, o que de cualquier otra manera ponga al NNA en una situación intolerable.

Por medio de las pruebas que aporte el sustractor en las que demuestre que existe un grave problema si se restituye al niño a la residencia habitual que tenía ya sea por cuestiones de violencia familiar, situaciones de riesgo en el otro país como delincuencia organizada o guerras.

Se considera el interés del NNA a no ser desplazado de su residencia habitual, sin garantías suficientes de que la nueva será estable, cede en estos supuestos ante el interés primario de cualquier persona a no ser expuesta a un peligro físico o psíquico, o colocada en una situación intolerable.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Pérez Vera, Elisa, Informe explicativo de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, párrafo 29.

3. Se podrá negar la restitución en el caso de que se compruebe que el propio NNA se opone a su restitución, cuando el niño haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

En este caso, se le da su derecho al niño de que opine sobre las cuestiones que le están afectando a su vida, pero depende del grado de madurez alcanzado. Y de esta manera se decidirá si prefiere quedarse en su nueva residencia o regresar a la otra.

4. El sustractor demuestre que el niño se encuentra integrado totalmente a su nuevo ambiente. El comportamiento posterior del progenitor desposeído muestra una aceptación de la nueva situación creada, lo que la hace más difícilmente impugnabile.¹⁶⁷

Esto suele ser una forma de que el sustractor (a) interponga ante Tribunales un juicio de guarda y custodia para que de esta manera se alargue el procedimiento y el niño se empiece a adaptar a su nueva residencia.

5. Cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Para poder denegar el retorno del NNA invocando el motivo que figura en esta excepción, la autoridad en cuestión debe comprobar no sólo la existencia de una contradicción sino también el hecho de que los principios protectores de los derechos humanos prohíben el retorno solicitado.¹⁶⁸

- El artículo 16 del Convenio de la Haya: No resolver cuestiones de fondo.

¹⁶⁷ *Ibidem*, párrafo 28.

¹⁶⁸ *Ibidem*, párrafo 33.

El artículo menciona que las Autoridades Judiciales o Administrativas del Estado contratante donde haya sido trasladado el NNA no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia. Por lo que mientras se resuelve la solicitud de restitución se debe detener cualquier otro juicio.

- Etapas del proceso:

1. Administrativa

Se inicia cuando la persona física o moral afectada en su derecho de custodia, se presenta ante la Autoridad Central del país de la residencia habitual del NNA para solicitar la restitución del NNA, y adjunta los documentos que menciona el artículo 8 de la Convención como fotografías, normativa del país, alguna resolución judicial, datos donde posiblemente se encuentre el NNA.

La Autoridad Central, de acuerdo con sus facultades expresadas en el artículo 7 envía esta documentación de conformidad al formato establecido en la Conferencia de la Haya, a la otra Autoridad Central del Estado donde posiblemente se encuentre el NNA.

Una de las medidas que puede adoptar la Autoridad Central es tratar de llegar a un convenio extrajudicial de restitución de niños, facilitar una solución amigable para evitar la judicialización del caso.¹⁶⁹

Sino se llega a un acuerdo, se tendrá que pasar a la etapa judicial. Se puntualiza que de acuerdo con el artículo 23 de la Convención no se requerirá legalización o formalización de documentos.

2. Judicial

La etapa judicial comienza cuando no fue posible llegar a un acuerdo extrajudicial sobre la restitución del NNA o de derechos de visita. Por lo que estas solicitudes originan un conflicto de intereses entre el sustractor (a) y el progenitor afectado,

¹⁶⁹ Capuñay, Luz María, "Los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", en Tenorio Godínez, Lázaro (coord.) *La Restitución Internacional de la Niñez. Enfoque Iberoamericano, Doctrinario y Jurisprudencial*, México, Porrúa, 2011, pág.6.

situación que el juez debe resolver, estos procesos deberán ser tratados de manera urgente debido a que el NNA es el afectado directamente.¹⁷⁰

La Convención de la Haya no maneja un procedimiento que deban seguir las Autoridades del Estado, aunque hay que mencionar que la Convención Interamericana sí contempla plazos, además existe la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños que, aunque es *soft law* (se expondrá más adelante), las Autoridades pueden basarse en ella para cumplir con el propósito de la Convención.

Asimismo, dependerá de la normativa procesal de cada Estado la aplicación del Convenio, siempre y cuando se respeten los tiempos, debido a que, se reitera, es un procedimiento de urgencia no ordinario.

Es por eso, que después de llevar una solicitud de restitución en forma de juicio ante las Autoridades competentes del Estado a donde fue llevado ilícitamente el NNA, se decide mediante una resolución judicial o en su caso un convenio judicial la procedencia o no de la restitución o del otorgamiento de derechos de visita y dependiendo de eso el sustractor o el solicitante pueden promover algún recurso contra la sentencia. Aquí termina la etapa judicial.

Volviendo a las características de la Convención de la Haya, ésta no se refiere en algún momento a la nacionalidad del NNA como un elemento que deba ser tomado en consideración por las autoridades requeridas para determinar la procedencia de una solicitud de restitución. Se debe inferir, que una solicitud de restitución de NNA presentada por la Autoridad Central del Estado requirente implica la determinación de que el NNA será admitido en su territorio una vez ordenado el retorno.¹⁷¹

La Convención de la Haya, señala en su artículo 44 que la Convención permanecerá en vigor durante cinco años a partir de la fecha de su entrada (...), aunque si no hubiera denuncia por parte de los Estados se renovará tácitamente.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 7

¹⁷¹ Jácome Cid, Johannes “El aspecto migratorio en los procesos de restitución en México” en Tenorio Godínez, Lázaro (coord.) *La Restitución Internacional de la Niñez. Enfoque Iberoamericano, Doctrinario y Jurisprudencial*, México, Porrúa, pág. 301.

La Convención de la Haya es un tratado multilateral considerado de Cooperación Procesal, que se relaciona con la Convención sobre los Derechos del Niño que es un tratado de derechos humanos, por lo que es importante cumplir con lo establecido en él, puesto que, si no se ejecuta, podría llevar a violaciones al debido proceso de los niños, así como de las personas involucradas, y en consecuencia generaría vulneración de derechos humanos y tratados internacionales del cual el Estado es parte.

Además, esta Convención tiene una amplia cobertura geográfica y se presume que es la más usual, además de contener documentos accesorios a ella como la Guía de las Buenas Prácticas y la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la aplicación de los convenios sobre Sustracción Internacional de niños. Documentos que se expondrán más adelante.

2.3. La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

La Convención Interamericana¹⁷² se realizó en las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional privado. Fue aprobada junto con la Convención de obligaciones de alimentos.¹⁷³ Su objeto es asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados parte, así como hacer respetar el ejercicio del derecho de visita.

La Convención habla de “restitución”, la acción que le sigue a la “sustracción”, sin embargo, este Tratado junto con la Convención de la Haya tienen en general las mismas características, pero con algunas pequeñas diferencias.

Sus características son:

¹⁷² Se realizó en las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional privado en Montevideo, Uruguay el 15 de julio de 1989. En México, la publicación en el Diario Oficial de la Federación fue el 18 de noviembre de 1994. Consultar.

[https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/muestratratado_nva.sre?id_tratado=477&depositario=.](https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/muestratratado_nva.sre?id_tratado=477&depositario=)

¹⁷³ Matus Calleros, Eileen, *México ante la restitución internacional de menores*, México, IJ-UNAM, 2013, p.80.

- La Convención considera “menor” o niño, niña y adolescente (NNA) a una persona que aún no haya cumplido dieciséis años.

- La legitimación, la tienen los progenitores, tutores o cualquier institución en ejercicio de su derecho de custodia.

- Los solicitantes de la restitución podrán ejercitar su derecho a través de la siguiente forma:¹⁷⁴

1. A través de exhorto o carta rogatoria
2. Mediante solicitud a la autoridad central
3. Directamente, por vía diplomática o consular

- Carácter ilícito de un traslado o retención.

De acuerdo con el artículo 4, se considera ilegal el traslado o la retención de un NNA cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o una institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.

- Ámbito de Aplicación.

Es considerado un instrumento *inter partes* porque solo se aplica entre los Estados Americanos que la tienen ratificada, que hasta el momento son trece¹⁷⁵. Por lo que, para que se haga efectivo este convenio se necesita que el niño tenga su residencia en uno de los países firmantes y que haya sido trasladado a otro de los países firmantes. Pero, el artículo 1 prevé otro Estado distinto a los mencionados

¹⁷⁴ Artículo 8 de la Convención Interamericana.

¹⁷⁵ Organización de los Estados Americanos. Firmas. Consultar.

<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-53.html>. Página consultada el 18 de septiembre de 2017.

anteriormente. Se afirma que el Estado al cual se refiere vendría siendo aquel que sirvió de tránsito.¹⁷⁶

Asimismo, puede establecerse que esta Convención establece tres foros nacionales internacionalmente competentes que son: uno, el tribunal donde el menor tuviere su residencia habitual antes del traslado o retención ilegal; el segundo es el tribunal del Estado parte donde el menor se encontrare o se supone que se encontrare y el tercero, ante las autoridades del Estado donde se hubiere producido el ilícito.¹⁷⁷ Esto es para que no exista una posible denegación de justicia, por lo que se habla de un foro alternativo.

- Autoridades Centrales.

De acuerdo con el artículo 7, cada parte designará una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones del Convenio y que comunicará la designación a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

De la redacción del artículo se menciona que la Autoridad tendrá las siguientes obligaciones:

1. Colaborar con los actores del procedimiento y con las autoridades competentes de los respectivos Estados para obtener la localización y la restitución del NNA;
2. Llevará arreglos que faciliten el rápido regreso y recepción del NNA;
3. Cooperarán con otras autoridades sobre el funcionamiento de la convención y de esta manera cumplir con los objetivos del tratado.

Las solicitudes que se envíen para la restitución del NNA deberán contener hechos relativos al traslado o retención, información relativa a la probable ubicación del niño, identidad del solicitante y de ser posible del sustractor, los fundamentos de derecho en que se apoya para la restitución, la copia de la resolución judicial si existiera, la documentación sobre la legitimación procesal.

¹⁷⁶ Matus Calleros, Eileen, *op cit*, p. 83.

¹⁷⁷ Matus Calleros, Eileen, *op cit* p. 87.

- Principio de Celeridad.

Este principio de celeridad o de urgencia, se aplica también en esta Convención debido al riesgo en que probablemente se encuentre el menor al ser sustraído y que las Autoridades judicial y administrativas deberán actuar rápidamente para evitar que se le ocasione más riesgo al NNA o en su caso que el niño se adapte a su nueva residencia y el sustractor pueda iniciar el procedimiento de custodia en el país al que fue trasladado.

- Artículo 15 de la Convención. La restitución del NNA no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda.

- Excepciones a la Restitución:

Los artículos 11, 20 y 25 de la Convención establecen que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor cuando la persona o la institución que presente oposición demuestre:

1. Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o retención de la retención, o hubieran consentido su ausencia con posterioridad al traslado.

2. Que existiere un riesgo grave de que la restitución del NNA pudiere exponerle a un riesgo físico o psicológico.

3. Si el NNA se opone a regresar al que era su residencia habitual. Para esto se debe de tomar en cuenta su grado de madurez.

4. La restitución podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido y en instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y del niño.

- Procedimiento.

Esta Convención, tiene un procedimiento específico para la restitución y los derechos de visita además de mencionar los plazos en los cuales se debe presentar la solicitud de restitución, así como las excepciones.

En el artículo 9 menciona los requisitos que debe contener la demanda, posteriormente dice que los jueces del Estado requerido adoptarán las medidas que sean necesarias para la devolución voluntaria del NNA o en su caso para asegurar su custodia o guarda provisional e impedir la salida del NNA del territorio de su jurisdicción.

El artículo 22 prevé que los exhortos o solicitudes relativas a la restitución y localización podrán ser transmitidos al órgano requerido mediante estas opciones:

1. Por las propias partes interesadas
2. Por vía judicial
3. Por medio de los agentes diplomáticos o consulares
4. Por la Autoridad Central

Las excepciones previstas en el artículo 11 que se manifestaron anteriormente deberán presentarse dentro del término de 8 días hábiles, de las cuales la autoridad evaluará las pruebas que se aporten para dar una resolución, que será dentro de los 60 días calendario siguientes a la recepción de la oposición.

Según lo estipulado en el artículo 13 si dentro del plazo de cuarenta y cinco días desde que fuere recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del NNA, quedará sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas.

Por lo que estos procedimientos deberán ser instaurados dentro del plazo de un año calendario a partir de la fecha en que el NNA hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente; con excepción de que a criterio de la autoridad requerida lo justifiquen las circunstancias del caso.

El artículo 20 menciona que, si la restitución no fuere solicitada dentro del plazo de sesenta días calendario, contados a partir de la comunicación de la localización del menor a las autoridades, las medidas adoptadas tales como asegurar su salud y evitar ocultamiento o traslado a otra jurisdicción podrán quedar sin efectos.

- Instituto Interamericano del Niño.

El artículo 27 de la Convención señala que el Instituto Interamericano del Niño que es el organismo de la Organización de los Estados Americanos especializado en niñez y adolescencia que tendrá a su cargo coordinar las actividades de las Autoridades Centrales en el ámbito de la Convención, así como las atribuciones para recibir y evaluar información de los Estados Parte.

El artículo 37 de la Convención establece que regirá indefinidamente, pero que cualquier de los Estados parte podrá presentar su denuncia y se hará ante la Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos.

Para concluir, la Convención Interamericana tiene una cobertura menor al ser un tratado regional, por lo que no es tan usual como un tratado multilateral. Sin embargo, no hay que dejar a un lado lo establecido en ella, puesto que puede auxiliar en los procedimientos de restitución, además prevé que los Estados parte puedan hacer uso de la Convención Interamericana o de la Haya, de común acuerdo.

La percepción inicial de que el problema de la escasa eficacia o aplicación práctica de la convención se debe a la falta de voluntad política de los Estados y no a motivos intrínsecos de la convención. Hay casos en los que el instrumento se firma, pero la

ratificación nunca se produce, y casos en los que aun siendo parte no se da cumplimiento de designar una Autoridad central.¹⁷⁸

Por lo anteriormente dicho, se muestra el siguiente cuadro en donde se pueden observar las similitudes y diferencias de estas convenciones sobre restitución y sustracción de niños para comprenderlos mejor.

	Convención de la Haya	Convención Interamericana
Similitudes	<ul style="list-style-type: none"> • Dos finalidades: garantizar la restitución inmediata y velar porque los derechos de custodia y visita se respeten en los Estados contratantes. • Regula el aspecto de la cooperación entre autoridades judiciales o administrativas con el fin de alcanzar y restituir al NNA. • Ambas tienen Autoridades Centrales. • No se podrá decidir sobre derechos de custodia. • Velar porque se ejerza de manera efectiva los derechos de visita. • Carácter irretroactivo. 	
Diferencias	<ul style="list-style-type: none"> • Carácter Universal • Convención sobre sustracción • Contiene un informe explicativo realizado por Elisa Pérez Vera en los que se pone de manifiesto los principios en los que se basa el convenio y proporciona un comentario detallado de sus disposiciones. 	<ul style="list-style-type: none"> • Carácter Regional • Convención sobre restitución • Cláusula de compatibilidad entre ambas convenciones. • Convenio <i>interpartes</i>. Los NNA deben tener su residencia habitual en el Estado parte. • Tribunales pueden ser competentes: <ol style="list-style-type: none"> 1. El de la residencia habitual inmediata antes de su sustracción o retención ilícita.

¹⁷⁸ Albornoz, María Mercedes, “La cooperación interamericana relativa a la restitución internacional de menores”, *Derecho Internacional Privado. En homenaje a la escuela libre de derecho en su primer centenario*, México, Porrúa y Centro de Investigación e informática jurídica, 2012, pág. 214.

	<ul style="list-style-type: none"> • Tiene un documento accesorio que es la Guía de Buenas Prácticas. • Responsabilidad del traslado o retención ilícita no solo a los progenitores sino a cualquier persona, institución u organismo. • Se debe renovar cada 5 años, a menos que exista una denuncia y se haga de manera automática. • Es más usual en la práctica por ser un tratado multilateral. 	<ol style="list-style-type: none"> 2. El de la residencia habitual donde se encuentre o donde se supone que se encuentre. 3. Lugar de la comisión del acto ilícito <ul style="list-style-type: none"> • El procedimiento se podrá ejercer a través de 3 vías. A) Por exhorto, b) Autoridad Central, c) vía diplomático consular. • Contiene un procedimiento de restitución y derechos de visita con plazos y términos. • El Instituto Interamericano del niño como organismo especializado de la OEA para coordina las actividades centrales, así cómo evalúa la información de los Estados partes relativas a la aplicación del convenio. • Rige de manera indefinida a menos que exista una Denuncia por el Estado.
--	--	---

Cuadro: Elaboración propia.

El Convenio de la Haya y la Convención Interamericana son de carácter unitario en el sentido de que el primero regula los aspectos de cooperación internacional entre autoridades centrales y el segundo los aspectos de competencia judicial internacional. Por tal motivo estos instrumentos deberán coexistir forzosamente en el derecho interno de cada uno de los Estados para determinar los sectores del derecho aplicable.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Matus Calleros, Eileen, *México ante la restitución internacional de menores*, México, Ed. IJ-UNAM, 2013, p.92.

Estos mecanismos ayudan a la protección del NNA que ha sido trasladado o retenido ilícitamente, ambas pueden aplicarse en los casos que se susciten; sin embargo, aunque se tienen dos convenciones, en la práctica, la Convención Interamericana está en desuso; no se reciben solicitudes de parte de la Convención Interamericana, por lo que a la Convención de la Haya se le considera un instrumento mucho más ágil y que tiene todo un andamiaje como la Guía de Buenas Prácticas¹⁸⁰, además de tener una competencia más amplia, por involucrar a la mayoría de los países del mundo y no sólo a un sector.

2.4. Convenio del 19 de octubre de 1996. Relativo a la Competencia, la Ley aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los niños.

El Convenio de la Haya de 1996, entró en vigor a nivel internacional en el 2002, y muy pocos países lo han ratificado.¹⁸¹ México no es parte de este convenio, sin embargo, sería útil que se considerara, debido a que es un instrumento que protege al niño y puede aplicarse junto con la Convención sobre sustracción de NNA.

A grandes rasgos el convenio trata de cuestiones relativas a la protección internacional de los niños (deberes de los estados de adoptar medidas de protección); las controversias entre los padres relativas a la custodia y al derecho de visita; de la competencia en relación con el niño refugiado o internacionalmente desplazado a la colocación del niño en otra casa o institución en el extranjero para su cuidado; la ley aplicable a la determinación de la responsabilidad parental.¹⁸²

¹⁸⁰ Oropeza Zorrilla, María Cristina, *Sustracción Internacional de Menores*, en Conferencia Los Problemas Nacionales y el Derecho, Colegio Nacional, Grado Cero, México, 6 de abril de 2015, <https://www.youtube.com/watch?v=0lqll2JJEgE>.

¹⁸¹ Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Consultar. <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=70>.

¹⁸² Los Convenios de la Haya sobre los niños. Protección para los niños a través de las fronteras multinacionales. Consultar. http://www.iin.oea.org/sim/pdf/LOS_CONVENIOS_DE_LA_HAYA_SOBRE_LOS_NI%C3%91OS_s_%20mem.pdf.

En su artículo 1, dice que tiene por objeto: determinar las Autoridades que son competentes en los Estados para tomar las medidas de protección de los niños; la ley aplicable por las autoridades en el ejercicio de su competencia; la ley aplicable en responsabilidad parental; asegurar el reconocimiento y ejecución de las medidas de protección.

Algunas características son:

- Su función es evitar conflictos de naturaleza legal y administrativa y establecer un marco jurídico para la cooperación internacional efectiva entre los diferentes sistemas en materia de protección del niño.¹⁸³
- La Convención se divide en Competencia (se deben adoptar medidas de protección en cada Estado), La Ley Aplicable, el Reconocimiento y Ejecución de las Medidas Adoptadas, la Cooperación entre Autoridades.
- Se designa una Autoridad Central para la cooperación internacional, para dar información sobre la legislación de cada Estado, promover la mediación.
- Su ámbito de aplicación es amplio, desde que nacen los niños hasta que cumplen 18 años.
- Marco jurídico relacionado al derecho de guarda y custodia y de visita. Problemas que tengan los progenitores separados que se encuentren en diferentes países. La tutela, curatela; el cuidado del niño en una familia de acogida; el cuidado de los bienes del niño.
- No se verán cuestiones sobre alimentos, adopción, emancipación, seguridad social, educación, decisiones sobre materia de asilo y de inmigración.

¹⁸³ Consultar para más información <https://assets.hcch.net/docs/bf2f192a-ffc6-4933-bd84-f28008d4f7c2.pdf>

- En caso de los niños no acompañados, solicitantes de asilo o adolescentes fugitivos, el convenio prevé la cooperación para localizarlos, determina de qué país las autoridades son competentes para determinar las medidas de protección necesarias.

En el caso de la restitución internacional de NNA, el artículo 7 menciona que en casos de desplazamiento o retenciones ilícitas la competencia sobre la residencia habitual del NNA la tendrá el Estado contratante donde vive el niño, a menos que se dé una nueva residencia habitual. Además, se da un concepto sobre desplazamiento y retención ilícita y el derecho de custodia.¹⁸⁴

Asimismo, el artículo 50 del mismo ordenamiento, dice que el presente convenio no afecta al Convenio de la Haya de sustracción; no impide que se invoquen disposiciones de la Convención de 1996 para obtener el retorno de un niño que ha sido ilícitamente desplazado o retenido, o para organizar el derecho de visita.

Este convenio puede ser de gran utilidad al momento de aplicar los convenios de restitución, en virtud de que regula aspectos civiles, así como de protección de los niños, para que cada Estado establezca medidas de protección, dependiendo de la situación en la que se encuentren.

2.5. *Soft law* del procedimiento de Restitución Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes.

Existen documentos adicionales a la normativa internacional en materia de restitución de niños, que sirven para orientar a la Autoridad Central, a las

¹⁸⁴ Artículo 7 de la Convención de 1996. El desplazamiento o la retención del niño se considera ilícito: a) cuando se haya producido con infracción de un derecho de guarda, 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 niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención; y b) este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del desplazamiento o de la retención, o lo hubiera sido si no se hubieran producido tales acontecimientos.

El derecho de guarda a que se refiere la letra a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

autoridades judiciales, administrativas y a los abogados que son representantes de las partes en el procedimiento.

Esta reglamentación es lo que en el Derecho Internacional se le llama *soft law* (*derecho blando, débil*), es concebida como una “línea maestra” quedando en manos de los Estados su desarrollo e implementación, bien a través de normas autónomas o a través del apoyo de los distintos foros de codificación, universales o regionales. Pueden ser recomendaciones, dictámenes, principios, leyes modelo, guías de buenas prácticas o manuales.¹⁸⁵ Además de Programas y Organismos que se han creado para coadyuvar a solucionar los problemas que se han suscitado en la restitución internacional.

“No hay una definición aceptada del *soft law*, pero usualmente se refiere a cualquier instrumento internacional, que no sea un tratado, que contenga principios, normas, estándares u otras declaraciones de comportamiento esperado,”¹⁸⁶ se hace referencia a un instrumento obligatorio cuyo contenido es débil.

Sin embargo, aunque estos documentos son meramente de apoyo y no son vinculantes, tienen varias utilidades, por ejemplo: procede y ayuda a la formación de costumbre internacional, llena los huecos de los instrumentos legales internacionales, forma parte de la práctica de los Estados que puede ser utilizada para interpretar los tratados.¹⁸⁷

Por lo que, sirven de base para poder interpretar las Convenciones, o de auxilio para poder resolver alguna cuestión que no se encuentre en el texto del tratado.

Asimismo, el Tribunal Europeo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, han aportado diversos

¹⁸⁵ González Martín, Nuria, “Cooperación Internacional entre Autoridades en Materia de sustracción Internacional de menores a tenor de la sexta reunión de la Comisión Especial”, *Temas de actualidad Jurídica sobre la Niñez*, México, Porrúa, p. 163.

¹⁸⁶ Shelton Dinah, “Normative Hierarchy in International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 100, núm. 2, abril de 2006, p. 319. (Traducción de Mónica Nuño). Consultar. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4671/8.pdf>. P. 116.

¹⁸⁷ Becerra Ramírez, Manuel, *Las Fuentes contemporáneas del Derecho Internacional*, México, Serie Estudios Jurídicos, núm. 316, IJ UNAM, 2017, p. 118. Consultar. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4671/8.pdf>.

razonamientos en sus resoluciones, los cuales auxilian al procedimiento de restitución, ya sea mediante la difusión sobre la sustracción de niños o aclarando algún tema del cual se tenga duda del significado o cómo aplicar las Convenciones en el derecho interno.

Por tal motivo, en este apartado se abordarán algunos documentos accesorios a las convenciones al igual que organismos internacionales, que han sido creados por especialistas en la materia para poder cumplir con la finalidad de las Convenciones y llevar a cabo el procedimiento de restitución de niños en cada Estado contratante tal como lo manifiestan los tratados.

2.5.1. La Guía de Buenas Prácticas (partes I, II, III, IV y V).

La Guía de Buenas Prácticas es un documento accesorio de la Convención de la Haya, que se ha ido redactando conforme a las necesidades y dudas de los Estados al momento de aplicar el tratado. Pertenece al *soft law* del derecho internacional privado, que suele usarse por los juzgadores y Autoridades Centrales al momento de llevar a cabo el procedimiento de restitución junto con el Convenio de la Haya.

La proliferación de nuevos Estados Contratantes y la necesidad de asegurar la implementación y el funcionamiento del Convenio es visto por todos los Estados como un proceso continuo de desarrollo y de revisión, y ha llevado a la discusión sobre “las buenas prácticas”.

Durante la Cuarta Reunión de la Comisión Especial celebrada en La Haya del 22 al 28 de marzo de 2001, se hizo la siguiente sugerencia para revisar y hacer recomendaciones sobre la práctica bajo el Convenio: ¹⁸⁸

“Los Estados contratantes deberían cooperar entre ellos y con la Oficina Permanente para elaborar una guía de buenas prácticas que desarrollase los principios establecidos por el artículo 7 del Convenio. Se trataría de una guía

¹⁸⁸ Guía de Buenas Prácticas. Tercera Parte-Medidas de Prevención.
https://assets.hcch.net/upload/abdguideiii_s.pdf. Página consultada el 6 de octubre de 2017.

práctica explicativa cuyo objeto sería el de facilitar el funcionamiento del Convenio. Se concentraría en cuestiones de funcionamiento e iría dirigido principalmente a los nuevos Estados contratantes. No tendría efectos obligatorios ni infringiría la independencia del Poder Judicial. La metodología por seguir debería dejarse a la Oficina Permanente”.¹⁸⁹

No es un documento vinculante como la Convención, sin embargo conforme al artículo 31 numeral 2 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados dice que “para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: b) todo instrumento formulado por una o más partes, con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás partes como instrumento referente al tratado”, por lo que la Guía de Buenas Prácticas que comprende la práctica de las autoridades centrales, medidas de aplicación, medidas de prevención, ejecución y mediación son documentos que podrían considerarse obligatorios para las autoridades que estén involucradas en el procedimiento.

A continuación, se exponen brevemente los tomos que conforman la Guía de Buenas Prácticas:

2.5.1.1. Práctica entre Autoridades Centrales.

Esta primera parte habla sobre los recursos y poderes de la Autoridad Central. Recursos materiales y medios de comunicación modernos a fin de ejercer sus funciones de forma eficaz, así como los requisitos que deben tener los profesionistas que forman la Autoridad Central.

¹⁸⁹ Conclusiones y recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (22 - 28 marzo 2001), redactado por la Oficina Permanente. (En adelante, “Conclusiones y recomendaciones de la Cuarta Comisión Especial”). En párr. 1.16.

La cooperación entre las Autoridades mediante una comunicación satisfactoria que debe ser clara y responda a la cuestión surgida; además de reuniones e intercambios de información de los sistemas jurídicos y administrativos.

La Autoridad Central, debe proporcionar respuestas inmediatas, así como información sobre la práctica y procedimientos en cada Estado parte.

Debe existir en todo momento transparencia en el proceso jurídico y administrativo y que las partes interesadas tengan acceso al mismo. Se deben acusar de recibido todas las comunicaciones, ayudar a la localización del NNA, organizar la representación legal del solicitante o ayudarlo a obtener uno.

Se tienen que facilitar los procedimientos judiciales y demás obligaciones contenidas en el artículo 7 del Convenio de la Haya, así como promover acuerdos para el retorno del NNA.

2.5.1.2. Medidas de Aplicación.

Esta guía es sobre cuestiones de derecho procesal, abarca temas como procedimientos previos, atribución de los jueces para obtener información que permita localizar a los niños, además de medidas provisionales necesarias para la protección del NNA.

En cada Estado Parte se tiene que prever procedimientos expeditivos, disposiciones a los jueces para que le den prioridad a este tipo de casos y concentrar un número limitado de tribunales. Seguimiento de casos, reglas de prueba, procedimientos de recurso acelerado, limitar plazos para recurrir cuando sea necesario, ejecución, desacato ante un Tribunal, arresto y encarcelamiento como medidas para evitar una nueva sustracción.

Asistencia legal, interpretación del convenio como el informe explicativo, jurisprudencia internacional, reuniones de Comisiones Especiales, conferencias judiciales, formación y enseñanza por medio de la Conferencia de la Haya, Boletín de Jueces y la base de datos INCADAT.

2.5.1.3. Medidas de prevención.

En esta parte se contempla que en el entorno legal se instauren medidas de prevención que reduzcan el riesgo de sustracción, al igual que exista mayor difusión de información, capacitación y cooperación.

El objetivo de esta guía 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 niños.¹⁹⁰ O en su caso prever de una nueva sustracción, alertando a las Autoridades de migración.

Se observan medidas como exigir que el NNA tenga documentación de viaje separada, exigir consentimiento de ambos progenitores de la salida del país del NNA antes de emitir la documentación de viaje; establecer controles fronterizos, incrementar el conocimiento sobre la dinámica y consecuencias de la sustracción.

Proporcionar información general al público que el desplazamiento unilateral de un menor es ilícito, subrayar efectos dañinos de la sustracción sobre el NNA y mantener relaciones con ambos progenitores, así como mantener capacitación y cooperación de profesionales y las medidas de reacción a este tipo de asuntos.

2.5.1.4. Ejecución.

Esta guía habla sobre los recursos judiciales contra las órdenes de restitución, los efectos de esos recursos; procedimientos de ejecución, el cumplimiento voluntario, la cooperación entre los Tribunales, la concentración de competencia y la cooperación transfronteriza para garantizar una restitución segura.

2.5.1.5. Mediación.

La estructura de la guía comienza con el acceso a la mediación, después se consideran los procesos de mediación. Manifiesta la importancia de promover acuerdos en las controversias familiares, las ventajas de las decisiones amistosas, la vinculación con los procesos legales, la cooperación entre Autoridades

¹⁹⁰ Guía de Buenas Prácticas. Tercera parte-Medidas de Prevención. Consultar. https://assets.hcch.net/upload/abdguideiii_s.pdf.

administrativas, los contextos culturales, religiosos y dificultades idiomáticas, así como los procesos penales en contra del sustractor.

La formación especializada para mediar casos de sustracción, el acceso a la mediación, principios, modelos, métodos de mediación, el uso de la mediación para prevenir sustracciones y cómo hacer que el acuerdo sea jurídicamente vinculante; cuestiones de competencia y normas aplicables al igual que otros procesos para lograr acuerdos amistosos.

La participación de terceras partes, que son las personas interrelacionadas con las partes como son el nuevo compañero de la pareja o la participación de los abuelos. Además de la preparación de contacto entre el sustractor y el niño durante el proceso de mediación

La Guía retoma algunas cuestiones que implican, a su vez, un gran reto: temas como los plazos y la obligación de procedimientos expeditos para resolver con inmediatez y todo ellos siempre de la mano de la cooperación entre las Autoridades administrativas, judiciales y los interlocutores.¹⁹¹ Por lo que se presenta también la necesidad de buscar, en cada Estado, un procedimiento para instaurar la mediación desde la Autoridad Central.

2.5.1.6. Contacto transfronterizo.

En octubre de 2002, la Comisión Especial de la Haya llegó a la conclusión de que, respecto al asunto del derecho de visita o derecho a mantener el contacto transfronterizo, era prematuro empezar a elaborar un Protocolo del Convenio de 1980 y había que seguir trabajando en un capítulo de la Guía de Buenas Prácticas dedicado tan solo al derecho de visita o derecho a mantener el contacto transfronterizo en el contexto del Convenio de 1980.

Entre los objetivos de esta Guía, la Comisión Especial citó la promoción de mejores prácticas coherentes sobre aquellos asuntos que entran de común acuerdo dentro

¹⁹¹ González Martín, Nuria, “Cooperación Internacional entre Autoridades en Materia de Sustracción Internacional de Menores”, en González Martín, Nuria (coord.), *Temas de actualidad jurídica sobre la niñez*, México, Porrúa, 2012, p.178.

de las competencias y las obligaciones de los Estados parte en virtud del Convenio, así como la aportación de ejemplos prácticos incluso en relación con aquellos asuntos que entren en Ámbitos controvertidos de interpretación.¹⁹²

De esta manera, la guía habla sobre que se deben adoptar todas las medidas posibles para garantizar el derecho de los niños a mantener las relaciones personales y contacto con sus padres, tal como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño.

Además, se deben promover acuerdos parentales para facilitar una solución amistosa y el establecimiento de un marco jurídico para la cooperación, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de contacto, cooperación administrativa entre Estados.

Y por lo anterior se requiere de un procedimiento eficaz, transparente y de tramitación de solicitudes internacionales en materia de contacto por parte de Tribunales u otras Autoridades y el acceso efectivo a los procedimientos.

Se toman en cuenta en esta guía los principios de celeridad, concentración de competencia y el interés superior del NNA. La ejecución de decisiones internacionales en materia de contacto transfronterizo en virtud de derecho interno, la reubicación (establecimiento en otro país) de la nueva residencia habitual del NNA y sobre todo el derecho de visitas y convivencias con el progenitor con el que no vive.

2.5.2. Ley Modelo sobre Normas Procesales para la aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños.

Las leyes modelo actúan como fuente en sentido impropio y son tenidas en cuenta por los legisladores de cada país al momento de diseñar normas estatales. Los factores que propician la creación de estas leyes es que no siempre la ratificación

¹⁹² Guía de Buenas Prácticas. Contacto Transfronterizo, p. XXIII. Consultar. https://assets.hcch.net/upload/guidecontact_s.pdf.

de un convenio se coordina con una política convencional estatal; el desconocimiento de los instrumentos convencionales ocasiona una aplicación incorrecta o una inaplicación de los mismos generando una responsabilidad internacional por parte del Estado; son instrumentos que presentan un difícil manejo en su aplicación como algunos tratados que proceden de distintos foros de codificación, su entrada en vigor, aplicación, reservas.¹⁹³

De tal forma que, al saber la dificultad de aplicación de ciertos tratados, diversos especialistas de la materia se reúnen para poder realizar instrumentos que ayuden a los Estados a una mejor aplicación y entendimiento de las convenciones. Así pues, esta Ley Modelo en materia de restitución es un ejemplo.

El 10 de noviembre de 2006 se realizó en la Haya la Reunión Interamericana de expertos sobre sustracción internacional de niños junto con el Instituto Interamericano del niño, la niña y adolescente y la Conferencia de la Haya de Derecho internacional Privado. En esta reunión los expertos consideraron conveniente el desarrollo de una ley modelo para facilitar la implementación nacional de los convenios de restitución. La ley, fue discutida y aprobada en Buenos Aires del 19 al 21 de septiembre de 2007.¹⁹⁴

Su objetivo es la necesidad de facilitar a los países de la región un esquema de la ley procesal interna que permita cumplir dentro de los plazos previstos en los convenios y las solicitudes de cooperación judicial internacional para obtener la restitución de niños al igual que el derecho de visitas.¹⁹⁵ Debido a que cada país debe respetar los plazos establecidos en las Convenciones y establecer normas que regulen la manera en que se aplicará el Tratado.

¹⁹³ Rodríguez Jiménez, Sonia, "Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños" en González Martín, Nuria (coord.), *Temas de actualidad jurídica sobre la niñez*, México, Porrúa, 2012, p. 103.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 89

¹⁹⁵ Pérez Manrique, Ricardo, "Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños" en Tenorio Godínez, Lázaro (coord.) *La Restitución Internacional de la Niñez. Enfoque Iberoamericano, Doctrinario y Jurisprudencial*, México, Porrúa, p. 192.

Por lo que es obligación irrenunciable de los Estados, en consecuencia, cooperar judicialmente de manera rápida y mediante respuestas eficaces cuando se requiere la restitución de un niño por otro Estado.¹⁹⁶

La ley, reúne los acuerdos a los que los expertos han llegado, tal como, ajustar los procedimientos internos a los plazos de los convenios y constituir un modelo o propuesta para el estudio en cada país y ajustarlo a su normativa.

Esta ley, se divide en 21 artículos, los cuales se refieren al objeto, normas procesales, legitimación, competencia, asistencia, autoridades, procedimiento, excepciones, sentencia, impugnaciones, visita, comunicaciones judiciales directas. Para dar una mejor explicación de esta ley, a continuación, se expondrán sus características:

- Su objeto: tal como dice el artículo primero, es determinar si ha existido traslado y /o retención ilícitos de un niño, toda vez que se haya verificado en violación a un derecho de guarda o de custodia y a preservar el derecho de visita. Asimismo, asegurar el tratamiento conforme a los principios de los convenios citados, la resolución de los casos en forma rápida y en caso de accederse a la restitución, que la misma se realice en forma segura para el niño.

Nótese que son varios objetos en un solo párrafo como es “determinar si ha existido traslado o retención ilícitos [...], así como la resolución de casos en forma rápida [...]”, esto es para salvaguardar el importante principio de celeridad en este procedimiento. Por lo que las autoridades que se guíen por esta ley deben actuar con urgencia en el procedimiento.

- La finalidad de la ley es que: los casos deben resolverse en forma rápida, debiéndose garantizar a través de la intervención de los actores

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 192.

procesales una restitución segura, así como hacer efectivo el derecho de visita.

- La ley modelo, maneja muy brevemente los conceptos de guarda y custodia, atiende solo a mencionar que es el derecho de cuidado y a decidir sobre la residencia habitual del niño, dependiendo de la legislación de cada Estado.¹⁹⁷ Asimismo hace hincapié que no se puede conocer sobre el fondo del asunto de la custodia mientras se encuentre en trámite el procedimiento de restitución.
- El interés superior del niño se encuentra inmerso en esta ley, a través del derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente; el derecho a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda y custodia; mantener contacto fluido con ambos progenitores y familia; a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional¹⁹⁸ (nuevamente aparece el principio de celeridad, así como derechos contemplados en la Convención sobre los derechos del niño).
- Principios Procesales: Celeridad, Inmediación (aproximación del juzgador con las partes y con los órganos de prueba que se presentan en las audiencias), Concentración (se realicen las menos audiencias posibles, se debe economizar tiempo, energía y costo), preservación del derecho del niño respecto a oírlo en juicio.

El principio de celeridad procesal, en varias ocasiones mencionada, establece que “no se admitirán cuestiones previas, incidentes ni reconveniones que obstan en la

¹⁹⁷ Ley Modelo artículo 1. Sin perjuicio del *nomen juris* previsto por la legislación nacional, a los efectos de esta ley se entiende por derecho de guarda o de custodia, aquel comprensivo del derecho de cuidado y a decidir sobre el lugar de residencia del niño – incluyendo su traslado al extranjero - de conformidad con la ley del Estado de su residencia habitual. Tal derecho puede resultar de una aplicación de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.

¹⁹⁸ Pérez Manrique, *op cit*, p. 199 y 200

prosecución del trámite, no es admisible la acumulación de otras pretensiones por vía de reconvención ni cuestión previa alguna”.¹⁹⁹ Se contempla en esta ley un proceso sumario para evitar que el NNA pierda la costumbre de su residencia habitual que era su centro de vida, así como que el sustractor interponga demandas para quedarse con la custodia definitiva mediante declaración judicial en la “nueva” residencia del NNA.

El principio de concentración procesal, para los casos de sustracción responde a la propuesta de la Conferencia de la Haya de concentrar la jurisdicción para entender en los procesos de restitución en determinados tribunales de cada país. Por lo que se deberá responder al principio de especialización, en el cual se debe tener una preparación especial para intervenir en este tipo de asuntos.²⁰⁰

Es importante mencionar que esto no implica que se creen nuevos tribunales o que haya jueces exclusivamente para atender los casos, sino que además de conocer del asunto de restitución, éstos deban seguir trabajando en los expedientes de su competencia y en los tribunales de familia o civiles. Es por tal motivo que se creó la figura de “Jueces de Enlace” o “Jueces de la Red” para que éstos puedan auxiliar o asesorar a sus homólogos en cuestiones relativas al procedimiento.

- Sujetos Procesales: Esta ley presenta dos sujetos importantes que son el solicitante de la restitución y el sustractor, los cuales deben tener legitimación, pero uno es activa y el otro es pasiva. También el niño, niña o adolescente de quien se pide la restitución o derechos de visita es contemplado como sujeto.
- Habrá primera y segunda instancia para conocer del Procedimiento de restitución.

¹⁹⁹ Artículo 12.2 de la Ley Modelo: No se admitirán cuestiones previas, incidentes ni reconvenciones que obsten a la prosecución del trámite.

²⁰⁰ Pérez Manrique, Ricardo, *op cit*, p.201.

- En coadyuvancia con los Juzgadores se encuentra a la autoridad policial, por lo que se espera que sea una rápida respuesta cuando se les requiera para evitar que el presunto sustractor se escape de la intervención judicial y esto ocasione una demora en el procedimiento.²⁰¹
- La Autoridad Central del Estado requerido es fundamental, la cual debe cumplir con sus obligaciones establecidas en los convenios. Se reconoce el derecho a la Autoridad a un libre acceso a las actuaciones o expediente. Este derecho puede alcanzar la participación en las audiencias y diligencias probatorias para tomar conocimiento directo de la tramitación e informar adecuadamente.²⁰²
- Pueden intervenir dentro del procedimiento el Ministerio Público o Fiscal para ejercer los actos que le competen, dependiendo de la legislación de cada Estado. Además, podrán participar los psicólogos, autoridades consulares.

El proceso de restitución conforme a la Ley modelo es el siguiente:

Fase Preliminar.

1. Localización y aseguramiento del niño.
2. Requisitos completos de la solicitud de restitución que deberá hacerse conforme al Convenio de la Haya y el Interamericano. La solicitud puede interponerse de tres formas: a) de forma directa ante el tribunal competente, b) vía exhorto o carta rogatoria, c) mediante Autoridad Central.²⁰³

²⁰¹ Ley Modelo art. 8.- Autoridad Policial. La autoridad Policial prestará sin demoras la colaboración en cuanto le sea requerida.

²⁰² Pérez Manrique, Ricardo, "Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños" en Tenorio Godínez, Lázaro (coord.) *La Restitución Internacional de la Niñez. Enfoque Iberoamericano, Doctrinario y Jurisprudencial*, México, Porrúa, p. 204.

²⁰³ Artículo 8 de la Convención Interamericana.

3. El Tribunal competente tomará conocimiento de inmediato y establecerá medidas urgentes y provisionales como solicitar cooperación de la policía, prohibición de salida del país tanto del sustractor como del NNA.
4. Cuando sea localizado el niño, el tribunal lo comunicará de inmediato a la Autoridad Central en un plazo mínimo de 24 horas hábiles de parte del Estado requerido.
La Autoridad central podrá darle asesoramiento sobre su situación procesal e intentar un retorno voluntario. Llevar a cabo una mediación para evitar que el menor siga en una situación de riesgo o el procedimiento se alargue.
5. En relación con lo que establece la Convención Interamericana que establece un plazo de caducidad para solicitar la restitución y en caso de que primero se haya localizado al NNA, correrá un plazo de 30 días para presentar la solicitud de su restitución.

Existen dos fases que pueden darse, uno es el proceso monitorio y el otro el inicio del procedimiento de restitución mediante la Autoridad Central.

El proceso monitorio supone una estructura, caracterizada por una decisión inicial sobre el fondo (solicitada por el actor) y sin audiencia de la contraparte. El demandado puede oponerse en un plazo determinado, generándose el clásico procedimiento, manteniéndose o no la primera resolución. La falta de oposición hace que adquiere la calidad de cosa juzgada.²⁰⁴

Procedimiento.

El procedimiento de restitución mediante Autoridad Central es la solicitud vía formulario y recibida por la Autoridad, el tribunal debe estudiar la misma a efectos de una calificación inicial, por lo que se deberá verificar si se cumplen las condiciones exigidas.

1. Presentación de solicitud ante Tribunal.
2. Si el tribunal considera que no se cumplen los requisitos, se desecha.

Esta resolución es apelable dentro del tercer día de notificada la solicitante.

²⁰⁴ Pérez Manrique, Ricardo, *op cit*, p. 206.

3. Si se admite la demanda, dentro de 24 el tribunal debe realizar un mandamiento de restitución. Se hace un emplazamiento indicando orden de restitución, citación a contestar la demanda e interponer sus excepciones por 10 días al sustractor y las medidas cautelares de protección.
4. Se designa un representante al NNA.
5. En ocasiones, se designa un representante para el requirente o solicitante en caso de que por motivos económicos acreditados no pueda trasladarse al país.
6. Se notifica al Ministerio Público, a la Autoridad Central.
7. El sustractor puede oponer las excepciones que considere y que se encuentran en los convenios de restitución; debe realizar un escrito fundado al cual se agrega la prueba correspondiente.²⁰⁵
8. La contestación con las excepciones correspondientes se le hace saber al solicitante de la restitución.
Si el sustractor no contesta, se le declara rebelde y se continua con la audiencia.
9. Se señala fecha para Audiencia dentro de los 3 días de vencido el plazo o de recibido el escrito de las excepciones.
10. El Juzgador y las partes se someterán a las reglas de ofrecimiento y desahogo de pruebas:
 - a) Pruebas inadmisibles porque van en contra del derecho.

²⁰⁵ Artículo 13. Ley Modelo: Art. 13. Oposición de excepciones. La defensa del demandado deberá realizarse en escrito fundado en el que deberá acompañarse toda la prueba de que haya de valerse. Es válida la oposición cuando se exprese y demuestre que:

- a) la persona, institución u organismo que se hubiere hecho cargo de la persona del menor, no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención;
- b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable;
- c) se compruebe que el propio menor con edad y grado de madurez suficiente para tener en cuenta su opinión se exprese de forma contraria a la restitución.

Asimismo, podrá denegarse la restitución cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. El tribunal rechazará sin sustanciar toda excepción fuera de las enumeradas en el presente artículo.

b) No están ligadas al objeto del proceso. No acredita las excepciones o están fuera del contexto.

No admite recurso alguno la decisión que se tome respecto a las pruebas.

11. En la audiencia deberán ser oídos el Ministerio Público o fiscal, la Autoridad Central, el representante del NNA y las partes.

a) Se deberá intentar la reconciliación. Si se llega a un acuerdo se dejará constancia y se homologará por el Tribunal.

b) Después de haber escuchado a las partes, y no se llegare a un acuerdo se dictará sentencia definitiva de primera instancia a lo máximo dentro de las 24 horas.

c) La sentencia queda notificada en audiencia, tanto a los que comparecieron como a los que no.

12. Si las partes quedaron inconformes con la sentencia, pueden acudir a la segunda instancia a través del recurso de apelación dentro de los 3 días hábiles de que la sentencia haya sido dictada.

a) Se traslada la demanda por 3 días hábiles a las partes, al Ministerio Público o Fiscal, al representante del NNA. Todos pueden apelar.

b) El Tribunal de Apelación o de segunda instancia debe emitir su resolución en el plazo de 6 días. La sentencia de primera instancia no se cumple hasta que resuelva el Tribunal de segunda instancia.

13. Las sentencias deben ser lo más explícitas, detalladas respecto a la forma de cómo van a ser ejecutadas por lo que es conveniente que fijen el plazo de que se dispone para hacer efectiva la orden, así como quien se hará cargo de los gastos y en qué momento y lugar se entregará al niño.

La sentencia de primera instancia, así como la que desecha la solicitud de restitución por falta de requisitos son apelables.

La sentencia de segunda instancia no admite recurso alguno, es cosa juzgada. Sin embargo, se puede convocar a audiencia para una aclaración que deberá hacerse dentro de las 48 horas.

En conclusión, esta ley es fundamental para que los juzgadores puedan llevar a cabo eficazmente el procedimiento de restitución de niños, al establecer parámetros respecto a los plazos y términos, así como los recursos y los medios de prueba. Sin embargo, este tipo de leyes modelo puede afirmarse que esta formulada en términos no obligatorios, se basa en la adhesión estatal voluntaria, procede de un órgano carente de autoridad para crear norma internacional.²⁰⁶ Por lo que todo depende del Estado, si se toma en cuenta para la creación de una ley o si algún juzgador la considera en su respectiva jurisdicción, por lo que es importante la posibilidad de unificar criterios para establecerlos en los ordenamientos de cada Estado.

2.5.3. Cooperación Jurídica Internacional en materia de sustracción internacional de niños.

La Cooperación Jurídica Internacional es una comunicación que se da entre las Autoridades ya sea Administrativas o Judiciales de los Estados, para que de esta manera sea más fácil obtener información al momento de resolver algún asunto en donde se involucren personas de un Estado y otro. Puede ser que se dé información relativa a la legislación de cada país o inclusive de la posible localización de alguna persona.

Esta cooperación comprende tanto la colaboración anterior a un proceso y durante el mismo, como el reconocimiento y la ejecución de decisiones emanadas de autoridades extranjeras.²⁰⁷ Además, se plasma en normas convencionales con un marcado tinte pragmático o utilitario que por un lado, persiguen la satisfacción de un fin concreto como es la prevención o sanción del tráfico internacional de niños o

²⁰⁶ Rodríguez Jiménez, Sonia, "Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños" en González Martín, Nuria (coord.), *Temas de actualidad jurídica sobre la niñez*, México, Porrúa, 2012, p. 105.

²⁰⁷ Albornoz, María Mercedes, "La Cooperación Interamericana relativa a la restitución internacional de menores" en Pampillo Baliño, Juan Pablo (coord.), *Derecho Internacional Privado. En homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer centenario*, México, Porrúa, 2012, p. 208.

la restitución internacional, y pretenden alcanzarlo empleando el acuerdo entre los Estados parte.²⁰⁸

Por lo tanto, mediante la cooperación jurídica internacional, se han ido conformando mundialmente grupos o comisiones especiales para el estudio de ciertos temas, o la integración de redes que enlacen autoridades de todo el mundo implicadas en la solución de casos internacionales. Esto es un campo propicio para que se den las comunicaciones judiciales directas para la elaboración de guías de buenas prácticas, recomendaciones o leyes modelo.²⁰⁹

Es importante mencionar que la cooperación jurídica internacional se da entre autoridades ya sea administrativas o judiciales de un país a otro, mientras que la cooperación procesal internacional o cooperación judicial internacional se da entre las autoridades judiciales de los Estados, entre los jueces que resuelven algún asunto de carácter internacional y requieren de su homólogo para entender alguna cuestión relacionada a la legislación extranjera, de ahí han surgido redes como la “Red Internacional de Jueces de la Haya”.

2.5.4. Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

La Conferencia de la Haya es una organización interestatal de carácter permanente que tiene como finalidad trabajar en la unificación progresiva de las reglas de derecho internacional privado.²¹⁰ Representa un foro de codificación universal y se trabaja a través de convenios cuya temática es específica y previamente acordada. Sus trabajos se orientan a trabajar por la “progresiva unificación” de las reglas de derecho internacional privado.

²⁰⁸ 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”, en De Aguirre, Fresnedo (coord.). *A propósito de la Comisión Especial de 2010*.

²⁰⁹ Albornoz, María Mercedes, *op cit*, p. 209.

²¹⁰ Aguilar Navarro, M. *Derecho Internacional Privado. Introducción y Fuentes*, 4ª Ed, Madrid, Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1982, vol. I, t. I, p.496.

Según su Estatuto, la Conferencia es de corte permanente²¹¹ y tiene como objeto trabajar en la unificación progresiva de las normas de derecho internacional privado. Se encuentra en la Haya, Países Bajos y se busca facilitar la comunicación entre los Estados miembros.

La Conferencia de la Haya tiene una serie de objetivos y funciona como:²¹²

- a) Puente entre los diferentes sistemas legales con el fin de lograr una armonización entre los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados.
- b) Se ha convertido en un centro internacional de cooperación jurídico administrativo en el área del Derecho Internacional Privado y en el campo familiar, con el único fin de proteger a sus miembros además de proporcionar seguridad jurídica en sus relaciones.
- c) Cooperación e implementación de técnicas de *soft law* y *law in action* que hace referencia al compromiso de propiciar, con una serie de herramientas la aplicación práctica de los convenios internacionales que regulan la protección del menor.
- d) Formación de foros y comisiones especiales para examinar el funcionamiento práctico de los convenios, así como detectar dificultades.

En los casos específicos de la sustracción internacional de NNA, la Conferencia de la Haya tiene una base de datos llamada INCADAT²¹³, en la cual las Autoridades que están involucradas en el procedimiento de restitución, así como el público interesado en la materia puede acceder a ella para conocer o resolver alguna duda respecto del tema.

²¹¹ México aprobó el Estatuto de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 28 de enero de 1986.

²¹² González Martín, Nuria, "Cooperación Internacional entre Autoridades en Materia de Sustracción Internacional de Menores", en González Martín, Nuria (coord.), *Temas de actualidad jurídica sobre la niñez*, México, Porrúa, 2012, p. 164.

²¹³ Para poder ver los documentos contenidos en la INCADAT consultar <https://www.incadat.com/es>.

Esta base de datos contiene bibliografía sobre sustracción de niños, resoluciones de parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; resoluciones de otros países sobre diferentes temas como residencia habitual, guarda y custodia, debido proceso; sección interamericana y sección fuera del ámbito del convenio de la Haya.

2.5.5. Comunicaciones Judiciales y el Procedimiento de restitución internacional de niños.

Las comunicaciones judiciales directas son aquellos intercambios de información que se presentan entre dos o más jueces de los Estados partes que pertenecen a jurisdicciones de diversos países, facilitando para ello la información y realizando las diligencias probatorias necesarias que el juez competente en actividad estime necesarias, acerca de la situación y las implicaciones legales en el Estado de residencia habitual del niño.²¹⁴

Las comunicaciones judiciales directas en los jueces de enlace tienen como cometido facilitar las comunicaciones entre los tribunales nacionales e internacionales al momento de resolver un caso de restitución internacional. Estas comunicaciones pueden ser recíprocas y se deja constancia respectiva en el expediente.²¹⁵

Para lo anterior, los miembros de la Red desempeñan dos funciones de comunicaciones:

1. La primera posee carácter general porque no consiste en un caso en específico y sólo se comparte información general de la Red o de la Oficina Permanente con sus colegas de jurisdicción.
2. La segunda consiste en comunicaciones judiciales directas relativas a casos específicos para resolver alguna cuestión del asunto y las implicaciones

²¹⁴ Tenorio Godínez, Lázaro, "Las comunicaciones judiciales directas en la restitución internacional de la niñez", en *La Restitución Internacional de la Niñez. Enfoque Iberoamericano, doctrinario y jurisprudencial*, México, Porrúa, p. 319.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 216.

legales en el Estado de residencia habitual del niño. Esto ayuda mucho a los jueces porque ahorra tiempo y se usan mejor los recursos ya que todo esto funciona con base en el interés superior del menor.

El principio general es que todo juez que intervenga en una comunicación judicial directa debe respetar las leyes de su jurisdicción²¹⁶, por lo que, al momento de establecer la comunicación, cada juez que conoce el caso deberá mantener la independencia para tener su propia decisión del asunto en cuestión.

Las comunicaciones judiciales directas son un buen medio para que los jueces de los diferentes Estados se mantengan en contacto directo para poder resolver alguna cuestión sobre el caso que se les presenta o si deben ejecutar alguna medida o sentencia.

Asimismo, los jueces pueden intervenir en el logro de acuerdos entre los progenitores, ayudar a remover obstáculos que impidan el retorno del niño (en un caso de restitución internacional), y pueden ayudar a que los procesos nacionales se desarrollen correctamente.²¹⁷

Los asuntos sujetos a comunicaciones judiciales directas pueden ser, por ejemplo, prever una audiencia en la jurisdicción extranjera; establecer si hay medidas de protección disponibles para el niño y asegurarlas; establecer si el tribunal extranjero puede aceptar y hacer ejecutar compromisos ofrecidos por las partes; confirmar si el tribunal extranjero ha dictado una decisión.²¹⁸

2.5.6. Red Internacional de Jueces de la Haya y el procedimiento de restitución internacional de niños.

La formación de redes de jueces es un fenómeno que inició en 1999 en España y que se ha extendido a casi todo el mundo. La razón de su creación es la cooperación

²¹⁶ *Comunicaciones judiciales directas*, Conferencia de la Haya de Derecho internacional Privado, La Haya, Países Bajos, 2013, p. 14.

²¹⁷ B. Scotti, Luciana, "El Proceso de Restitución Internacional de Menores a la luz de las normas vigentes" en *Restitución Internacional de Menores. Aspectos Procesales y Prácticos. Derecho Comparado*, Argentina, Ed. B de F, 2014, p.31.

²¹⁸ *Comunicaciones judiciales directas*, *op cit*, p. 13.

judicial internacional debido a que los jueces al aplicar el derecho interno lo hacen sin mayor problema, puesto que lo conocen, sin embargo, el problema surge cuando de un mundo globalizado con intensos fenómenos migratorios, se tiene que aplicar el derecho de otros países y el asunto se complica cuando se tiene que ubicar cual es la norma de conflicto aplicable.²¹⁹

Es por tal motivo que la Conferencia de La Haya conformó una Red de Jueces especialistas en protección internacional de niños. Esta fue propuesta en 1998 en el seminario de jueces de Ruwenberg sobre la protección internacional de niños y se recomendó que las autoridades pertinentes de las diferentes jurisdicciones designen uno o más miembros de la judicatura que actúen como canales de comunicación y enlace con sus autoridades centrales, así como con otros jueces tanto de su jurisdicción como de otros países.²²⁰

Los jueces designados deben asesorar a sus colegas sobre los convenios, su aplicación y práctica además de actuar como canales de comunicación y enlace con sus autoridades centrales nacionales, otros jueces dentro de su propia jurisdicción y con jueces de otros Estados contratantes.

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

Estos jueces, que son de cada país, son responsables de obtener información y novedades relevantes del Convenio de la Haya y de garantizar que los fallos importantes sean incluidos en la base de datos INCADAT, así como difundir su información, garantizando que otros jueces dentro de su jurisdicción, accedan a los

²¹⁹ Forcada Miranda, Francisco Javier, *La Protección internacional de niños en el ámbito judicial. Redes y organismos internacionales*. Ponencia presentada el 25 de febrero de 2010 en la Primera Reunión de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez, Ed. TSJDF, 1ª edición, México, 2010, p. 10.

²²⁰ *Comunicaciones judiciales directas*, ed. Conferencia de la Haya de Derecho internacional Privado, La Haya, Países Bajos, 2013, p. 6.

ejemplares y cualquier otra información para contribuir al desarrollo del conocimiento de cada juez.²²¹

Asimismo, tienen la función de promover contactos directos con colegas jueces de su propia jurisdicción y con colegas jueces de otros países, para efectos de intercambiar información general y específica, mejorando de esta manera la pronta resolución de los casos sobre restitución internacional. A esto se le llama comunicaciones judiciales directas.²²²

La función de los jueces de la red consiste en recibir y encauzar las comunicaciones judiciales entrantes e iniciar y facilitar las comunicaciones judiciales salientes. Además, dentro de las funciones de los jueces de la red 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. Del mismo modo participará en conferencias judiciales internacionales de derecho de familia.²²³

Los requisitos para designar jueces de la Red son:²²⁴

- a) Deben ser jueces en ejercicio, son debida autoridad y experiencia actual en el campo.
- b) El proceso de designación debe respetar la independencia del Poder Judicial.
- c) Se alienta a jueces de Estado que no sean parte del Convenio en que sean Jueces de la Red.
- d) Designaciones deben ser largas para poder dotar de estabilidad a la Red y pudiendo incorporar nuevos miembros.

²²¹ B. Scotti, Luciana, "El Proceso de restitución internacional de menores a la luz de las normas vigentes" en *Restitución Internacional de Menores. Aspectos Procesales y prácticos. Derecho comparado*, Ed. B de F, Argentina, 2014, p. 31.

²²² <http://www.pj.gov.py/contenido/814-restitucion-internacional-de-menores/818>. Página consultada el día 3 de octubre de 2017.

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ *Comunicaciones judiciales directas*, ed. Conferencia de la Haya de Derecho internacional Privado, La Haya, Países Bajos, 2013, p. 13.

- e) Se deberá efectuar la designación mediante carta firmada o transmisión de cualquier documento oficial por la autoridad competente.

Una de las funciones de los jueces de la red consiste en recibir, y en caso necesario, encauzar las comunicaciones judiciales entrantes e iniciar o facilitar similares comunicaciones judiciales salientes. Este tipo de comunicaciones son diferentes de las cartas rogatorias relativas a cuestiones probatorias.

La comunicación inicial para contactar con un juez de otra jurisdicción según la normativa de las comunicaciones judiciales es:

- a) Nombre y datos de contacto del juez que inicia la comunicación.
- b) Naturaleza del caso
- c) Asunto por el cual se solicita información
- d) Si las partes han prestado consentimiento para que la comunicación tenga lugar ante el juez que inicia la misma
- e) Acuerdo de la hora en que puede llevarse a cabo la comunicación
- f) Alguna pregunta específica de interés para el juez de origen
- g) Otro asunto pertinente

Se pueden llevar a cabo comunicaciones escritas y orales, de esta última se alienta a que sean jueces que dominen el mismo idioma o en su caso contar con un intérprete. Todo debe mantenerse en el anonimato y se debe mantener informada a la Autoridad Central.

La Red Internacional cuenta con más de 80 jueces de 55 Estados y de todos los continentes.²²⁵

²²⁵ Para poder conocer quiénes y cuantos son los jueces que integran la Red, consultar <https://assets.hcch.net/docs/18eb8d6c-593b-4996-9c5c-19e4590ac66d.pdf>

2.5.7. Programa Interamericano de cooperación para prevenir y reparar casos de sustracción internacional de menores por uno de sus padres.

El 12 y 13 de agosto de 2002 se realizó en Montevideo la Reunión de Expertos Gubernamentales sobre la Sustracción Internacional de Menores por uno de sus padres de la cual surgieron recomendaciones de un proyecto para un programa, el cual tiempo después fue aprobado.²²⁶

Este programa tiene el propósito de fortalecer la cooperación entre los Estados Americanos alentándolos y asistiéndolos a tomar acciones concretas dirigidas para evitar que se produzcan situaciones de sustracción internacional de NNA por uno de sus padres y adoptar medidas eficaces para la pronta restitución de los NNA sustraídos o ilícitamente retenidos a su país de residencia habitual, y no se vean vulnerados los derechos de visita, custodia o guarda.

Entre sus objetivos destacan:

- a) Promover la cooperación para la implementación, aplicación y cumplimiento de las Convenciones.
- b) Promover el fortalecimiento de los sistemas nacionales para la efectiva aplicación de las Convenciones, alentando el desarrollo y aplicación de políticas de prevención y reparación y la puesta en marcha de programas de entrenamiento para las autoridades centrales y su personal, así como para otras autoridades relacionadas.
- c) Poner en práctica la Red Interamericana de información y Cooperación sobre la sustracción Internacional de Menores. Desarrollar una red Interamericana de Información y Cooperación (REDIC) con relación a la prevención y restitución de casos de sustracción internacional de NNA.

²²⁶ Programa Interamericano de cooperación para prevenir y reparar casos de sustracción internacional de menores por uno de sus padres en “La sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes. Normativa y Doctrina”, Ed. Revista Legislativa de la Comisión de Familia y Niñez del Congreso Nacional. Año 1 No. 1, Tegucigalpa, septiembre 2007, p. 79.

En este programa se prevé:

1. La implementación de procedimientos y mecanismos efectivos que aseguren la restitución de los niños sustraídos o ilícitamente retenidos.
2. La implementación y aplicación en forma plena de las Convenciones para estimular el desarrollo de prácticas e interpretaciones comunes y asignar la máxima prioridad a la rapidez de los trámites pertinentes.
3. La designación de Autoridades Centrales.
4. Que las legislaciones nacionales integren los aspectos prácticos y operativos de las Convenciones vigentes en su respectivo Estado, evitando incurrir en superposiciones normativas, haciendo posible su aplicación por parte de los jueces nacionales y otras autoridades competentes y posibilitando la celeridad de los procedimientos.
5. Prevenir sustracciones.
6. Localización de NNA.
7. Rehabilitación de víctimas.
8. Evitar la institucionalización de los NNA orillando primeramente a una solución pacífica.
9. La capacitación y divulgación para Autoridades sobre el procedimiento y para el público en general a través de los medios de comunicación.

Este programa va dirigido a los Estados que han firmado las convenciones sobre restitución y aquellos que aún no los han firmado y que es necesario que lo hagan.

Este programa no sólo menciona lo ya establecido en los Convenciones de sustracción, sino también ve cuestiones prácticas como es el caso de la rehabilitación a las víctimas que son primeramente el NNA y después el solicitante de la restitución, puesto que tienen que pasar por el procedimiento administrativo y judicial ante las Autoridades competentes para decidir si se restituye o no al NNA y mientras eso sucede, causa un daño psicológico al solicitante por no estar con su hijo (a) y al NNA por el cambio brusco de residencia, de rutina.

Asimismo, es importante destacar que este programa habla sobre la capacitación y divulgación del procedimiento no sólo a las autoridades sino también al público en

general para que conozcan qué hacer al momento de una sustracción internacional de niños.

2.5.8. Pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el debido proceso de los niños en relación con la sustracción internacional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha conocido directamente de asuntos sobre sustracción internacional de niños, sin embargo en sus diversos casos y opiniones consultivas que ha tenido respecto de los derechos de los niños, se puede mencionar que en el procedimiento de restitución internacional se han dado violaciones a los artículos 8, 19 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos²²⁷ y en correlación con la Convención sobre los Derechos del Niño se está afectando a los NNA involucrados en el procedimiento, y que si bien, no son casos directos, se pueden tomar en consideración al momento de demandar al Estado por violaciones a estos derechos.

El artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos habla sobre la protección que el Estado les debe dar a los niños. Debe de respetar y asegurar los derechos reconocidos a los niños en otros instrumentos internacionales aplicables, como el derecho de los niños de gozar de la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, lo que implica llevar a cabo una protección más rigurosa de ellos.²²⁸

²²⁷ Artículo 8. Garantías Judiciales: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Artículo 19. Derechos del Niño: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Artículo 25. Protección Judicial: 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

²²⁸ Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Párrafos 219 y 220.

La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos reconocidos. El Estado deberá alentar el desarrollo de los derechos en el ámbito de su competencia y apoyar a la familia para brindar la protección a los NNA.²²⁹

Asimismo, como los NNA son sujetos titulares de derechos van ejerciendo sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan por conducto de sus familiares. En consecuencia, la separación de un niño de sus familiares implica necesariamente, un menoscabo en el ejercicio de su libertad.²³⁰

De lo anterior puede interpretarse que los familiares o progenitores de los niños son importantes durante los primeros años de desarrollo por lo que al momento de que se da una separación de ellos puede causar problemas para el niño, un choque en su vida, consecuencia que se da al momento de llevar a cabo una sustracción de niños o en el caso de no mantener contacto con alguno de dichos progenitores.

Por lo que cualquier decisión relativa a la separación del niño con su familia debe estar justificada por el interés superior del niño. Esto es porque el NNA debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para la separación, pero de preferencia ésta debe ser temporal.²³¹

Los niños deben tener una protección especial por parte del Estado, (sin llegar a tutelar como antes se manejaba), para que no se les prive arbitrariamente del medio familiar y que no sean retenidos o trasladados ilícitamente a otro Estado [...].²³²

²²⁹ Opinión Consultiva OC-17/02. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Resolución de 28 de agosto de 2002 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

²³⁰ Caso Gelman vs. Uruguay, fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Párrafo 129.

²³¹ Opinión Consultiva OC-7/02. Condición Jurídica y derechos humanos del Niño. Resolución de 28 de agosto de 2002 solicitada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Párrafos 73 y 77.

²³² Caso Gelman vs. Uruguay, *op cit*, párrafo. 128.

Es por tal motivo que el Estado debe establecer medidas para prevenir las sustracciones o separaciones de los NNA de alguno de sus progenitores, puesto que éstas se dan principalmente por un problema entre los progenitores de los NNA, cuando existe un conflicto de intereses, por tanto, es necesario que el Estado garantice, en lo posible que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto.²³³ Lo ideal sería que el NNA durante el procedimiento de restitución de niños tenga su propio representante legal para actúe por él y no sólo los padres tengan derecho a un defensor.

De lo anterior, es importante mencionar que las garantías judiciales tal como lo establece el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos es para “toda persona”, por lo que las reglas del debido proceso deben aplicarse no solo a los procesos judiciales, sino a cualesquiera otros procesos que siga el Estado.²³⁴ Como es el procedimiento de sustracción internacional de niños.

Si bien los niños cuentan con los mismos derechos humanos que los adultos durante los procesos, la forma en que ejercen tales derechos varía en función de su nivel de desarrollo. Por lo que es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a cada situación, entre quienes participan en un proceso [...].²³⁵

Asimismo, las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la CADH reconocen a todas las personas por igual y debe correlacionarse con el artículo 19 en forma de que se reflejen en los procedimientos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho del niño.²³⁶

²³³ Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Párrafo 199.

²³⁴ Opinión Consultiva OC-17/02. *Op cit*, párrafo 117.

²³⁵ Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Párrafo 145.

²³⁶ *Ibidem*, párrafo 148.

Esto es porque los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales por las que se encuentran los NNA, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.²³⁷

En los procedimientos de restitución internacional de niños que se relacionan con los derechos de los niños contenidos en los tratados internacionales ya vistos, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen a la protección de los derechos humanos de los niños [...] deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las Autoridades. Lo anterior por ser una necesidad de cautelar y proteger el interés superior del niño.²³⁸

Todos los procedimientos que involucren niños deben ser resueltos de manera rápida, esto debido a que puede causar daños psicológicos a los NNA al observar que están envueltos en un problema donde sus progenitores se encuentran en “discusión”. Y el procedimiento de restitución internacional de niños no es la excepción, por tanto, se debe de actuar de manera rápida para evitar daños.

Esto es porque el mero transcurso del tiempo puede constituir un factor que favorece la creación de lazos [...] con nuevas personas o residencia habitual. [...] el cual podría a su vez erigirse en el fundamento principal para no cambiar la situación actual del niño, principalmente porque se afectó seriamente el balance emocional y psicológico del mismo. La mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión, sobre la determinación de sus derechos, puede deslindar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho

²³⁷ Opinión Consultiva OC-7/02. Condición Jurídica y derechos humanos del Niño. Resolución de 28 de agosto de 2002 solicitada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Párrafo 98.

²³⁸ L.M. respecto de Paraguay. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011. Medida solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debido al retardo de los procesos judiciales que afectan al menor. Párrafo 16.

actual y volver perjudicial para los intereses del niño, cualquier decisión en contrario.²³⁹

De manera que, como se pudo observar, la Convención sobre los Derechos del Niño, las Convenciones sobre sustracción de niños se relacionan con la Convención Americana de Derechos Humanos respecto de la protección de los derechos de los NNA y su derecho a un debido proceso.

Los artículos 8, 19 y 25 son importantes puesto que mencionan los derechos que tienen los niños, tales como tener un debido proceso, estar representados; tener un procedimiento judicial o administrativo rápido que no les afecte a sus intereses y de manera psicológica; y a ser escuchados en los conflictos donde estén involucrados.

Hay que recordar que los niños son personas al igual que los adultos, lo que los hace diferentes es su edad y su razón, la cual va aumentando conforme crecen. Sin embargo, esto no es barrera o limitante para que gocen de los derechos contenidos no sólo en su Convención sino también en otros tratados internacionales de derechos humanos, los cuales hay que respetar y garantizar.

2.5.9. Pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el debido proceso de los niños en relación con la sustracción internacional.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos si bien no conoce casos sobre restitución internacional, ha prestado atención a éstos debido a que se han involucrado violaciones a derechos humanos de niños contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la Convención de la Haya en materia de sustracción.

Según la base de datos INCADAT en el cual se exponen diversos casos de restitución de los cuales ha conocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

²³⁹ *Ibidem*, párrafo 18.

se han basado en violaciones a los artículos 6 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que dicen:²⁴⁰

Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. [...].

Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

El Tribunal ha manifestado respecto a estos artículos en sus sentencias que se “ha violado el Artículo 8 del CEDH por no llevar a cabo los esfuerzos adecuados y efectivos a efectos de la ejecución de la orden de restitución. Asimismo, la duración del proceso superó el plazo razonable y, por lo tanto, importó la violación del Artículo 6(1) del CEDH”.²⁴¹

Además, reconoció la importancia de que los casos de sustracción de NNA sean tratados con celeridad. En este sentido señaló el Artículo 11 del Convenio de la Haya de 1980, en el cual el Tribunal estableció que el paso del tiempo podía tener consecuencias muy serias y permanentes para la relación entre los hijos y el

²⁴⁰ Convenio Europeo de Derechos Humanos. Consultar. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

²⁴¹ Base de datos INCADAT. Consultar. <https://www.incadat.com/es>.

progenitor perjudicado. El Tribunal concluyó que las autoridades [...] no habían tomado las medidas adecuadas o apropiadas para respetar el derecho de la madre a que sus hijos fueran restituidos.²⁴²

Asimismo, mencionó que los “casos deben ser tramitados con urgencia ya que el transcurso del tiempo puede tener consecuencias irreversibles en la relación de los niños con el padre ausente”. Además, de que “la duración del procedimiento puede sólo ser explicada por el fracaso de las autoridades locales al no tramitar el caso diligentemente.”²⁴³

Aunado a lo anterior, se ha mencionado que la “razonabilidad de la duración del procedimiento debe evaluarse a la luz de las circunstancias de cada caso y con referencia a los criterios siguientes: la complejidad del caso, la conducta del solicitante y las autoridades.”²⁴⁴ “Se requiere de una diligencia especial en vista de las posibles consecuencias que puede tener un procedimiento excesivamente largo especialmente el disfrute de estar con la familia.”²⁴⁵

“La Corte reitera que garantiza un recurso efectivo ante una autoridad nacional por una presunta violación del requisito en virtud del artículo 6 de escuchar un caso dentro de un plazo razonable.”²⁴⁶

Como se puede observar, los pronunciamientos de la Corte van más dirigidos al debido proceso en los asuntos de restitución internacional de NNA, respecto del

²⁴² Base de datos INCADAT. Consultar. <https://www.incadat.com/es>.

²⁴³ “*In the Court’s opinion, the length of the proceedings can only be explained by the failure of the domestic authorities to deal with the case diligently*” Caso Blaga v. Romania Judgement, página 26. Consultar. <https://www.incadat.com/es>.

²⁴⁴ *The Courts reiterates that the reasonableness of the length of proceedings must be assessed in the light of the circumstances of the case and with reference to the following criteria: the complexity of the case, the conduct of the applicant and the relevant authorities, and what was at stake for the applicant in the dispute.* Caso Hoholm v. Slovakia Judgement, página 10.

²⁴⁵ *Op cit, In cases relating to civil status, the question of what is at stake for the applicant is also a relevant consideration and special diligence is required in view of the possible consequences which excessively lengthy proceeding may have, especially an enjoyment of the right to respect for family life.*

²⁴⁶ *The Court reiterates that it guarantees an effective remedy before a national authority for an alleged breach of the requirement under article 6 to hear a case within a reasonable time.* Caso Kuddla v. Poland. Consultar <https://www.incadat.com/es>.

tiempo que se han tardado en resolver y que por consiguiente vulnera el derecho de los niños y de su progenitor de no poder estar en familia porque está pendiente un procedimiento de restitución.

De los casos anteriores llevados ante la Corte, es claro que las Autoridades no respetaron el derecho del progenitor de convivir con los hijos, esto debido a una cuestión de atraso en el procedimiento, así como de no adoptar las medidas pertinentes para prevenir una nueva sustracción, lo que llevó a que los hijos estuvieran completamente integrados con el sustractor y con una cierta alienación parental que suele existir en los casos familiares.

Resulta que en estos asuntos se vulneraron los derechos del progenitor a un debido proceso, sobre todo seguridad jurídica; y de parte de los niños su derecho a mantener contacto con sus progenitores.

Es interesante que nuevamente se observa la vulneración al principio de urgencia o de celeridad en el procedimiento; y se observa que el Tribunal hace hincapié en este principio puesto que puede desencadenar consecuencias psicológicas para los niños.

Conclusión.

La Convención sobre los Derechos del Niño es sin duda un tratado garante de los derechos de los niños, que si bien, tardó años en concretarse, es sumamente relevante lo que se establece en ella.

Lo más importante es reconocer que los niños son sujetos de derechos y que tienen todo un andamiaje de derechos a los cuales pueden acceder, y que el Estado y sus padres deben de proteger y garantizárselos.

Diversos derechos contenidos en la Convención se relacionan con otros tratados internacionales, y están inmersos en procedimientos tanto a nivel internacional como a nivel interno de los Estados donde los niños están involucrados, tales como

el derecho a la no discriminación, a la participación, a ser oído en los asuntos donde esté involucrado como es el caso del procedimiento de restitución internacional.

El Comité de los Derechos del Niño ha establecido varias observaciones generales de los derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. En el caso de un procedimiento de restitución internacional, varias de las observaciones pueden tomarse en cuenta al momento de resolver el conflicto. Por ejemplo, la observación número 6 que menciona que el niño no debe ser separado de su familia en ninguna circunstancia y si se llega a dar el caso, debe ser de manera excepcional y breve. La observación número 12 menciona que el niño debe ser escuchado en los asuntos donde esté involucrado, y la observación número 14 menciona que siempre se debe ver por su interés superior, que su protección sea integral y abarque todos los aspectos físicos como psicológicos.

Las dos Convenciones en materia de sustracción y restitución internacional que son la Convención de la Haya y la Convención Interamericana contienen una serie de requisitos que no deberían ser difíciles de aplicar. Se debe tomar en cuenta el interés superior del NNA, por lo que, para evitarle más daño, estos asuntos deben resolverse de la manera más rápida, puesto que es una “solicitud de restitución”, y no debe hacerse un estudio sobre otras cuestiones como la custodia. Sin embargo, las propias Convenciones estipulan el derecho al debido proceso de las partes, como es la posibilidad de interponer excepciones y presentar pruebas.

Estas Convenciones no consideran la nacionalidad del niño, mientras que se compruebe que tenía su residencia habitual en un país y que lo trasladaron o retuvieron ilícitamente en otro, y que la sustracción haya sido por alguno de sus progenitores o familiares cercanos procede la aplicación de los Convenios.

Para el auxilio en la aplicación de las Convenciones en materia de sustracción internacional, se tiene un *soft law*. A nivel multilateral esta la Guía de Buenas Prácticas con sus 5 tomos para aplicar en cada etapa del procedimiento administrativo y judicial.

Asimismo, se tiene la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional, esta es una muy buena guía que pueden considerar los países para implementar en la normativa interna un procedimiento de restitución internacional.

Es una ley completa que estipula plazos en cada parte del procedimiento. Por ejemplo, si es localizado un NNA, se da 24 horas para dar aviso a la Autoridad Central o en su caso al Tribunal, para que por medio del Juez se establezcan las medidas precautorias que considere pertinentes para la protección del niño. Se establece un representante del NNA, esto sería lo ideal puesto que el NNA como sujeto de derechos que es, tiene la misma calidad que sus padres, por tanto, debe tener un abogado.

En esta ley, se respeta el derecho al debido proceso de las partes, por lo que pueden interponer excepciones; tener audiencia ante el Tribunal y presentar sus pruebas. Se menciona el tiempo para interponerlas y solo se admiten aquellas ligadas al contexto, además no se admite recurso alguno contra la decisión en caso de desechar alguna. Esto es fundamental porque de esta manera se evita ingresos en demasía de demandas y recursos que no tienen nada que ver con el procedimiento.

Además de la Ley Modelo, se tiene a la Red Internacional de Jueces de la Haya para que a través de una comunicación judicial directa estén los jueces del país requirente y del requerido de la solicitud comunicados en caso de tener alguna duda sobre el procedimiento o de la normativa de cada país; resulta ser de mucha ayuda puesto que así se evita la comunicación por otros medios, que genera formalismos innecesarios que solo entorpecen y dilatan el procedimiento.

Existe un Programa Interamericano de cooperación para prevenir y reparar casos de sustracción de niños, lo importante de éste, es que se avoca a cuestiones prácticas como es la rehabilitación de las víctimas que son los niños y sus padres, esto es primordial porque no se sabe qué tanto los niños han sido afectados desde que se inició la sustracción o retención ilícita.

Asimismo, este programa contempla que debe existir una difusión de la sustracción internacional de niños a todas las personas, y enseñarles las consecuencias que produce este tipo de hechos en los niños.

Respecto de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque no han emitido alguna sentencia referente a la sustracción de niños, de las resoluciones que han tenido se puede observar que las sustracciones han desencadenado vulneraciones a derechos humanos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Por tanto, desde que se produce la sustracción o retención ilícita de un niño en un país que no es donde vive, hasta llevar a cabo el procedimiento de restitución, se les ha vulnerado el derecho a las garantías judiciales, a la protección de la familia (al ser separado de uno de sus progenitores), llevar procedimientos lentos, a la falta por parte del Estado de medidas para que no sucedan las violaciones de derechos antes descritas.

De manera que, por todo lo expuesto anteriormente, existe una amplia normatividad en materia de sustracción de niños que los Estados pueden implementar en su derecho interno, por lo que queda en cada país realmente aplicarlas y hacerlas efectivas.

Hay que recordar que ante todo se está protegiendo el derecho del niño de injerencias en su vida, de modo que se debe evitar a toda costa provocarles daños posiblemente irreparables con estas sustracciones o retenciones ilícitas.

CAPITULO TERCERO

Marco Jurídico del Procedimiento de Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes en México

Se tiene una amplia normatividad a nivel internacional aplicable al procedimiento de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes, le corresponde a cada Estado adecuar esos ordenamientos a su derecho interno de acuerdo a los estándares internacionales que protejan los derechos humanos de los niños.

Por lo que, el Estado Mexicano, tiene un marco jurídico para la ejecución del procedimiento de restitución internacional, aunque no de manera directa, es decir, no se tiene como tal un procedimiento a nivel federal que contenga las directrices a seguir para aplicar un caso internacional en el ámbito local, pero se tiene otra normativa que puede ayudar para llevar a cabo estos procedimientos.

En este capítulo se explica el procedimiento administrativo de restitución internacional de niños llevado a cabo por la Autoridad Central Mexicana dependiente de la Secretaria de Relaciones Exteriores: el tipo de casos llevados, las formas de terminar el procedimiento, así como los atrasos detectados por la Autoridad en la restitución internacional, y auxiliándose en una entrevista realizada a la Subdirectora de Restitución y Custodia Internacional de Menores, que desde el punto de vista como Autoridad Central explique algunos factores sobre la restitución desde el ámbito administrativo.

Posteriormente, se continúa con la exposición de la Autoridades involucradas en el procedimiento, aparte de la Secretaria de Relaciones Exteriores y los Tribunales de Justicia, así como algunos atrasos que se han tenido en la práctica. Después se explica el procedimiento judicial, para esto se establecen los fundamentos jurídicos que van desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el interés superior de la niñez, de acuerdo al artículo 4, los derechos humanos contemplados en el artículo 1 y 133, así como las garantías del debido proceso y la declaración de competencia internacional en un juez local en México.

La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y la relación que existe con el procedimiento de restitución internacional al igual que los Estados de la República Mexicana que cuentan con un procedimiento establecido de restitución internacional en sus respectivos códigos o leyes. De igual manera se plantean algunas tesis realizadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación al procedimiento.

Asimismo, se presentan los derechos de los niños, niñas y adolescentes que son vulnerados dentro del procedimiento de restitución, que no siempre son dañados por parte de las Autoridades sino también, por sus propios progenitores.

Aunado a la normativa nacional, se tiene el auxilio de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Niñez, la figura de los Jueces de Enlace, y para finalizar, una entrevista con un Juez mexicano de Enlace nacional e internacional ante la Conferencia de la Haya de Derecho internacional Privado para que desde el punto de vista judicial explique algunos factores referentes a la restitución internacional de niños en los procedimientos en México.

3.1. Procedimiento Administrativo.

Las Convenciones Internacionales designan con diversas facultades una Autoridad Central en cada país, para que se encargue del cumplimiento de las obligaciones que imponen los Tratados.

El procedimiento administrativo de restitución internacional debe hacerse primeramente entre Autoridades Centrales, para que sean las que realicen un intercambio de información sobre el NNA y del posible sustractor (a) del país requirente al país requerido. Se entiende por “país requerido” aquel donde posiblemente se encuentre el NNA, y “país requirente” aquel que solicita la restitución del NNA al país donde fue sustraído o retenido ilícitamente.

El artículo 7 de la Convención de la Haya establece que las Autoridades Centrales deben de facilitar la apertura de un procedimiento administrativo o judicial para que

la restitución del NNA sea rápida.²⁴⁷ Estas Autoridades Centrales son las que gestionaran todo el procedimiento desde que su homóloga del otro país le envía la información requerida por los convenios, se revisa la documentación, y posteriormente se envía al Tribunal mexicano del lugar donde posiblemente se encuentre el NNA, o se trata de llegar a una solución amigable para restituirlo.

Es importante mencionar que la documentación que se envíe a través de la Autoridad Central no exigirá ninguna legalización ni otras formalidades, además de que se remitirá en el idioma de origen junto con su traducción al idioma oficial.²⁴⁸

Las Autoridades Centrales tienen una importante labor al ser las que tienen el primer contacto con la solicitud de restitución o de derechos de visita, son aquellas que deben de vigilar que los documentos enviados por su homóloga estén correctos; tener buena comunicación no sólo con la otra Autoridad Central sino también con el solicitante o en su caso con el representante legal; facilitar un procedimiento judicial; ser mediadores entre el solicitante y el sustractor si es que se diera la posibilidad; llevar un seguimiento de la solicitud; facilitar una asistencia judicial; además de realizar actividades administrativas como dar seguimiento a expedientes y archivarlos; realizar estadísticas de los casos; mantenerse informadas entre Autoridades Centrales y demás actividades.

El rol de las Autoridades Centrales en las actuaciones vinculadas a los casos de restitución internacional y derechos de visitas impone la necesidad de evitar injerencias de la administración que de algún modo puedan condicionar su

²⁴⁷ Artículo 7, inciso f del Convenio de la Haya dice que las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio. Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan:

“incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita”.

²⁴⁸ Artículos 23 y 24 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

actuación técnica.²⁴⁹ Por lo que deben de actuar de manera transparente en todos los casos.

Asimismo, es importante que la Autoridad Central este en constante capacitación y tener un número de profesionales que requiera el cabal cumplimiento de las Convenciones.²⁵⁰

La Autoridad Central, de acuerdo con la Guía de Buenas Prácticas Primera Parte debe tener recursos materiales adecuados tales como computadoras, correo electrónico, impresoras, para permitir al personal ejercer sus funciones. Se deberán tener medios de comunicación rápidos y modernos.

Asimismo, la Autoridad Central debe actuar bajo el principio de celeridad, puesto que como el interés superior del niño es primordial y el objetivo del convenio es proteger a los NNA contra los efectos perjudiciales de una sustracción, la experiencia muestra que las acciones rápidas, inmediatas en aplicación del Convenio de La Haya son el medio más seguro para proteger el interés de los niños, esto ayudará a minimizar las perturbaciones que tenga el NNA de estar en un lugar diferente de donde vive o evitar que el sustractor obtenga ventaja.²⁵¹

La Autoridad Central puede seguir lo estipulado en la Guía de Buenas Prácticas, sin embargo, cada país administrará la forma de cumplir con las Convenciones Internacionales. Por lo que no todas las Autoridades Centrales de los países se manejarán de la misma forma; unas inclusive hablan sobre la posibilidad de descentralizar a la Autoridad Central para que se dé una mayor agilidad en el procedimiento, vinculación con el medio en el que actúan y con las necesidades de los abogados y operadores de justicia.²⁵²

²⁴⁹ Tellechea Bergman, Eduardo, “La cooperación jurisdiccional internacional en el contexto de la restitución internacional de niños. Nuevos desarrollos”, en Tenorio Godínez, Lázaro, Rubaja Nieve (coord.), *Cuestiones Complejas en los Procesos de Restitución Internacional de Niños en Latinoamérica*, México, Porrúa, 2017, p 78.

²⁵⁰ *Ibidem*.

²⁵¹ Guía de Buenas Prácticas. Primera Parte, Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, 2003, p. 21, párrafo 1.5.3.

²⁵² Tellechea Bergman, Eduardo, *op cit*, p. 81.

Lo importante es cumplir con el objetivo de las Convenciones Internacionales y sobre todo como Autoridad nunca dejar de ver el interés superior del NNA.

3.1.1. La Autoridad Central Mexicana.

La Autoridad Central Mexicana es la Dirección de Derecho de Familia perteneciente a la Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior de la Secretaría de Relaciones Exteriores,²⁵³ quienes tienen el deber, de acuerdo con las Convenciones Internacionales de la materia de cumplir con las obligaciones contenidas en los tratados.

La Autoridad Central Mexicana con sede en la Ciudad de México, recibe las solicitudes provenientes del extranjero o en su caso envía las solicitudes a la Autoridad Central homóloga de otro país para iniciar un procedimiento en el exterior. Además, se encarga de facilitar la apertura de un procedimiento judicial ante un Tribunal Mexicano, para lo anterior cuenta con el auxilio de las Delegaciones de la Secretaría de Relaciones Exteriores²⁵⁴ y como Autoridades Centrales Estatales las oficinas del DIF Nacional²⁵⁵ para que a través de una descentralización se reciban las solicitudes en cada Estado de la República y se presenten en las audiencias derivadas del procedimiento judicial.

El procedimiento administrativo llevado a cabo en México se realiza de la siguiente forma: primeramente, se tienen dos tipos de casos, llamados casos entrantes que son aquellos asuntos de sustracción o retención ilícita de niños o derechos de visita en los cuales los NNA son traídos a México de otro país (sin importar su

²⁵³ Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Artículo 22. Corresponde a la Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior. 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. Consultar. <https://sre.gob.mx/cancilleria/reglamento-interno>.

²⁵⁴ Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Artículo 51 ter. Corresponde a las Delegaciones de la Secretaría de Relaciones Exteriores: 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.

²⁵⁵ Base de datos INCADAT. Consultar. <https://www.hcch.net/en/states/authorities/details3/?aid=107>.

nacionalidad) y los casos salientes que son aquellos NNA que son trasladados de México a otro país.

Para lo anterior, se requiere que las Autoridades Centrales estén en constante comunicación para recibir o enviar información relativa al caso de sustracción, retención ilícita o derechos de visita de que se trate. Se arma un expediente administrativo de la solicitud, se mantiene constante comunicación con la Autoridad Central del Estado requirente o requerido y con el solicitante en caso de que falte algún documento. Asimismo, si es necesario se pide mediante oficio entre Autoridades en México algún dato que haga falta para la localización del NNA.

Como en el presente trabajo se hace referencia a los casos entrantes, entonces la Autoridad Central Mexicana, cuando recibe una solicitud de extranjero y se conoce el lugar donde puede estar el NNA, y el sustractor (a) no está interesado (a) en realizar una mediación, se pasa al procedimiento judicial para saber qué juez del Estado Mexicano se declarará competente internacionalmente para conocer del asunto de restitución.

Es importante mencionar que aunque la Guía de Buenas Prácticas faculta a la Autoridad Central Mexicana para poder ser representante en un caso de sustracción, la Autoridad no lo es, esto es porque la Secretaría de Relaciones Exteriores, al recibir una solicitud de restitución internacional de niños, no defiende un interés ni derecho en nombre de la Federación, dicha Secretaría es la encargada de canalizar y promover la colaboración entre las autoridades centrales de los Estados Parte de la Convención en los Estados Unidos Mexicanos, a fin de garantizar la restitución inmediata de los niños,²⁵⁶ por lo que el solicitante y sustractor deben conseguir su propio abogado, aunque la Autoridad no se niega a solicitar al Juez un abogado de oficio o mostrar una lista de abogados privados para que los gastos corran por parte de solicitante.

De lo anterior, no debe dejar de soslayarse que, una vez que el expediente administrativo es remitido a la autoridad judicial, e inicia el procedimiento

²⁵⁶ Tesis: III.2o.C.72 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo IV, Libro 40, marzo de 2017, página: 2644.

jurisdiccional de restitución internacional de niños, la Secretaría no se convierte en la representante procesal directa del niño pues, en todo caso, para ello es necesario que el solicitante de la restitución otorgue su autorización por escrito para dichos efectos en favor de la Autoridad Central, en términos del artículo 28 de la Convención referida.²⁵⁷

3.1.1.1. Tipos de Casos llevados por la Autoridad Central Mexicana.

Los tipos de casos llevados por la Autoridad Central Mexicana son dos: el primero es de sustracción y el otro de derechos de visita. Como ya se expuso los de sustracción se dividen en casos entrantes y casos salientes. Los casos de derechos de visita o contacto transfronterizo son aquellos en los cuales los niños que viven en México o niños que viven en el extranjero desean tener contacto con alguno de sus progenitores que viven en el extranjero o que viven en México, por lo cual, si viven los niños en México, mediante la Autoridad Central se envía una solicitud de visitas y convivencias a su homóloga en el país donde se encuentra el otro progenitor para poder establecer el contacto y quede formalizado.

Respecto de los derechos de visita, estos casos se someten a mediación entre los padres, puesto que no debe existir un conflicto. Sin embargo, cabe la posibilidad que los casos de visita internacional sean conocidos por un juez mexicano, que lleve el procedimiento y resuelva conforme a lo establecido en las Convenciones Internacionales, siempre actuando en favor del interés superior del niño.

3.1.1.2. Formas de terminar el procedimiento de restitución para la Autoridad Central Mexicana.

De acuerdo con la Autoridad Central Mexicana y lo manifestado por la investigadora Nuria González Martín,²⁵⁸ existen diversas causas por las cuales se cierra un caso de sustracción en la S.R.E que son:

²⁵⁷ *Ibidem.*

²⁵⁸ González Martín, Nuria, "Sustracción Internacional Parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión", *Revista Electrónica de Estudios internacionales*, núm. 29, junio 2015, p. 7.

1. Acuerdo extrajudicial: acuerdo por medio del cual las personas involucradas en el procedimiento llegan a un arreglo ya sea porque así lo decidieron o por que llevaron mediación, sobre la restitución o derechos de visita. Lo presentan a juzgado y se eleva a sentencia.
2. Acuerdo judicial: aquel acuerdo al que llegan las partes frente al Juez en el Tribunal.
3. Cierre administrativo: se lleva a cabo cuando se encuentra inactivo el procedimiento de restitución ante la Autoridad Central.
4. Desistimiento: cuando el solicitante de la restitución o derechos de visita decide no continuar con el procedimiento.
5. Improcedentes: cuando no se puede llevar el procedimiento de restitución por falta de algún requisito.
6. Restitución judicial: cuando mediante sentencia el Juez otorga la restitución de un NNA a su residencia habitual.
7. Restitución negada: cuando después de haberse agotado el procedimiento (se acrediten pruebas, excepciones), el Juez decide no otorgar la restitución al solicitante.
8. Restitución voluntaria: cuando el sustractor decide regresar al menor con el solicitante.
9. Derechos de visita otorgados: cuando mediante sentencia o acuerdo se logran instaurar visitas y convivencias de los NNA con sus progenitores.

3.1.1.3. Atrasos detectados por la Autoridad Central Mexicana en el procedimiento de restitución de niños, niñas y adolescentes.

La Autoridad Central Mexicana, como se sabe es la supervisora para que se cumplan los objetivos de las Convenciones Internacionales y aunque se encarga del procedimiento administrativo, suele darle seguimiento a los casos cuando se encuentran en sede Judicial, esto es porque debe proporcionar información de la

situación a su homóloga en el país requirente. Es por tal motivo que ha detectado diversas acciones en el procedimiento judicial que han ido atrasando los procedimientos de restitución que hacen que no se cumpla el término estipulado de seis semanas.

Estas son algunas actuaciones que se han detectado y que demoran el procedimiento judicial:²⁵⁹

- a) Se admiten pruebas que no tienen correspondencia con la restitución. Ejemplo: Pruebas psicológicas para saber cómo se encuentra el niño en la actualidad. Cuando lo que hay que analizar es la situación pasada, cuando sucedió la sustracción o retención ilícita.
- b) Se aceptan todo tipo de pruebas, por tanto, deben limitarse.
- c) La Admisión o Radicación del procedimiento de restitución no es claro, debe contener todo lo que procederá, que las partes comprendan. Esto para evitar amparos innecesarios donde mencionen que nadie les explicó de qué se trataba el procedimiento.
- d) Excesivo número de amparos (algunos innecesarios). Existen amparos contra la Secretaría de Relaciones Exteriores por haber recibido una solicitud de restitución o de mandar una al extranjero, cuando esa es su función. Inclusive hay interposición de amparos en contra de una posible extradición, cuando la restitución de NNA no tiene nada que ver con el tema. En los conceptos de violación en los amparos, se argumenta que se está llevando una desaparición forzada, arraigo o por el simple hecho de la presentación de la solicitud de restitución.²⁶⁰
- e) Los exhortos demoran semanas en trabajarlos.

²⁵⁹ Oropeza Zorrilla, María Cristina, "La Restitución Internacional de Menores desde la Perspectiva de la Secretaría de Relaciones Exteriores (Autoridad Central)," *Serie Justicia y Derecho. Séptima Reunión de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez*, número 25, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, México, 2017, pp. 18-24.

²⁶⁰ Entrevista realizada a Claudia Sierra Martínez, Subdirectora de Restitución y Custodia Internacional de Menores, Autoridad Central Mexicana, 27 de noviembre de 2018. Ver Anexo.

- f) La estancia del NNA sustraído en un albergue mientras dure el procedimiento de restitución como medida precautoria, ha sido causa de diversos análisis y amparos.
- g) La mayoría de las veces, los padres litigan por demostrar quién es el más fuerte y quien se merece al niño, como si fuera un objeto. Lo que hace que ingresen escritos, pruebas que hacen que se demore el procedimiento.
- h) La localización del niño. Se ha vuelto complicado su ubicación, puesto que el progenitor sustractor cambia constantemente de residencia para no ser localizado.²⁶¹

Como se puede observar, existen diversas actuaciones en la práctica que han demostrado que no se conoce la figura de restitución internacional de niños y mucho menos el procedimiento que se lleva en México es por tal motivo que se ingresan pruebas innecesarias o amparos que no tienen relación con el procedimiento de restitución. Esto es un problema, debido a que si se sigue actuando de esta manera se seguirá vulnerando el derecho de los niños a regresar a su lugar donde viven, puesto que son casos que llegan a durar bastante tiempo.

3.1.2. Autoridades involucradas en el procedimiento de restitución internacional de niños y sus obligaciones.

De acuerdo con la reforma constitucional de derechos humanos del 2011 en la cual se estableció en el capítulo 1 que todas las Autoridades están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; también se extendió a todos los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Aunque éstos siempre han sido de observancia obligatoria para todas las autoridades del país,²⁶² con esta reforma se amplía el catálogo de derechos humanos establecidos en la Constitución y de esta manera todas las Autoridades están obligadas a velar porque se cumpla con el objetivo contenido en los tratados internacionales en materia de sustracción de niños, además de que se encuentran involucrados dos principios

²⁶¹ *Ibidem.*

²⁶² Tesis 1ª CXCVI/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima Época, tomo 1, libro XXI, junio de 2013, página 602.

fundamentales que son el de actuar con celeridad en el procedimiento y el interés superior de la niñez.

El artículo 6 del Convenio de la Haya, así como el artículo 7 de la Convención Interamericana de Restitución Internacional mencionan que se designará una Autoridad Central en cada país que será la encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone la Convención y de gestionar el procedimiento de restitución como se vio anteriormente.

Además, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 9 menciona que el Estado velará porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos; y el artículo 11 dice que el Estado adoptará medidas contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita.

De lo anterior, las Convenciones Internacionales en materia de sustracción de niños son de cooperación internacional, sin embargo, están ligadas con la Convención sobre los Derechos del Niño que es de derechos humanos. Y uno de los tantos derechos que tienen los niños es tener una vida digna y no estar separados de sus padres, por lo que el Estado a través de sus Autoridades deberá cumplir o establecer disposiciones para evitar y luchar contra las sustracciones o retenciones ilícitas que vulneran los derechos de los niños.

Asimismo, la Ley General de los Derechos de niñas, niños y adolescentes (NNA)²⁶³, menciona que las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus competencias están obligadas a coadyuvar en su localización, a través de los programas para la búsqueda, localización y recuperación de los NNA y adoptar todas las medidas necesarias para prevenir que sufran daños, y llevar a cabo la substanciación de procedimientos de urgencia²⁶⁴; además el artículo 11 del

²⁶³ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014.

http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5374143&fecha=04/12/2014. Página consultada el 16 de abril de 2018.

²⁶⁴ Artículo 25: Las leyes federales y de las entidades federativas contendrán disposiciones para prevenir y sancionar el traslado o retención ilícita de niñas, niños y adolescentes cuando se produzcan en violación de los derechos atribuidos individual o conjuntamente a las personas o

Convenio de la Haya menciona que las Autoridades Judiciales y Administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos de restitución de niños, por lo que no solo la S.R.E como Autoridad Administrativa y Central es la que estará involucrada en este procedimiento, sino que en coadyuvancia con otras como la Secretaria de Educación Pública o la Secretaria de Seguridad Pública actuarán para velar por la protección del NNA siempre en el marco del interés superior de la niñez.

Por lo que implica este procedimiento, el tiempo es indispensable así que deberán actuar con urgencia de acuerdo con sus facultades puesto que se le está dando cumplimiento a un tratado internacional del cual México es parte y contrajo obligaciones que deben cumplir todas las Autoridades, tal como dice la Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:²⁶⁵

[...] los Estados contratantes del Convenio de La Haya, a través de estas Autoridades Centrales, adquirieron por voluntad propia la obligación de tomar todas las medidas necesarias para conseguir la restitución inmediata del menor de la forma más breve y ágil posible, para lo cual

instituciones que ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia, y preverán procedimientos expeditos para garantizar el ejercicio de esos derechos.

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

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

Cuando una niña, niño o adolescente sea trasladado o retenido ilícitamente en territorio nacional, o haya sido trasladado legalmente pero retenido ilícitamente, las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, estarán obligadas a coadyuvar en su localización, a través de los programas para la búsqueda, localización y recuperación, así como en la adopción de todas las medidas necesarias para prevenir que sufran mayores daños y en la sustanciación de los procedimientos de urgencia necesarios para garantizar su restitución inmediata, cuando la misma resulte procedente conforme a los tratados internacionales en materia de sustracción de menores.

²⁶⁵ Tesis: 1a. XXXVI/2015, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo II, Libro 15, febrero de 2015, p.1419.

podrán auxiliarse de las autoridades judiciales o administrativas competentes que inicien procedimientos de urgencia disponibles.

[...] el Convenio de La Haya dota al factor tiempo de una suma importancia, pues se entiende que las autoridades del Estado receptor deben actuar con la mayor celeridad posible a fin de evitar el arraigo del menor en el país al que fue trasladado o retenido.

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un asunto habló sobre que la restitución extemporánea de un menor vulneraría el derecho a la vida familiar debido a que considera que la duración del procedimiento ha causado cambios en la situación del NNA [...] y por consecuencia se ha integrado a su nueva residencia por lo que se refuerza la práctica reiterada por no haber actuado con inmediatez, y de esta manera se transgrede la base del convenio de la Haya.²⁶⁶

Han existido obstáculos entre las Autoridades para poder llevar a cabo su labor, como la falta de comunicación entre ellas, la falta de sensibilidad de algunas al no conocer la importancia del asunto, el no establecimiento de acuerdos interinstitucionales para poder coadyuvar, por ejemplo, en la localización del niño y la falta de recursos.²⁶⁷

Es por tal motivo que todas las Autoridades del país deben actuar en conjunto con la Autoridad Central Mexicana y con el Juzgado local que conozca del procedimiento judicial de restitución de niños, para que en caso de que se necesite alguna información urgente sobre el NNA, se pueda responder rápidamente. Para esto se pueden llevar a cabo foros, talleres, conversatorios como uno que se llevó a cabo en el 2018 cuando se creó el Juzgado Especializado en el Tribunal Superior de Justicia del Estado de México.²⁶⁸

²⁶⁶ “Europa en Breve”, *Información semanal de la Delegación de la Abogacía española en Bruselas*, semana del 9 de febrero de 2015, <http://bruselas.abogacia.es>. Así como: <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2015/02/EB-06-15.pdf>. P. 7. Página consultada el 24 de abril de 2018.

²⁶⁷ Entrevista realizada a Claudia Sierra Martínez, Subdirectora de Restitución y Custodia Internacional de Menores, Autoridad Central Mexicana, 27 de noviembre de 2018, ver anexo.

²⁶⁸ *Ibidem*.

Una de las Autoridades que participa con la Autoridad Central, es la Organización Internacional de la Policía Criminal (Interpol), quienes a través de un Grupo Operativo en México se dedica exclusivamente al NNA. Este grupo está integrado por dos mujeres (de preferencia psicólogas para atender a los niños) y cuatro hombres.²⁶⁹

La Interpol, al momento de cumplir con sus obligaciones respecto de la restitución internacional de los niños, ha detectado algunas actuaciones en el procedimiento que hacen que se atrase la restitución las cuales son:²⁷⁰

- a) En México, no hay como tal un abogado que represente los intereses de los niños.
- b) No existe una reglamentación específica sobre cómo debe llevarse a cabo el procedimiento de restitución internacional de niños.
- c) El “mandamiento judicial” que elabora el Juzgado para la recuperación del NNA, debe ser completo, es decir, debe contemplar “búsqueda, recuperación y presentación” esto es para evitar que se tenga ubicado al NNA pero al ser un mandamiento incompleto no se pueda presentar a Juzgados y se alargue el procedimiento en lo que se subsana el error.
- d) El “mandamiento judicial” es preferible que se envíe a la Autoridad Central Mexicana, que es la que tiene un expediente del caso y a través de ella podemos obtener ese mandamiento.

Es importante mencionar que de acuerdo al quinto informe de labores 2016-2017 de la Agencia de Investigación Criminal de la Procuraduría General de la República y según datos de la Dirección General de Asuntos Policiales Internacionales e INTERPOL del 1 de septiembre de 2016 al 30 de junio de 2017 se localizó a 30 niños, niñas y adolescentes sustraídos de su residencia habitual en el cual se logró

²⁶⁹ Vidal Terrazas, Irving Emmanuel, “La participación de la Interpol en la recuperación de los menores en casos de Sustracción Internacional,” *Serie Justicia y Derecho. Séptima Reunión de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez*, número 25, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, México, 2017 pp. 31.

²⁷⁰ *Ibidem*, pp 31-33.

su restitución. En el 2014 fueron 40 NNA, en el 2015 fueron 37 NNA, en el 2016 fueron 35 NNA y de enero a junio de 2017 fueron 20 NNA.²⁷¹

Cada Autoridad ya sea Judicial o Administrativa local o federal tienen el deber de coadyuvar en este tipo de procedimientos internacionales donde se debe actuar con urgencia, puesto que se involucran niños; asimismo, el carácter de este procedimiento no debería ser un conflicto puesto que es una solicitud de retorno. Por tanto, se debe de auxiliar a la Autoridad Central Mexicana o a los Juzgados en cualquier asunto que necesiten.

Además, las Autoridades Judiciales o Administrativas, si bien, tienen sus reglamentos, no deben olvidar que se está en presencia de un Tratado Internacional del cual el Estado Mexicano es parte y que éste tratado involucra otros tratados en materia de derechos humanos, lo que en caso de no cumplimiento se le condenará responsabilidad internacional a México y una posible afectación a largo plazo al niño, niña y adolescente.

3.2. Procedimiento Judicial.

Después de revisar la documentación requerida por el Convenio de la Haya, la Autoridad Central Mexicana mediante oficio dirigido entre pares (Director General del área en la Secretaría de Relaciones Exteriores y el Magistrado Presidente del Tribunal mexicano donde se presume se encuentra el NNA), se envía a la Presidencia del Tribunal para que la Secretaría General de Acuerdos turne la solicitud de restitución internacional al Juzgado local correspondiente para que se forme expediente de restitución. En este momento termina el Procedimiento meramente administrativo para dar inicio al Judicial, pero siempre la Autoridad Central estará al pendiente del procedimiento de restitución internacional o derechos de visita en su caso.

Para dar inicio al procedimiento judicial de restitución internacional, se tiene que conocer la competencia judicial internacional, que es determinar qué juez nacional,

²⁷¹ 5 informe de labores 2016-2017 de la Agencia de Investigación Criminal Procuraduría General de la República, p. 175, <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/253665/8.AIC.pdf>. Página consultada el 12 de febrero de 2019.

de qué Estado de los involucrados en el supuesto de hecho privado e internacional, se atribuirá el conocimiento del asunto para llegar a una solución. Y la competencia judicial nacional se relaciona con la internacional en un determinado tribunal nacional.²⁷²

A la Convención de la Haya no le concierne reglamentar el procedimiento de restitución, por lo que lo delega a cada normatividad domestica para que así se establezca competencia judicial internacional, es decir, el juez nacional competente internacionalmente.²⁷³

Para explicar lo anterior, el artículo 104, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, menciona 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 leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. A elección del actor y cuando sólo se afecten intereses particulares, podrán conocer de ellas, los jueces y tribunales del orden común”. Sin embargo, aunque es a elección del actor, se trata de un asunto particular y en el contexto mexicano, la materia de familia es de competencia estatal y no federal.²⁷⁴

Y aunque el Poder Ejecutivo este facultado para celebrar tratados internacionales, sin importar la materia sobre la que versen, no significa que tal materia, por estar contenida en un instrumento internacional, entra a formar parte de la competencia de los poderes federales,²⁷⁵ por lo que se concluye que los tribunales locales son los competentes para aplicar las convenciones y los tratados internacionales cuyo objeto lo constituyan materias de competencia local,²⁷⁶ y como la materia de sustracción de niños es materia familiar, se debe de llevar el procedimiento de

²⁷² González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Nostra Ediciones, 2010, pp. 90 y 91.

²⁷³ “Constitucionalidad de la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, SCJN-UNAM, Número 83, noviembre 2015, México, p.92.

²⁷⁴ Matus Calleros, Eileen, *México ante la Restitución Internacional de menores*, México, Ed. IJ-UNAM, 2013, p. 97.

²⁷⁵ *Ibidem*, pp. 97 y 98.

²⁷⁶ Trigueros Gaisman, Laura, “Restitución Internacional de menores aplicación interna de una Convención”, *Alegatos*, número 25-26, 1993-1994, p. 28.

restitución en cada juzgado local del Estado de la República Mexicana donde se presume que se encuentra el NNA sustraído o retenido.²⁷⁷

En la actualidad no se tiene un procedimiento especial dentro de la legislación federal, sólo algunos Estados cuentan con uno que facilite el trámite de restitución; y los jueces mantienen criterios distintos, pues lo que hacen es aplicar la normatividad vigente en sus Estados y aunque cumplen con el debido proceso, puede traducirse en una contravención a la Convención de Viena, pues se aducen cuestiones de derecho interno, que retardan el cumplimiento del compromiso internacional.²⁷⁸ De ahí que se recurra a los códigos de procedimientos civiles de cada una de las Entidades Federativas para determinar la competencia o incompetencia de los jueces mexicanos.²⁷⁹

En México, no todos los Estados de la República cuentan con un procedimiento de restitución internacional de NNA en sus códigos civiles o familiares, por lo que el juez de cada Estado resuelve este problema como alguna controversia familiar; algunos lo manejan como un acto prejudicial y otros siguen las reglas de un divorcio o de un juicio de alimentos o guarda y custodia por lo que esa es una razón para que haya un atraso en el procedimiento que no debería de existir, pero ante la falta de regulación (y podría decirse de desconocimiento del tema) es que no se puede cumplir con el objeto de las Convenciones de las que México es parte.

Por tal motivo es importante respetar los principios inmersos en el Convenio que es el interés superior de la niñez y el principio de celeridad o de urgencia, debido a que como se involucra niños que no son del país donde se está llevando el procedimiento es necesario que se devuelvan a su residencia de origen porque al cambiar de lugar donde realizaban sus actividades, donde tenían su rutina puede existir un daño psicológico, aunado a que no podrán ver a uno de sus progenitores.

²⁷⁷ Tesis: III.2o.C.69 C, *Semanario Judicial y su Gaceta Época*, Décima Época, Tomo IV, Libro 40, Marzo de 2017, p. 2643

²⁷⁸ Cervera Rivero, Oscar Gregorio, "Los menores como titulares de la acción" en Tenorio Godínez, Lázaro y Tagle de Ferreyra, Graciela, (coord.), *La Restitución Internacional de la Niñez. Enfoque Iberoamericano, doctrinario y jurisprudencial*, Porrúa, México, 2011, p. 72.

²⁷⁹ Trigueros Gaisman, *op cit*, p. 96.

La demora en la resolución en los procedimientos de restitución, la no adecuada representación a los niños constituye una violación a su derecho de acceso a la justicia puesto que son sujetos de derechos, además del perjuicio a su interés superior debido a que “se encuentra su derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente en perjuicio de su integridad física y psicológica”.²⁸⁰

Asimismo, “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”²⁸¹ es por tal motivo que las Autoridades involucradas en el procedimiento de restitución deben velar por no transgredir estos principios y tener siempre presentes durante y al finalizar el procedimiento.

Como se ha visto, el convenio dota al factor tiempo de suma importancia, pues se entiende que las autoridades del Estado receptor de la solicitud de restitución deben actuar con la mayor rapidez posible para evitar que el NNA se arraigue al país al que fue trasladado o retenido. Asimismo, se señala que si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiere tomado una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha del inicio del procedimiento el estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.²⁸²

Ahora bien, como ya se mencionó el procedimiento judicial de la restitución internacional de NNA en México inicia cuando se declara al juez la competencia judicial internacional para conocer del procedimiento donde posiblemente se encuentre el NNA, es importante mencionar que los Tribunales suelen manejar la petición de restitución como exhorto o carta rogatoria internacional.²⁸³ Mal nombrado, puesto que el nombre que se le debe dar es de “solicitud de restitución.”

²⁸⁰ Tesis: 1a. LXXI/2015, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo II, Libro 15, febrero de 2015, p.1418.

²⁸¹ *Ibidem*.

²⁸² Tesis 1ª. XXXVI/2015, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 15, tomo II, febrero de 2015, página 1419.

²⁸³Según lo estipulado por el Código Federal de Procedimientos Civiles en sus capítulos de Cooperación Procesal Internacional, De los Exhortos o cartas rogatorias internacionales.

Así de esta manera al Juez que le tocó conocer por turno y al que se le declarará juez competente internacional, mantendrá en resguardo y secrecía el expediente de restitución internacional.

Algunas Facultades y prohibiciones que tienen los Jueces del País de destino son:²⁸⁴

1. Facultad de resolver la cuestión planteada, limitándose a analizar si existe o no el hecho ilícito de traslado o retención. Se abstendrá de pronunciarse sobre los derechos de custodia.
2. No debe calificar quien es el padre o madre mejor capacitado para cuidar al menor.
3. Si han dictado medidas otros jueces domésticos y le son aportadas como excepción debe analizarlas y valorarlas como actos propios de autoridades incompetentes y que no producen consecuencias de derecho en el caso de análisis.

Cada Entidad Federativa cuenta con su procedimiento de restitución o en su caso se siguen las reglas establecidas en sus códigos civiles o familiares como si el asunto fuera una pensión alimenticia o guarda y custodia. Por lo que de manera general el procedimiento de restitución internacional de NNA en un juzgado local inicia así:²⁸⁵

1. Radicación de la solicitud de referencia con sus anexos, se forma expediente.
2. Se da vista al ministerio público, a la procuraduría de defensa del menor y la familia de la entidad federativa y a la autoridad central mexicana.
3. Se autorizan días y horas inhábiles para la diligencia.
4. Se establecen medidas provisionales. Que pueden ser:²⁸⁶

²⁸⁴ Ponencia “Conversatorio sobre Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes. Excepciones al Convenio Artículo 13” que presentó el Magistrado Oscar Gregorio Cervera Rivero en Bogotá, Colombia el 22 de noviembre de 2018, p. 11. Material que fue obtenido en la Entrevista realizada en noviembre de 2018.

²⁸⁵ “Constitucionalidad de la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, SCJN-UNAM, Número 83, noviembre 2015, México, p.46.

²⁸⁶ Ponencia “Conversatorio sobre Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes. Excepciones al Convenio Artículo 13”, *op cit*, pp. 19 y 20.

- a) No separar el menor del cuidado primario (la mamá), se puede realizar un aseguramiento domiciliario;
 - b) Evitar contacto hasta que el Juez resuelva el derecho de custodia;
 - c) Evitar actos de violencia;
 - d) El contacto debe ser por medio de abogados o como lo establezca el juez;
 - e) Los acuerdos que se tomen deben ser aprobados por el Juez del país de destino y presentados ante el Juez de la residencia habitual
 - f) En ocasiones es indispensable determinar el aseguramiento del NNA en un albergue perteneciente al Sistema de Desarrollo Infantil (DIF), para el efecto de que no lo vuelvan a sustraer o a ocultar. Aunque el Magistrado Familiar Oscar Cervera, menciona que quien debería ser asegurado y arraigado, como consecuencia lógica de sus actos es el presunto sustractor.²⁸⁷
5. Se autoriza si es necesario el rompimiento de chapas, cerraduras y auxilio de la fuerza pública.
 6. Se realizan si es necesario oficios de búsqueda del niño y de localización y recuperación.
 7. Se notifica debidamente al presunto sustractor (a), para que comparezca al juzgado junto con el NNA en fecha establecida para que la autoridad judicial, en auxilio de la autoridad central, le haga de su conocimiento el alcance de ese procedimiento y la posibilidad de llegar a una solución amigable (...) así como la posibilidad que tiene de ofrecer las pruebas para acreditar sus excepciones²⁸⁸ de acuerdo con el artículo 13 del Convenio de la Haya.²⁸⁹

En el procedimiento de restitución de NNA siempre se respetarán las formalidades esenciales del procedimiento y las garantías de audiencia y defensa, según lo establecido en los artículos 14 y 16 constitucionales, para todas las partes

²⁸⁷ Cervera Rivero, Oscar Gregorio, "Los menores como titulares de la acción" en Tenorio Godínez, Lázaro y Tagle de Ferreyra, Graciela (coord.), *La Restitución Internacional de la Niñez. Enfoque Iberoamericano, doctrinario y jurisprudencial*, Porrúa, México, 2011, p.65.

²⁸⁸ Consultar el amparo en revisión 150/2013, p. 48.

²⁸⁹ Tesis 1ª XXXII/2007, Semanario Judicial de la Federación, Novena época, tomo XXV, febrero de 2007, p. 634.

involucradas. Es importante destacar que el NNA no es objeto de litigio, es una persona y por tanto también se le debe respetar su derecho al debido proceso, independientemente del de sus padres en conflicto.

En algunas situaciones, por desconocimiento de la Convención se suelen interponer amparos por tener la creencia de que como es un asunto internacional se esté ante la figura de extradición, repatriación o el Estado quiera tener la custodia del niño, por lo que es muy importante formar en los padres la conciencia de que de ellos dependerá la determinación del juez. Pero el gran problema es que los abogados no conocen esta Convención.²⁹⁰ También puede suceder que el NNA no haya sido localizado aún o que el progenitor sustractor haya sido notificado, pero no se haya presentado al Juzgado por el miedo de perder al niño.

Como no se tiene un procedimiento general de restitución internacional de niños, cada juez trabaja de una manera distinta a otros y en lugar de otorgar un plazo para contestar en cuanto se localiza al NNA, se le emplaza al padre sustractor y se da cita para audiencia al día siguiente, momento en el cual el padre sustractor no tiene tiempo de elaborar su contestación con excepciones y defensas lo que hace que se interpongan amparos alegando que se le vulneró su derecho de audiencia.²⁹¹ Sin embargo, la Convención de la Haya y la Constitución Federal permiten que el padre sustractor a través de pruebas fehacientes interponga excepciones aunque sea de manera oral.

Es por tanto que la Convención no va en contra del debido proceso establecido en México, puesto que cumple en dar a conocer el inicio del proceso y sus consecuencias; da oportunidad a ofrecer y desahogar pruebas; alegar y recurrir la

²⁹⁰ Villegas Pérez de Ramírez, Dalila Dimpna, "Difusión de la Convención de la Haya" en, *Serie Justicia y Derecho. Red Mexicana de Cooperación Judicial para la protección de la niñez*, Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, número 5, México, 2011, p. 10.

²⁹¹ "Constitucionalidad de la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", *Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, SCJN-UNAM, Número 83, noviembre 2015, México, p.48.

sentencia,²⁹² se respetan las formalidades esenciales del procedimiento, puesto que el propósito de la Convención es luchar contra la sustracción del NNA.²⁹³

Como se ha dicho, cada juez local ha resuelto los casos de restitución internacional como considera que es mejor para evitar daños a los NNA y cumplir con el objetivo de la Convención. Por lo que varios jueces han mencionado las acciones que han realizado para resolver el procedimiento y aquellas que han detectado que demoran el procedimiento.

La Juez de lo familiar de Tijuana, Dalila Villegas, menciona que existe un desconocimiento de la Convención, por lo que al momento de que la policía recupera al NNA, la familia del sustractor “llama a los vecinos y dice ¡me están robando a mi hijo, están raptando a mi hijo!”, y no sólo la familia desconoce el procedimiento, sino también los abogados y es que al no conocer este tipo de asuntos internacionales, se promueve un amparo y se complica el asunto.²⁹⁴

Asimismo, agrega la Juez, que es importante cerciorarse de la existencia del domicilio, accesos, horarios de trabajo del sustractor, si va a la escuela el NNA y que el expediente lo guarde el Juez o el Secretario de Acuerdos de confianza para que no se filtre información sobre el NNA.²⁹⁵

El Juez de lo familiar de Coahuila, Ricardo Aguirre, en su experiencia en casos de restitución dice que en el Código de Coahuila existe un artículo que dice que ante el vacío legal para llevar a cabo la restitución de NNA, el juez tiene competencia para crear la norma que lo llene, sin embargo, lo más recomendable es buscar la armonización entre la Constitución, los tratados internacionales y la norma federal, o en su caso, la local. Por lo que en Coahuila el procedimiento de restitución se lleva de la siguiente manera: Llega la solicitud al Juzgado; se realiza el Auto de

²⁹² P./J. 47/95, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, p. 133.

²⁹³ “Constitucionalidad de la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *op cit*, p. 55

²⁹⁴ Villegas Pérez de Ramírez, Dalila Dimpna, “Difusión de la Convención de la Haya” en, *Serie Justicia y Derecho. Red Mexicana de Cooperación Judicial para la protección de la niñez*, Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, número 5, México, 2011, p. 10.

²⁹⁵ *Ibidem*.

Radicación en el cual se señala el requerimiento, el emplazamiento y la audiencia de conciliación pruebas y alegatos; se otorga 5 días para su contestación; se dicta sentencia en 3 días y se tiene 15 días para interponer recurso de apelación.²⁹⁶

El Magistrado Federal, Fernando Rangel Ramírez, menciona en su experiencia, que se puede llevar el procedimiento de restitución en seis semanas, pero que “el juicio de Amparo, como medio extraordinario de defensa, puede entorpecer un procedimiento ordinario.” Con esto no se quiere decir que las personas no tengan derecho a interponerlo, sino que la promoción del amparo debe ser excepcional y presentarse en casos que de verdad lo ameriten. La mayoría de los quejosos lo interponen por violaciones a la garantía de audiencia y al interés superior del niño.²⁹⁷

No se puede restringir la procedencia del amparo porque no es posible vedar el derecho de acceso a la justicia constitucional; en cambio sí podría establecerse en la legislación nacional un procedimiento de restitución internacional debidamente regulado. Pues la carencia de reglas claras de un procedimiento que prevean qué pruebas son las que se pueden aportar o cuáles son las medidas cautelares idóneas que garanticen que el presunto sustractor no se volverá a esconder puede propiciar una demora en el procedimiento de restitución.²⁹⁸

Aunado a lo anterior, cuando se ingresan amparos y se otorga la suspensión, es común que el NNA quede en un albergue por mucho tiempo, situación que hace que sufra puesto que aparte de que fue alejado de su residencia habitual y de su otro progenitor, el estar encerrado lo lleva a una revictimización. Lo que lleva al Juzgado Federal a estar en dos posiciones, una que es negar la suspensión se consumará el acto, pero que en caso de concederla el sustractor podría volver a esconder al NNA.²⁹⁹

²⁹⁶ Aguirre Méndez, Ricardo, “Análisis del Procedimiento de las Restituciones Internacionales”, *Serie Justicia y Derecho, Séptima Reunión de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez*, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, número 25, México, 2017 p. 41 y 47.

²⁹⁷ Rangel Ramírez, Fernando, Aspectos Prácticos de la Restitución internacional de Menores, *Serie Justicia y Derecho. Séptima Reunión de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez*, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, número 25, México, 2017 p. 52.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 53.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 61.

Una posible solución, dice el Magistrado, es que cuando se ingrese un amparo y tenga a la vista el Juez de Distrito el informe justificado, se percate de que el procedimiento respectivo no ha concluido con la orden de restitución del NNA, se decrete el sobreseimiento, pues en ese supuesto el presunto sustractor aún tiene oportunidad de comparecer al procedimiento y darse por notificado. Y el Juez de Distrito a partir del sobreseimiento decretado, le sirva para iniciar de oficio el incidente de revocación de suspensión de acto reclamado, todo con la finalidad de que el sustractor comparezca al juicio de origen a deducir sus derechos.³⁰⁰

Por lo que el Magistrado piensa que es conveniente tener un protocolo de actuación para este tipo de procedimientos,³⁰¹ que, aunque no fuera una norma vinculante, sería de gran ayuda para saber cómo actuar ante estos casos de restitución o en el mejor de los casos un procedimiento especial de restitución internacional.

Por otro lado, el Magistrado Oscar Cervera, dice que, en los procedimientos de restitución internacional, la carga de la prueba es para la parte sustractora, quien debe de justificar los motivos por los cuales no es procedente el retorno.³⁰² Sin embargo, no es necesario que el Juez de origen, en cada caso particular, reciba pruebas para poder llegar a definir cuál es el interés del infante, en particular cuando se sabe que las pruebas pueden tener como finalidad, retardar la decisión del caso.³⁰³

Asimismo, menciona el Magistrado, que se ha detectado que no hay coordinación entre Autoridades; no hay un proceso definido; no hay consistencia en los criterios; hay exceso de recursos y medios impugnativos; interpretación amplia de las excepciones; se altera el planteamiento de la litis.³⁰⁴

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 64.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 62.

³⁰² Cervera Rivero, Oscar Gregorio, "La prueba en los procesos de restitución internacional de niños" en Tenorio Godínez, Lázaro, Nieve Rubaja, Florencia (coord.), en *Cuestiones Complejas en los Procesos de Restitución Internacional de niños en Latinoamérica*, México, Porrúa, 2017, p. 225

³⁰³ *Ibidem*, p. 226.

³⁰⁴ Ponencia "Conversatorio sobre Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes. Excepciones al Convenio Artículo 13" que presentó el Magistrado Oscar Gregorio Cervera Rivero en Bogotá, Colombia el 22 de noviembre de 2018, p. 25. Material que fue obtenido en la Entrevista realizada en noviembre de 2018.

Es por eso, que el Juez debe resolver la cuestión planteada, limitándose a analizar si existe o no el hecho ilícito del traslado o retención y abstenerse de efectuar pronunciamiento alguno sobre los derechos de custodia.³⁰⁵ De manera que se deben de recibir pruebas relacionadas con el hecho, por ejemplo, aquellas pruebas que se hayan generado en el país de residencia habitual; documentos públicos o privados; la escucha del NNA.

Dice el Magistrado que los atrasos más frecuentes que se han detectado en la práctica judicial son la localización del niño sustraído, la gran habilidad del sustractor de esconderse, de cambiar de apariencia y hasta el nombre del niño; las pruebas ingresadas, que algunas han sido posteriores a la sustracción; y la interposición de medios de defensa como el Amparo.³⁰⁶

En la práctica se ha notado que dentro de la estrategia defensiva que plantea el sustractor, cuestiona la constitucionalidad y la legalidad del convenio, sin importar que la Suprema Corte ya se hubiere pronunciado al respecto; desafortunadamente es un tema recurrente con el propósito de obstaculizar el trámite y retardar la resolución del caso, con un perjuicio al NNA.³⁰⁷

Por otra parte, el Magistrado Lázaro Tenorio menciona que como se está tratando con asuntos donde se involucran niños se hace imperativo actuar con urgencia y recurrir a procedimientos de urgencia donde se simplifiquen todas las formalidades, a sabiendas de las enormes dificultades existentes como los términos procesales, tecnicismos legales y dilatación de los medios de impugnación previstos en la ley en México.³⁰⁸

³⁰⁵ *Ibidem* p. 227.

³⁰⁶ Entrevista realizada al Magistrado Oscar Gregorio Cervera Rivero, Magistrado de la Segunda Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México y Juez de Enlace ante la Conferencia de la Haya, 29 de noviembre de 2018, ver anexo.

³⁰⁷ *Op cit* Ponencia “Conversatorio sobre Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes. Excepciones al Convenio Artículo 13”, p. 226.

³⁰⁸ Tenorio Godínez, Lázaro, “Las comunicaciones judiciales directas en la restitución internacional de la niñez”, *Revista de Derecho Privado*, México, edición especial 2012, p. 330 y 331, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado-ns/article/view/7257/6535>.

Asimismo, dice el Magistrado, que “algunos jueces suelen caer en excesos burocráticos, y ordenan, incluso, que esa información se diligencie a través de carta rogatoria dirigida por conducto del consulado respectivo, al país requerido, lo cual significa una terrible pérdida de tiempo valiosísimo en la expeditéz del proceso de restitución.”³⁰⁹

Por tanto, algunos problemas que los Juzgadores han detectado en el procedimiento de restitución internacional de niños en su actuar cotidiano ha sido el desconocimiento de la Convención; la falta de un procedimiento general que regule la figura de la restitución y la interposición desmedida de Amparos por cuestiones irrelevantes o por no conocer cómo operan los Tratados Internacionales, como uno de los conceptos de violación del quejoso en el Amparo Directo 29/2016³¹⁰ en el cual menciona que existe “Inconstitucionalidad del artículo 17 de la Convención de la Haya por violentar la soberanía nacional”.³¹¹

3.2.1. Fundamento Jurídico del Procedimiento de Restitución Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes.

Si bien no existe un procedimiento general en México para el procedimiento de restitución internacional de NNA, se tienen diversos fundamentos legales para poder llevarlo a cabo; y como se mencionó la Convención dice que le corresponde a cada Estado establecer sus lineamientos para poder cumplir con el objetivo de los Tratados Internacionales del que es parte, los Estados participantes en el pacto, previeron dejar que cada uno de ellos, implantara el procedimiento relativo, adecuarlo a su sistema de derecho e instaurarlo acorde a su propia legislación.³¹²

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 331.

³¹⁰ Resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 15 de febrero de 2017.

³¹¹ El quejoso alega que se violó en su perjuicio el artículo 1 de la Constitución Federal, que prevé el principio por persona, ya que considera que el artículo 17 de la Convención de la Haya establece de manera desproporcional un golpe a la soberanía nacional cuando dispone que el solo hecho de que se haya dictado una decisión relativa a la custodia de la niña o que esa decisión pueda ser reconocida en el Estado requerido no podrá justificar la negativa de restituir a un niño. Se tendría que aplicar un control de convencionalidad al tratado internacional, privilegiando la supremacía constitucional.

³¹² Tesis: XXII.2o.24 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIX, marzo de 2009, p. 2732.

Es por eso, que se tienen diversos fundamentos legales en el ámbito federal y local para poder llevar a cabo el procedimiento internacional. Desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos hasta las leyes locales de cada Entidad Federativa se tienen contemplados las garantías de diversos derechos humanos para las personas involucradas en el procedimiento.

A continuación, en este apartado se expondrán algunas normatividades y resoluciones del Estado Mexicano que son aplicables en el procedimiento de restitución internacional de niños. Así pues, se expondrán los artículos aplicables de la Constitución Federal; la Ley General de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes; la normativa de los Estados que regulan el procedimiento de restitución internacional; y algunas jurisprudencias y tesis sobre la restitución de niños.

3.2.2. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Restitución Internacional.

Como base fundamental se encuentra el artículo 1 y 133 de la Constitución Federal que menciona:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Y en conjunto con el artículo 133 que dice:

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. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

De estos dos artículos básicos se puede desprender que tanto los niños como sujetos de derechos y sus padres en el procedimiento de restitución de NNA gozarán de los derechos humanos contenidos en la constitución y sobre todo en los tratados internacionales de los cuales México es parte, como la Convención de la Haya; y además las Autoridades tienen la obligación promover, respetar, proteger y garantizar esos derechos que tienen los NNA, sobre todo al ser una población considerada vulnerable en razón de su edad.

Deben las Autoridades de México cumplir con el objetivo del tratado y en este caso prevenir que existan más sustracciones y retenciones ilegales a través de la promoción de dicho instrumento internacional para que de ser posible por medio de este medio se proteja y se garantice los derechos de los niños.

Asimismo, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar alguna violación a los derechos humanos de los NNA y de sus padres. Por lo que se debe de luchar contra esas sustracciones y retenciones ilícitas que si bien son en materia civil no eximen de que exista como consecuencia de ello algún daño al niño y que se castigue penalmente.

Respecto al artículo 133 constitucional, la Convención de la Haya forma parte de la Ley Suprema de toda la Unión y por tanto tal como dice el artículo, los jueces deberán sujetarse a ella a pesar de las disposiciones en contrario que puedan existir en sus legislaciones locales, lo que se puede interpretar que al ratificar ese convenio internacional, todas las autoridades tendrán que ajustarse a lo que establece la Ley Suprema de toda la Unión, por lo que al momento de llevar a cabo

el procedimiento de restitución de NNA, tanto las autoridades administrativas como judiciales tendrán que velar porque se cumpla lo establecido en el tratado y no solamente lo que dice la normatividad local que se debe hacer.

El artículo 4 párrafo noveno de la Constitución Federal dice que:

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.

En este artículo de la Constitución se considera el interés superior de la niñez y se menciona que en todas las decisiones y actuaciones del Estado se cumplirá con este principio.

Al decir “Estado” se hace referencia a los tres poderes de la Unión (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) por lo que al momento de que las autoridades llevan a cabo el procedimiento de restitución internacional de NNA se debe cumplir con este principio fundamental de los niños, ver por su propio interés, saber qué es lo que más les conviene a ellos como sujetos de derechos, velar porque se les considere en los juicios del cual son parte y no objeto del cual hay que contender por su “propiedad”.

Por lo que las Autoridades deben de atender principalmente a lo que mejor conviene a los niños en esta situación, primeramente, porque su residencia habitual no es México, segunda, están alejados del otro progenitor, y en consecuencia puede traer consigo problemas jurídicos y/o psicológicos. Cuidar que no se les maltrate de esta manera y puedan vivir una vida plena, sin cambios de residencia inesperados, alejamientos de sus familiares, esto es garantizar sus derechos.

El Artículo 14 párrafo segundo dice que:

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Este artículo menciona que “nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos”, en este caso, a los niños se les privó su derecho de estar en su residencia habitual donde realizaban su vida cotidiana, además de alejarlos de la convivencia con uno de sus padres.

Con respecto a su padre o madre que tiene la custodia, se le privó de este derecho al no poder estar en contacto con su hijo (a). Por lo que se debe seguir un juicio para poder respetarles las formalidades esenciales del procedimiento tanto a ambos padres como a los niños.

Artículo 16 párrafo primero:

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Respecto a este artículo, el procedimiento de restitución internacional de niños llevado en México, en la medida de lo posible, los juzgadores cuidarán que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento para las partes involucradas como al notificar al presunto sustractor para que se presente a emitir su contestación y emita las pruebas que crea pertinentes; el tener la posibilidad de apelar y en su caso tramitar el Amparo en caso de alguna vulneración a los derechos humanos.

En esta parte, también se le debe de respetar al niño sus derechos, incluido su debido proceso,³¹³ porque si bien es la persona que fue sustraída,

³¹³ “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, *Opinión Consultiva OC-17/02*, párrafo 116, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso

desafortunadamente, los padres piensan que son de su propiedad y hacen de un juicio, una lucha de poderes, de egos.³¹⁴ Por lo que no hay que olvidar que los NNA son seres humanos sujetos de derechos y que uno de los padres le ha vulnerado sus derechos y es necesario evitar que haya más vulneraciones, pero ahora por parte de las Autoridades.

Artículo 17 párrafos segundo y tercero:

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta.

Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.

En este artículo, si comúnmente en los casos llevados a cabo en México, se debe contar con justicia expedita, en los casos internacionales, los actos que las autoridades administrativas o judiciales realicen al cumplimentar las convenciones y los tratados internacionales deben estar debidamente fundados y motivados, y originarse en un procedimiento en el que se observen las formalidades esenciales que señala la propia Constitución,³¹⁵ por lo tanto, en este caso donde se involucran niños se debe actuar con urgencia y con el debido proceso porque aparte de que así lo establece el Convenio de la Haya, también la Constitución Federal.

legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural -competente, independiente e imparcial, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción, audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños.

³¹⁴ Vidal Terrazas, Irving Emmanuel, "La participación de la Interpol en la recuperación de los menores en casos de Sustracción Internacional", *Serie Justicia y Derecho. Séptima Reunión de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez*, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, México número 25, 2017, p. 36.

³¹⁵ Tesis: 1a. CXXVII/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XX, diciembre de 2004, p. 356.

Además de privilegiar la solución de la controversia mediante los medios alternativos como la mediación o la conciliación para que las personas resuelvan pronto sus problemas y no se alargue el procedimiento.

En la restitución internacional de NNA se considera el derecho de audiencia a la parte sustractora, así como para que interponga los medios de defensa que se considere necesarios, tales como recurso de apelación hasta el juicio de amparo de ser necesario. Se le otorgan determinados días para que formule su contestación o en su caso lo realice oralmente, esto cuando se le da fecha de audiencia al día siguiente de que se localiza al NNA, para que pueda interponer sus excepciones y defensas.

Los artículos mencionados anteriormente, no sólo deben aplicarse a los padres (sustractor y solicitante), sino también al niño, niña o adolescente, hay que recordar que, como sujetos de derechos, deben de emitir su opinión en el procedimiento donde están involucrados³¹⁶ y otorgarles un representante legal ³¹⁷ ³¹⁸, puesto que los padres que están en litigio no pueden ejercer este cargo por ser parciales y buscar sus intereses. Por lo que se debe velar porque el derecho de acceso a un debido proceso de los niños sea eficaz.

Sin embargo, aunque se les otorga la posibilidad a los padres de poder ejercer su derecho de acceso a la justicia, a veces resulta exagerado el ingreso de amparos y recursos por pensar que la restitución internacional se trata de una figura jurídica distinta, se piensa que es una deportación o extradición, lo que hace que exista atraso en el procedimiento.

³¹⁶ “Observación General número 12. El Derecho del Niño a ser escuchado”, *Comité de los Derechos del Niño*.

³¹⁷ “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 199, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En los casos en que se presenten conflictos entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto.

³¹⁸ “Observación General número 6. Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, *Comité de los Derechos del Niño*, numeral 36. Cuando un niño sea parte en procedimientos de asilo u otros procedimientos administrativos o judiciales, además del tutor, se le nombrará un representante legal.

En conclusión, en todo momento, el Juez internacionalmente competente debe cuidar el debido proceso de todas las partes involucradas en el procedimiento de sustracción internacional de niños.

Respecto del artículo 73 Constitucional, menciona en la fracción XXIX-P y XXX que son facultades del Congreso de la Unión:

XXIX-P. Expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, las entidades federativas, los Municipios y, en su caso, las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, 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; y

XXX. Para expedir la legislación única en materia procesal civil y familiar. Cuya reforma es del 15 de septiembre de 2017.

El Congreso de la Unión debe expedir leyes que protejan a los niños y como dice la fracción anterior, cumpliendo con los tratados internacionales de la materia de los que México sea parte, esto se entiende que se debe de ejecutar esos tratados por ejemplo la Convención sobre los Derechos del Niño, las Convenciones en materia de alimentos y las de sustracción. Y que por tanto las Autoridades deben de efectuar en el ámbito de sus competencias al ser parte de la Ley del país.

Respecto de la fracción XXX, se encuentran iniciativas en el Congreso para que se tenga un código único en materia familiar, de esto se espera que se establezca un apartado sobre el procedimiento de restitución internacional de niños³¹⁹ y sea completamente concordante con los Tratados Internacionales de la materia y de

³¹⁹ Título Séptimo De los Procedimientos Especiales. Capítulo I Restitución de la Niñez. "Iniciativa que expide el Código Nacional de Procedimientos Familiares, suscrita por los Diputados María Guadalupe Murguía Gutiérrez, María García Pérez y José Hernán Cortés Berumen, del Grupo Parlamentario del PAN."

http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2018/02/asun_3661547_20180206_1517953443.pdf.

derechos humanos. Lo anterior es un avance puesto que de esta manera se pueden igualar criterios por parte de los Jueces locales en México. Además de minimizar las formalidades en el procedimiento, privilegiando la solución eficaz de los conflictos en las actuaciones judiciales.³²⁰

3.2.3. Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y la Restitución Internacional.

En el año 2000 se expidió la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, sin embargo, no se encontraba debidamente garantizada la protección integral de los NNA, ya que su contenido era limitado en cuanto a su alcance y efectos jurídicos.³²¹ Posteriormente, se abrogó y el 5 de diciembre de 2014 entró en vigor en el Diario Oficial de la Federación³²² la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, esta ley responde a las medidas de protección incorporadas a la Convención de los Derechos del Niño, en la que el Estado Mexicano se obliga a generar los instrumentos necesarios que den una efectividad a los derechos reconocidos, asimismo establece el carácter multidimensional y multisectorial que la Convención establece, porque es de observancia general para todo el país.³²³

La Ley contempla nuevos aspectos para la protección de los NNA. Sus cinco objetivos son:³²⁴

- Reconocer a los NNA como sujetos titulares de sus derechos.
- Garantizar el pleno ejercicio de sus derechos.

³²⁰ *Ibidem*.

³²¹ “La Regulación de los Centros de Asistencia Social en México: Un enfoque integral con perspectiva de Derechos Humanos”, *Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia*, Tomo II, México, noviembre, 2016, p. 22.

³²² Ley Derechos Infancia. Consultar.

http://www.leyderechosinfancia.mx/wp-content/uploads/2015/02/Infografía_LGDNNA.jpg.

Página consultada el 8 de octubre de 2017.

³²³ La Regulación de los Centros de Asistencia Social en México, *op cit*, pp. 21 y 23.

³²⁴ *Ibidem*.

- Crear y Regular el Sistema Nacional de Protección Integral de los Derechos de NNA.
- Coordinar el trabajo entre gobiernos, instituciones, legisladores, Poder Judicial, y la Sociedad Civil organizada.
- Impulsar la participación del sector privado, social y de los NNA.

Establece un Sistema Nacional de Protección Integral de los Derechos de los NNA presidido por el presidente de la República, los sistemas de protección estatales y municipales, el Congreso y el Poder Judicial. Cuenta con un Sistema de información sobre infancia para monitorear el cumplimiento de sus derechos, así como el establecimiento de la Procuraduría Federal de Protección de los NNA y 32 procuradurías locales y evaluación de políticas de infancia.

La ley contiene una serie de derechos de los NNA como son: el derecho a la vida, la supervivencia, a la prioridad, a la identidad, a vivir en familia, a la igualdad sustantiva, a no ser discriminado, a vivir en condiciones de bienestar, a la protección de la salud, a vivir una vida sin violencia, a la educación, participación, seguridad jurídica etc.

En el tema de Restitución Internacional de niños, esta ley es un referente para el procedimiento llevado a cabo en cada uno de los Estados de la República, además de que es obligatoria para las Autoridades que están involucradas en el procedimiento internacional. Por lo que, se menciona los siguientes artículos aplicables:

Artículo 23. Niñas, niños y adolescentes cuyas familias estén separadas, tendrán derecho a convivir o mantener relaciones personales y contacto directo con sus familiares de modo regular, excepto en los casos en que el órgano jurisdiccional competente determine que ello es contrario al interés superior de la niñez, sin perjuicio de las medidas cautelares y de protección que se dicten por las autoridades competentes en los procedimientos respectivos, en los que se deberá garantizar el derecho de audiencia de todas las partes involucradas, en especial de niñas, niños y adolescentes.

El artículo anterior sirve como fundamento a los derechos de visita internacional que están dispuestos en la Convención de la Haya y la Interamericana al momento de que se lleve a cabo un procedimiento conforme a estos tratados en el Estado de la República.

Es importante señalar esta ley además de la normativa local, debido a que es una ley federal y que todas las Autoridades están obligadas a respetarla.

Artículo 25. Las leyes federales y de las entidades federativas contendrán disposiciones para prevenir y sancionar el traslado o retención ilícita de niñas, niños y adolescentes cuando se produzcan en violación de los derechos atribuidos individual o conjuntamente a las personas o instituciones que ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia, y preverán procedimientos expeditos para garantizar el ejercicio de esos derechos.

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

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

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

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

Este artículo es sumamente importante debido a que contempla como tal las retenciones y traslados ilícitos de los NNA al territorio nacional. Menciona que tanto las leyes federales como de las entidades federativas deberán prevenir y sancionar este acto llevado a cabo por los sustractores, además de que se menciona el principio de celeridad establecido en las Convenciones de restitución y manifestado en la ley al decir “[...] y preverán procedimientos expeditos [...]” para no ocasionar mayor daño a los niños.

El último párrafo de este artículo menciona que todas las Autoridades deberán coadyuvar a la búsqueda, localización y recuperación del NNA y tomar medidas para que no sufran mayores daños.

Respecto a lo que dice de “todas las Autoridades”, se refiere no sólo a las judiciales sino también a las administrativas y aquellas que se involucren ya sea directa o indirectamente en el procedimiento, tal como menciona el artículo 115 y 116 de la Ley³²⁵; por lo que tienen la obligación de actuar y no excusarse en leyes internas que según no le permitan actuar, esto es porque se trata de un tratado internacional y además una ley federal que las obliga. Aunque hay que tomar en cuenta que dice “en sus respectivas competencias”, sí, pero no sin dejar de auxiliar a las

³²⁵ Artículo 115. Todos los órdenes de gobierno coadyuvarán para el cumplimiento de los objetivos de esta Ley, de conformidad con las competencias previstas en el presente ordenamiento y demás disposiciones legales aplicables.

Artículo 116. Corresponden a las autoridades federales y locales de manera concurrente, las atribuciones siguientes: X. Coadyuvar en la localización de niñas, niños y adolescentes sustraídos, trasladados o retenidos ilícitamente.

Autoridades que trabajan directamente en el procedimiento como la Secretaría de Relaciones Exteriores y los Tribunales de cada Entidad Federativa.

De lo anteriormente descrito, esta ley es relevante en el sentido de que recoge disposiciones de tratados internacionales en materia de niños, para incorporarlos a una ley federal, todo para la protección de los NNA. Además, contempla un capítulo de “Autoridades” donde las obliga a establecer y garantizar el cumplimiento de la política nacional sobre niños.

Asimismo, el establecimiento de las Procuradurías de protección, tanto la federal como las locales, y trabajando en coordinación, dan seguimiento a la protección integral de los niños y restitución de sus derechos. Estas Procuradurías auxilian bastante en el procedimiento de restitución internacional, al proporcionar un representante legal a los niños³²⁶ o al abrir sus puertas en los Centros de Asistencia social como medida precautoria³²⁷ al momento de recuperar a un niño sustraído o retenido ilícitamente. Por lo que es sustancial en la medida de lo posible basarse

³²⁶ LGDNNA. Artículo 122. Las Procuradurías de Protección señaladas en el artículo anterior, en sus ámbitos de competencia, tendrán las atribuciones siguientes: II. Prestar asesoría y representación en suplencia a niñas, niños y adolescentes involucrados en procedimientos judiciales o administrativos [...].

³²⁷ LGDNNA. Artículo 122. Fracción VI. [...] Son medidas urgentes de protección especial en relación con niñas, niños y adolescentes, además de las establecidas en el Código Nacional de Procedimientos Penales, las siguientes: a) El ingreso de una niña, niño o adolescente a un centro de asistencia social. Dentro de las 24 horas siguientes a la imposición de la medida urgente de protección, el órgano jurisdiccional competente deberá pronunciarse sobre la cancelación, ratificación o modificación de la medida que se encuentre vigente;

VII. Ordenar, fundada y motivadamente, bajo su más estricta responsabilidad, la aplicación de medidas urgentes de protección especial establecidas en la fracción anterior, cuando exista riesgo inminente contra la vida, integridad o libertad de niñas, niños o adolescentes, dando aviso de inmediato al ministerio público y a la autoridad jurisdiccional competente. VII. (...) Para la imposición de las medidas urgentes de protección, el Procurador de Protección podrá solicitar el auxilio de las instituciones policiales competentes.

Artículo 111. Son obligaciones de los titulares o responsables legales de los centros de asistencia social: VIII. Informar oportunamente a la autoridad competente, cuando el ingreso de una niña, niño o adolescente corresponda a una situación distinta de la derivación por parte de una autoridad o tenga conocimiento de que pelagra su integridad física estando bajo su custodia, a fin de iniciar los procedimientos de protección especial de forma oportuna, identificar la mejor solución para el niño, niña o adolescente y, en su caso, evitar su permanencia en el centro de asistencia social, dado su carácter de último recurso y excepcional.

en esta Ley que protege los intereses de los niños junto con los tratados internacionales de la materia.

3.2.4. Estados de la República Mexicana que cuentan con un apartado específico en su normativa sobre la Restitución Internacional.

Se podría pensar que, por ser materia internacional, los casos de restitución internacional de niños deberían llevarse a cabo a nivel federal en los Juzgados de Distrito, sin embargo, de conformidad con la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: “Competencia para conocer de las cuestiones relacionadas con la restitución de menores derivadas de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de aquellos adoptada en la Haya. Corresponde al juez que elija el actor.”³²⁸

[...] su gestión no involucra intereses de la Federación, sino que sólo interviene para la protección de intereses particulares. Consecuentemente, se actualiza la hipótesis de competencia concurrente que contempla el artículo 104, fracción I, de la Constitución Federal, ya que en las controversias del orden civil o criminal suscitadas sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o tratados internacionales en los que sólo se afectan intereses particulares, corresponde al actor elegir el fuero al que se somete la controversia.

Sin embargo, como se mencionó en el apartado “fundamento jurídico” se debe de establecer la competencia judicial internacional y aunado a que la restitución involucra niños y es perteneciente a la materia familiar en México, cada juez de acuerdo con sus criterios seguirá algún procedimiento tipo familiar, o en su caso algunos Estados de la República han considerado introducir un apartado de

³²⁸ Tesis: 3a. XXXII/94, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo XIII, junio de 1994, p. 243

restitución internacional en sus legislaciones, ya sean códigos de procedimientos o leyes familiares.

Las entidades Federativas que cuentan con un procedimiento de restitución internacional de niños en sus códigos o leyes de familia son Baja California Norte, Coahuila de Zaragoza, Chihuahua, Durango, Estado de México, Guanajuato, Hidalgo, Michoacán de Ocampo, Querétaro, Sinaloa, Yucatán y Zacatecas.

Además, de que sólo algunos Estados de la República contemplan el procedimiento de restitución de niños, también se ha dado la Concentración de competencia, esto es, que se establezcan juzgados especializados en la materia para que se pueda cumplir con el objetivo de los tratados internacionales.

Hasta el momento, sólo los Tribunales Familiares de la Ciudad de México tienen juzgados especializados en restitución internacional de niños,³²⁹ así como el Tribunal Superior de Justicia del Estado de México que creó el 16 de agosto de 2018 un Juzgado Especializado en Procedimientos de Adopción, Restitución Internacional de NNA y demás especiales que por su naturaleza requieren de celeridad en su resolución.³³⁰

Algunos Estados de la República cuentan con este procedimiento de restitución internacional de niños para que se puedan conseguir los objetivos de la Convención. Sin embargo, cada Juez establece medidas precautorias y provisionales que crea necesarias para poder salvaguardar el interés superior del niño y siempre respetando el derecho de acceso a la justicia de las partes.

³²⁹ Boletín Judicial del Tribunal Superior del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, Tomo CXC, No 18, 26 de enero del 2011. Consultar.

http://www.poderjudicialdf.gob.mx/es/PJDF/Acuerdos_Generales_2011.

³³⁰ Circular No.20/2018 del Poder Judicial del Estado de México, 2 de julio de 2018. http://www.pjedomex.gob.mx/DocumentosGenerales/transparencia/MarJurCirculares/Circular_20-2018.pdf.

3.2.5. Jurisprudencias y Tesis sobre el procedimiento de Restitución Internacional de Niños en México.

En el procedimiento de restitución internacional de niños se han dado diversos conflictos que no se han resuelto en el juzgado de origen y por lo tanto llegan a instancias mayores como el Amparo.

En este caso, los Tribunales Federales han pasado la competencia a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que conozca de los asuntos internacionales. De ahí se han derivado algunas tesis y jurisprudencias relacionadas al procedimiento de restitución, las cuales se mencionarán algunas a continuación:

Los procedimientos de restitución internacional de niños “goza de la presunción de legalidad, hasta que se demuestre lo contrario, como lo establece el artículo 91 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, aplicable para la Ciudad de México, dado que se sigue un procedimiento instado por la Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior, se tramita ante una autoridad jurisdiccional que otorga el derecho fundamental de audiencia al requerido y valora las pruebas aportadas por los contrincantes, por lo que se excluye la pretensión de ser un acto inconstitucional en sí mismo.”³³¹

Además, los jueces que lleven a cabo el procedimiento de restitución podrán seguir las siguientes directrices de carácter procesal: ³³²

- 1) se haga uso de los procedimientos "de urgencia de que se disponga" (artículo 2 de la Convención), lo que en México debe entenderse como los "juicios sumarios" previstos en "las legislaciones civiles mexicanas"; y,

³³¹ Tesis: I.3o.C.310 C, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo IV, Libro 50, enero de 2018, p. 2279.

³³² Tesis: III.2o.C.67 C, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo IV, Libro 40, Marzo de 2017, p.2642.

2) en el juicio sumario que se siga, se garanticen los derechos generales de defensa y audiencia de las partes, siendo éstos, entre otros, los siguientes:

- i. A oponerse a la restitución (artículo 13);
- ii. A que se observen los principios en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (artículo 20);
- iii. A contar con asistencia judicial y asesoramiento jurídico en cualquier Estado contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado (artículo 25); y,
- iv. A la gratuidad de la solicitud, y al no cobro de las costas y gastos del proceso (artículo 26).”

La Tesis anterior es importante puesto que los jueces al seguirlas junto con la Convención y su respectiva normatividad sobre el derecho de familia hará que el juicio cumpla con los requisitos establecidos en la convención y el debido proceso de las partes.

Asimismo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido la diferencia entre sustracción internacional de niños y la extradición que varias personas, incluidos los abogados suelen confundir. Dice el Alto Tribunal que “la extradición es el acto mediante el cual un Estado hace entrega de una persona que está en su territorio a otro Estado que la reclama por tener el carácter de inculpada, procesada o convicta por la comisión de un delito, a fin de que sea sometida a juicio o reclusa para cumplir con la pena impuesta [...] tiene como finalidad evitar la sustracción de la justicia. Mientras que el procedimiento de restitución internacional de menores el Estado entra a escena con la finalidad de auxiliar a los padres para que el menor sea localizado e ingresado de nueva cuenta

y a la mayor brevedad posible a su seno familiar habitual, procurando hacerlo con el menor daño posible.”³³³

De igual manera se deben de seguir las formalidades esenciales del procedimiento como realizar la debida notificación al sustractor sobre el procedimiento de restitución por lo que “antes de tomar cualquier decisión sobre la restitución del menor, el sustractor debe ser escuchado, no sólo por respeto al derecho de referencia, sino porque, además, atendiendo al interés superior del menor. [...] la citada Convención prevé bases suficientes para que la autoridad judicial o administrativa que en auxilio de la autoridad central resulte competente para llevar a cabo el procedimiento de restitución, pueda emplazar al sustractor del menor, haciéndole de su conocimiento el alcance de ese procedimiento, la posibilidad que tiene de llegar a una solución amigable en la que puede permitir la restitución voluntaria del menor y, en su caso, las causas por las cuales puede negarse a su restitución inmediata, así como la posibilidad que tiene de ofrecer las pruebas necesarias para acreditarlas.”³³⁴

El plazo mencionado no puede estar por encima del derecho de audiencia y defensa de las partes, so pretexto de resolver lo antes posible en torno a la restitución del menor, ya que el plazo referido se considera razonable para que las partes ejerzan su derecho de contradicción, y desahoguen todas las diligencias probatorias para acreditar su derecho, lo cual permitirá al Juez identificar con mayor exactitud cuál es el interés superior del menor.³³⁵

Existen tesis de manera muy específica como:

³³³ Tesis: I.3o.C.308 C, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo IV, Libro 50, enero de 2018, p.2284.

³³⁴ Tesis: 1a. CCLXXXI/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo 2, Libro XXV, octubre de 2013, p. 1045.

³³⁵ Tesis: III.2o.C.71 C, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo IV, Libro 40, marzo de 2017, p. 2639.

a) Excepciones a la restitución.

Todos los dichos por el sustractor y todas las excepciones que interponga y que estén contenidas en las Convenciones de sustracción, deben ser probadas. Dice “la Primera Sala considera que se trata de excepciones claramente extraordinarias y que la carga de la prueba para demostrar plenamente su actualización recae exclusivamente en quien se opone a la restitución del menor, pues existe una presunción de que el interés superior del menor es protegido mediante la restitución a su lugar de origen.”³³⁶

b) Celeridad en el Procedimiento.

Como se ha visto, el principio de celeridad en el procedimiento es de suma importancia puesto que la finalidad de las Convenciones de sustracción de niños es la pronta restitución del niño al lugar donde vive. De tal manera que la Suprema Corte se ha pronunciado y dice que “el mero hecho de que las dilaciones en el procedimiento de restitución provoquen un retraso de la misma, 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.”³³⁷

Asimismo, como el Estado Mexicano contrajo obligaciones para todas las Autoridades del Estado, se deben “tomar todas las medidas necesarias para conseguir la restitución inmediata del menor de la forma más breve y ágil posible, para lo cual podrán auxiliarse de las autoridades judiciales o administrativas

³³⁶ Tesis: 1a. XXXVIII/2015, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo II, Libro 15, Febrero de 2015, p.1421

³³⁷ Tesis: 1a. XXXIX/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo II, Libro 15, febrero de 2015, p. 1422.

competentes que inicien procedimientos de urgencia disponibles. De lo anterior se desprende que el Convenio de La Haya dota al factor tiempo de una suma importancia, pues se entiende que las autoridades del Estado receptor deben actuar con la mayor celeridad posible.”³³⁸

Además, la “Primera Sala considera que el mero hecho de que las dilaciones en el procedimiento de restitución provoquen un retraso de la misma, 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. El retraso en la acción de las autoridades competentes no debe perjudicar los intereses de las partes amparadas por el Convenio.”³³⁹

c) Derecho de Audiencia.

Tanto las partes, sustractor y solicitante, tienen el derecho establecido en la Constitución Federal de ser escuchados en el juicio de que se trate. Pero así como ellos, los niños involucrados en el procedimiento también tienen su derecho a ser escuchados, es por eso que la Suprema Corte dijo que “debe otorgarse la posibilidad de defensa, tanto al menor como a la persona que represente sus intereses, para darles oportunidad de acreditar con los elementos de convicción conducentes: 1) Las razones por las cuales puede ser perjudicial la reintegración del menor; 2) Que la oposición a la restitución es legal; o bien, 3) Que se actualizan alguno o algunos de los supuestos de no restitución.”³⁴⁰

d) Representación legal.

Aunado a lo anterior, si alguna de las partes no tiene un representante legal, se les debe de otorgar un abogado que defienda sus intereses porque “en el procedimiento de restitución de menores, el compromiso adquirido por el Estado Mexicano de

³³⁸ Tesis: 1a. XXXVI/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo II, Libro 15, febrero de 2015, p.1419.

³³⁹ Tesis: 1a. XXXIX/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo II, Libro 15, febrero de 2015, p.1422.

³⁴⁰ Tesis: I.2o.C.10 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo VI, octubre de 1997, p.765.

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.”³⁴¹

“Independientemente de la voluntad, deseos, acuerdos o convenios de sus padres, es obligatorio que, en todo proceso relativo a la restitución de un menor a su país de origen, esté asistido por un abogado, tanto el menor como la persona que represente sus intereses.”³⁴²

e) Medidas Precautorias.

“La autoridad encargada del proceso de restitución debe asegurar que esté localizable en caso de ordenarse su restitución y, por ende, está facultada para dictar las medidas cautelares necesarias para impedir que el sustractor lo oculte o se traslade con él a otro lugar, evitando con ello una segunda retención o sustracción ilegal, lo cierto es que esas medidas siempre deben ser idóneas, razonables y proporcionales a las circunstancias del caso.”³⁴³

Los juzgadores deben dictar medidas de protección del menor y garantizar su restitución en las mejores condiciones. Entre esas medidas se encuentra su envío, cuando el menor ha sido localizado, a alguna de las casas con las que cuenta el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, con la finalidad de evitar una nueva sustracción y la obstaculización del procedimiento por los progenitores; pero su estancia no puede ir más allá de lo estrictamente necesario para procurarle los cuidados necesarios hasta que se dicte la resolución sobre la procedencia de la restitución internacional; pues dicha institución es la encargada de albergar a los menores que sufren de abandono, maltrato, abuso u orfandad, así como de proveer los servicios de asistencia jurídica que sean necesarios para su desarrollo. Esta

³⁴¹ Tesis: I.13o.C.2 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo 2, Libro VIII, mayo de 2012, p.1827.

³⁴² Tesis: I.2o.C.11 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo VI octubre de 1997, p. 765.

³⁴³ Tesis: 1a. CCLV/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo II, Libro 36, noviembre de 2016, p. 909.

función es provisional o transitoria, ya que su finalidad es integrarlos en algún núcleo familiar idóneo. [...].³⁴⁴

3.2.6. Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en el Procedimiento de Restitución Internacional.

Los niños, niñas y adolescentes tienen diversos derechos que contempla la Convención sobre los Derechos del Niño, la normatividad del Estado Mexicano y las Convenciones de restitución internacional de niños, aunque en ellas se encuentran derechos específicos que las Autoridades y los padres o quien tenga la custodia de los niños deben respetar.

Los derechos de los niños en el procedimiento de restitución internacional, en los cuales siempre debe contemplarse el interés superior de los niños son:

a) Derecho a una vida digna.

De acuerdo con el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del niño que dice "Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

Numeral 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. Los niños deben gozar de la mejor calidad de vida posible sin perjuicios.

En este sentido, los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar "en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño".

³⁴⁴ Tesis: I.3o.C.309 C, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo IV Libro 50, enero de 2018, p. 2282.

El Comité de Derechos del Niño ha interpretado la palabra "desarrollo" de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social.³⁴⁵

Por lo que no sólo corresponde a los padres desarrollar una buena calidad de vida a los niños, sino también al Estado le incumbe la protección de los NNA en todos los aspectos y tomar medidas orientadas en el interés superior del niño, sin ser nuevamente un Estado paternalista proteccionista, puesto que hay que recordar que los niños son sujetos de derechos y no objetos de protección.

En suma, la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos.³⁴⁶

Como en todo procedimiento y sobre todo el de restitución internacional de niños, los padres deben garantizarles una vida adecuada a los niños y no causarles molestias ni físicas ni psicológicas como es el cambiarlos de su residencia habitual y alejarlos del otro progenitor de una manera repentina; así como al Estado le corresponde brindar la protección a los niños y evitar que no solo sus padres sino cualquier otra persona les cause perjuicio y les quebrante su integridad personal.

b) Derecho a la no separación de sus padres.

La familia es primordial en la sociedad y debe ser protegida por el Estado. La Corte IDH ha establecido que el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar y que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia. Por lo tanto, el

³⁴⁵ Corte IDH, Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas, sentencia de 2 de septiembre de 2004, numeral 161.

³⁴⁶ Opinión Consultiva OC-17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28 de agosto de 2002, párr. 86.

NNA tiene derecho a permanecer con su familia para satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas.³⁴⁷

Los NNA no deben separarse de sus padres y si hay una separación deben garantizarles a los niños la convivencia con el otro progenitor puesto que los lazos entre padre y madre con el NNA son indispensables para su desarrollo emocional.

Es por esa razón que al ser sustraído o retenido ilícitamente el NNA en otro país, al ser alejado de uno de sus padres constituye una violación al núcleo familiar, puesto que no debe ser una decisión repentina y debe ser de una manera cuidadosa para que el niño no se vea impactado o en su caso alienado.

Cabe mencionar que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.” Esto debe ser analizado caso por caso y en los Tribunales correspondientes.

Pero, respecto de lo anterior y en relación con el procedimiento de restitución internacional, la separación del niño de uno de los progenitores ha sido de manera repentina, se interrumpen las convivencias y no se da la oportunidad de escuchar al niño, por lo que se vulnera el derecho del niño a mantener contacto con su progenitor.

Es por ese motivo que todo dependerá del caso, sin embargo, es claro que se debe de evitar a toda costa la distancia del niño con sus progenitores, aunque éstos se encuentren separados o a menos que por medio de una decisión judicial se llegue

³⁴⁷ Corte IDH, Masacres de Río Negro Vs Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Numeral 145.

a la conclusión que la separación con uno de los progenitores es inevitable de acuerdo con su interés superior. Y si bien, los niños tienen muchos derechos, los mencionados anteriormente son importantes, de los cuales se derivan los demás (principio de interdependencia).

Asimismo, los niños tienen garantías judiciales dentro de cualquier procedimiento y por razones obvias también en la restitución internacional, aunque éste solo sea en esencia una solicitud. Una definición general de garantías judiciales son aquellos derechos que tienen como finalidad la protección de la persona que se encuentra sometida a un procedimiento legal ante una autoridad competente, que puede ser de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.³⁴⁸

c) Derecho a un debido proceso.

Todas las personas deben tener la garantía de que en cualquier procedimiento judicial se les respeten sus derechos. Dice el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Por lo que, los niños al ser personas sujetos de derechos también deben ser oídos con las debidas garantías; que se resuelva su procedimiento en un plazo razonable; tener un representante legal, porque en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone que, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la

³⁴⁸ Villavicencio Macías, Juan Carlos, *Las Garantías Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CNDH, 2016, p. 17

adopción de ciertas medidas específicas son con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.³⁴⁹

Esto es porque “es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para éstos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.”³⁵⁰

Aunado lo anterior, el artículo 25 de la CADH menciona que “Toda persona tiene derecho a recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución, la Ley o la presente Convención [...]” Es por eso que el procedimiento de restitución internacional de niños, donde el principal afectado es el NNA, se debe tener especial cuidado y respetar los tiempos establecidos en el Convenio, porque no hay que olvidar que aunque la CADH menciona “todas las personas”, los niños se encuentran dentro de esta categoría como sujetos de derechos aunado a que por su edad necesitan una protección especial, por tanto, al momento de no contar con un recurso sencillo y alargar un procedimiento se le está vulnerando sus derechos.

Además de contar con un recurso sencillo y rápido, se debe resolver en un plazo razonable. De acuerdo con la Corte Europea de Derechos Humanos, se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales.³⁵¹

³⁴⁹ Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 209.

³⁵⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva 17/2002, sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párr. 96.

³⁵¹ Corte IDH. Caso “Genie Lacayo Vs. Nicaragua”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C. No. 30. Párr. 77.

Respecto del procedimiento de restitución internacional, el contar con un recurso sencillo y rápido, así como resolver en un plazo razonable (el cual sí está establecido en la Convención de la Haya) es de suma importancia para la vida del NNA. Debido a que no está expuesto a condiciones desfavorables o alejado de su vida cotidiana y no se adecua al nuevo ambiente que el progenitor sustractor le obligó de alguna manera a adaptarse.

Asimismo, es importante mencionar que, en cuanto a la razonabilidad del plazo, la actividad procesal no solo del interesado sino de las partes suele tener una conducta mal intencionada que hace que se ingresen algunos escritos sin fundamento, lo que crea que se alargue el procedimiento y que el Juzgado al hacer su labor admita ilimitadamente este tipo de documentos.

En el análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando entre otros elementos la materia objeto de controversia. Si el peso del tiempo invade de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve.³⁵²

En el caso de la restitución internacional es claro que desde que se sustrae al NNA o retiene ilícitamente se realiza un cambio en su situación personal, pero cuando el progenitor sustractor realiza diversas acciones que deben llevarse en la residencia habitual del niño como son obtener la guarda y custodia en el Tribunal a donde se trasladó al niño, o cambiarle su acta de nacimiento o ingresar miles de escritos ante el Tribunal para que se alargue más el procedimiento, pase el tiempo y el niño se adecue forzosamente a un ambiente al cual no está acostumbrado, se le afecta su

³⁵² Corte IDH. Caso "Valle Jaramillo y otros Vs Colombia", Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 27 de noviembre de 2008, párr. 155.

situación jurídica, por tanto se necesita que los procedimientos sea cual fueren se lleven a cabo lo más pronto posible y que los jueces estipulen diversas medidas durante y después del procedimiento para proteger al niño.

Además, “la Corte IDH ha manifestado y considera que una demora prolongada puede llegar a constituir una violación de las garantías judiciales. Corresponde al Estado exponer y probar la razón por la que se ha requerido más tiempo que el que sería razonable en principio para dictar sentencia definitiva en un caso particular.”³⁵³

En esta manifestación de la Corte, en el caso del procedimiento de restitución la obligación es para los todos los Tribunales, así como a los Jueces Federales probar el por qué se atrasan tanto en sus resoluciones en el procedimiento de restitución internacional cuando siendo del Poder Judicial y por lo tanto pertenecientes al Estado Mexicano, les obliga a acatar lo que menciona la Convención de la Haya. Deben explicar por qué se suelen aceptar amparos claramente improcedentes, por ejemplo, cuando el quejoso ingresa un amparo contra la Convención de la Haya en materia de sustracción de niños alegando extradición de sus hijos. Así como la demora en la resolución de una solicitud de restitución que está siendo resuelta como si fuera una guarda y custodia.

d) Derecho a escuchar su opinión.

De acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial [...]”.

El Derecho de los NNA 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 existan mecanismos para recabar sus

³⁵³ Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 21 de junio de 2002, párr. 145.

opiniones respecto a todos los asuntos que los afectan y tener debidamente en cuenta esas opiniones.³⁵⁴

Si bien se debe escuchar a todas las personas ante cualquier Autoridad por ser un derecho que tienen establecido en las leyes a nivel internacional y estatal, los niños también deben ser escuchados en cualquier procedimiento donde estén involucrados, esto es porque a la larga los puede afectar en su vida. Los procedimientos son tanto judiciales como una custodia, y administrativos como decisiones sobre su educación.

Es importante destacar que la edad, en sí misma, no puede determinar la trascendencia de sus opiniones. Los niveles de comprensión de los NNA no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Esto en virtud, de que la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad de los NNA para formarse una opinión. Por ese motivo, sus opiniones tienen que evaluarse caso por caso mediante un examen.”³⁵⁵

Además, la escucha requiere una atención al contenido y significado de lo que se oye y/o se ve y es posible aun cuando el NNA no pueda darse a entender con palabras, en cuyo caso requerirá centrarse en su forma de transmitir su opinión, lo que puede hacer por medio del juego, de dibujos o de gestos (llantos, sonrisa, caricias u otros movimientos).³⁵⁶

El Comité de los Derechos del Niño ha mencionado que una vez que los NNA deciden ser escuchados, deben indicar cómo se les escuchará ya sea directamente

³⁵⁴ Comité de los Derechos del Niño, “El derecho del niño a ser escuchado”, Observación General No. 12, 20 de julio de 2009, párr. 17.

³⁵⁵ *Ibidem*, párr. 29.

³⁵⁶ Stilerman N. Marta, *Teoría y Práctica del Derecho de los Niños*, Cathedra Jurídica, 2016, p. 238.

o por medio de un representante y en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.³⁵⁷ Por lo que se deben de cumplir ciertas medidas:³⁵⁸

1. Preparación. Se debe preparar a los NNA antes de que sean escuchados, cuándo, dónde y quiénes serán los participantes.
2. Audiencia. Se debe de inspirar confianza, de modo que puedan estar seguros de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escucharlos y tomar en consideración seriamente los que hayan decidido comunicar.
3. Evaluación de la capacidad de los NNA. Las opiniones de NNA deben tenerse debidamente en cuenta, siempre que un análisis, caso por caso, indique que son capaces de formarse un juicio propio.
4. Información sobre la consideración otorgada a las opiniones de los NNA. Se les debe de informar el resultado del proceso y explicarles cómo se tuvieron en cuenta sus opiniones.
5. Quejas, vías de recurso y desagravio. Es necesario disponer de legislación para ofrecer a los NNA 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.

Es, por tanto, que lo anterior debe ser aplicado por los Juzgadores o las Autoridades administrativas al momento de escuchar la opinión del niño que es fundamental para cualquier proceso donde esté involucrado.

En el caso del procedimiento de restitución de niños, se debe escuchar al niño su opinión respecto de su vida en el otro país, sobre la relación que lleva con sus padres, puesto que el progenitor sustractor dirá que tenía todo el derecho de trasladarlo a donde quisiera o que quizá esta mejor en el nuevo país al que se movió, sin embargo el niño puede tener una opinión y concepción distinta de la del progenitor, que de hecho ese padre o madre no consideró por “imponer su

³⁵⁷ Comité de los Derechos del Niño, *op cit*, párr. 35-38.

³⁵⁸ Comité de los Derechos del Niño, *op cit*, párr. 40-47.

autoridad”, cuando no sabe realmente qué piensa su hijo y qué tanto lo está afectando.

e) Derecho a un representante legal (Abogado del niño).

Una de las garantías judiciales que tienen los padres en el procedimiento de restitución internacional de niños es el derecho a una defensa adecuada. Pero no sólo ellos deben ser los que puedan acceder a ello sino también los niños.

La actividad procesal del niño tiene por objeto que se atiendan sus sentimientos y se respeten sus derechos en aquellas cuestiones en las que los adultos los ignoran (generalmente por estar en contradicción total o parcial con sus propios intereses, necesidades o sentimientos).³⁵⁹ Es por esa razón que en el año 2012 se creó en Buenos Aires Argentina la figura del Abogado del Niño³⁶⁰ quien representa los intereses personales e individuales del niño ante cualquier procedimiento con el carácter de parte.

Como se sabe, el Convenio de la Haya tiene la finalidad de evitar sustracciones y retenciones ilegales, su objetivo es proteger al niño de estas acciones que realiza uno de los progenitores, por lo que en el procedimiento de restitución internacional (y se no sólo en este, sino en cualquier otro), el hijo la mayoría de las veces se encuentra en medio de una pelea entre los padres, pero nadie lo escucha a él. Es por eso que, siendo una persona sujeto de derechos, tiene la garantía judicial de una defensa adecuada.

Y si bien, el NNA quizá no tenga la capacidad para designar un abogado, el Estado debe proporcionárselo, independientemente que se encuentre la figura del Ministerio Público o en su caso el Procurador de la Familia perteneciente al DIF. Se

³⁵⁹ Stilerman N. Marta, *Teoría y Práctica del Derecho de los Niños*, Cathedra Jurídica, 2016, p.264.

³⁶⁰ Ley 14.568 de la Provincia de Buenos Aires, creando un Registro Provincial de Abogados del Niño, de cuyos aranceles se debe hacer cargo el Estado Provincial. Aunque se produjo casi dos años después. *Ibidem*, p. 263.

debe evaluar la capacidad del niño, puesto que dependiendo de su entendimiento y madurez se halla en condiciones de designar su propio abogado.³⁶¹

El Comité de los Derechos del Niño dice que debe garantizarse al niño asistencia jurídica u asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa. Recomienda que los Estados parte presten en la mayor medida posible asistencia jurídica profesional adecuada, por ejemplo, de abogados especializados [...] que deberán tener conocimiento y una comprensión suficiente de los diversos aspectos jurídicos del proceso de la justicia de los NNA.³⁶²

Esto es porque los niños suelen encontrarse en estado de indefensión cuando se encuentran en litigio sus padres que más que nada se encuentran en una lucha de egos y luchas por demostrar qué es lo supuestamente más conveniente para el niño. Aunque cabe mencionar que eso no significa que se menosprecie las decisiones de los padres en cuanto a la crianza, simplemente, los niños son personas, se dan cuenta de los problemas y por esa razón alguien ajeno a sus padres y a los abogados de los padres debe representarlos.

Cuando se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses de los NNA sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto.³⁶³ Por lo tanto es indispensable que se cree la figura del Abogado del Niño, independientemente del Ministerio Público y del Procurador de la Familia y en el caso de restitución internacional de niños puedan ser representados individualmente.

Como se dijo anteriormente, México contempla estos derechos de los niños en su normatividad, siempre velando por su interés superior. Por lo que las dilaciones

³⁶¹ *Ibidem*, p. 260.

³⁶² Observación General No. 10, *Los derechos del niño en la justicia de niños, niñas y adolescentes*, Comité de los Derechos del Niño, numeral 49.

³⁶³ Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 199.

mencionadas por la Autoridad Central y los jueces deben eliminarse o reducirse, puesto que, si se mantienen de la misma manera, se siguen vulnerando los derechos de los niños.

Aunado a lo anterior, respecto del derecho a una vida digna y a la no separación de sus padres, son derechos que los progenitores deben de garantizarles. El simple hecho de separar a un niño de su padre o madre ya les está vulnerando su derecho y viéndolo desde una perspectiva psicológica, puede traerle consecuencias en su desarrollo al cambiarle su estilo de vida, y sobre todo evitarle comunicación con el progenitor con quien vivía.

Por otro lado, la medida precautoria que realizan algunos jueces que es llevar al NNA a un albergue del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia para evitar una nueva sustracción mientras dure el procedimiento, puede verse desde dos perspectivas: la primera, es una buena forma de actuar para evitar una nueva sustracción y causarle más daño al seguir separado del otro progenitor; la segunda, es que puede ser perjudicial para el niño estar en un albergue con gente que no conoce, alejado de sus progenitores, por tanto se puede volver nocivo para el niño y más si los padres al ingresar escritos al Tribunal tratando de demostrar quién es el más “adecuado”, encontrándose en una lucha de “egos”, hace que se alargue el procedimiento y por tanto la estancia del niño en el albergue.

Respecto de los anterior, Oscar Cervera³⁶⁴, menciona que “quien debería ser asegurado y arraigado, como consecuencia lógica de sus actos, es el presunto sustractor.”³⁶⁵ De esto, se opina que de alguna manera sí correspondería arraigar a la persona en su domicilio mientras dure el procedimiento, esto es porque quien sufre más por lógica son los niños; pero habría una colisión de derechos, los cuales serían el derecho del padre a ser libre contra el derecho del hijo. Aunque hay que

³⁶⁴ Magistrado de lo Familiar del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

³⁶⁵ Cervera Rivero, Oscar Gregorio, “Los menores como titulares de la acción”, en Tenorio Godínez, Lázaro y Tagle de Ferreyra, Graciela (coord.) *La Restitución Internacional de la Niñez. Enfoque Iberoamericano, Doctrinario y Jurisprudencial*, Porrúa, México, 2011, p. 65.

recordar que este es un procedimiento donde se involucran niños y es meramente civil por lo que hay que ver por el interés superior del niño.

Por lo que se refiere al derecho al debido proceso, el niño, aunque no es parte, tampoco es objeto o materia de litigio, por tanto, es una persona con derechos propios; y así como a sus padres se les deben respetar sus derechos, de igual manera a los niños.

De tal forma que, como los padres se encuentran en una situación de conflicto, no pueden ser ellos los que representen al niño, aunque tengan la custodia en un documento. Esto es porque no se le está representando de acuerdo con sus intereses sino más bien se le representa de manera parcial hacia alguno de los progenitores. Por esta razón el niño debe tener su propio abogado.

El derecho del niño a ser patrocinado por su propio abogado es desligar la relación que se tenía de Estado proteccionista y de niño como objeto. Se trata de un cambio impuesto desde la norma, al que la realidad jurídica aun no logra asumir como propio.³⁶⁶ Aunque el Comité de los Derechos del niño mencione que el niño debe tener su propio abogado o representante legal, falta que las Autoridades lo apliquen en la realidad y los padres tengan esa conciencia que el niño no es propiedad.

La actividad procesal del niño tiene por objeto que se atiendan sus sentimientos y se respeten sus derechos en aquellas cuestiones en las que los adultos los ignoran (generalmente por estar en contradicción total o parcial con sus propios intereses, necesidades o sentimientos).³⁶⁷ Por eso las Autoridades deben velar por el interés del niño, no tratarlos como el objeto de conflicto sino como una persona que también necesita expresarse y defenderse.

³⁶⁶ Stilerman, Marta, *Teoría y Práctica del Derecho de los niños*, Ed. Cathedra Jurídica, Argentina, 2016, p. 259.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 264.

De lo anterior, se exhorta a que en México se establezca un representante legal del niño o abogado del niño, un especialista en derecho de los niños que pueda estar con él durante todos los procedimientos donde se involucren niños.

En el derecho al debido proceso también se tiene el derecho del niño a ser escuchado y dar su opinión en el juicio, por lo que las Autoridades deben de oficio darle oportunidad en la Audiencia de que se exprese libremente sin presión de nadie. Para lo anterior deben estar presentes su abogado, el Procurador de la Familia, el Ministerio Público y un psicólogo. Aunque si el niño se siente cohibido por estar rodeado de personas que no conoce, entonces esta plática podría darse entre él, el juez y un psicólogo.

En todos los juicios donde estén involucrados niños, se deben tener muy en cuenta sus derechos, siempre velando por lo que mejor le conviene, porque no se trata de un proceso clásico de gana-pierde, ya dejado de lado en la mediación y en la negociación, sino de un proceso de los denominados gana-gana, en el que el más beneficiado debe ser el niño y en el que los adultos intervinientes deberían considerar ese resultado como un logro que tiende a la mejor calidad de vida de aquél.³⁶⁸

3.2.7. Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la niñez.

La Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la niñez fue creada en la Primera Reunión Plenaria de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (CONATTRIB) el 15 de enero de 2010.³⁶⁹

En el artículo 2 de su reglamento, menciona que la Red tiene como finalidad prestar la asistencia necesaria a los órganos judiciales para facilitar la protección nacional

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 264 y 265.

³⁶⁹ Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (CONATTRIB), <http://conatrib.org.mx/wp-content/uploads/2014/01/Acuerdo-y-Reglamento-de-la-Red-Oralidad.pdf>.

e internacional de los niños, especialmente velando por la correcta aplicación de los convenios internacionales sobre cooperación jurisdiccional aplicables a la materia, así como el apoyo que precisen para los mismos fines los Jueces de la Red de La Haya, los puntos de contacto mexicanos de la IberRed y de otras instituciones de análoga naturaleza.³⁷⁰

La Red está compuesta de jueces o magistrados en materia familiar. Una de sus funciones es asesorar a sus colegas en su jurisdicción sobre la legislación y convenios en materia de protección del niño en general y sobre su aplicación práctica.³⁷¹

Además, no sólo se asesoran entre colegas nacionales, sino también contribuyen a las comunicaciones directas internacionales, de acuerdo con el artículo 15 del Reglamento.

Algunos compromisos que quedaron establecidos en la Primera Reunión de la Red son: capacitación y difusión; datos sobre los integrantes de la Red e informes de actividades; estadísticas sobre protección internacional de niños y reuniones anuales.³⁷²

Es importante mencionar que la Red se ha reunido cada año desde que fue creada y la última reunión fue en septiembre del 2018.^{373 374} En estas reuniones se han tocado diversos temas como restitución internacional de niños, adopciones internacionales y alimentos; en las cuales han participado no solo los Juzgadores sino también otras Autoridades como la Secretaria de Relaciones Exteriores.

3.2.8. Jueces de Enlace.

Los Jueces de Enlace o también llamados Jueces Especializados, son aquellos que pueden intercambiar información con otros jueces u orientarlos en alguna situación

³⁷⁰ Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la niñez, <http://conatrib.org.mx/wp-content/uploads/2014/02/primera-red1.pdf>.

³⁷¹ *Ibidem*, artículo 12.

³⁷² *Ibidem*, p. 6.

³⁷³ "Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (CONATRIIB)", <http://conatrib.org.mx/red/>.

³⁷⁴ "Reunión Nacional de Juzgadores", <http://conatrib.org.mx/reunion-nacional-de-juzgadores-2018-2/>.

que desconozcan de la aplicación del tratado internacional en materia de niños.³⁷⁵ Estos Jueces de cada país son reconocidos a nivel internacional por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

Algunas de las funciones de los Jueces de Enlace son:³⁷⁶

- a) El Juez de Enlace asesorará a sus colegas de jurisdicción sobre el convenio de la Haya en general y sobre su aplicación y su práctica;
- b) El Juez de Enlace podrá contestar preguntas de jueces extranjeros y de Autoridades Centrales sobre cuestiones generales concernientes a la legislación sobre sustracción de NNA y las fuentes legales dentro de su jurisdicción;
- c) El Juez de Enlace participará y representará a su jurisdicción en conferencias judiciales internacionales de derecho de familia en la medida que ello fuera relevante y posible;
- d) El Juez de Enlace recibirá y canalizará, cuando sea necesario, todas las comunicaciones judiciales internacionales entrantes e iniciará o facilitará las correspondientes comunicaciones judiciales entrantes salientes;
- e) El Juez de Enlace promoverá en términos generales la colaboración en el ámbito del derecho de familia internacional.
- f) El Juez de Enlace desempeña atribuciones extrajudiciales y ajenas al procedimiento judicial o administrativo concreto.

Como se puede observar, los Jueces de Enlace son de suma importancia no solo para los procedimientos de restitución internacional sino en cualquier otro donde se encuentren involucrados niños, para que, de esta manera, estos jueces especializados puedan auxiliar a los otros jueces que no están en contacto frecuentemente con este tipo de casos internacionales para que puedan resolverlos de la mejor manera que no afecte el interés superior de los niños.

³⁷⁵ *Ibidem* p. 328

³⁷⁶ Informe preliminar sobre las comunicaciones judiciales, *Ibidem*, p. 339.

Los Jueces de Enlace deben de conocer el litigio mexicano y los derechos mexicanos porque no sólo informa al Juez mexicano sino también al de otro país o a la Autoridad Central de cómo se lleva el caso o los problemas que se pueden tener, orienta a la gente de otro país. Desafortunadamente, sólo hay 5 Jueces de Enlace en México.³⁷⁷

Con este tipo de jueces especializados se puede ayudar a que los atrasos en el procedimiento de restitución internacional de niños vayan disminuyendo como es el desconocimiento de la convención, el saber qué medidas provisionales o precautorias establecer, el conocer el derecho extranjero, esto es para evitarles menor daño a los niños involucrados y que su procedimiento se pueda resolver lo más pronto posible sin tantas trabas judiciales.

3.2.9. Comunicaciones judiciales.

Las Comunicaciones judiciales son un mecanismo extrajudicial , a través del cual dos o más jueces de enlace o jueces especializados en materia de protección internacional de niños, de los Estados parte suscritos al Convenio de la Haya, y la información relacionada con el procedimiento y estrategias de restitución internacional de niños, realizando las diligencias necesarias, de manera humana, sencilla y eficaz, donde se suprimen las formalidades innecesarias y se suplen las deficiencias de las partes en sus argumentos jurídicos, sobre hechos, pruebas y pretensiones, con los alcances y limitaciones que establecen los ordenamientos internacionales, y las leyes federales y locales de los países respectivos.³⁷⁸

³⁷⁷ Entrevista realizada al Magistrado Oscar Gregorio Cervera Rivero, Magistrado de la Segunda Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México y Juez de Enlace ante la Conferencia de la Haya, 29 de noviembre de 2018. Ver anexo.

³⁷⁸ Tenorio Godínez, Lázaro, "Las comunicaciones judiciales directas en la restitución internacional de la niñez", *Revista de Derecho Privado*, edición especial 2012, p. 316, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado-ns/article/view/7257/6535>.

Se les llama comunicaciones “judiciales” por tratarse de la actuación que realizan los jueces suscritos a la Red de la Haya, aunque su función es meramente extrajudicial, informal, académica.³⁷⁹

La información que se transmite a través de las comunicaciones judiciales pueden ser extrajudiciales cuando el contenido de la misma no tiene impacto directo en el proceso de restitución, y puede ser de manera “formal”, cuando esta comunicación si tendrá un efecto positivo directo en la decisión de fondo del proceso, al tratarse de diligencias ordenadas por el juzgador referentes a la decisión de procedencia o no de la restitución, ya sea para pruebas, hechos.³⁸⁰

Las comunicaciones judiciales directas internacionales son aquellos intercambios de información que se presentan entre dos o más jueces de los Estados Parte que pertenecen a jurisdicciones de diversos países, adscritos al Convenio de la Haya, cuyo objetivo es promover la restitución internacional inmediata de los niños sustraídos, facilitando para tal efecto la información y realizando las diligencias probatorias necesarias que él o la juez competente en actividad estime necesarias.³⁸¹

Otras actividades que involucran las comunicaciones judiciales directas son resolver dudas que otro juez tenga respecto de la aplicación del Convenio; de las legislaciones nacionales; sobre la forma de tratar los procedimientos normales de custodia; ayudar a la interpretación de otros convenios internacionales y asistir a la preparación de arreglos que hagan posible el inmediato retorno del NNA.³⁸²

Y aunque estas comunicaciones podrían decirse que son “informales”, deben llevar cierto orden puesto que se está cooperando con la Autoridad de otro país. Y para esto se puede llevar una bitácora de las veces que se ha tenido comunicación con otros Jueces. Sin embargo, menciona Javier Forcada³⁸³ que el principio *iura novit*

³⁷⁹ *Ibidem*, p.318

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 316

³⁸¹ *Ibidem*, p. 319

³⁸² *Ibidem*, p. 320

³⁸³ Forcada Miranda, Javier, respuesta a cuestionario elaborado con motivo de la Reunión de Jueces Latinoamericanos en Montevideo, Uruguay, del 2 al 5 de diciembre del 2009.

curia solo puede predicarse del derecho patrio, no así respecto al derecho extranjero, donde se requerirá forzosamente la información por el conducto oficial, puesto que en España se tiene contemplada estas comunicaciones en su legislación.

Algunas formalidades que pueden tomarse en cuenta al momento de que los Jueces de Enlace entren en comunicación es primeramente identificarse, dar datos de contacto; el contacto inicial se debe dar con la Autoridad Central, bajo la condición de que la consiguiente comunicación tenga lugar entre los dos jueces de conocimiento directo del asunto; la privacidad de las comunicaciones judiciales; si es posible, la grabación y filmación de las comunicaciones judiciales y acuse de recibo de las comunicaciones judiciales.³⁸⁴

Sin embargo, de lo anterior, cada Entidad, deberá regular lo relativo al tema, en sus respectivos ordenamientos secundarios procesales, dado el carácter regional y no federal de la materia, por lo que “sería conveniente establecer un procedimiento tipo para la Republica que permita avanzar en la misma sincronía y facilite la comunicación de la Red.”³⁸⁵

Por lo que, en resumen, las comunicaciones judiciales directas:³⁸⁶

- a) Coordinan la realización de una audiencia en la jurisdicción extranjera para dictar medidas provisionales o para garantizar la posibilidad de una audiencia sumaria.
- b) Establecen si hay medidas de protección disponibles para el niño o para el otro progenitor, en el Estado para el cual el niño deba ser restituido y que estas medidas sean puestas en práctica en el otro Estado.
- c) Establecen si el tribunal extranjero puede emitir una decisión espejo (la misma decisión en ambas jurisdicciones).

³⁸⁴ Tenorio Godínez, *op cit*, pp. 328-330.

³⁸⁵ Tenorio Godínez, *op cit*, p. 344.

³⁸⁶ Ponencia “Conversatorio sobre Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes. Excepciones al Convenio Artículo 13” que presentó el Magistrado Oscar Gregorio Cervera Rivero en Bogotá, Colombia el 22 de noviembre de 2018, pp. 22-24. Material que fue obtenido en la Entrevista realizada en noviembre de 2018.

- d) Confirman si el tribunal extranjero ha dictado una decisión.
- e) Cercioran si alguno de los progenitores pudiera ser objeto de sanciones civiles o penales al momento de regresar con el niño al país de residencia habitual.

De lo establecido anteriormente se puede observar que las comunicaciones judiciales son muy importantes en el procedimiento de restitución internacional e inclusive se podría decir que también son de ayuda para otros casos internacionales. Puesto que el Juez mantiene una estrecha relación con su homólogo en otro país lo que puede ayudar a conocer más sobre la legislación extranjera y cómo se aplicaría en México.

Conclusión.

La actuación de las Autoridades tanto Administrativas como Judiciales en el procedimiento de restitución internacional de niños es sumamente importante, puesto que es su deber como parte del Estado Mexicano cumplir con el objetivo ya sea de la Convención de la Haya o la Convención Interamericana para evitar que el niño sustraído o retenido ilícitamente siga siendo perjudicado por esta acción llevada a cabo por uno de sus progenitores.

La Autoridad Central Mexicana tiene el deber de analizar las solicitudes de restitución de acuerdo con la Convención de la Haya, de realizar la búsqueda y localización de los niños en coadyuvancia con otras Autoridades; actuar como Tercer Interesada o Autoridad Responsable en un Juicio de Amparo; presentarse a las Audiencias de Restitución en cada Estado de la República para velar porque se respeten y se sigan los lineamientos establecidos en la Convención así como el interés superior del niño; facilitar la solución de la controversia mediante una mediación internacional y la apertura de un juicio para que el Juez declarado competente internacional con base a las pruebas referentes a la restitución aportadas por las partes decida sobre si procede o no la restitución internacional.

Sin embargo, aunque la solicitud de restitución es como su nombre lo indica “una solicitud” y no un litigio, es común que aun así se tengan dos puntos de vista diferentes (una del padre y otra de la madre), y en consecuencia un conflicto de intereses, por lo que la restitución entra en un litigio, que debe ser limitado o controlado por parte de las Autoridades sin vulnerar los derechos de las partes, puesto que el objetivo es retornar al NNA a su residencia habitual en otro país y no cuestionarse quién de los padres es más apto para tener la custodia de los niños, aunque la Convención estipule ciertas excepciones que deberán en su caso analizarse con detenimiento.

Y como todas las Autoridades pertenecientes al Estado Mexicano tienen obligaciones, para evitar que se siga dando la sustracción o retención ilícita de niños y sobre todo proteger a los NNA de cualquier abuso, de acuerdo a sus competencias y facultades deben de auxiliarse entre sí para que el niño que sea sustraído o retenido regrese lo más pronto posible a su lugar de residencia habitual, así como en caso de que el NNA no sea localizado, deberán actuar inmediatamente para su búsqueda, recuperación y presentación ante el Juez competente internacionalmente para que se prosiga con el procedimiento de restitución internacional.

Como se pudo observar en este capítulo, se explicó el procedimiento de restitución internacional de niños primero a nivel administrativo y después judicial, que aunque no se tiene uno en específico para todo el país, existen algunos Estados de la República que cuentan con uno y dependiendo del caso y del Juez se establecerán ciertas medidas precautorias para proteger al niño. Y los Estados que no cuentan con un procedimiento en sus legislaciones, adaptan el caso a algún procedimiento, que desafortunadamente en ocasiones se vuelve un juicio ordinario que hace que se demore el procedimiento.

Para establecer el procedimiento de restitución en México se tiene que observar su fundamento en lo que dice la Convención de la Haya; la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 1 y 133; la Ley General de Niños, Niñas y Adolescentes, y como base la Ley Modelo para el caso de sustracciones o

retenciones internacionales en relación con los artículos del debido proceso que la Constitución Federal marca como son el 14 y 16, así como las diversas tesis en la materia que ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mientras sea en concordancia con los tratados internacionales de derechos humanos, por lo que no debe de existir algún problema en cuestión de aplicación de un instrumento internacional como es la Convención de la Haya.

Tanto la Autoridad Central Mexicana, como la INTERPOL, han detectado diversas acciones que han ocasionado demoras en el procedimiento de restitución y en consecuencia han evitado que se continúe con lo establecido en la Convención. Algunas acciones que se han detectado son: Se admiten pruebas en el juicio que no corresponden con el tema de restitución internacional; las Autoridades y se podría decir que los abogados defensores no explican bien de qué trata la restitución; la interposición desmedida de Amparos que alegan otras figuras; el tiempo de estancia de un niño sustraído en un albergue; la lucha de egos entre los padres; el problema de la localización del niño.

Respecto a las Autoridades Judiciales, en su actuar, tratan de que dependiendo del asunto se establezcan medidas para evitar una nueva sustracción, tales como el aseguramiento domiciliario del progenitor sustractor, así como el cierre de fronteras para que no se repita la sustracción. Pero siempre se debe de actuar con las formalidades esenciales del procedimiento para todas las partes involucradas y cuando se menciona todas, los niños también están incluidos, puesto que no se les suele prestar atención a sus intereses, sino que si hay alguna vulneración de su debido proceso, los padres lo alegan como propio cuando es una cuestión de los niños, por tanto, es importante que se respete el debido proceso de los NNA en este procedimiento, escuchar su opinión, tener un representante legal etc.

En resumen, el procedimiento judicial se debería llevar de la siguiente manera:

1. Juzgado forma expediente con solicitud de restitución que le fue enviada por la Autoridad Central Mexicana.
2. Se establecen medidas provisionales, si el asunto lo requiere.

3. Si es necesario, se realizan oficios de búsqueda, localización y recuperación para que la policía encargada de estos asuntos coadyuve con la Autoridad Judicial.
4. Notifica y emplaza al presunto sustractor y le concede un plazo para que formule su contestación y manifieste sus excepciones y defensas de acuerdo con el Convenio de la Haya.
5. Si es necesario, se lleva al NNA a un albergue del Sistema de Desarrollo Infantil (DIF) para su “resguardo” y así evitar nuevas sustracciones.
6. Se notifica al Ministerio Público, a la Secretaria de Relaciones Exteriores y a la Procuraduría de Protección de NNA de la Entidad Federativa donde se encuentre el niño.
7. El presunto sustractor después de formular su contestación, se da fecha de audiencia inmediatamente para que presente al NNA al Juzgado y se decida sobre su restitución o no.
Puede darse el caso que en cuanto se le notifica al presunto sustractor se da fecha de audiencia y ahí mismo deberá de producir sus excepciones y defensas; se recuerda que lo anterior es por protección del NNA de acuerdo con el principio de celeridad.
8. En Audiencia se admiten y desahogan pruebas y se decide sobre si procede o no la restitución.
9. Si procede, entonces se dicta sentencia y el NNA se deja con su progenitor solicitante o con el representante si éste no está, o en su caso con la Autoridad Central para que realice las gestiones necesarias para el retorno seguro del NNA de acuerdo con sus obligaciones contenidas en el artículo 7 del Convenio de la Haya.
10. En otras ocasiones, si no se está de acuerdo con la sentencia se puede apelar ante la segunda instancia, de acuerdo con lo que establezca cada código del Estado de la República donde se encuentre el niño.

Como se observó el procedimiento es relativamente rápido y se podría agotar en menos tiempo del establecido en el Convenio de la Haya; sin embargo, existen

diversos factores en cada paso del procedimiento que hace que no se cumpla cabalmente el objetivo de la Convención.

El procedimiento de restitución de NNA, debe tener como base los principios de celeridad y de interés superior de la niñez, puesto que se esta ante un suceso que puede ocasionar un cambio en la esfera no solo jurídica del niño sino su vida.

Por lo que respecta a las entrevistas realizadas en noviembre del 2018 a la Autoridad Central Mexicana y a un Juez perteneciente a la Red de Jueces de Enlace de la Conferencia de la Haya así como Juez perteneciente a la Red Mexicana de Cooperación de la niñez, ambos coinciden en que existen atrasos en el procedimiento, que no se da por tener o no un procedimiento generalizado, sino que más bien depende del asunto y del Juez que conozca.

Ambas Autoridades coinciden que los atrasos más frecuentes se dan por el ingreso desmedido de Amparos por situaciones que no están relacionadas con la Convención, como es la extradición, contra el objetivo de la Convención de la Haya, contra la repatriación, contra las Autoridad Central Mexicana por realizar las actividades que encomienda la Convención. Lo que hace que se dificulte la continuación del procedimiento, puesto que los Juzgados Federales admiten a trámite la mayoría de los Amparos para su estudio y eso hace que el NNA que sigue sustraído o retenido ilícitamente no pueda iniciar su procedimiento de restitución.

Además, las Autoridades coinciden, que la disponibilidad de recursos destinados a la restitución es escasa, por lo que no se tiene la posibilidad de acceder a búsquedas que puedan auxiliar en estos trámites urgentes.

Otro hecho importante, es la localización del NNA, los padres sustractores, tienen la habilidad de esconder a los hijos e inclusive les cambian el nombre para no ser identificados lo que vulnera los derechos de los niños puesto que los NNA saben que tienen un nombre y si constantemente se les cambia, puede afectar a su personalidad, porque al final no sabrán quienes realmente son y de qué huyen.

Asimismo, ambas Autoridades están de acuerdo en que la concentración de jurisdicción, la Red de Jueces y las comunicaciones judiciales han sido efectivas

para poder resolver los procedimientos de restitución en México, puesto que de esta manera han ayudado a que se resuelvan lo más pronto posible para evitar más perjuicios a los niños.

Inclusive, mencionan que se debería dar más capacitaciones a todas las Autoridades para que conozcan este procedimiento que es un juicio sumario y que se debe de actuar con toda celeridad.

El Juez de Enlace, menciona que está de acuerdo que exista la interposición de Amparo en contra de la resolución de procedencia o no de la restitución pero que debería ser como la solicitud de divorcio incausado, no ser apelable y pasar automáticamente al Amparo en caso de que exista alguna violación a los derechos humanos de los padres o del niño.

CAPÍTULO CUARTO

Casos Estudio. Dilaciones en el procedimiento de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes en México

En los capítulos anteriores se expuso la normativa a nivel internacional que se tiene en materia de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes y cómo se aplica o se debe aplicar en México. Ante todo, se debe considerar primordialmente el interés superior de la niñez y los tratados internacionales que garantizan los derechos de los niños en el procedimiento que se llevará de manera local en cada Estado de la República Mexicana.

Se debe de declarar a un juez local competente internacionalmente para llevar el asunto y otorgar los derechos que involucra un debido proceso para todas las personas involucradas en el procedimiento.

Sin embargo, tal como se mencionó, existen situaciones que han hecho que los casos de restitución de niños se atrasen y duren mucho más tiempo del estipulado en las Convenciones, lo que hace que se vulneren los derechos de los niños, asunto que en diversas ocasiones les tiene sin cuidado a los padres, puesto que se encuentran en un litigio de egos por demostrar quién es el más capacitado para vivir con el niño, niña y adolescente.

Es por tal motivo que en este capítulo se expondrán algunos casos de restitución internacional de niños llevados en Tribunales mexicanos y que inclusive han llegado hasta la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Se hará es una breve descripción del caso, los antecedentes procesales, el procedimiento ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los derechos vulnerados de los niños y un análisis del caso. Posteriormente se harán propuestas de mejoras que se tuvieron que haber llevado en cada caso y que deberían llevarse.

4.1 Caso I³⁸⁷

- Descripción del caso

El 6 de abril de 2008, dos personas contrajeron matrimonio en Cabo San Lucas, Baja California Sur en México, un año después nació una niña. El 19 de enero de 2013, cuando la niña tenía 4 años, la madre solicitó ante un Tribunal en Estados Unidos el divorcio y que se aprobara un plan temporal de crianza entre el padre y la madre para con su hija.

El 15 de enero de 2013 el padre dio contestación, en el cual solicitó al Tribunal que dictara la disolución del matrimonio y la confirmación del plan de crianza.

El 14 de febrero de 2013, los padres de la niña celebraron el convenio denominado “plan temporal de crianza” donde las partes debían compartir el tiempo de residencia con su hija durante el 2013 de enero a abril la niña debía residir con su madre en Seattle, Estados Unidos, y de mayo a junio la niña debía residir con el padre en México, mientras que de julio a octubre debía residir con su madre y de noviembre a diciembre con el padre. Pero la residencia habitual de la niña sería en Estados Unidos.

Respecto del otorgamiento de la custodia en este plan se estableció que, en tanto la mayor parte del tiempo la niña residiría con la madre, a ella se le otorgaría la custodia solamente en lo relativo a las demás legislaciones estatales y federales que requirieran la designación o determinación de la custodia.

El 22 de agosto de 2013, el Tribunal en Estados Unidos dictó una resolución en el que se aprobó la solicitud de la madre de ordenar medidas de apremio para la ejecución forzosa del citado “plan temporal de crianza”. En ese documento se

³⁸⁷ Amparo en Revisión 29/2016, de fecha 15 de febrero de 2017. Ministro ponente José Ramón Cossío Díaz.

ordena que el padre devuelva a la niña a la madre el 27 de agosto de 2013, así como la suspensión de toda convivencia fuera del territorio del Estado de Washington hasta en tanto no se dictara una orden posterior o existiera un convenio por escrito entre las partes.

El 23 de septiembre de 2013, la madre solicitó la restitución internacional de la niña ante el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América con base en la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, puesto que el 30 de junio de ese año, el padre incumplió con su obligación de regresar a la niña a Estados Unidos.

El 19 de noviembre de 2013 la Autoridad Central Mexicana informó al Tribunal Superior de Justicia del Estado de Baja California Sur la solicitud del trámite de restitución de la niña.

- Antecedentes procesales.

La solicitud fue radicada en el Juzgado Segundo de Primera instancia del Ramo Civil y Familiar del Partido Judicial de los Cabos en Cabo, San Lucas, México. El 11 de diciembre de 2013, la madre solicitante ingresó un escrito ante el juzgado en el cual pidió una medida cautelar en la que se ordenara la ubicación y recuperación de la niña.

La Juez ordenó emplazar al demandado y concederle nueve días para que opusiera sus excepciones y defensas, además le concedió a la madre la custodia temporal para evitar nuevas sustracciones puesto tenía una resolución de un tribunal extranjero donde se establecía que quien tenía la custodia era la madre, asimismo autorizó la aplicación de medidas de apremio de ser necesario.

El 13 de diciembre de 2013 se practicó la diligencia en la que el actuario entregó la niña a la madre. Por lo que el 16 de enero de 2014, el padre dio contestación a la demanda en la cual opuso las siguientes excepciones y defensas:

El demandado manifestó que la pretensión era improcedente, ya que la progenitora revelaba una falta absoluta de cuidado a la niña, mientras que él le había procurado una vivienda estable, estudios, alimentos. Denunció que la madre no había precisado un domicilio para la estadía de la niña al haberse concedido la custodia provisional, cuando la niña ya se encontraba plenamente adaptada a su entorno social en México, que, según el padre, era su residencia habitual. Asimismo, desconoció el convenio denominado "Plan de Crianza" en el cual señaló que no se habían cumplido las formalidades esenciales del procedimiento en su elaboración.

Refirió que el 30 de abril de 2013 demandó el divorcio, así como la pérdida de la patria potestad respecto de su hija ante el Juzgado Segundo de los Cabos. Mismo Juzgado que conoció de la restitución internacional.

El 7 de febrero de 2014, el Juzgado de origen dictó sentencia en el sentido de declarar la procedencia de la restitución internacional puesto que se habían vulnerado los artículos 3 inciso a), 5 inciso a) y 8 de la Convención de la Haya.

Inconforme con tal resolución el padre interpuso recurso de apelación del cual conoció la Segunda Sala Unitaria en materia Civil del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Baja California Sur.

El 3 de octubre de 2014 la Sala dictó sentencia en el cual confirmaba el fallo apelado en el cual se dijo que las pruebas aportadas por el padre no resultaron idóneas para desvirtuar el documento del cual dimana el derecho de la madre, y tampoco se acreditó la coacción que adujo el recurrente de haber sufrido para su firma lo que debía de haberse controvertido en aquel procedimiento.

En contra de la sentencia, el 3 de noviembre de 2014, el padre interpuso Amparo que por razón de turno le correspondió al Tribunal Colegiado del Vigésimo Sexto Circuito, sin embargo, el 11 de febrero de 2016 el Colegiado decidió solicitar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación su facultad de atracción para conocer del amparo.

- Procedimiento ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Se admitió el asunto y se turnó al Ministro José Ramón Cossío Díaz y se enviaron los autos a la Primera Sala. Para esto, se describieron brevemente los argumentos que tuvo la Sala para resolver la procedencia de la Restitución Internacional y que la Suprema Corte sólo añadió algunos aspectos que faltaban, pero en lo general se estuvo de acuerdo con los argumentos vertidos.

La Sala unitaria responsable consideró procedente confirmar la sentencia debido a que se consideró que la resolución no violentó ninguno de los derechos humanos puesto que se observó el interés superior de la niña y se respetaron las formalidades esenciales del procedimiento.

La Sala consideró infundado lo aducido por la parte recurrente sobre que no se hubieran valorado las pruebas por él ofrecidas y que únicamente el juez conoció aquellas ofrecidas por su contraparte. El juzgado de origen resolvió que las pruebas no eran eficaces para demostrar que la niña quedó integrada al medio ambiente con su progenitor puesto que la sustracción tenía menos de un año, además de que ambos padres de acuerdo al convenio realizado decidieron que la residencia habitual sería en los Estados Unidos.

Además, con los medios de prueba obtenidos no tenían el alcance de acreditar que la madre no tuviera la capacidad de ejercer las mismas funciones y menos que existiera un grave riesgo para la niña en caso de que se restituyera.

Por lo que la Sala consideró que se actualizaba la hipótesis contemplada en el artículo 3 del Convenio de la Haya, pues fácticamente se violaron los derechos derivados del denominado “Plan Temporal de crianza” celebrado por las partes ante la autoridad jurisdiccional estadounidense. La autoridad responsable refirió que, si bien es cierto que le fuera asignada la custodia al padre en el proceso registrado en México, la solicitud de restitución que dio origen a la demanda en ese juicio fue presentado el día 31 de mayo de 2013, tres meses posteriores a la fecha de elaboración del Plan de Crianza.

Asimismo, el padre mencionó que la Convención de la Haya no reconoce la calidad de garante que como ciudadana mexicana tiene la niña y que el artículo 7 es ambiguo y genera un margen de amplitud indebido al establecer la figura del intermediario y que el artículo 14 de la Convención violenta los derechos humanos al reconocer la validez y aplicación de legislaciones y decisiones extranjeras que no han sido a su vez reconocidas por el Estado Mexicano.

La Sala respondió de una manera atinada al decir que la niña no podía ser considerada ciudadana mexicana porque era menor de edad, lo que no impide que debía ser considerada como persona de nacionalidad mexicana.

La Sala consideró que era infundado el motivo de inconformidad manifestado por la parte recurrente relativo a la aplicación del artículo 13 de la Convención puesto que de las pruebas aportadas no resultaron idóneas para desvirtuar el instrumento de plan de crianza.

Respecto del Amparo el quejoso manifestó la inconstitucionalidad del artículo 17 de la Convención de la Haya³⁸⁸ por violentar la soberanía nacional, puesto que se

³⁸⁸ Artículo 17 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. El solo hecho de que se haya dictado una decisión relativa a la custodia del menor o que esa decisión pueda ser reconocida en el Estado requerido no podrá justificar la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, pero las autoridades judiciales o administrativas del Estado podrán tener en cuenta los motivos de dicha decisión al aplicar el presente Convenio.

tendría que aplicar un control de convencionalidad al tratado internacional, privilegiando la supremacía constitucional.

Asimismo, el padre afirmó que la resolución emitida por el Juez natural violentó el interés superior de la niña porque no tomó en cuenta que la Convención sobre los Derechos del niño permite la separación de sus padres únicamente cuando la niña haya sido maltratada por sus progenitores, cuando en el caso concreto acreditó con diversas documentales que su hija gozaba de buena salud mental y se encontraba en condiciones de vivir con él.

Aunado a lo anterior, mencionó que hubo una violación a las formalidades esenciales del procedimiento por la falta de valoración de las pruebas e incongruencia de la sentencia en primer grado.

El quejoso manifestó que la resolución no está debidamente fundada y motivada al decretar la restitución de la niña toda vez que la madre es una persona adúltera, que la abandonó en reiteradas ocasiones por sus conductas, siendo este último abandono por un periodo mayor a tres meses, por lo que se acredita la causal de improcedencia derivada del no ejercicio efectivo de la custodia.

Manifestó que la restitución de la niña es improcedente en virtud de que se pone en riesgo a la niña en su integridad física y psicológica, lo que quedó acreditado en las periciales llevadas a cabo, además de que nunca retuvo ilegalmente a la niña, toda vez que ejerció de manera efectiva y legal la guarda y custodia otorgada y que es una persona honorable.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mencionó que los argumentos sobre que un niño no debe ser separado de sus padres y de que se violaron las formalidades esenciales del procedimiento fueron inoperantes, así como la mayoría de los argumentos planteados en el Amparo que ya habían sido expuestos ante el Recurso resuelto.

La Primera Sala, dio una explicación sobre la finalidad de la Convención de la Haya que es la pronta restitución de los niños a su residencia habitual para evitar ocasionarles mayores daños, por lo que el Convenio se erige como un instrumento para garantizar la tutela del interés superior de la niñez y el ejercicio efectivo del derecho de custodia.

Por otra parte, se sabe que el Estado Mexicano no cuenta con un procedimiento de urgencia para resolver este tipo de procedimientos por lo que se debe acudir a los procedimientos más breves o expeditos consistentes que son los sumarios contenidos en la legislación civil. Y debido a que el caso se remitió a un ordenamiento regulado por el ordenamiento nacional, se resguarda el derecho de acceso a la justicia y el debido proceso.

La Convención de la Haya reconoce que existe una presunción de que el interés superior del niño sustraído se ve mayormente protegido con la restitución inmediata al país de origen, por lo que prevé que, de existir una sentencia relacionada con la custodia, la autoridad competente del Estado requerido podrá valorar la solicitud de restitución.

Respecto de la Convención de la Haya, ésta permite el reconocimiento de la legislación y decisiones extranjeras sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar su validez y vigencia, esto es porque la intención de los Estados signatarios fue flexibilizar la prueba del derecho extranjero con miras a agilizar el procedimiento de restitución.

En relación con el caso, se tuvo por acreditado la retención ilegal de la niña puesto que se produjo una infracción a un derecho de custodia atribuido a la progenitora mediante un acuerdo entre las partes ante la jurisdicción estadounidense y tal hecho se habría ejercido si el padre no hubiera detenido a la niña, además el “Plan Temporal de Crianza” fue infringido, porque al incumplir con él y no haber regresado

a la niña, el quejoso actualizó el traslado y retención ilícitos de su hija en términos de la Convención de la Haya.

Sobre el argumento de que si se restituye a la niña, se pondría en un grave riesgo de acuerdo al artículo 13 de la Convención, resulta que la carga de la prueba era para el padre, pues existe una presunción de que el interés superior del niño es protegido mediante la restitución a su lugar de origen, por lo que no basta con que el quejoso acredite que es apto para cuidar a la niña, puesto que en el juicio no se valora sobre quien tiene el derecho preferente para ejercer la guarda y custodia.

Respecto de la madre que según dicho del padre tiene conductas impropias, no se acredita de acuerdo al artículo 13 de la Convención puesto que el impacto negativo en la niña no ha sido referido; no se erige como un peligro grave o como una situación intolerable en los términos planteados en la Convención.

De ahí que la Primera Sala estimó que no se encontraba demostrada la excepción de acuerdo al artículo 13 de la Convención y que los medios aportados para demostrar que la aptitud del quejoso para cuidar a la niña es adecuada y que las conductas imputadas a la madre no son suficientes para acreditar que existe un grave peligro a la niña en caso de ser restituida, se negó el amparo solicitado.

- Derechos vulnerados de los niños, niñas y adolescentes.

Los derechos vulnerados de la niña en el presente caso es su derecho a no ser separada de sus padres, contenido en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del niño. Si bien, el hecho fue realizado por su progenitor, no tenía derecho de separarla de su residencia habitual y menos de su madre, por lo que debió de avisar que la niña se quedaría más tiempo del acordado, situación que no llevó a cabo.

Asimismo, el padre menciona que interpuso solicitud de divorcio y pérdida de patria potestad ante los tribunales de Baja California Sur en México, y que se le concedió la custodia. En este aspecto se piensa que el Juzgador debió indagar qué es lo que había pasado con la madre y emplazarla a juicio, hecho que no realizó por lo que como Autoridad violó lo establecido en el artículo mencionado y el derecho a mantener contacto de la niña con su madre en relación a que “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular,” asunto que el Juzgado no tomó en cuenta en su momento.

Por lo que como dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado, como responsable del bien común, debe, en igual sentido, resguardar el rol preponderante de la familia en la protección de la niña; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar ³⁸⁹ para que no afecte a los derechos de los niños en su vida cotidiana.

Por otro lado, se vulneró el derecho de la niña a ser escuchada en un juicio donde estén involucrados sus intereses de acuerdo al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Si bien la niña al momento de ser retenida ilícitamente tenía cuatro años, durante el tiempo que duró el procedimiento fue creciendo, inclusive el amparo se resolvió en el año 2017, cuando tenía casi 8 años, por tanto, tenía suficiente edad para comparecer ante la Sala a manifestar su opinión respecto del asunto en el que estaba involucrada.

La realización del derecho de la niña a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar a la niña y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. El niño también debe estar informado sobre las condiciones en las que se le pedirá que exprese sus opiniones. El derecho a la información es

³⁸⁹ Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, Opinión Consultiva OC-17/02, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 88.

fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño.³⁹⁰

De lo anterior, es que se considera que se debió de dar la oportunidad de que la niña emitiera su opinión, puesto que al vivir con ambos padres de manera alternada tenía convivencia con ellos, por lo tanto, podría manifestar su opinión respecto del trato con cada uno y de esta manera se podría haber resuelto el asunto desde la segunda instancia, cuando la niña estaba un poco más grande.

Aunado a lo anterior, a la niña no se le dio asistencia legal ni mucho menos se le otorgó un abogado que representara sus intereses como persona con derechos que es, por tanto, nuevamente se le vulneró su derecho al debido proceso.

Respecto de esta situación, el Comité de los Derechos del Niños ha mencionado que el Estado debe procurar para la defensa de los intereses de los niños, un representante legal, esto es porque hay que recalcar que en muchos casos (civiles, penales o administrativos) hay riesgo de conflicto de intereses entre el niño y su representante más obvio [progenitor (es)],³⁹¹ por lo que el representante deberá ser consciente de que representa exclusivamente los intereses del niño y no los intereses de otras personas [progenitores (es)].³⁹²

Tomando en cuenta su derecho a un nivel de vida adecuado, el padre alegaba que la niña vivía en buenas condiciones con él en México y que sería un grave riesgo en caso de que se restituyera debido a que la madre tenía conductas impropias y dejaba a la niña sin el mayor cuidado. De esto, dice el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño que “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social y que a los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la

³⁹⁰ Observación General número 12, El derecho del niño a ser escuchado, Comité de los Derechos del Niño, párrafo 25.

³⁹¹ *Ibidem*, párrafo 36.

³⁹² *Ibidem*, párrafo 37.

responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.”

El padre mencionó constantemente que él tenía mejor derecho porque le proporcionaba todo lo necesario a su hija para que tuviera un buen nivel de vida, se piensa que la madre también lo hacía, puesto que no hubo constancias que lo desvirtuaran. Además, el Plan de Crianza al que llegaron mediante acuerdo, decidieron que en temporadas estaría la niña con el padre y otras con la madre por lo que ambos eran responsables de proporcionarle una vida digna.

Se considera que este Plan de crianza que llevaron a cabo los padres, no es acorde para un buen desarrollo para la niña, puesto que los constantes cambios de ambiente podrían afectarle en su entorno físico y emocional. Es importante mencionar que el Comité de los Derechos del niño ha interpretado la palabra “desarrollo” de manera holística, integral, que abarca todos los aspectos de la vida del niño (mental, moral, física, psicológica) para que de esta manera no se destruyan los proyectos de vida que tiene el niño.³⁹³

En lo relativo al tiempo de convivencia con la niña, se considera que debieron ser de seis meses por cada progenitor, sin embargo, si los padres estaban conscientes del acuerdo al que llegaron y dotaban de una buena vida y un medio ambiente adecuado a la niña tanto en México como en Estados Unidos no habría por qué tener inconvenientes en las cuestiones de crianza ni llegar a juicios largos como fue el de restitución.

- Análisis.

Primeramente, se tiene que hubo una retención ilícita de la niña por parte del padre e incumplimiento del convenio denominado “Plan de crianza” al que los progenitores llegaron con anterioridad, por lo que se actualiza lo contemplado en el artículo 3 de

³⁹³ [Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 161.](#)

la Convención de la Haya que dice que una retención se considerará ilícita cuando se haya producido una infracción al derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente a una persona. Además, el derecho de custodia mencionado ya estaba atribuido de pleno derecho.

Se debe agregar que el “Plan de crianza” contemplaba que la niña debía convivir casi tres meses con cada progenitor, por lo que el padre al mencionar que la niña se encontraba integrada a su nueva residencia habitual y más porque la madre se tardó tres meses en interponer la solicitud, es considerado un argumento inadmisibles, puesto que fueron los meses en los que la madre solicitó el apoyo de la Autoridad Central Estadounidense y se llevó a cabo el procedimiento administrativo, asimismo por unos meses de más no le daba al padre el derecho de acceso a la custodia de la niña y el establecimiento de una nueva residencia.

Aunado a lo anterior, el hecho de que el padre interpusiera un juicio de pérdida de patria potestad indicó claramente que pretendía legalizar su hecho ilícito de retención de una niña en el extranjero sin la autorización por parte de la progenitora. Situación que el Juzgado que conoció del asunto debió de hacerse de elementos probatorios para indagar qué había pasado con la madre y por qué se estaba llevando este tipo de procedimiento.

La madre se presentó ante el Juzgado de origen para solicitar una medida para que se llevara a cabo la búsqueda y localización de la niña. Situación que fue errónea puesto que de oficio el Juzgado tenía que hacerlo porque si bien en la solicitud de restitución de acuerdo al artículo 8 de la Convención de la Haya se debía brindar la información disponible relativa a la localización, las Autoridades de acuerdo con el artículo 7 de la Convención, así como el artículo 25 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes debían coadyuvar de oficio en la localización de la niña.

Se puede observar que el procedimiento de restitución entre la interposición del recurso y el amparo duró casi cuatro años, por lo que se vulneró el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 11 de la Convención de la Haya en el principio de urgencia y celeridad procesal, puesto que se debió resolver el asunto en un plazo razonable, que si bien se respetó el debido proceso de las partes, que en este caso fueron los progenitores, se extendió el procedimiento más tiempo del contemplado aun cuando de las constancias expuestas en el expediente, se cumplía con los requisitos de procedencia de restitución de acuerdo a la Convención de la Haya.

En lo que respecta a las excepciones previstas en el artículo 12 y 13 de la Convención de la Haya, se tiene que en el primer supuesto, procedía la restitución debido a que transcurrió un periodo inferior entre la retención y la presentación de la solicitud; y según lo establecido en el segundo supuesto, no procede puesto que la madre sí ejercía de modo efectivo la custodia de la niña y se estableció en el convenio “Plan de Crianza” que la visita sería de mayo a junio, asunto que el padre no respetó.

No se advirtió que existiera un grave riesgo en caso de restituir a la niña puesto que su hija estaba en constante convivencia con ambos padres, por lo que no le eran ajenos, y podría vivir con ellos en cada etapa que le correspondiera a cada progenitor, y si la niña no había manifestado ningún descontento (es importante mencionar que no se escuchó a la niña durante el procedimiento) de parte de la madre o del padre quiere decir que ni viviendo con el padre o con la madre existía un grave peligro para ella.

Es así, que se está de acuerdo en lo expuesto por el Juzgado de origen, la Sala y la Suprema Corte de Justicia de la Nación al declarar que la Convención de la Haya no vulnera los derechos humanos ni de los niños, niñas y adolescentes puesto que la finalidad de la misma es la protección de los niños de sustracciones y retenciones ilegales, así como tampoco vulnera los derechos de los progenitores puesto que se

les otorga su derecho al debido proceso dentro de la restitución internacional llevada en tribunales locales del país a donde se sustrajo o retuvo ilícitamente al niño, niña y adolescente.

4.2 Caso II.³⁹⁴

- Descripción del caso.

El 23 de octubre de 2006 en Estados Unidos de América nació una niña, hija de padres con nacionalidad chilena y mexicana pero que nunca contrajeron matrimonio. Ambos vivían en Estados Unidos y llevaron una relación de concubinato durante cinco años, pero cuando se separaron decidieron establecer visitas y convivencias donde la niña viviría con su madre de lunes a viernes y los fines de semana con su padre.

El 12 de febrero de 2011 la señora dio a la niña de 4 años al padre para las convivencias habituales. Esa noche, según el relato del padre, fue deportado por las Autoridades de migración a México, situación que le comentó a la madre después de tres meses.

El 10 de abril de 2011, la señora presentó una solicitud de restitución de la niña ante la Autoridad Central de Estados Unidos bajo la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

- Antecedentes Procesales.

El 21 de febrero de 2012, el Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Chihuahua recibió el informe de solicitud de restitución bajo el Convenio de la Haya, el cual fue radicado en el Juzgado Cuarto de lo Familiar del Distrito Judicial de Bravos. La Juez ordenó la búsqueda y localización inmediata de la niña.

³⁹⁴ Amparo Directo en Revisión 151/2015. Ministro Ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Fecha 8 de julio de 2015.

Después de diversas búsquedas y más de tres años de presentada la solicitud, el 7 de marzo de 2014, la niña fue localizada en una escuela primaria, para esa fecha ya contaba con 7 años.

Con la finalidad de garantizar la localización de la niña y su convivencia con ambos progenitores, la Juez ordenó que se llevara a la niña a un albergue en Ciudad Juárez, Chihuahua, además le nombró un tutor dativo.

El 14 de marzo de 2014 se dictó sentencia en el cual se ordenó la restitución y traslado de la niña a su lugar de origen y entrega inmediata a su madre y la convivencia con ambos padres. Inconforme el padre con la resolución, interpuso recurso de apelación el cual fue conocido por la Sala Civil Regional del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Chihuahua, y el 3 de junio de 2014 la Sala confirmó la resolución.

El padre inconforme con la resolución invocó como derechos fundamentales violados los consagrados en los artículos 1,2,4,14, 16 ,17 y 133 constitucionales. El Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito dictó el 13 de noviembre de 2014 la sentencia en la cual determinó conceder el amparo solicitado, para el efecto de que la Juez de origen dejara insubsistente el fallo reclamado y en su lugar se dictara una resolución en la que se revocara la resolución de primera instancia y decretara improcedente la solicitud de restitución de la niña y se estableciera la forma en que se garantizara el contacto entre la niña y su madre hasta en tanto se resolviera la custodia, además se realizaran terapias psicológicas a la niña.

El quejoso planteó ante le Colegiado los siguientes argumentos en contra de la sentencia dictada por la Sala:

Manifestó que se vulneraba la garantía de neutralidad e imparcialidad contenida en el artículo 17 constitucional, esto es porque la Juez desde antes comunicó que la restitución se realizaría, por lo tanto, era una determinación que no estaba debidamente fundada ni motivada, al no argumentar por qué el interés superior del niño debe prevalecer sobre la violación de las garantías de neutralidad e imparcialidad en el proceso.

Aunado a lo anterior, la omisión de pruebas en materia de psicología y sociología respecto de la progenitora constituía una vulneración puesto que de las periciales practicadas a la niña se desprende que se debía analizar el esquema familiar a donde sería enviada la niña y conocer si ese nuevo entorno le era necesario para su bienestar psicoactivo. Por lo que la Juzgadora debió evaluar el entorno y el esquema familiar en el que la niña sería restituida con la finalidad de que no sería expuesta a un daño psíquico.

Por su parte el Tribunal Colegiado determinó conceder el Amparo solicitado porque:

La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de niños busca lograr de manera pronta la restitución de los niños a su residencia habitual; asimismo establece el tiempo que se tiene para resolver sobre la procedencia de una solicitud de restitución de un niño traslado o retenido ilícitamente en un lapso no mayor de un año y menor de un año.

Realizó un análisis de algunos artículos de la Convención de la Haya respecto de la procedencia de la solicitud de la restitución, mencionó que se acreditó la existencia de la retención ilícita de la niña en términos del artículo 3, y se acreditó que el progenitor retuvo ilegalmente a la niña pues su retención se efectuó contraviniendo el derecho de custodia compartida atribuida a la madre de la niña.

Se realizó una indebida interpretación del artículo 12 de la Convención de la Haya, por lo que resulta inconstitucional la orden de restitución de la niña a su residencia habitual, porque no se tiene la obligación de otorgar la restitución solicitada cuando se demuestre que la niña ha quedado integrada a su nuevo ambiente.

La Sala omitió efectuar un análisis integral para determinar cuál es el interés superior de la niña, respecto a lo que le es más conveniente. La responsable realizó una interpretación literal del artículo 12 de la Convención, al considerar que, si la sustracción de la niña se realizó el 12 de febrero de 2011 y la madre presentó la solicitud de restitución el 10 de abril de 2011, se evidencia que no transcurrió más de un año, por lo que confirmó la determinación de otorgar la restitución inmediata de la niña.

Si bien el procedimiento de restitución internacional tiene el carácter de urgente, en el presente asunto ya no existía esa característica porque de la sustracción a la fecha transcurrieron más de tres años.

Así pues, el Colegiado mencionó que los elementos para evaluar el interés superior del niño son:

1. Opinión de la niña de la cual se desprende que cuando se efectuó la entrevista dijo que sí le gustaría estar con su mamá, pero no lo hace porque su papá la va a dejar con ella, lo que se traduce en un miedo a la separación del padre.
2. Identidad de la niña
3. Preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones afectivas
4. Cuidado, protección y seguridad de la niña
5. Situación de vulnerabilidad
6. Derecho a la salud

En todas las anteriores se apreció que la niña está cubierta en todo, puesto que recibe atención y está envuelta en un ambiente de armonía, lo que hace que esté integrada a su nueva residencia habitual; por lo que el impacto que le generaría a la niña la restitución podría resultar más gravoso al provocarle mayor inestabilidad emocional.

Mientras que la convivencia con su padre sería prácticamente inexistente, pues éste carece de documentos para internarse en el país al que se pretende restituirla, de hecho, su situación económica es de pobreza y cuenta con el apoyo de su hermana para salir adelante.

Por lo que lo más conveniente para la niña es permanecer al lado de su progenitor sin prejuzgar quien tiene un mejor derecho para tener su custodia.

No se acredita que el progenitor ocultara a la niña, considerando que este realizó varios cambios de domicilio y del trabajo y que además le impidió a la niña toda comunicación con su mamá. Hizo lo anterior porque buscaba estabilidad en su empleo para proporcionarle una mejor calidad de vida.

No se acreditó que el progenitor evitó el contacto entre la niña y su madre puesto que la madre vive en Estados Unidos y eso dificulta el acceso a los medios de comunicación, además el padre manifestó que cuando trató de comunicarse con la mama, esta no respondía los correos electrónicos.

Por su parte, la madre como tercera interesada, manifestó que el Colegiado interpreta erróneamente lo estipulado en la Convención, además de que ella tiene una sentencia donde se le otorga la custodia de la niña y que estaba en proceso de homologación.

Además, el Colegiado omitió considerar que el progenitor no sólo sustrajo ilícitamente a la niña, sino que se tuvieron que realizar diversas búsquedas para su localización y nunca se acreditó la deportación que le sucedió al padre, y aun cuando fuera cierto, la niña al ser ciudadana americana nunca hubiera sido deportada.

En desacuerdo con la resolución del Colegiado, la madre interpuso recurso de revisión y el 2 de diciembre de 2014, el Colegiado ordenó remitir los autos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- Procedimiento ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La Suprema Corte realizó un análisis sobre la restitución establecida en la Convención de la Haya, mencionó que se trataba de un esfuerzo por parte de la comunidad internacional para evitar las sustracciones y retenciones ilegales de los niños trasladados a otro país en virtud de que causan un daño perjudicial en el interés superior de los niños en su entorno físico y psicológico. Citó a la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Abbott v. Abbott* del año 2010 donde se menciona que “algunos psicólogos infantiles concuerdan en que el trauma sufrido por un menor frente a una sustracción ilegal es una de las peores formas de abuso infantil. Lo anterior, pues varios estudios han demostrado que la separación de uno de los padres por medio de la sustracción puede causar diversos traumas

psicológicos en el menor que van desde la depresión y el estrés hasta un desorden de estrés postraumático o problemas en la formación de su personalidad”.³⁹⁵

Por tanto, dice la Primera Sala, que un medio eficaz para disuadirlos consistía en que sus acciones se vieran privadas de toda consecuencia práctica y jurídica por lo que se debía realizar mediante la restitución inmediata de los niños a su país de residencia y allá decidir sobre sus derechos de custodia.

Asimismo, la Convención menciona que en cada Estado contratante se deben de designar Autoridades Centrales que tendrán diversas obligaciones entre ellas realizar todas las medidas necesarias para conseguir la restitución inmediata del niño de la forma más breve y ágil posible para lo cual podrán auxiliarse de las autoridades judiciales o administrativas competentes.

Además, la Convención dota al factor tiempo de suma importancia, pues se entiende que las autoridades del Estado receptor deben actuar con la mayor celeridad posible a fin de evitar el arraigo del niño en el país al que fue trasladado o retenido.

La Primera Sala manifestó que ya se ha pronunciado en el sentido de que en México, no se cuenta con un “procedimiento de urgencia”, por lo que se debe acudir a los procedimientos más breves o expeditos consistentes en los procedimientos sumarios previstos por la legislación civil, por lo que el Convenio de la Haya no resulta inconstitucional, pues al remitir a un ordenamiento regulado por el ordenamiento nacional, resguarda el derecho de acceso a la justicia, el debido proceso, así como las garantías esenciales del procedimiento, tales como el derecho de audiencia así como la posibilidad de oponer excepciones y defensas que deberán ser interpretadas por los operadores jurídicos de la forma más restringida para garantizar la correcta aplicación del Convenio.

Respecto de la Excepción prevista en el artículo 12 de la Convención de la Haya que dice que cuando el niño haya sido trasladado a otro país y hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o

³⁹⁵ Amparo Directo en Revisión 151/2015, p.18. Para ver el caso completo <https://www.incadat.com/en/case/1029>. Página consultada el 7 de febrero de 2019.

retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del niño, pero si los procedimientos se iniciaron después de un año se ordenará la restitución a menos que quede demostrado que ya se encuentra integrado a su nuevo ambiente.

La Primera Sala consideró que para que se actualizara esa excepción no bastaba con que hubiese transcurrido el referido plazo, sino que además era necesario que el padre que cometió la conducta ilícita pruebe suficientemente la situación de que la niña se encontraba efectivamente integrada al nuevo ambiente, puesto que se deberá determinar que resulta más benéfico para la niña y evitar que sufra una nueva quiebra en su vida familiar que pueda significar un peligro para su correcto desarrollo psicológico.

Dice la Corte que la jurisprudencia y la doctrina coinciden en que el mero hecho de que las dilaciones en el procedimiento de restitución provoquen un retraso en la misma, por un plazo mayor a un año, no permite a las autoridades del Estado receptor considerar la integración de la niña como una causa para negar la restitución, pues son muchos los casos en los que la actividad procesal de las partes tiene por finalidad justamente la dilación del procedimiento.³⁹⁶

Por lo que la Primera Sala menciona que en la tesis “Sustracción Internacional de Menores. Para que opere la causal de excepción prevista en el artículo 12 del Convenio de la Haya es indispensable que haya transcurrido más de un año entre la sustracción y la solicitud de restitución”³⁹⁷ se consideró que el mero hecho de que las dilaciones en el procedimiento de restitución provoquen un retraso de la misma, por un plazo no mayor a un año, no permite a las autoridades del Estado receptor considerar la integración del niño, niña o adolescente como una causa para negar la restitución.

Además, de las excepciones previstas en el artículo 13 de la Convención de la Haya respecto de si existe un grave riesgo en caso de que proceda la restitución, o que

³⁹⁶ Amparo Directo en Revisión 151/2015, p. 27.

³⁹⁷ Tesis: 1ª. XXXIX/2015, 10 época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, febrero de 2015, Tomo II, p. 1422.

se dio el consentimiento para que el niño fuera trasladado a otro país o en su caso que el niño se oponga a ser restituido, estas excepciones no se encuentran sujetas a condición temporal de ningún tipo, por lo que pueden ser alegadas en cualquier momento del procedimiento de restitución y por tanto, la carga de la prueba para demostrar plenamente su actualización recae exclusivamente en quien se opone a la restitución del niño, pues existe una presunción de que el interés superior del niño es protegido mediante la restitución a su lugar de origen.

Así pues, la niña fue sustraída a México el 12 de febrero de 2011, dos meses después la madre presentó la solicitud de restitución, sin embargo, la niña fue localizada casi tres años después, entre la sustracción y la localización transcurrieron casi tres años, por lo que el Colegiado basándose en esas apreciaciones dijo que la niña ya estaba integrada a su nuevo ambiente.

La Primera Sala consideró que fue una mala interpretación del Colegiado, pues existía una condición de temporalidad que no podía evadir: Cuando transcurra más de un año entre la sustracción del niño y la restitución, la Autoridad competente del Estado puede tener ese margen de discrecionalidad para evaluar si el niño efectivamente se encuentra integrado a su nuevo ambiente.

Dicha condición de temporalidad se justifica desde varias aristas, primero desde el interés superior de la niñez, pues lo más adecuado para la protección de los niños es su inmediata restitución; segundo, en disuadir a aquellas personas que cometen esta acción de trasladar o retener ilícitamente a un niño, pues generalmente buscan que su acción sea legalizada por las autoridades competentes del Estado al que se trasladaron; tercero, se busca que los derechos de custodia y de convivencia vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás.

De ahí, que sí entre la sustracción de la niña y la presentación de la solicitud transcurrieron sólo dos meses, no se actualiza la causal manifestada en el artículo 12 de la Convención de la Haya. Y tomando en consideración la suplencia de la queja la Primera Sala no advirtió que de las constancias que integran el expediente se actualice otras hipótesis de excepción contenidas en los artículos 13 y 20 de la

Convención es por esas razones que se revocó la sentencia recurrida y no se otorgó el amparo.

- Derechos Vulnerados de los Niños, Niñas y Adolescentes.

Del caso anteriormente descrito se tiene que se vulneraron los siguientes derechos de la niña:

La niña fue sustraída ilegalmente por su padre de su residencia habitual en Estados Unidos a México, de ese hecho, se tardó el padre dos meses en darle aviso a la madre, de ahí desapareció y no los localizaron sino varios años después, cuando la niña ya tenía 7 años. Esto es una clara violación al artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del niño a no ser separada de sus padres, en este caso de su progenitora quien ejercía de modo efectivo su derecho de custodia, para coartarle el derecho de convivir con ella.

Si bien, era el padre quien se llevó a su hija, no le asistía el derecho de realizar tal acción ilícita, puesto que esto se debió de resolver ante el Tribunal competente en la residencia habitual de la niña. Por lo que fue el propio padre quien le vulneró a la niña su derecho.

Por otra parte, en el caso se manifiesta que el padre no estaba localizable porque constantemente cambiaba de trabajo para darle una buena calidad de vida a su hija. Además, se menciona que la niña tiene todo lo necesario para vivir adecuadamente con el padre y con su tía, quien los apoya constantemente, por lo que si procede la restitución podría afectarle psicológicamente a la niña el cambio de vida.

De lo anterior, se puede decir que no se sabe con certeza si podría afectarle o no, puesto que la niña mencionó que sí se acuerda de su madre y que le gustaría estar con ella, pero también, se debió analizar la situación económica en la que se encuentra la madre y qué es lo que le ofrecería a la niña para que tenga un nivel de vida adecuado, tal como menciona el artículo 27 de la Convención sobre los

Derechos del niño que dice que es un nivel de vida adecuado cuando puede desarrollarse física, mental, espiritual, moral y social.

Además de que a los padres les incumbe la responsabilidad de proporcionar a los hijos dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño, lo cual no se sabe hasta que a través de periciales se demostrara que la madre podría otorgarle una mejor calidad de vida a la niña en Estados Unidos. Asunto que no se llevó a cabo dentro del procedimiento, y que por tanto constituye una vulneración al debido proceso, por no realizar un examen que podría ser determinante para saber si la madre podría cuidar de la niña, y con base al interés superior de la niña qué era lo más benéfico para ella.

Lo anterior sin contravenir los derechos del padre a mantener contacto que, si bien no podía ingresar a Estados Unidos por no contar con documentación, se podría haber llegado a un convenio de visitas y convivencias, donde se estableciera que cada cierto tiempo el padre podía mediante redes sociales entablar comunicación con la niña o hablar por teléfono, así como establecer visitas de la niña hacia México acompañada de la madre para que conviviera con el padre. Esto con base en la Convención de la Haya respecto de derechos de visita internacionales.

Aunque le proporcionaron un tutor dativo a la niña, no se observa que se le haya otorgado un abogado que representara sus intereses puesto que la niña ya estaba en una edad donde tenía más grado de comprensión y podría manifestar sus ideas o comentarios sobre lo que le afectaba, por tanto, su derecho a ser asistida por su propio abogado fue vulnerado. Puesto que, aunque se le otorgó un tutor, y según lo expuesto en el amparo directo, éste no realizó ninguna manifestación en defensa de la niña.

- Análisis.

Del caso presentado se puede exponer que hubo un hecho ilícito por parte del padre de si lo deportaron, esto es porque las Autoridades de Migración debieron indagar

más sobre la calidad migratoria de la niña y no dejarla ir a México sin el consentimiento de ambos padres; ahora que si la niña aun no contaba con documentos, la deportación tenía que haberse llevado a cabo y hubiera quedado registrada.

Posteriormente, el padre tenía la obligación de comunicarse con la madre como fuera posible puesto que existen medios para llevarlo a cabo, ya sea de manera telefónica, correo, redes sociales, asistencia a través de Autoridades, lo cual no realizó y por tanto se puede observar su conducta ilícita.

Asimismo, respecto de la situación de que el padre estuvo cambiando de trabajo para darle algo mejor a la niña es totalmente independiente y es su obligación como padre, pero eso no le dio derecho a ocultarse durante tanto tiempo.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 12 de la Convención de la Haya la solicitud de restitución se presentó en tiempo, las dilaciones que hubo en el procedimiento como el que no se lograba localizar a la niña y al sustractor y la interposición de amparos fueron el motivo de que se alargara y que por consiguiente no se cumpliera con lo establecido en el artículo 11 de la Convención.

El análisis que realizó la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue atinado puesto que al explicar la finalidad de la Convención de la Haya, así como demostrar que todo se realizó con base al tratado y a las formalidades esenciales del procedimiento, se debía seguir con el trámite de restitución y determinar que las conductas que el padre había realizado eran meramente para alargar el procedimiento y nunca ser localizado.

Por tanto, de acuerdo al artículo 3 de la Convención de la Haya el traslado fue ilícito porque se realizó una infracción al derecho de custodia que tenía la madre, y que se le impidió ejercerlo durante tres años, además de que nunca otorgó consentimiento para el traslado de la niña a otro país.

Respecto de los actos procesales realizados, se está conforme lo que dictó la Juez de origen, al establecer medidas como otorgarle a la niña un tutor dativo y por consiguiente otorgar la restitución de la niña. Esto es porque no pasó mucho tiempo desde que se presentó la solicitud de restitución.

Los hechos mencionados por el padre como de que no localizó a la madre, se considera una forma de “ganar sentimentalmente” a las Autoridades puesto que vivimos en un mundo globalizado donde se pueden usar diversos medios de comunicación y que si bien, vive al día y no tiene suficiente poder adquisitivo, pudo asistir a un internet local, o ante las Autoridades para tratar de comunicarse con la madre, lo que no realizó puesto que se puede desprender que su pretensión era que la niña se quedara a vivir con él.

Además, menciona que cambiaba de lugares para darle una mejor vida a la niña. En esta declaración, se debió hacer unos estudios respecto de la vida diaria de la madre y del padre para poder valorar adecuadamente y con base al interés superior de la niñez, qué lugar y en donde estaría mejor la niña, esto sin inmiscuirse en asuntos de custodia que debían llevarse a cabo en Estados Unidos y que, si el padre no podía asistir, él podría solicitar visitas y convivencias internacionales.

En conclusión, en estricto derecho la solicitud de restitución presentada por la madre sí procedía en tiempo y forma, sin embargo debido a las dilaciones procesales, se le consideró fuera del tiempo y que la niña estaba adaptada a su nuevo ambiente, sin embargo el padre tenía la carga de la prueba para demostrarlo³⁹⁸, y no bastaba solamente con que trabajara arduamente para darle lo mejor puesto que este es una obligación de ambos padres y además no se puede traducir inmediatamente a que su comportamiento fuera “bueno” porque alejó sin razón a la niña de su

³⁹⁸ 1a./J. 6/2018, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, marzo de 2018, Tomo I, página 807.

progenitora durante mucho tiempo y si bien la niña esta en buenas condiciones en todos los aspectos, se piensa que sí debió darse la restitución a Estados Unidos.

Por tanto, las declaraciones del padre sobre la deportación, la búsqueda constante del empleo y la falta de comunicación con la madre son meros argumentos apelando al sentimiento para disfrazar la buena conducta del padre. Por lo que con base a lo estipulado en la solicitud presentada en tiempo y que, si bien la niña ya estaba integrada a su nuevo ambiente a causa del padre, lo que debieron hacer las Autoridades era una pericial en psicología y trabajo social a ambos progenitores para de ahí determinar qué era mejor a la niña y para su desarrollo integral.

4.3 Caso III.³⁹⁹

- Descripción del caso.

En agosto del 2004, dos personas contrajeron matrimonio en Michigan, Estados Unidos; el 9 de abril de 2006 tuvieron un niño en Querétaro, México, pero establecieron su domicilio conyugal en Estados Unidos.

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 14 de febrero de 2007 inició el divorcio en el cual la Corte el 20 de mayo de 2007 dictó una orden temporal y de convivencia del niño con su padre. No obstante, las visitas no eran tan satisfactorias puesto que el niño regresaba descuidado y dañado emocionalmente por lo que en agosto de 2007 la madre decide ir a México junto con el niño sin el consentimiento del padre.

El 17 de agosto del 2007, el padre decide interponer la solicitud de restitución internacional de su hijo conforme a la Convención sobre los Aspectos Civiles de la

³⁹⁹ Amparo Directo en Revisión 1318/2014. Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. De fecha 2 de julio de 2014.

Sustracción Internacional de Menores ante la Autoridad Central de Estados Unidos de América.

El 23 de octubre de 2007, la Autoridad Central Mexicana de la Secretaría de Relaciones Exteriores inició procedimiento administrativo de la solicitud de restitución.

- Antecedentes procesales.

La Juez cuarto de lo Familiar del Poder Judicial del Estado de Querétaro, por auto de fecha 26 de octubre de 2007, ordenó el inicio del procedimiento especial para la restitución de niños, 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 del niño, por lo cual la juzgadora giró órdenes a la Agencia Federal de investigación del Distrito Federal, así como al Instituto Federal Electoral.

El 2 de enero del 2008, 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 ordenes temporales del procedimiento.

El 8 de enero de 2008 la madre se opuso a la solicitud de restitución internacional y manifestó las excepciones establecidas es los incisos a) y b) del artículo 13 de la

Convención de la Haya⁴⁰⁰ 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 12 de septiembre de 2008, la Juez de primera instancia dictó sentencia definitiva en la que 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 la cual en fecha 24 de noviembre de 2008, 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 23 de abril de 2009 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 se 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 6 de mayo de 2010, 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

⁴⁰⁰ Artículo 13 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: 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.

físico y emocional, ya que se comprobó que el medio ambiente en el que se desenvolvía era el adecuado.⁴⁰¹

El padre solicitante interpuso apelación y por sentencia de fecha 24 de septiembre de 2010, 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.

En contra de lo anterior, la madre interpuso amparo indirecto del cual el 12 de abril de 2011 el Juzgado de Distrito negó el amparo. La progenitora interpuso recurso de revisión el cual confirmó la negativa del amparo.

Desahogada la prueba pericial respecto de ambos progenitores y del niño, se dictó sentencia definitiva el 19 de septiembre de 2012 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 fecha 14 de diciembre de 2012 determinó confirmar la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar improcedente la restitución internacional pues el niño ya estaba integrado a un nuevo ambiente.

El 21 de enero de 2013 interpuso amparo en contra de la resolución de la apelación. Del amparo conoció el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito el cual resolvió conceder el amparo al quejoso para los efectos de dejar insubsistente la sentencia reclamada por lo que hace a la condena de gastos y costas.

Inconforme con la resolución de amparo, la madre como tercer perjudicada en ese entonces, interpuso recurso de revisión que fue admitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁴⁰¹ Amparo Directo en Revisión 1318/2014, numeral 16.

- Procedimiento ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El 8 de abril de 2014 se admitió el recurso y se turnó al Ministro Alfredo Gutiérrez Mena de la Primera Sala.

El quejoso solicitante de la restitución planteó cinco conceptos de violación:

En el primero señaló que la Sala era responsable porque violentó los artículos 1,4,8,14,16,17 y 133 de la Constitución Federal porque se valoró indebidamente las pruebas ofrecidas por las partes en el juicio. Además, los peritajes se centraron en demostrar que el niño estaba adaptado a su nuevo ambiente.

En el segundo concepto señaló que se violentaban los numerales 1, 4, 14, 16 y 133 de la Constitución Federal, en relación con lo dispuesto en el artículo 13 de la Convención de la Haya puesto que lo manifestado por la Sala no coincide con la hipótesis de configurarse grave riesgo según la Convención de la Haya y que de ninguna prueba se demostró el grave riesgo.

En el tercer concepto de violación, alegó que las consideraciones de la Sala respecto a la adaptación del niño a su nuevo ambiente violentan sus derechos puesto que si el niño ha quedado adaptado a su nuevo ambiente es inaplicable al caso porque la madre no hizo valer esa excepción al inicio, pues la solicitud de restitución se hizo valer en menos de un año.

En el cuarto concepto de violación, el quejoso argumenta que las consideraciones de la Sala respecto a la situación migratoria de la madre no tienen relación con la intención de la Convención.

El quinto concepto de violación alega que es ilegal la condena de gastos y costas que realiza la Sala en su perjuicio puesto que según la Convención no se impondrá cargo alguno.

Por su parte el Colegiado determinó procedente confirmar la negativa de la restitución del niño debido a que:

1. Las periciales en psicología desahogadas si reunieron las características principales para valorarlas;
2. Sí es verdad que al valorar los dictámenes periciales se enfocó al aspecto relativo a la adaptación del niño en el nuevo entorno por lo que no se tomó en consideración el contenido integral;
3. La Sala introdujo un punto novedoso a la litis, que es procedente la restitución del niño si se presentó la solicitud en menos de un año tal como se había hecho;
4. El Colegiado reconoció que en el caso habían transcurrido ya seis años desde el traslado del niño, sin embargo, ello ha sido con motivo de la conducta procesal de las partes en el procedimiento, puesto que han interpuesto diversos medios de impugnación y que no debe considerarse el tiempo para negar la restitución.⁴⁰²

De lo anterior el Colegiado decidió negar la restitución puesto que la perturbación o impacto que el menor en el caso concreto puede sufrir con motivo de cambio de lugar de residencia y el impedimento para convivir con su madre es motivo suficiente para negar la solicitud.⁴⁰³

Por su parte la madre recurrente 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, puesto 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.⁴⁰⁴

Mientras que, de la interpretación conforme a los principios de convencionalidad, pro persona e interés superior del niño, resulta incongruente y equivocada toda vez que se aparta de la identificación de los derechos en pugna, sin identificar los

⁴⁰² Amparo Directo en Revisión 1318/2014, numeral 33 inciso d).

⁴⁰³ *Ibidem*, inciso i).

⁴⁰⁴ *Ibidem*, numeral 34, inciso c).

derechos en contienda ni la problemática del asunto, privilegiando meros derechos procesales al “dar permisión a una medida cautelar como es la restitución del menor.”⁴⁰⁵

La Primera Sala de la Suprema Corte consideró que la madre recurrente careció 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.

- Derechos vulnerados de los Niños, Niñas y Adolescentes.

En este caso de restitución internacional existieron diversos derechos vulnerados de los niños:

El traslado ilícito del niño a otro país fuera por cualquier razón constituyó una vulneración a su derecho a no ser separado de uno de sus progenitores. Si bien, la madre alegó que sufría de violencia doméstica y que cuando eran las convivencias entre el padre y el hijo, el niño siempre regresaba en mal estado físico y emocional, son circunstancias que la madre debió exponer ante la Corte en Estados Unidos en donde llevaba el divorcio, puesto que de esa manera se le hacía del conocimiento al Juez Familiar de los hechos que sucedían y así establecer medidas para evitar la violencia hacia el niño.

La separación repentina del niño de su padre constituye una vulneración al artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del niño, porque la separación fue de manera arbitraria y no determinada mediante un Juez con base a fundamentos que explicaran que el niño efectivamente estaba siendo violentado. Por lo tanto, existió también una vulneración a su derecho a mantener contacto con uno de sus progenitores.

Para esto, dice el artículo 23 de la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que “cuando las familias estén separadas, tendrán derecho a

⁴⁰⁵ *Ibidem*, numeral 34, inciso h).

convivir o mantener relaciones personales y contacto directo con sus familiares de modo regular, excepto en los casos en que el órgano jurisdiccional competente determine que ello es contrario al interés superior de la niñez [...]”. Por tal motivo, en este caso, si existía violencia familiar, la madre debía comunicar este hecho a las Autoridades para que ellas determinaran cómo podrían ser las convivencias con el padre y establecer medidas provisionales.

Dentro del procedimiento de restitución, se tiene que aunque el niño estaba muy pequeño cuando sucedió la sustracción ilícita, el procedimiento duró casi 8 años, por lo que en ese tiempo se tuvo que darle 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, por lo que el derecho a ser oído contenido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del niño se vulneró.

Aunado a lo anterior, el derecho del niño 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 también fue vulnerado, puesto que durante el desarrollo del procedimiento se puede observar que duró más de lo que marca la Convención de la Haya en materia de sustracción de niños y que los motivos por lo que hubo atrasos fueron meramente sobre quién de ambos padres tenían la mejor calidad de ser los cuidadores del niño, por lo que nadie más argumentó que el niño al verse inmiscuido en asuntos de sus padres podría considerarse revictimizado al no gozar de una buena convivencia con ambos padres.

Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos adversos en la evolución de los niños. Por tanto, conviene dar prioridad a los procedimientos que estén relacionados con los niños o que les afecte. Todas las decisiones sobre el cuidado, el tratamiento y otras medidas relacionadas con el niño deben examinarse periódicamente en función de su percepción del tiempo, la evolución de sus facultades y de su desarrollo.⁴⁰⁶

⁴⁰⁶ Observación General número 14, Comité de los Derechos del niño, numeral 93.

El niño tenía derecho a una vida tranquila, plena, sin perturbaciones, y que, aunque sus padres se encontraran en constante litigio, tendrían que haber considerado y ponderado qué era lo mejor para su niño y no enfocarse en quién era el mejor capacitado para estar con él basándose en un interés superior del niño que no les correspondía.

- Análisis.

El asunto anteriormente descrito es una clara demostración de atrasos en el procedimiento de restitución internacional llevados en el Estado Mexicano. Por lo que en este apartado se hará un breve análisis sobre lo que se hizo durante el procedimiento y que por consiguiente derivó a un caso de ocho largos años.

La Juez de origen, en cuanto tuvo conocimiento que no se pudo realizar 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 estar en constante comunicación con la Autoridad Central Mexicana para que con base en el artículo 7 inciso a) de la Convención de la Haya y del artículo 25 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes⁴⁰⁷ se pudieran movilizar todas las Autoridades y de acuerdo a sus facultades realizar la localización del niño, todo esto sin que tuviera el solicitante que presentarse al Juzgado para “presionar” y realizar la búsqueda.

Del tiempo descrito, se puede observar que el Juzgado de origen tardó ocho meses en dictar sentencia, lo cual constituye una violación al artículo 11 de la Convención de la Haya, puesto que se debieron de establecer todas las medidas pertinentes para evitar la dilación procesal y que transcurriera más el tiempo, creciera el niño y se adaptara a su nuevo ambiente.

⁴⁰⁷ Artículo 25 párrafo cuarto: Cuando una niña, niño o adolescente sea trasladado o retenido ilícitamente en territorio nacional, o haya sido trasladado legalmente, pero retenido ilícitamente, las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, estarán obligadas a coadyuvar en su localización, a través de los programas para la búsqueda, localización y recuperación.

En este asunto se observan un gran número de interposiciones de recursos y amparos de ida y vuelta por parte de la madre y el padre, que si se otorga la restitución, la madre alega, que si se niega la restitución el padre alega. En estos casos es claro que no se tiene un conocimiento sobre el objetivo de la Convención de la Haya que es restituir de manera pronta al niño sustraído ilícitamente y no estudiar el caso con base a quién tiene mejor derecho para mantener su custodia.

Por otra parte, el Tribunal Colegiado concedió el amparo al quejoso para el efecto de que la Sala dejara insubsistente la sentencia dictada y en su lugar ordenara la reposición del procedimiento ante la Juez de primera instancia para que fuera desahogada la prueba en psicología ofrecida por la Procuradora de la Defensa del Menor y la Familia no sólo respecto de los padres sino del niño. Esto se considera inadmisibile, puesto que las pruebas psicológicas debieron ofrecerse de oficio y desahogarse en el Juzgado de origen, aunque la Sala y el Juzgado de Distrito podrían haberlas solicitado.

Por otro lado, el niño era muy chico cuando inició el procedimiento, en el tiempo que tardó en resolverse el asunto pudieron realizarse los estudios psicológicos respecto de su vida diaria y su convivencia con ambos padres después de que el niño alcanzara una edad razonable, situación que no se realizó.

Es insostenible que se repusiera el procedimiento sólo por una prueba que no se aplicó a los padres desde el principio, situación que se añade como un atraso más y una vulneración al Convenio de la Haya respecto del artículo 11 así como la violación al principio de celeridad procesal.

Aunado a lo anterior, como no se pudo realizar la pericial de manera Colegiada porque se declaró en rebeldía al perito señalado por el requirente, se debió de continuar con el procedimiento y el Juzgado otorgar un perito de oficio o en su caso

aplicar una multa al perito o que el requirente nombrara otro, puesto que lo importante del asunto era llevar a cabo los estudios psicológicos a los padres.

Este comportamiento llevado a cabo por las Autoridades Judiciales fue en contravención del Convenio de la Haya, puesto que no se le dio celeridad al procedimiento y se trató de resolver como un juicio ordinario.

Ahora bien, cuando de nuevo se iba a reponer el procedimiento para que se llevaran a cabo los estudios psicológicos, la madre interpuso amparo contra el auto que los ordenaba. Este hecho realizado por la madre es meramente una estrategia procesal para dilatar el procedimiento, y lograr así el objetivo de que el niño quedara totalmente integrado a su nueva residencia.

Además de lo anterior, el padre menciona constantemente que no se le deben cobrar gastos y costas, este asunto llegó hasta estudiarse en un Amparo, situación que tampoco era parte de la litis de restitución internacional y que en su momento el Colegiado le concedió el Amparo para dejar insubsistente este hecho del que se dolía.

Es importante mencionar que el Colegiado reconoció que el caso había durado mucho tiempo y que no se había resuelto pero que había sido “con motivo de la conducta procesal de las partes en el procedimiento, pues éstas han interpuesto diversos medios de impugnación a las diversas determinaciones ocurridas a lo largo del procedimiento, lo cual es el derecho que tienen las partes para hacer valer los medios de defensa que estimen pertinentes.”⁴⁰⁸

Si bien, cada persona tiene derecho a que se le administre justicia, también es una exageración que se ingresen amparos por detalles que no afectan directamente al niño, más bien lo que afectaba al niño y que no se menciona es sí mantenía convivencia con ambos progenitores para de ahí determinar si se restituía o no y en

⁴⁰⁸ Amparo Directo en Revisión 1318/2014, numeral 33 inciso d).

qué términos se establecerían las convivencias que podían ser mediante Convenio de la Haya.

Para concluir, la madre sustrajo ilícitamente al niño sin consentimiento del padre, por lo que cae en el supuesto establecido en el artículo 3 del Convenio de la Haya puesto que existió un traslado ilícito que se produjo con infracción a un derecho de custodia que se llevaba de manera separada en Estados Unidos. En este supuesto la madre tenía la custodia temporal y el padre las convivencias, pero aún no se resolvía el caso, por lo tanto, el actuar de la madre fue erróneo, ella debió acudir a dar a conocer a la Corte de las situaciones de violencia que vivía con el padre para que la Corte se pronunciara al respecto.

Además, las Autoridades Judiciales del Estado Mexicano no actuaron con urgencia en el procedimiento de acuerdo al artículo 11 de la Convención, puesto que se admitían amparos por cualquier auto que incomodara a los progenitores. Si bien lo anterior se realizó para no vulnerar su derecho de acceso a la justicia, la Convención no contraviene a este derecho y estaba en juego el derecho del niño, por lo que debía prevalecer su interés superior sobre el derecho de los padres.

De acuerdo a las excepciones previstas en los artículos 12 y 13 de la Convención, se considera que no se actualiza ninguna debido a que se interpuso la solicitud en menos de un año; no se pudo localizar inmediatamente a la sustractora y al hacerlo se interpusieron diversos medios de defensa que hizo que se alargara mucho tiempo el procedimiento lo que constituyó en que el niño por obvias razones se adaptara a su ambiente puesto que creció en México y empezó a realizar su vida en el país.

Respecto de los pronunciamientos de parte de la Suprema Corte de Justicia al no concederle el Amparo a la madre por no estar legitimada, fue una resolución atinada debido a que era la continuación de un amparo del cual no tenía que ver con la litis que era la restitución del niño. Asimismo, el Juzgado de origen, aunque se tardó en

dictar la sentencia, se considera que era la correcta, la restitución del niño a su residencia habitual era lo que se debía de haber realizado para que en Estados Unidos se arreglara la custodia y la situación migratoria de la madre, hecho que también se le debió explicar en su momento a la progenitora o en su caso llegar a un convenio con el padre y mantener las visitas internacionales de acuerdo al Convenio de la Haya.

Propuestas de Mejora:

Como se pudo observar en la descripción de los casos anteriores, se tiene que hubo diversas fallas durante el procedimiento que hicieron que hubiera atrasos en el procedimiento, desde no cumplir con el objetivo de la Convención de la Haya, hasta la vulneración al principio de celeridad procesal, lo que conllevó a no observar el interés superior de la niñez.

Es por tal motivo que a continuación se presentan algunas propuestas de mejora que debieron tener las Autoridades y en su caso deberían de implementar para evitar mayores daños a los niños, niñas y adolescentes para que se cumpla cabalmente con el objetivo de los Convenios.

1. Las Autoridades Judiciales deben en todo momento de acuerdo al caso, establecer medidas provisionales como:
 - a) El establecimiento de una custodia provisional, ya sea con el progenitor que tiene designada la custodia de manera efectiva o a través de una resolución o en su caso llevar al NNA a un albergue mientras dure el procedimiento. Aunque también se puede establecer el aseguramiento domiciliario del sustractor y no del niño, niña o adolescente sustraído.

- b) Autorizar el rompimiento de chapas y cerraduras en caso de que el progenitor sustractor no quiera acceder a entregar al NNA sustraído al actuario o notificador judicial.
- c) Si no se ha localizado al NNA, girar oficios de localización y otorgar facultades para que las Policías locales, estatales o federales en coordinación con INTERPOL realicen la búsqueda, localización y presentación del NNA y lo lleven inmediatamente al Juzgado.
2. Las Autoridades Judiciales siempre deben de trabajar en coadyuvancia con las Administrativas mediante una comunicación directa, a través del correo electrónico oficial para que quede constancia de la actuación, de esta manera se puede realizar de forma pronta la localización del niño, niña o adolescente sin formalismos complejos que atrasen el procedimiento.
3. Las Autoridades Judiciales deben de poner un límite en la interposición de demandas y promociones que no cumplan con los requisitos de acuerdo a las Convenciones Internacionales; si bien, se debe respetar el derecho al debido proceso de las partes, también se debe de respetar el derecho de los niños involucrados en el procedimiento, por lo tanto, en cuanto se tenga que un escrito no concuerda con la litis se debe de desechar prontamente, asimismo el ingreso de pruebas no relacionadas al tema o que sean después de la sustracción no deben de ser aceptadas.
4. Las Autoridades Judiciales deben de establecer de oficio periciales en materia de psicología y trabajo social para que se examine tanto a los padres como a los niños. De preferencia esto debe ser llevado a cabo en el Juzgado de origen, inmediatamente en el auto admisorio, para que después no se realicen de manera indiscriminada en cada instancia y se llegue a la revictimización.

Estas pruebas ayudarán al Juez para conocer la situación psicológica del niño, niña o adolescente y de ambos padres. Esto es porque, aunque la carga de la prueba referente a las excepciones y defensas establecidas en las Convenciones es para el sustractor (a), es obvio que argumentaran quién tiene la capacidad para cuidar al niño, niña o adolescente para que viva en su nueva residencia o que regrese a donde vivía. Y estas periciales que realice el Tribunal serán de ayuda para reunir los elementos (que no sólo serán los aportados por las partes) y emitir una decisión de manera pronta.

Todo esto es para que el procedimiento de restitución se siga conforme a los elementos que sí son parte de la litis, y que no involucran la guarda y custodia de los niños. Puesto que se ha visto que los progenitores ingresan escritos por cuestiones sin relevancia como son el cobro de los gastos y costas del juicio, o porque no se le aplicó al niño, niña o adolescente así como a los padres una prueba pericial o porque sí se les aplicó, actuaciones que realizan sólo por el hecho de atrasar el procedimiento.

5. 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 las Autoridades del otro país o en su caso la Autoridad Central Mexicana en coadyuvancia con la Autoridad Central del país requirente para comprobar que efectivamente hubo una deportación que involucró a un niño, niña o adolescente.
6. Para no afectar los derechos procesales de los niños, niñas y adolescentes, sí es altamente recomendable que se les proporcione en Juzgados asistencia jurídica, un abogado que sólo los represente a ellos. Porque el hecho de que la madre y el padre tengan su propio abogado hace que el niño, niña o adolescente inmediatamente se convierta en el objeto de la controversia.

7. La Autoridad Central Mexicana y las Autoridades Judiciales deben de explicarles a los padres involucrados en el procedimiento sobre la finalidad de las Convenciones Internacionales, las excepciones y defensas que están permitidas y las opciones que tienen para que no continúe el juicio y se alargue causando así perjuicios a los niños. Explicarles que se tiene la elección de las visitas y convivencias internacionales.

8. El Estado Mexicano debe de implementar medidas de acuerdo a la Convención sobre los Derechos del Niño y demás estándares internacionales en materia de protección de los niños, niñas y adolescentes para prevenir las sustracciones internacionales.

Programas para difundir la Convención entre la población, cursos para las Autoridades Judiciales que no son especializadas y la comunicación constante con los Jueces de Enlace.

Conclusión.

En este capítulo se describieron tres casos de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes llevados a cabo en el Estado Mexicano en diversas Entidades Federativas, que por su complejidad llegaron ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

De cada caso, se observaron los hechos que realizaron los padres y las Autoridades Judiciales que hicieron que el procedimiento se alargara más del tiempo establecido en las Convenciones Internacionales, en los cuales se pudo analizar que existieron derechos de los niños, niñas y adolescentes que fueron vulnerados tanto por sus propios padres como por las Autoridades.

Estos derechos fueron: el derecho a una vida digna (sin menoscabos en su integridad personal que es física y psicológica), a mantener contacto con uno de sus progenitores, a un nivel de vida adecuado (en este derecho, se pudo observar el ejemplo de un “plan de crianza” bastante inestable para la niña que ocasionó que uno de los padres se escudara en él y retuviera ilegalmente a su hija), el derecho a ser oído en un procedimiento donde se involucren sus intereses, el derecho a su debido proceso así como el no establecimiento de un abogado o representante propio.

Estos derechos vulnerados van interrelacionados con otros que se encuentran establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño que es un tratado internacional de derechos humanos en correlación con las Convenciones en materia de sustracción por lo que conllevan a la afectación de los derechos humanos de los niños y que desafortunadamente quienes más se los vulneran son los progenitores.

Asimismo, se realizó un análisis jurídico de las actuaciones tanto de los progenitores como de las Autoridades en el procedimiento de restitución internacional. Algunos actuaron conforme debían hacerlo, pero otros manifestaban argumentos ilógicos que inclusive toman a la Autoridad Judicial como incompetente al no analizar correctamente lo que exponían los progenitores sustractores y dejarse llevar por la apelación al sentimiento.

Este tipo de actuaciones llevaron a no cumplir con el principio de celeridad procesal contenido en las Convenciones en materia de restitución y sustracción, y a no resolver en un plazo razonable el procedimiento, puesto que los casos expuestos se llevaron años en decidirse. Es importante mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo que “en el análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo. Por lo que corresponde al Estado

exponer y probar la razón por la que se ha requerido más tiempo que el que sería razonable”.⁴⁰⁹ Lo que también se encuentra estipulado en la Convención de la Haya.

Igualmente se pudo observar que en algunos Juzgados Federales se tiene el problema de que no comprende bien el objetivo de las Convenciones y siguen aplicándolas como un procedimiento ordinario y analizando quién tiene mejor derecho para la custodia.

Estos casos sirvieron para ejemplificar algunos de los tantos que se llevan en la práctica, pero no por eso todos son tardados en resolver, hay muchos que lo hacen en el plazo estipulado, otros llegan a convenios, otros se desisten. Pero los casos que se expusieron fueron elegidos para demostrar algunos hechos y argumentos que exhiben las partes y las Autoridades en el procedimiento y que sirvan como antecedente para no cometer los mismos errores, y de los casos que actualmente se llevan, se realicen conforme a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, además de no apartar la mirada al objetivo establecido en las Convenciones internacionales que es la pronta restitución del niño a su residencia habitual.

⁴⁰⁹ Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 155.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Los niños, niñas y adolescentes son personas titulares de derechos y no objetos de protección.

SEGUNDA. La sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes es el acto por el cual uno de los progenitores traslada o retiene ilícitamente a su hijo (a) en otro país que no es su residencia habitual, y de esta manera transgrede el derecho del progenitor que tenía su custodia y la ejercía de manera efectiva o mediante una resolución judicial. No involucra la nacionalidad ni la condición migratoria de los niños y los padres.

TERCERA. La teoría tanto a nivel internacional y nacional mencionan que existen diversos problemas que van desde la falta de conocimiento de la figura de restitución internacional hasta la interposición desmedida de recursos al momento de llevar a cabo el procedimiento lo que hace que se demore el retorno de los niños, niñas o adolescentes a su residencia habitual.

CUARTA. Algunos de los problemas detectados en la teoría respecto del atraso en los procedimientos de restitución internacional son:

- a) La 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.
- c) La difusión del procedimiento entre la población y sobre todo entre la comunidad jurídica.
- d) Cuestiones dentro del procedimiento como la admisión indiscriminada de pruebas, interposición de muchos recursos o amparos innecesarios.
- e) El tiempo para encontrar a los niños sustraídos

QUINTA. De acuerdo a las estadísticas de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, así como de la Secretaría de Relaciones Exteriores en México, se tiene a nivel mundial y nacional que las madres son las personas que más sustraen a los niños, niñas y adolescentes y que la edad de los niños que son sustraídos están entre los 3 y 7 años.

SEXTA. La mayoría de los procedimientos de restitución internacional se han terminado mediante restitución judicial, acuerdo judicial o restitución voluntaria. La generalidad es en sede judicial. Esto puede provocar en los niños no sólo una victimización sino una vulneración a sus derechos humanos.

SÉPTIMA. Se tiene un gran andamiaje de normativa internacional para la aplicación en sede nacional como las dos Convenciones Internacionales que aplican en materia de restitución de niños, ambas en correlación con los Derechos del Niño, así como las Observaciones Generales que tiene el Comité de los Derechos del Niño, estos son instrumentos que auxilian a las personas que trabajan en este tipo de procedimientos para poder comprender más la figura y cumplir con el objetivo de los convenios dependiendo del caso que se presente.

OCTAVA. Respecto del Procedimiento Judicial, aunque no se tiene regulado uno para todo el país y se está en espera del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, el procedimiento de restitución internacional tiene su fundamento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en los artículos 1, 133, 4, y en el 16, los cuales involucran los derechos humanos, el interés superior de la niñez, los tratados internacionales y el debido proceso, aunado a la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes donde se contempla la sustracción internacional así como las facultades que tienen las Autoridades locales, estatales y federales para actuar en el procedimiento.

NOVENA. Se tiene el *soft law* de la materia que puede auxiliar a la interpretación de la restitución internacional en el Estado Mexicano como es la Ley Modelo de Normas

Procesales, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, la Cooperación Jurídica Internacional, la Red Internacional de Jueces de la Haya, las Comunicaciones Judiciales, así como algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por lo que no es tan necesario que se establezca un procedimiento general pero sí se deberían de unificar criterios de los juzgadores para que no se trabaje de acuerdo a juicios ordinarios lentos como se da en la práctica.

DÉCIMA. La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores no vulneran el derecho de los niños ni el derecho de los padres a su debido proceso y mucho menos la soberanía de los Estados. Esto es porque se adecuan al derecho interno de cada país y en el caso de México se respeta el derecho de audiencia y la posibilidad de interponer excepciones, recursos y amparos.

DÉCIMA PRIMERA. En el Estado Mexicano el procedimiento de restitución internacional se lleva a cabo a través de un procedimiento administrativo ante la Autoridad Central Mexicana y uno en sede judicial local. En cualquier etapa se puede dar la terminación del procedimiento. Es indispensable evitar la judicialización de la restitución, debido a que es una "solicitud" donde no están involucrados conflictos de custodia.

DÉCIMA SEGUNDA. De acuerdo a la entrevista que se realizó a la Subdirectora de Restitución Internacional así como de las documentales encontradas se tiene que se han detectado atrasos en el procedimiento por: la tardanza en la localización del NNA sustraído, la falta de conciencia y ética de parte de los abogados, y sobre todo la presentación indiscriminada de recursos o amparos, puesto que los conceptos de violación que se presentan son por desaparición forzada, arraigo, extradición o por el hecho de la presentación de la solicitud de restitución.

DÉCIMA TERCERA. De acuerdo a la entrevista realizada a un Juez de Enlace mexicano, los atrasos detectados en el procedimiento de restitución han sido por: la localización del niño sustraído, las pruebas ingresadas y la interposición de medios de defensa como los Amparos.

DÉCIMA CUARTA. El Estado Mexicano ha llevado a cabo diversas medidas para que se desarrolle el procedimiento de restitución internacional, un ejemplo es la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez, y el establecimiento por parte de los Juzgados Federales y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de tesis y jurisprudencias en temas de celeridad procesal, carga de la prueba en casos de restitución, y finalidad de la Convención de la Haya.

DÉCIMA QUINTA. Es importante destacar que la concentración de jurisdicción, el establecimiento de jueces especializados o en su caso los jueces de enlace han sido buenas formas de que el procedimiento de restitución cumpla con el objetivo de regresar de manera pronta al niño a su residencia habitual protegiéndolo de cualquier arbitrariedad, así como auxiliar a los juzgadores que no conocen del tema para que lo comprendan mejor y puedan actuar de manera efectiva conforme al interés superior de la niñez.

DÉCIMA SEXTA. Los casos presentados en el capítulo cuarto son un ejemplo de hechos y argumentos que han establecido las personas en sus demandas, que son atrasos que suelen darse comúnmente en el procedimiento judicial en México y que deben tomarse en cuenta para evitarlos, puesto que han llevado a que dure el procedimiento más del tiempo establecido, y no se cumpla con el objetivo de los Convenios que en consecuencia afecta a los niños, niñas y adolescentes.

DÉCIMA SÉPTIMA. El procedimiento de restitución internacional de niños en México ha vulnerado los derechos humanos de los niños en los casos de restitución esto es debido a sus padres y a las Autoridades. Los derechos violados son el derecho a la vida, derecho a mantener contacto, derecho a un nivel de vida

adecuado, el derecho a ser oído, el derecho de ser asistido por un abogado, el derecho al debido proceso.

DÉCIMA OCTAVA. Es indispensable que se le nombre al niño un representante legal o “abogado del niño” independientemente del que tienen sus padres o de las Procuradurías de Protección de la Niñez o del Ministerio Público. Esto es porque los padres se encuentran en un conflicto de intereses y no es posible razonar con claridad, y siendo el niño un sujeto de derechos se tiene el deber de que otra persona ajena al conflicto lo asista para velar por sus intereses.

REFERENCIAS

Bibliografía:

- ALBORNOZ, María Mercedes, *Derecho Internacional Privado para un mundo Globalizado*, Ed. Centro de Investigación y Docencia Económicas, México, 2014.
- ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María (coord.), *Panorama Internacional de Derecho de Familia. Cultura y Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Ed. IJ-UNAM, 2006.
- BERRAZ, Carlos, *La Protección Internacional del menor en el Derecho Internacional*, Ed. Centro de Publicaciones Universidad Nacional del Litoral, Argentina.
- CALAZA LÓPEZ, Sonia, *Procesos de Familia y División de Patrimonios*, Ed. Civitas: Thomson Reuters, Navarra, España, 2015.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA González, Javier, *Derecho de Familia Internacional*, Ed. Colex, 2ª edición, 2004.
- DOMÍNGUEZ GIRALDO, Luis Alberto, *Restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes*, Ed. Librería Jurídica, Medellín, Colombia, 2015.
- DREYZINDEKLOR, Adriana, *El Derecho Internacional de Familia en la posmodernidad: familia internacional, sustracción internacional de niños, subrogación materna y sus efectos internacionales*, Ed. Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2012.
- DREYZINDEKLOR, Adriana, *La Protección Internacional de Menores*, Ed. Advocatus, Córdoba, Argentina, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Madrid, 4ª ed, Ed. Trotta, 2004.
- FERREYRA DE LA RÚA, Angelina, *Recursos Ordinarios. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Advocatus, Universidad Empresarial Siglo 21, Instituto de Derecho Procesal, Córdoba, Argentina, 2015.

- GARCÍA PASTOR, Milagros, *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos Personales*, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1997
- GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, *El Derecho de Familia en expansión: la compensación (art. 1438 del Código Civil): Sustracción Internacional de Menores, la filiación, extranjería y familia*, Ed. IJ-UNAM, 2009.
- GONZÁLEZ MARTIN, Nuria, *Familia Internacional en México. Adopción, Alimentos, Restitución, Tráfico y Trata*, Porrúa, México, 2009.
- GONZÁLEZ MARTIN, Nuria, *Temas de Actualidad Jurídica sobre la Niñez*, Porrúa, México, 2012.
- GUERRA HERNÁNDEZ, Víctor Hugo (coord), *Derecho de Familia Internacional: metodología para su estudio: Homenaje a Haydée Barrios*, Ed. Biblioteca Jurídica Dyke, Universidad del Rosario, Medellín, Colombia, 2014.
- KLENNER GUTIÉRREZ, Arturo, *Sustracción Internacional de niños, niñas y adolescentes. Análisis, Normativa y Jurisprudencia*, Ed. Puntotex: Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2011.
- MARÍN PEDREÑO, Carolina, *Sustracción Internacional de menores y proceso legal para la Restitución del menor*, Ed. Ley 57, Málaga, España, 2015.
- MATUS CALLEROS, Eileen, *México ante la Restitución Internacional de Menores*, Ed. IJ-UNAM, 2013.
- MUÑOZ, Adam y GARCÍA CANO, Sandra, *Sustracción Internacional de Menores y Adopción Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2004.
- Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, México, Ed. Siglo veintiuno, Anthropos, UAM, 2015
- NÚÑEZ VERDÍN, Dionisio, *Restitución Internacional de Menores. Proceso Jurisdiccional*, 2013.

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, MUNIVE PÁEZ, Manuel Alejandro, *Derecho Internacional Privado. En homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer centenario*, Porrúa, México, 2012.

QUAINI, Fabiana, *Restitución Internacional de menores: aspectos civiles y penales*, Ed. Cathedra Jurídica, Argentina, 2009.

RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, *La Sustracción Internacional de Menores por sus propios padres. Su destipificación en México*, Ed. UNAM, 2012.

ROLONG Arias, Katherine Andrea, ÁLVAREZ Moreno, Sandra Patricia, *Restitución Internacional de Infantes y Adolescentes*, Universidad de Medellin, Colombia, 2012.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *Los principios generales del derecho*, Madrid, RAJL, Actas, 1993.

SCOTTI, Luciana Beatriz, *Restitución Internacional de Menores. Aspectos Procesales y Prácticos*, Ed. B de F, Argentina, 2014.

STILERMAN, Marta N. *Teoría y Práctica del Derecho de los Niños*, Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2016.

TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, *La Restitución Internacional de la niñez: enfoque iberoamericano, doctrinario y jurisprudencial*, Ed. Porrúa, México, 2011.

TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, RUBAJA, Nieve, CASTRO, Florencia (coord.), *Cuestiones Complejas en los Procesos de Restitución Internacional de Niños en Latinoamérica*, Porrúa, México, 2017.

VILLAVICENCIO MACÍAS, Juan Carlos, *Las Garantías Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, México, 2016.

Hemerografía:

Boletín Judicial del Tribunal Superior del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, Tomo CXC, No 18, 26 de enero del 2011.

CANALES Pérez, Adriana, "Protección de Menores. Restitución de Menores", *Revista Derecho Privado*, México, Vol. 6, No. 16-17, enero/agosto 2007, pp. 3-34.

CARDONA ACUÑA, Luz Ángela, "Observaciones Generales de la Convención sobre los Derechos del Niño", *Defensor, Revista de Derechos Humanos*, México, numero 12, año XII, diciembre 2014.

CASTELLANOS LEMUS, Víctor Hugo y CONDE GONZÁLEZ, Javier, "Balance sobre la institucionalidad en México en materia de derechos de niñas. Niños y adolescentes. A 25 años de la Convención sobre los Derechos del Niño", *Defensor. Revista de Derechos Humanos*, México, CDHDF, diciembre 2014.

CERVERA RIVERO, Oscar Gregorio, "Análisis de los Convenios celebrados por México sobre Restitución Internacional de Menores", *El Tribunal: Revista Jurídica del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal* México, No. 7, 2007, pp. 30-31.

CERVERA RIVERO, Oscar Gregorio, "La Restitución de los niños, un problema Internacional", *Seminario Internacional sobre aplicación de Instrumentos Internacionales en Materia de Derechos Humanos en el ámbito interno*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, Instituto de Estudios Judiciales, 2010, pp. 13-24.

"Comunicaciones Judiciales Directas", *Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*, 2013.

"Constitucionalidad de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", *Serie Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Número 83, 2015.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, "Debido Proceso y Restitución Internacional de Menores", *Lex Difusión y Análisis*, México, Año 12, 3ª época, No. 165, marzo 2009, pp. 8-11.

FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, "La Protección Internacional de niños en el ámbito judicial. Redes y Organismos Internacionales", *Cooperación Judicial*

para la niñez, Serie Justicia y Derecho, México, Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, No. 2, Año 2010.

GARCÍA CHAVARRÍA, Ana Belem, “La Convención sobre los Derechos del Niño”, *Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Fascículo 8, México, 2012.

“Guía a la observación general No. 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, Unicef y Fundación Bernard Van Leer, la Haya, 2007

LINARES CARRANZA, Andrés, “Procedimiento de Restitución Internacional de Menores”, *Segunda Reunión sobre nuevas modalidades del Sistema Procesal Mexicano. Memorias*, México, Año 2009, pp. 265-271.

“Los mexicanos vistos por sí mismos. Los grandes temas nacionales”, *Área de investigación aplicada y opinión*, México, IIJ UNAM, 2015.

“Orientaciones para las áreas especializadas en los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de los Organismos Públicos de Derechos Humanos”, Comisión Nacional de Derechos Humanos y UNICEF, México, p. 20.

ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa, “Estándares para niñas, niños y adolescentes migrantes y obligaciones del Estado frente a ellos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la Academia*, México, UNAM-IIJ-CNDH, 2017.

Ponencia “Conversatorio sobre Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes. Excepciones al Convenio Artículo 13” que presentó el Magistrado Oscar Gregorio Cervera Rivero en Bogotá, Colombia el 22 de noviembre de 2018

“La Regulación de los Centros de Asistencia Social en México. Un Enfoque Integral con Perspectiva de Derechos Humanos”, *Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes*, México, Tomo II, 2016.

SOTO CLIMENT, Gabriel, “El derecho a defender derechos humanos ejercicio por niñas y niños”, *Defensor. Revista de Derechos Humanos*, México, CDHDF, número 11, noviembre 2012, p. 23.

“Suplencia de la Deficiencia de la Queja con base en el interés superior del menor”, *Serie Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Número 102, 2018.

TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, “Las Comunicaciones Judiciales Directas en la Restitución Internacional de la Niñez”, *Revista de Derecho Privado*, México, Edición Especial 2012, pp. 327-366.

TRIGUEROS GAISMAN, Laura, “Restitución Internacional de menores aplicación interna de una Convención”, *Alegatos*, número 25-26, 1993-1994

Varios Autores, Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez, *Serie Justicia y Derecho*, Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, No. 5, Año 2011.

Varios Autores, Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez, *Serie Justicia y Derecho*, Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, No. 2, Año 2010.

Varios Autores, Séptima Reunión de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez, *Serie Justicia y Derecho*, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, México, No. 25, Año 2017.

Normatividad:

Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Declaración de Ginebra de Derechos del Niño

Guía de Buenas Prácticas de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Ley Modelo sobre Normas Procesales para la aplicación de los Convenios sobre sustracción Internacional de Niños.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley General de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes

Jurisprudencias y Tesis sobre Restitución Internacional en México

Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores

Cibergrafía:

“Análisis de la Iniciativa de Ley General para la protección de niñas, niños y adolescentes, Elementos para su valoración y propuestas”, *Instituto Belisario Domínguez*, Dirección General de Investigación Estratégica, México, 2014, p. 2.
http://www.senado.gob.mx/comisiones/educacion/docs/analisis_iniciativa/Analisis_Iniciativa.pdf

ALEGRE, Silvia, HERNÁNDEZ, Ximena. *et al*, “El interés Superior del Niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas”, *Sistema de información sobre la primera infancia en América Latina*, Cuaderno 5, p. 3.
http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf

ARIES, Philippe, “El niño y la vida familiar en el antiguo régimen”, *El observador*, número 8, septiembre de 2011, p. 107.
http://www.sename.cl/wsename/otros/obs8/OBS_8_82-110.pdf

BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Las Fuentes contemporáneas del Derecho Internacional*, México, Serie Estudios Jurídicos, núm. 316, IIJ UNAM, 2017, p. 118. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4671/8.pdf>

CASTRO, Florencia y RUBAJA, Nieve, “Recursos que contribuyen a la eficiencia en los procesos de restitución internacional de niños”, Congreso de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia, Mendoza, Argentina, p. 2,
<http://congresoderechofamiliasmendoza.com/wp-content/uploads/2018/07/Castro.-Rubaja.-Public.pdf>

CILLERO BRUÑOL, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, p. 8,
http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf

Circular No.20/2018 del Poder Judicial del Estado de México, 2 de julio de 2018.
http://www.pjedomex.gob.mx/DocumentosGenerales/transparencia/MarJurCirculares/Circular_20-2018.pdf

Base de datos jurídica sobre la sustracción internacional de niños
<https://www.incadat.com/es>

JIMENEZ BLANCO, Pilar, “Litigios sobre la Custodia y Sustracción Internacional de Menores”, Universidad de Oviedo, España, 2008.
<https://www.marcialpons.es/media/pdf/100817172.pdf>

FREITES BARROS, Luisa Mercedes, “La Convención Internacional sobre los derechos del niño: apuntes básicos”, *Educere*, Venezuela, volumen 12, núm.

42, julio-septiembre, 2008, p. 432. Consultar <http://www.redalyc.org/pdf/356/35614569002.pdf>

GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, “¿Menores o Niñas, Niños y Adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina”, Publicación Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, número 5, 2011.

GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, PADRÓN INNAMORATO Mauricio,” ¿Es el Derecho un instrumento para reducir la vulnerabilidad de Niñas, Niños y Adolescentes?”, Publicación Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2016.

LIEBEL, Manfred, *Sobre la historia de los derechos de la infancia, en Infancia y Derechos Humanos. Hacia una ciudadanía participante y protagónica*, Perú, Ed. IFEJANT. Instituto de Formación para Educadores de Jóvenes, Adolescentes y Niños Trabajadores de América Latina y el Caribe, Perú, mayo, p. 24. http://derechosinfancia.org.mx/Documentos/Infancia%20y%20DDHH_Liebel_Martinez.pdf

OROPEZA ZORRILLA, María Cristina, “Sustracción Internacional de Menores”, en *Conferencia Los Problemas Nacionales y el Derecho*, Colegio Nacional, Grado Cero, México, 6 de abril de 2015, <https://www.youtube.com/watch?v=0lqll2JJEgE>.

Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños. <http://www.cij.gov.ar/adj/pdfs/ADJ-0.305074001493756538.pdf>

Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. <https://www.boe.es/doue/2003/338/L00001-00029.pdf>

SHELTON, Dinah, "Normative Hierarchy in International Law", *American Journal of International Law*, vol. 100, núm. 2, abril de 2006, p. 319. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4671/8.pdf> p. 116.

Sistema de comunicación seguro para los puntos de contacto y los enlaces de las autoridades centrales de la IberREd. <https://www.iberred.org/>

Observaciones Generales:

Observación General número 5, "Medidas generales de aplicación de la Convención sobre Derechos del niño", Comité de los Derechos del Niño.

Observación General número 6, "Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen", Comité de los Derechos del Niño.

Observación General No. 10, "Los derechos del niño en la justicia de niños, niñas y adolescentes", Comité de los Derechos del Niño.

Observación General número 12, "El Derecho del Niño a ser escuchado", Comité de los Derechos del Niño.

Observación General número 14, "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial", Comité de los Derechos del Niño.

Sentencias:

Cámara de Apelación. C y C de Mar del Plata, sala 2, 9/06/05, "G.L.E. v C.M. s/tenencia de hijos; régimen de comunicación y autorización judicial supletoria." Actualidad Jurídica de Córdoba, Familia y Minoridad, No 17, p.1785/1793. En Argentina.

Caso "Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas", sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 199, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

Caso "Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", sentencia de 2 de septiembre de 2004, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

Opinión Consultiva OC-17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28 de agosto de 2002.

Caso "Masacres de Río Negro Vs Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia de 4 de septiembre de 2012, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

Caso "Genie Lacayo Vs. Nicaragua", Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C. No. 30, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Caso "Valle Jaramillo y otros Vs Colombia", Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 27 de noviembre de 2008, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Caso “Hilaire, Constantine y Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia 21 de junio de 2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Amparo en Revisión 29/2016, de fecha 15 de febrero de 2017. Ministro ponente José Ramón Cossío Díaz.

Amparo Directo en Revisión 151/2015. Ministro Ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Fecha 8 de julio de 2015.

Amparo Directo en Revisión 1318/2014. Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. De fecha 2 de julio de 2014.

ANEXO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO

MAESTRIA EN DERECHO

“Cuestionario para entrevistas”

Tema de Investigación: Restitución Internacional de niños en México.

Objetivo de la Entrevista: Conocer las opiniones de la Autoridad Central Mexicana y de un Juez Especializado en restitución internacional respecto de los procedimientos judiciales y administrativos de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes en México.

Entrevistadora: Maestrante en Derecho Yolanda Hernández Medina

Fecha: 27 de noviembre de 2018

Nombre de la persona entrevistada: Claudia Sierra Martínez

Puesto: Subdirectora de Restitución y Custodia Internacional de Menores. Autoridad Central Mexicana en la Secretaría de Relaciones Exteriores.

1. ¿Considera usted que existen muchos atrasos en el procedimiento de restitución internacional de niños? Sí__X__ No____
2. ¿Cuáles son los atrasos más frecuentes?
Localización del niño sustraído.
La presentación indiscriminada de recursos o amparos. Los conceptos de violación que se presentan son por desaparición forzada, arraigo, extradición o por el hecho de la presentación de la solicitud de restitución.
3. ¿De qué manera se podrían eliminar?
En el caso del Amparo, los Juzgados Federales han dicho que a nadie se le puede negar el amparo, por lo que lo ideal sería llevar a cabo capacitaciones, cursos o tratar de que las Autoridades sean más sensibles y estén informadas sobre el procedimiento.
4. ¿Qué obstáculos considera usted que existen o han existido entre las Autoridades involucradas en el procedimiento?
Falta de comunicación, de sensibilidad y falta de recursos monetarios. Desafortunadamente no hay acuerdos interinstitucionales.
5. ¿Cómo se han solucionado?
A través de una buena coordinación. Foros, talleres, conversatorios o como el recién curso que se dio sobre mediación a los integrantes del Juzgado especializado en el Estado de México.
6. ¿Qué opina de la concentración de jurisdicción como una solución a los atrasos en el procedimiento de restitución?
Es muy buena, sí ha funcionado para poder resolver los casos de manera rápida a través de los jueces especializados.
7. ¿Qué opina sobre la expedición de un certificado que acredite el traslado o retención ilícita según el artículo 15 del Convenio de la Haya?
No es un requisito indispensable. Porque para la Autoridad Central Mexicana quien tiene la carga de la prueba es el sustractor. Aunque sí se tuviera alguna

duda sobre la procedencia del caso entonces sí sería de ayuda obtener el certificado.

8. ¿Considera usted que ha sido de gran ayuda tener jueces de enlace?
Si No
9. ¿Por qué?
Porque han proporcionado información a otros jueces en caso de que lo necesiten y siempre lo hacen respetando su autonomía.
10. ¿Se ha llevado a cabo capacitaciones a otras Autoridades involucradas en el procedimiento que no sea la Autoridad Judicial?
Si No
11. ¿Cuáles?
Hasta el momento se ha capacitado más al Poder Judicial tanto Federal como Estatal, sin embargo, también se ha capacitado a oficinas del DIF del Estado de México, Michoacán y Guanajuato.
12. ¿Qué opina de la implementación de la Ley Modelo a nuestra normativa (o en su caso implementar un protocolo especial para el procedimiento de restitución)?
Podría ayudar de manera orientadora, sin embargo, a nuestra consideración no mejoraría su aplicación. Actualmente se tienen algunos Estados con regulación en sustracción de niños y aun así existen atrasos en el procedimiento.
13. ¿Qué opina de la actuación de los abogados postulantes en el procedimiento de restitución?
Existe una falta de conocimiento, pero sobre todo de sensibilidad y ética.
14. ¿Qué nota usted del procedimiento de restitución entre los Estados que cuentan con un apartado en su código, en comparación con los que no lo tienen?
Querétaro y Estado de México trabajan bien y tienen un procedimiento, sin embargo, no hay diferencia grande respecto de los que sí tienen y los que no.
15. Respecto del derecho al debido proceso ¿Qué opina de que los niños tengan su propio abogado o representante legal?
Se tiene considerado que el niño tenga su propio abogado representante, pero en estos casos ha bastado con que se presente el procurador del DIF y el Ministerio Público. Es bueno que el niño tenga su representante puesto que sus papás cada uno tiene el suyo y están en constante conflicto.

16. ¿Se podría implementar esta figura de “abogado del niño”?

Si No ¿Por qué?

Ayudaría mucho para que represente los intereses del niño, sin embargo, se ve difícil que se implemente en México.

17. ¿Qué opina de un apartado de “restitución internacional de niños” en el código nacional de procedimientos civiles y familiares?

Ayudaría a dar claridad de cómo resolver un caso y dependería de cada juez qué medidas tomar para que el procedimiento cumpla con lo establecido en la Convención. Ayudaría mucho porque sería como una guía para todos los Estados (pero se debería tomar en cuenta la opinión de las Autoridades involucradas para redactar el apartado de restitución y sea coherente con la Convención y lo que se ha visto en la práctica que se necesita para mejorar).

Fecha: 29 de noviembre de 2018

Nombre de la persona entrevistada: Oscar Gregorio Cervera Rivero

Puesto: Magistrado de la Segunda Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México y Juez de Enlace ante la Conferencia de la Haya. Pertenece a la Red Mexicana de Cooperación Judicial.

1. ¿Considera usted que existen muchos atrasos en el procedimiento de restitución internacional de niños? Sí No
2. ¿Cuáles son los atrasos más frecuentes?
Localización del niño sustraído. La habilidad del sustractor de esconderse; desde cambiar la apariencia y hasta el nombre del niño.
Las pruebas ingresadas. Algunas han sido posteriores a la restitución.
Interposición de medios de defensa como los Amparos.
3. ¿De qué manera se podrían eliminar?
Capacitación a Jueces Federales sobre restitución en su actuación en las sentencias de Amparo, que conozcan la finalidad del Convenio. El poder “asegurar” al sustractor mientras se resuelve el procedimiento.
Tener más recursos (tema presupuestal).
4. ¿Qué obstáculos considera usted que existen o han existido entre las Autoridades involucradas en el procedimiento?
Falta de conocimiento de la Convención de parte de las Autoridades, así como de quien representa a los sustractores como las ONG.
5. ¿Cómo se han solucionado?
Capacitaciones. Por el momento sólo ha sido a Juzgadores, pero se pretende que se extienda a las demás Autoridades que mencionan los artículos 25, 26 y 27 de la Ley General de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.
6. ¿Qué opina de la concentración de jurisdicción como una solución a los atrasos en el procedimiento de restitución?
Ha ayudado mucho tener Jueces especializados que conocen el tema y saben cómo manejarlo.
7. ¿Qué opina sobre la expedición de un certificado que acredite el traslado o retención ilícita según el artículo 15 del Convenio de la Haya?
La carga de la prueba es para el sustractor
8. ¿Considera usted que ha sido de gran ayuda tener jueces de enlace?
Si No

9. ¿Por qué?
Juez de Enlace debe conocer el litigio mexicano y derechos mexicanos; además informa al Juez de Enlace de otro país o Autoridad Central cómo se lleva el caso o problemas que se puede tener. Orienta a gente de otro país, por lo que se debe regular. Sólo hay 5 jueces en México.
10. ¿Qué opina de las comunicaciones judiciales (funcionamiento)?
Han tenido un gran funcionamiento, deben ser hechas de manera ordenada, deben estar reguladas para no violentar algún derecho.
El poder comunicarse con el otro juez de jurisdicción ha despresurizado la atención en los casos y esto ha ido avanzando. Hay que mantener independencia judicial.
11. ¿Se ha llevado a cabo capacitaciones a otras Autoridades involucradas en el procedimiento que no sea la Autoridad Judicial?
Si No
12. ¿Cuáles?
Hasta ahorita sólo han sido Autoridades Judiciales sin embargo se ha empezado a dar capacitación para certificar a mediadores (de cualquier carrera) en materia de restitución.
13. ¿Qué opina de la implementación de la Ley Modelo a nuestra normativa (o en su caso implementar un protocolo especial para el procedimiento de restitución)?
La Ley Modelo es espectacular en el Sistema Sudamericano. México está un poco apartado, aunque el gran beneficio es que con esta ley se acortan los plazos, pero sigue permitiendo los recursos. Lo ideal es que se cumpla con lo que dice la Convención y aceptar lo establecido por el Juzgado local y si no se está de acuerdo pasar al Amparo directamente sin recursos.
14. ¿Qué opina de la actuación de los abogados postulantes en el procedimiento de restitución?
No hay ningún reparo porque son estudiosos del caso y detectan las violaciones que hay en sus derechos. Pero lo que buscan es generar confusión para crear una dilación y administran los tiempos procesales para prolongar lo más posible o aducir que el niño se acostumbró y no procede la restitución.
15. ¿Cuáles considera usted que son los argumentos más comunes que utilizan los presuntos sustractores para dilatar el procedimiento de restitución?
Primero, retardan el procedimiento para que pase el tiempo y no se pueda restituir al niño. Segundo, ingresan pruebas supervinientes o pruebas que no

son idóneas por ejemplo estudios socioeconómicos en otro país, lo cual es difícil porque ¿Quién va a ir?, ¿Quién pagará?

16. ¿Qué nota usted del procedimiento de restitución entre los Estados que cuentan con un apartado en su código, en comparación con los que no lo tienen?

Hay algunos que regulan la restitución sin embargo está mal hecho porque lo establece como un juicios ordinarios y admite recursos extraordinarios. Para esto lo que hay que hacer es eliminar recursos. No establecer juicios ordinarios.

17. Respecto del derecho al debido proceso ¿Qué opina de que los niños tengan su propio abogado o representante legal?

Si, es indispensable que tenga uno, porque los niños se encuentran en una situación de vulnerabilidad, tienen derechos reforzados y preferentes. Niños tienen los mismos derechos que los padres.

18. ¿Se podría implementar esta figura de “abogado del niño”?

Si No

¿Por qué?

Porque, así como sus padres tienen un abogado, los niños también deben tenerlo, pero no debe ser un abogado cualquiera. Se debe certificar a abogados en procesos de restitución internacional, pero ningún Colegio o Asociación quiere entrar al tema.

19. ¿Qué opina de un apartado de “restitución internacional de niños” en el código nacional de procedimientos civiles y familiares?

No se ve la necesidad de un código nacional. La Ley General de Niños, Niñas y Adolescentes habla en sus artículos sobre la restitución. Esto es más que nada un problema de técnica legislativa. No es un problema de leyes, es más bien sentirnos con la entera confianza de aplicar directamente el Convenio, siguiendo los lineamientos que ya nos dio la Corte y respetando el debido proceso legal. Además, el procedimiento de restitución no debe admitir recursos y en todo caso debe ser cuestionable a través del control constitucional pero inimpugnable como es la sentencia que concede el divorcio.

Puede ayudar la ley, pero como están redactadas las legislaciones estatales perjudican porque hacen una mala copia del tema de restitución y conflictúa más el caso.

Como complemento a la entrevista con el Magistrado, en su Ponencia “Conversatorio sobre Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes.

Excepciones al Convenio Artículo 13⁴¹⁰ menciona algunos problemas y consecuencias en el procedimiento de restitución internacional de niños que son:

Problemas:

1. No hay coordinación de las Autoridades.
2. Falta de proceso definido.
3. No hay consistencia en los criterios.
4. Exceso de recursos y medios impugnativos.
5. Interpretación amplia de las excepciones.
6. Se altera el planteamiento de la litis.
7. Como resolver cuando el cuidador primario es el sustractor y no puede o no quiere regresar.
8. Conducta inapropiada o abuso sexual.

Consecuencias:

1. Se afectan las expectativas de los 95 Estados parte.
2. Se generan dudas de la eficacia de la Convención.
3. Se cuestiona la vocación del cumplimiento del País.

⁴¹⁰ Ponencia presentada en Bogotá, Colombia el 22 de noviembre de 2018, pp. 25 y 26. Material obtenido en la Entrevista realizada en noviembre de 2018.