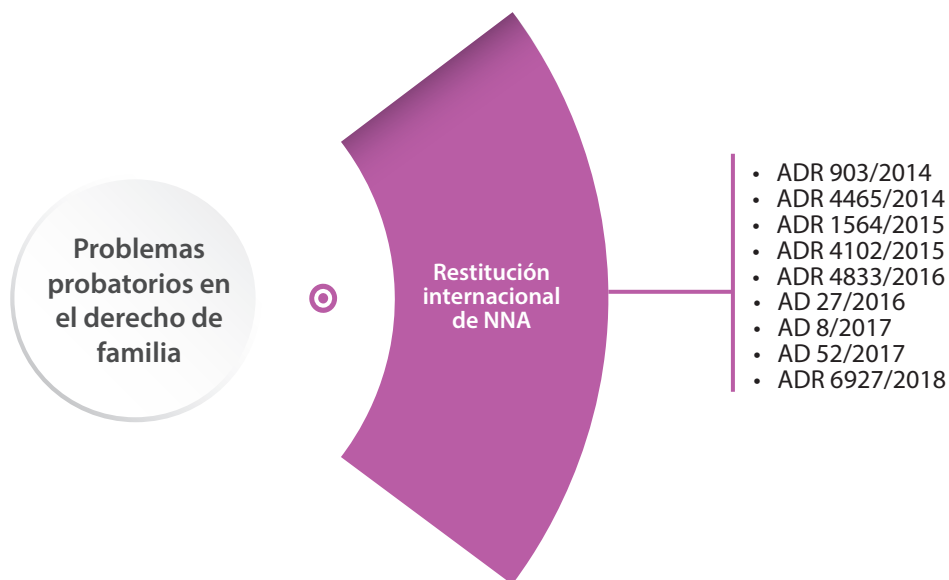




Obra completa <https://tinyurl.com/yc7vyzw5>
disponible en

8. Restitución internacional de niños, niñas y adolescentes



8. Restitución internacional de niños, niñas y adolescentes

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 903/2014, 02 de julio de 2014¹⁴⁰ (Elementos a comprobar en la restitución internacional de NNA)

Hechos del caso¹⁴¹

Una pareja con residencia en España tuvo dos hijos en aquel país. En septiembre de 2011, la esposa denunció ser víctima de violencia física y psicológica por parte de su esposo, ese mismo mes la señora abandonó el domicilio conyugal y trajo a sus dos hijos a México. En México, la señora denunció la violencia familiar y demandó la disolución del vínculo matrimonial, el pago de una indemnización, el pago y aseguramiento de una pensión alimenticia provisional y en su momento definitiva a favor de sus hijos y la pérdida de la patria potestad y de la guarda y custodia por parte del padre. En el juicio, cautelarmente se determinó la custodia provisional a favor de la madre y una pensión alimenticia provisional para los niños.

El 16 de mayo de 2012, el padre solicitó la restitución internacional de sus hijos, y seguido el procedimiento, el juez familiar negó la restitución inmediata al considerar que podría causar un daño en la salud psicológica de los niños, conforme al artículo 13 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Después de intentar promover un juicio de amparo indirecto en contra de la sentencia del juez familiar que puso fin al procedimiento, el padre promovió un juicio de amparo directo con el que

Artículo 13 de la Convención de la Haya 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: [...] b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

¹⁴⁰ Mayoría de tres votos. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

¹⁴¹ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, núm. 1, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección y del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Violencia familiar, núm. 7 de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

argumentó que no existían elementos o pruebas que dieran certeza sobre la violencia que supuestamente existía hacia sus hijos y esposa.

El tribunal colegiado concedió el amparo, pues valoró que las pruebas ofrecidas por la madre en relación con la violencia vivida no eran suficientes para que se actualizara una excepción a la restitución. La señora pugnó esa resolución en un recurso de revisión en el que insistió, entre otras cosas, en que se actualizaba la excepción prevista en el inciso b) del artículo 13 de la Convención, debido a que la restitución podía causar un daño en la salud psicológica de los niños. La Primera Sala de la Suprema Corte conoció del asunto y revocó la sentencia recurrida porque el tribunal de amparo fue omiso en analizar la totalidad de las circunstancias y elementos, como la alegada violencia familiar, la integración de los niños a su nuevo ambiente y la participación de los niños en el procedimiento, para valorar debidamente y conforme al interés superior de la niñez si se actualizó un riesgo grave para negar la restitución inmediata de los infantes.

Problemas jurídicos planteados

1. En los casos de restitución internacional de NNA, ¿la persona juzgadora debe tomar en cuenta las situaciones de violencia de género?
2. ¿Para la procedencia de la restitución internacional de NNA debe comprobarse la sustracción ilegal de las y los menores de edad?

Criterios de la Suprema Corte

1. En los casos de restitución internacional de NNA, quien juzga debe tomar en cuenta las situaciones de violencia de género, allegándose de elementos que le permitan diagnosticar el contexto de violencia, como los antecedentes de cada caso, e incluso ordenar pruebas psicológicas a las personas adultas que se consideren víctimas de esa violencia en el núcleo familiar, para corroborar si padecen de algún síndrome de maltrato por esas causas y si la violencia aducida provoca un impacto o afectación en el bienestar de los NNA.
2. Para la procedencia de la restitución internacional de NNA debe quedar comprobada la sustracción ilegal de las y los menores de edad. El traslado o retención se considerará ilícito cuando se realicen en detrimento de quien ejercía la custodia sobre los NNA.

Justificación de los criterios

1. "[L]os juzgadores, reconociendo la importancia y gravedad de las afectaciones que la violencia de género puede tener sobre los infantes, debe allegarse de elementos que le permitan diagnosticar el contexto de violencia de género, de acuerdo a los antecedentes manifestados en cada caso, e incluso ordenar periciales psicológicas a las mujeres o

hombres adultos que se consideren víctimas de esa violencia de género en el núcleo familiar con el objeto de corroborar si efectivamente padecen de algún síndrome de maltrato por esas causas, y si esa violencia de género aducida provoca un impacto, esto es afectación en el bienestar de los menores, lo cual indiscutiblemente influirá en la decisión a tomar en cada caso." (Párr. 90).

2. "[...] [P]ara que proceda la restitución de los menores, es requisito indispensable demostrar la violación a la custodia legal [...]

Un traslado o retención se consideran ilícitos cuando se realice en detrimento de quien ejercía la custodia sobre los menores, la cual puede ser ejercida de forma separada o conjuntamente." (Párr. 95 y 96).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4465/2014, 14 de enero de 2015¹⁴² (Presunción de restitución inmediata de NNA)

Razones similares en el ADR 5669/2015 y ADR 6927/2018

Hechos del caso¹⁴³

Una pareja no casada tuvo una hija en los Estados Unidos y desde que nació vivió con su madre en California. Al poco tiempo del nacimiento de la niña, los padres se separaron. El padre de la niña, después de aproximadamente dos años de ausencia y de visitas esporádicas, pidió a la madre pasar un par de meses con su hija, a lo que la madre accedió. Los padres acordaron una fecha para la devolución de la niña. Llegado el día, la madre afirma que se comunicó con el padre para acordar el lugar de devolución, quien le dijo que no le devolvería a la niña y que ambos se encontraban en México. Un mes después, la madre solicitó la restitución internacional de su hija.

Nueve meses después de la sustracción, un juez familiar en Morelos, México, negó la solicitud bajo el argumento de que la niña se había adaptado al núcleo familiar en el que se desenvolvía y que había expresado su deseo de permanecer con su padre. La madre apeló la sentencia de primera instancia y la sala de apelación ordenó la reposición del procedimiento para que la señora tuviera una debida intervención en el procedimiento. En cumplimiento de la sentencia de apelación, el juez familiar ordenó la presentación de la niña y celebró nuevamente una audiencia pública, no obstante, nuevamente la sentencia declaró improcedente la restitución, pues a la fecha ya había transcurrido más de un año de la sustracción.

¹⁴² Unanimidad de cinco votos. Ministro: Arturo Zaldívar.

¹⁴³ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, núm. 1, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

Después, la madre presentó un segundo recurso de apelación, sin embargo, se confirmó la negativa a la restitución. En contra de esta decisión, la señora promovió un juicio de amparo directo en el que alegó que ella había solicitado la restitución poco tiempo después de la sustracción, por lo que no podía argumentarse que la niña se había adaptado a su nuevo ambiente. El tribunal colegiado de conocimiento revocó la sentencia y ordenó la restitución.

El padre interpuso un recurso de revisión competencia de la Suprema Corte y argumentó, entre otras cosas, que el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores era contrario al interés superior de la niñez al considerar la restitución como prioritaria. La Primera Sala de la Corte confirmó la sentencia recurrida en atención a que, en el caso, no se actualizaron ninguna de las causales de excepción a la restitución inmediata previstas en los artículos 12, 144, 13145 y 20146 del Convenio por lo tanto la restitución debía efectuarse.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿Existe una presunción de que el interés superior de la niñez se ve mayormente protegido y beneficiado mediante la restitución inmediata de NNA?
2. ¿Quién tiene la carga de probar que se actualiza una excepción a la restitución inmediata de NNA sustraídos ilícitamente?

¹⁴⁴ **Artículo 12 del Convenio de la Haya.**- "Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente [...] y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud del menor."

¹⁴⁵ **Artículo 13 del Convenio de la Haya.**- "[...] la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o

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

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la que resulta apropiada tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente Artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor."

¹⁴⁶ **Artículo 20 del Convenio de la Haya.**- "La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el Artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales."

Criterios de la Suprema Corte

1. Existe una presunción de que el interés superior de la niñez se ve mayormente protegido y beneficiado mediante el restablecimiento de la situación previa al acto de sustracción, es decir, mediante la restitución inmediata del NNA sustraído ilícitamente, a su lugar de origen.
2. El progenitor que cometió la conducta ilícita debe probar suficientemente la situación de que el niño o niña se encuentra efectivamente integrado a su nuevo ambiente y que, por lo tanto, se actualiza una excepción a la restitución.

Justificación de los criterios

1. "[E]l margen de discrecionalidad que corresponde a la autoridad competente del Estado receptor para resolver la solicitud de sustracción debe quedar reducido a su mínima expresión debido a la obligación que sobre ella recae en la labor de determinación del interés superior del menor, que debe ajustarse en su decisión al contenido material de las normas aplicables. Así, se ha dicho que **el interés superior del menor debe girar en principio en torno a su inmediata restitución, a menos que quede plenamente demostrada alguna de las excepciones extraordinarias [...] las cuales deben ser interpretadas por los operadores jurídicos de la forma más restringida para garantizar su correcta aplicación y no hacer nugatorios los objetivos del Convenio.**" (Pág. 22, párr. 3). (Énfasis en el original).

Es decir, **"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.** Lo anterior, salvo que quede plenamente demostrado —por parte de la persona que se opone a la restitución— una de las causales extraordinarias señaladas en el apartado anterior, **en cuyo caso es evidente que el derecho de un menor a no ser desplazado de su residencia habitual deberá ceder frente a su derecho a no ser sujeto a mayores afectaciones en su integridad física y psicológica, en atención al propio principio de interés superior del menor.**" (Pág. 34, párr. 2). (Énfasis en el original).

2. Para que se actualice la excepción de que el NNA esté integrado en su nuevo ambiente "[...] no basta simplemente que hubiese transcurrido el referido plazo, sino que **además será necesario que el padre que cometió la conducta ilícita pruebe suficientemente la situación de que el menor se encuentra efectivamente integrado a su nuevo ambiente.**" (Pág. 24, párr. 4). (Énfasis en el original).

"[...] Sin embargo, al igual que sucede con la causal relativa a la integración al nuevo ambiente, [...] 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." (Pág. 26, párr. 2). (Énfasis en el original).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1564/2015, 02 de diciembre de 2015¹⁴⁷ (Valoración del riesgo frente a la existencia de un procedimiento penal en contra del solicitante de la restitución de un NNA)

Hechos del caso¹⁴⁸

Una familia estadounidense integrada por la madre, el padre y dos hijos, llegó a vacacionar a México. Durante las vacaciones, la madre denunció ante autoridades mexicanas la existencia de violencia familiar por parte del padre y decidió permanecer con sus hijos en territorio nacional. Ante esto, el señor solicitó la restitución de sus hijos al lugar de su residencia habitual, los Estados Unidos.

El juez de primera instancia le negó la solicitud al hombre al considerar que no acreditó que ejercía el derecho de custodia sobre sus hijos antes de la "supuesta retención" y que existía una denuncia de violencia familiar en contra del padre, lo que implicaba un riesgo para sus hijos.

En contra de la sentencia, el señor promovió un juicio de amparo directo, en el que alegó que la decisión del juez se basaba en suposiciones, que no podía resolver sobre la base de una denuncia que no ha sido investigada y que él también ejercía la guarda y custodia. El tribunal colegiado negó el amparo bajo el argumento de que restituir a los niños implicaba exponerlos a un peligro físico o psíquico, debido a que su padre estaba sujeto a un proceso penal por el delito de violencia intrafamiliar.

Por lo anterior, el hombre interpuso un recurso de revisión. El señor consideró que se afectaban sus derechos y los de sus hijos al negarse la restitución bajo el argumento de que existía un procedimiento penal en su contra, respecto del cual aún no existía sentencia condenatoria.

La Suprema Corte determinó estudiar el asunto porque el caso consistía en resolver una solicitud de restitución internacional de dos niños y era necesaria una interpretación del principio de interés superior de la infancia. Además, la Corte apuntó como un tema relevante y trascendente determinar si la mera existencia de una denuncia por violencia familiar

¹⁴⁷ Unanimidad de votos. Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

¹⁴⁸ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, núm. 1, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección y del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Violencia familiar, núm. 7 de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

puede configurar un motivo de riesgo suficiente para impedir la restitución internacional. En la resolución, la Primera Sala revocó la sentencia y ordenó que una nueva fuera dictada, en la que analizara si había una excepción a la restitución por la existencia de un grave riesgo.

Problema jurídico planteado

¿Cómo debe valorar, quien juzga, la restitución internacional de un NNA cuando el solicitante de la restitución está sujeto a un procedimiento penal?

Criterio de la Suprema Corte

En los casos de restitución internacional de un NNA cuando el solicitante de la restitución está sujeto a un procedimiento penal, quien juzga debe valorar, en cada caso, cuál es el delito y la trascendencia que podría tener en el menor de edad para determinar hipotéticamente cuál sería el escenario en que se encontraría el NNA si se concede la restitución y el solicitante es declarado culpable del delito que se le imputa.

Si bien, quien juzga no puede basar su decisión en una situación hipotética, el análisis sí puede ayudarle a determinar si el NNA se podría encontrar en un grave riesgo de ser expuesto a un peligro o ser colocado en una situación intolerable de concederse la restitución y entonces puede comunicar la situación a la autoridad requirente para que se tomen las medidas necesarias en la restitución.

Justificación del criterio

"[E]l interés superior de la infancia, obliga al juzgador a resolver lo que resulte más favorable para el menor cuya restitución se solicita; por ello, si bien el juzgador que conoce de un procedimiento de restitución internacional, atendiendo al interés superior del menor, está obligado a tomar en consideración la existencia del proceso penal que se sigue en contra de aquel que solicita la restitución, a fin de ponderar cuál es el delito que se le imputa y qué trascendencia podría tener en el menor respecto del cual se solicita la restitución, que en el proceso penal se encuentre culpable a quien solicita la restitución, pues no es lo mismo por ejemplo que el proceso penal se siga por un delito de fraude o lesiones en contra de un tercero, a que el delito se siga por violación o abuso sexual en contra de los propios menores.

Así, sin desconocer el principio de presunción de inocencia, es importante que el juzgador valore cada caso, a fin de determinar hipotéticamente cual sería el escenario en que se encontraría el menor si se concede la restitución y aquel que la solicita es considerado culpable del delito que se le imputa, a fin de determinar, si de darse ese caso, el menor realmente se podría encontrar en grave riesgo de ser expuesto a un peligro o ser colocado

en una situación intolerable, pues si bien el juzgador no puede en base en una situación meramente hipotética negar la restitución del menor al País de su origen, sí puede comunicar esa situación a la autoridad requirente a fin de que al momento de la restitución se tomen las providencias necesarias para proteger de manera efectiva al menor." (Pág. 48, párrs. 1 y 2). (Énfasis en el original).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4102/2015, 10 de febrero de 2016¹⁴⁹ (Valoración de la oposición del NNA a la restitución internacional)

Hechos del caso¹⁵⁰

Una pareja tuvo un hijo en los Estados Unidos. La madre decidió abandonar el país y viajar a México con su hijo. Ante tal situación, el padre inició el procedimiento de restitución internacional. Seguido el procedimiento respectivo, la solicitud fue negada por el juez de familia porque el niño manifestó su deseo de permanecer con su madre y de no querer volver con su padre.

El padre promovió juicio de amparo directo en el que alegó que no se debía considerar el tiempo transcurrido dada la ilicitud de la sustracción. El Tribunal Colegiado negó el amparo y sostuvo que el niño (de 8 años) manifestó, entre otras cosas, que se había integrado a su nuevo ambiente familiar, luego de más de dos años de no tener contacto con su papá. El padre recurrió la determinación ante la Suprema Corte bajo el argumento de que no se hizo un análisis suficiente de la situación del niño y las circunstancias que acreditan su supuesta integración.

En su sentencia, la Suprema Corte resolvió que, no obstante, el Tribunal Colegiado no había valorado de manera conjunta la declaración del niño, respecto de su deseo de permanecer con su madre, ello no significaba que la restitución fuera procedente, en tanto que sí se acreditó que el niño se encontraba integrado a su entorno en México, razón por la que permanecer con su madre resultaba en mayor beneficio.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿La sola declaración del niño, niña o adolescente que, en una situación de sustracción ilegal en la que ha pasado un largo tiempo separado de uno de sus progenitores, manifiesta querer permanecer al lado del que lo sustrajo, es suficiente para considerar actualizada la excepción a la restitución internacional?

¹⁴⁹ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

¹⁵⁰ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, núm. 1, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

2. ¿Qué debe verificar la persona juzgadora al momento de valorar la opinión de un niño, niña o adolescente cuando debido a la sustracción o retención internacional ilegal, éste deja de ver a uno de sus progenitores?

Criterios de la Suprema Corte

1. La sola declaración del niño, niña o adolescente que, en una situación de sustracción ilegal en la que ha pasado un largo tiempo separado de uno de sus progenitores, manifiesta querer permanecer al lado del que lo sustrajo no es suficiente para considerar actualizada la excepción a la restitución internacional. Toda vez que cuando un menor de edad es separado de uno de sus progenitores y pierde todo contacto con el otro por un largo tiempo es natural que presente más apego por el progenitor con quien convive; por tanto, el juzgador debe ser extremadamente cuidadoso al valorar la opinión, ya que el progenitor que perdió contacto con su hijo o hija presentará una clara desventaja frente al que lo sustrajo o retiene, sobre todo porque la sustracción o la retención ilegal, por sí misma, pone en evidencia que el deseo del sustractor o retenedor, por sobre todo, es que el menor permanezca a su lado.

2. Cuando debido a la sustracción o retención internacional ilegal, un niño, niña o adolescente deja de ver a uno de sus progenitores un niño, niña o adolescente, quien juzga al momento de valorar su opinión, no sólo debe verificar que el NNA tiene la madurez suficiente para entender la problemática que presenta el juicio y emitir su opinión; sino que además, debe cerciorarse de que ésta no es manipulada por el sustractor, a fin de asegurarse que la opinión que emite realmente obedece a un juicio propio. La forma idónea de asegurarse de esto es a través de una prueba pericial en psicología.

Justificación de los criterios

1. La Suprema Corte determinó que "si bien el artículo 13 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, señala que la autoridad judicial o administrativa podrá negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, lo cierto es que al respecto también señala que esto es cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones." (Pág. 43, párr. 3). (Énfasis en el original).

En ese sentido, la Suprema Corte precisa que "el derecho que tiene el menor a expresar su opinión en aquellos asuntos que le conciernen o le afectan, no necesariamente conlleva a que el juzgador acepte sus deseos, o acate indefectiblemente lo expresado por el menor, pues aunque su opinión es de suma importancia en la resolución del asunto, debe destacarse que no tiene fuerza vinculante en la decisión que finalmente se emita, porque precisamente, en aras de proteger el interés superior del menor, el juzgador tiene la

ineludible obligación de evaluar la opinión expresada por el menor de conformidad con su autonomía o su grado de madurez, ponderando además todas las circunstancias del caso." (Pág. 46, párr. 1).

"Se estima que ello es así, pues cuando un menor es separado de uno de sus progenitores y pierde todo contacto con el otro por un largo tiempo, es natural que el menor presente más apego por el progenitor con quien convive; por tanto, el juzgador debe ser extremadamente cuidadoso al valorar la opinión de un menor que encontrándose en esas circunstancias manifiesta permanecer al lado del que convive, sobre todo cuando esa separación obedece a una sustracción o retención internacional ilegal, pues es evidente que debido a la distancia, el padre que perdió contacto con su hijo presentará una clara desventaja frente al que lo sustrajo o retiene en la preferencia del menor, sobre todo porque la sustracción o la retención ilegal, por sí misma, pone en evidencia que el deseo del sustractor o retenedor, por sobre todo, es que el menor permanezca a su lado." (Pág. 49, párr. 1).

2. La Suprema Corte consideró que "cuando debido a la sustracción o retención internacional ilegal, el menor deja de ver a uno de sus progenitores, el juzgador al momento de valorar su opinión, no sólo debe verificar que el menor tiene la madurez suficiente para entender la problemática que presenta el juicio y emitir su opinión; sino que además, debe cerciorarse de que ésta no es manipulada por el sustractor, a fin de asegurarse que la opinión que emite el menor realmente obedece a un juicio propio, tal y como lo ordena el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, pues de lo contrario, se infringiría lo dispuesto en el artículo 9 de la citada Convención, en el sentido de que los Estados deben velar porque 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." (Pág. 49, párr. 2).

Al respecto, la "forma idónea de asegurarse que el menor no está siendo manipulado, y que por ende su opinión obedece a un juicio propio, sin duda, es a través de una prueba pericial en psicología." (Pág. 50, párr. 1).

La Suprema Corte precisó que, si bien, "las excepciones a la restitución a que alude la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores deban probarse plenamente, y esa carga corresponda a quien las opone, no implica que el juzgador pueda dejar de cumplir con el deber de atender al interés superior del menor; por tanto en suplencia de la deficiencia de la queja, está obligado a ordenar la práctica, repetición o ampliación de cualquier diligencia probatoria que estime conducente e indispensable para investigar todo lo que sea necesario con relación a los hechos que se ventilan a efecto de dictar una sentencia en la que realmente se tenga la convicción de que lo resuelto es lo más favorable al desarrollo holístico del menor." (Pág. 50, párr. 4).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4833/2016, 21 de junio de 2017¹⁵¹ (Valoración de la condición migratoria como excepción de la restitución internacional de NNA por grave riesgo)

Hechos del caso¹⁵²

Una pareja formada por un hombre mexicano y una mujer hondureña tuvo dos hijas en los Estados Unidos. La madre volvió por un mes y medio a Honduras y firmó un documento notarial con el propósito de que el padre pudiera hacerse cargo del cuidado de las niñas durante su ausencia. Antes de que la madre volviera, el padre trasladó a las niñas a México sin su consentimiento. Siete meses después de la sustracción, la madre presentó la solicitud de restitución. Seguido el procedimiento respectivo, el juez familiar resolvió que se acreditaba la procedencia de la restitución.

El padre promovió un juicio de amparo directo, en el que argumentó, entre otras cuestiones, que la solicitud de restitución era extemporánea, pues había pasado más de un año de la sustracción. El tribunal negó el amparo al considerar que la finalidad de la Convención de La Haya era regresar de manera inmediata a las niñas, niños y adolescentes a su lugar de residencia habitual cuando la solicitud se había hecho antes de transcurrido un año de la sustracción, y en el caso particular así fue.

La sentencia fue recurrida por el padre, quien argumentó, entre otras cosas, que restituir a sus hijas representaba un peligro para ellas, pues la madre se encontraba en una situación migratoria irregular. La Primera Sala de la Suprema Corte conoció del asunto y confirmó la sentencia recurrida porque la situación migratoria de la madre no representaba un riesgo como excepción a la restitución de la niña.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿Cómo debe valorarse la existencia de un grave riesgo como excepción de la restitución internacional de un NNA?
2. ¿Debe valorarse la situación migratoria irregular del solicitante de la restitución internacional de un NNA como excepción de dicha restitución?

Criterios de la Suprema Corte

1. Para determinar la existencia de un grave riesgo como excepción a la restitución internacional de un NNA, se debe valorar que los hechos aludidos sean acreditados fehacientemente.

Artículo 13 de la Convención de la Haya.- "[...] la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones."

¹⁵¹ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández.

¹⁵² Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, núm. 1, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

temente y que la situación aludida dé cuenta de que, en forma indudable, o por lo menos con un alto grado de probabilidad, conceder la restitución conllevará a hacer sujetos a los NNA involucrados, de actos que puedan dañar su integridad física o psíquica o bien, que quedaran colocados en una situación material extrema en su condición de vida que no deben sufrir y a la que no deben ser sometidos.

2. La situación migratoria irregular del solicitante de la restitución internacional de un NNA no opera la excepción de dicha restitución porque exponga al NNA a un peligro físico o psíquico o lo coloque en una situación intolerable, ya que el NNA no comparte la misma condición jurídica y fáctica que el solicitante de la restitución. Debe valorarse que la posibilidad de expulsión y deportación del solicitante de la restitución no es un hecho cierto o inminente y aunque tendría un impacto en la vida del NNA, no entraña la gravedad exigible para la actualización de la excepción.

Justificación de los criterios

1. "Respecto de las excepciones a la restitución internacional de menores, contenidas en el artículo 13 de la Convención Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, [la] Primera Sala ha postulado, en sus precedentes, que las mismas son de aplicación *restringida*, pues, debe hacerse prevalecer, como criterio rector, que el interés superior de los menores está en que se lleve a cabo la restitución; de otro modo, se pone en riesgo el cumplimiento de los objetivos del Convenio de la Haya. Asimismo, se ha establecido que, además de su carácter extraordinario, tales excepciones deben quedar fehacientemente demostradas por el sustractor. [...]

[...] [L]a nota de *excepcionalidad* [...] en el artículo 13 [de la Convención de la Haya], particularmente la contenida en el inciso b), debe ser sumamente estricta y no flexibilizarse para dar cabida, en los supuestos de la norma, a situaciones que no revistan ese carácter de *gravedad* implícito en la previsión normativa, al señalar que, para no ordenar la restitución, *debe existir un riesgo de exponer a los menores a un peligro físico o psíquico, o colocarlos en una situación intolerable*; de modo que la actualización de dicha excepción a la restitución, exige la satisfacción de dos presupuestos:

- 1) Que la situación fáctica argumentada realmente dé cuenta de que, volver a los menores a su lugar de residencia, en forma indudable, o por lo menos con un alto grado de probabilidad, debido a las circunstancias, conllevará hacerlos sujetos de actos que puedan dañar su integridad física o psíquica (actos de violencia en cualquiera de sus formas o posicionarlos en una clara y cierta situación de riesgo de sufrir eventos dañosos en su salud física o mental), o bien, que quedaran colocados en una situación material extrema en su condición de vida, que, aunque no incida directamente con su integridad personal, en protección especial de sus derechos y su dignidad humana, no deben sufrir y a la que no deben ser sometidos.

2) Que los hechos aducidos a ese respecto, sean acreditados de manera fehaciente por quien se opone a la restitución; teniendo cabida, en esto último, desde luego, las facultades de valoración de prueba por parte de los juzgadores y la ponderación de los hechos a la luz del interés superior del menor." (Párrs. 36 y 37). (Énfasis en el original).

2. "[...] [E]l hecho de que el progenitor o persona que ejerza la guarda y custodia de un menor de edad, solicitante en un procedimiento de restitución internacional de menores, no tenga residencia legal en el país a donde se pide la restitución, por sí, no es causa apta y suficiente para negar la restitución, bajo la hipótesis de excepción prevista en el artículo 13, inciso b), de la Convención Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, es decir, por considerar que con ello *se exponga al menor a un peligro físico o psíquico o se le coloque en una situación intolerable*; además que, la existencia de un posible estado de vulnerabilidad del solicitante de la restitución, derivado de su condición migratoria, es una cuestión que tendría que dilucidarse en la jurisdicción del lugar de residencia habitual de los menores, de suscitarse una eventual disputa de los progenitores por la guarda y custodia, por lo que constituye un aspecto que excede a la materia del procedimiento de restitución internacional de menores." (Párr. 38). (Énfasis en el original).

"[...] [L]a sola condición migratoria ('ilegal') del progenitor solicitante de la restitución no es causa bastante, *per se*, para negar la restitución, bajo el supuesto de que tal situación del padre o madre solicitante evidencia la existencia *de un peligro físico o psíquico* cierto para el menor (de violencia en cualquiera de sus formas o de una situación de riesgo de sufrir eventos de daño en su integridad personal), que pueda entenderse estrictamente derivado de dicha situación migratoria; tampoco puede aceptarse que esta última, signifique someter o colocar al menor sustraído en *una situación intolerable* (ponerlo en una circunstancia material extrema en sus condiciones de vida).

Se aprecia así porque, en términos objetivos, la condición migratoria del progenitor, que para él puede implicar [...] restricciones para acceder a determinados servicios o prestaciones estatales, falta de oportunidades en algunas áreas de desarrollo personal o laboral o algún menoscabo en éstas, o dificultades fácticas en su libre tránsito al interior del propio país o hacia el exterior; todo ello, al margen de pueda o no calificarse como '*intolerable*' para el propio solicitante, lo relevante es, que no es una situación que necesariamente trascienda o pueda predicarse para la persona del menor, *pues éste no comparte la misma condición jurídica y fáctica del progenitor*, ya que, el menor, como residente legal del país de restitución, no tendrá que sufrir en su persona, al menos no necesariamente, esas circunstancias que soporta el padre o madre, derivadas de no tener una residencia legal, en tanto que los derechos del menor en todas las áreas indicadas, son los que conciernen a todo ciudadano en ese país y su acceso a su ejercicio pleno, no está en entredicho.

Por otra parte, el riesgo de que el progenitor solicitante llegare a ser sujeto de una detención que pueda culminar con su expulsión y deportación a su país de origen, al margen de que sólo constituye una posibilidad, es decir, que no puede ser afirmado como un hecho cierto e inminente, sino únicamente probable, puede ser apreciado desde dos ángulos: 1) por la situación en que se coloca al menor, por la mera existencia de ese riesgo que vive el progenitor; y 2) por la situación que el menor tendría que vivir de actualizarse el mismo." (Párrs. 45-47). (Énfasis en el original).

"Ahora bien, esas situaciones fácticas y jurídicas señaladas, a juicio de este Alto Tribunal, no entrañan la gravedad exigible para que se actualice la hipótesis de excepción a la restitución, contenida en el artículo 13, inciso b) de la Convención que aquí se analiza; ello, pues los escenarios apuntados, tanto por el mero riesgo como por la actualización del hecho de una detención y su consecuencia de expulsión o deportación del país solicitante, del padre o madre custodio, aunque sin duda tendrían impacto en la vida del menor de edad, [...] no puede aceptarse que constituyan el tipo de actos o situaciones a que se refiere dicha norma convencional." (Párr. 51).

"[...] [L]a condición migratoria del solicitante de la restitución, cuando no es residente legal en el país al que se pide la restitución del menor, y éste sí lo es, no es causa para actualizar una excepción extraordinaria a la restitución." (Párr. 57). (Énfasis en el original).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 27/2016, 10 de enero de 2018¹⁵³ (Oposición a la restitución por riesgo y negativa del NNA)

Razones similares en el ADR 6927/2018

Hechos del caso¹⁵⁴

Una señora, que tenía un hijo de una relación previa, se casó y tuvo un hijo con su esposo, en Estados Unidos. Tiempo después, la señora y el señor se divorciaron y se determinó que ambos compartirían la custodia de su hijo, pero que viviría con su mamá y conviviría con su papá. Luego de unos meses, la señora y sus hijos abandonaron Estados Unidos y se trasladaron a México, sin notificar al señor ni a las autoridades.

Siete meses después del traslado a México, el señor presentó una solicitud de restitución de su hijo. La solicitud fue remitida a un tribunal del estado de Baja California Sur y se notificó a la señora. La señora contestó la solicitud de restitución manifestando que había

¹⁵³ Mayoría de tres votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar.

¹⁵⁴ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, núm. 1, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

abandonado Estados Unidos a raíz de la violencia a la que era sujeta por el señor, incluso después de que terminara su matrimonio, y por el temor de que éste pudiera privarla de la vida o realizar algún tipo de abuso sexual en contra de sus hijos, ya que el señor estaba registrado como agresor sexual en el estado de California, Estados Unidos. Por tanto, la señora consideró que la restitución era improcedente, ya que se actualizaba una situación de riesgo para su hijo.

La jueza de primera instancia determinó que se actualizaba la excepción a la regla de restitución inmediata porque el retorno del menor de edad a su lugar de residencia sí lo colocaban en una situación de riesgo, al existir la posibilidad de que este sufriera un daño físico o psicológico. El señor interpuso un recurso de apelación para que se revisara la decisión de la jueza, y el tribunal que conoció del asunto determinó modificar la sentencia para que se introdujera un régimen de convivencias entre el señor y su hijo, pero manteniendo la decisión de negar la restitución. Tanto la señora como el señor estuvieron inconformes con esta decisión, por lo que presentaron demandas de amparo. El tribunal colegiado que conoció del asunto determinó solicitar a la Suprema Corte ejercer la facultad de atracción.

La Suprema Corte decidió atraer el amparo presentado por el señor, y decidió conceder el amparo, confirmando la decisión de negar la restitución y ordenando el establecimiento de un régimen de convivencias y contacto transfronterizo.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿En quién recae la carga de demostrar plenamente la actualización de alguna de las excepciones a la obligación general de restitución inmediata de niños, niñas o adolescentes sustraídos o retenidos de forma ilícita?
2. ¿Cómo debe valorarse la excepción a la restitución internacional de niñas, niños o adolescentes, cuando la niña o niño involucrado manifieste su oposición a la restitución?
3. ¿Cómo debe valorarse la excepción a la restitución internacional de niñas, niños o adolescentes, cuando la persona que se opone a la restitución manifiesta que existe un grave riesgo de que la restitución del menor de edad lo exponga a un peligro físico o psíquico o lo ponga en una situación intolerable?
4. ¿La violencia doméstica cometida en contra la madre puede ser considerada como una situación que actualiza la excepción a la restitución internacional a causa de la existencia de un riesgo grave?
5. ¿Que el cuidador principal no pueda acompañar al niño, niña o adolescente a su retorno puede ser considerado como un probable factor de riesgo para el menor de edad?

Criterios de la Suprema Corte

1. Para demostrar plenamente la actualización de alguna de las excepciones a la obligación general asumida por los Estados de garantizar el retorno inmediato de los niños, niñas o adolescentes trasladados o retenidos de forma ilícita, la carga de la prueba recae exclusivamente en quien se opone a la restitución del menor de edad.
2. Quien juzga debe valorar la voluntad del menor de edad bajo una ponderación rigurosa de todas las circunstancias del caso, a fin de determinar cuánto peso darle a la voluntad de una niña, niño o adolescente. Para ello, debe tomarse en cuenta su edad y grado de madurez; cuáles cree que son sus mejores intereses en el corto, mediano y largo plazo; si la objeción a la restitución está basada en hechos fácticos; si ha sido influenciado por una tercera persona; si sus opiniones sobre la restitución cambiarán al ser restituido o separado del progenitor sustractor y si la opinión del niño, niña o adolescente está o no basada en otras consideraciones relevantes para sus intereses y bienestar.
3. Quien juzga debe esclarecer cuál es el riesgo alegado; determinar si existe material probatorio suficiente para evaluarlo; y determinar si de la relación entre el riesgo alegado y el material probatorio se actualiza una situación de riesgo serio, real, actual y directo.
4. La exposición de las hijas e hijos a la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja se considera, por sí misma, un factor de riesgo para su bienestar y desarrollo que influye de manera directa en su vida normal y en su estado de salud general.
5. Debe considerarse la importancia de los lazos afectivos de apego que forman los niños, niñas y adolescentes con quienes cuidan de ellos desde que son pequeños. Por lo que no es extraño que puedan sufrir un grave daño emocional si sus necesidades de apego no se ven adecuadamente satisfechas durante la infancia temprana, o incluso si falta en años posteriores de su vida. Sin embargo, dentro de un proceso de restitución internacional, tal situación debe ser valorada con un enfoque estricto y bajo razones importantes, que prevengan que el sustractor se beneficie de una situación que él mismo provocó.

Justificación de los criterios

1. La Suprema Corte reconoce que "la Convención de La Haya reconocía que, en determinados casos específicos, era viable la negativa de restitución de un menor **a causa de razones objetivas relacionadas con la persona o con el entorno del menor**. En efecto, la propia Convención establece ciertas **excepciones extraordinarias** a la obligación general asumida por los Estados contratantes de garantizar el retorno inmediato de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita." (Pág. 17, párr. 2). (Énfasis en el original).

En este sentido, "para demostrar plenamente la actualización de alguna de las excepciones, la carga de la prueba recae exclusivamente en quien se opone a la restitución del menor, pues como se mencionó, existe en el marco de la Convención una presunción de que el interés superior del menor es protegido mediante la restitución a su lugar de origen." (Pág. 18, párr. 1).

2. "Para evaluar esta objeción, el derecho comparado da cuenta de que no existe una edad fija para considerar válida la oposición de una niña o niño, sino que debe estudiarse en el caso cuál es el peso concreto que merece su opinión, en razón del grado de madurez del infante. Es decir, los juzgadores deben evaluar la voluntad del menor bajo una ponderación rigurosa de todas las circunstancias del caso con el objetivo de realizar una evaluación acerca de si el menor ha alcanzado un nivel de desarrollo en el cual, frente a la cuestión de si objeto regresar a su país de residencia, aquél pueda otorgar una respuesta confiable que no dependa exclusivamente del instinto, sino que esté influenciada por un discernimiento maduro sobre las implicaciones de la decisión para su mejor interés en el corto, mediano y largo plazo" (pág. 31, párr. 2).

En ese contexto, la Corte ha señalado que "para discernir y examinar el peso de la voluntad del menor, el juzgador debe evaluar lo siguientes cuestionamientos: (i) la edad y el grado de madurez mental del menor son suficientes para tomar en cuenta su opinión; (ii) cuál es la perspectiva propia del menor de lo que son sus mejores intereses a corto, mediano y largo plazo; (iii) en qué medida las razones para la objeción están basadas en la realidad, o el menor podría considerar razonablemente que están fundadas en la realidad; (iv) en qué medida las opiniones del menor han estado sujetas a una influencia indebida; (v) en qué medida las objeciones se verán aplacadas con la restitución o con la separación del padre o madre que lo sustrajo; y (vi) en qué medida la opinión del menor coincide o se opone a otras consideraciones relevantes para el interés y bienestar del menor" (pág. 31, párr. 3) (énfasis en el original).

3. La Suprema Corte estableció que "el *riesgo* alegado en términos de la Convención de La Haya debe ser serio, real, actual y directo y deberá estar plenamente probado." (Pág. 34 párr. 2). (Énfasis en el original).

De lo anterior, se entiende "que el requisito de *seriedad del riesgo* se concreta en la calificación de los hechos o situaciones de los que se alega se desprende el riesgo; siendo entonces que tales hechos o situaciones deben ser susceptibles de calificarse como serios y/o preocupantes. Por su parte, la *realidad del riesgo*, es la relación lógica entre el hecho o situación alegados como generadores del riesgo y la probabilidad de ocurrencia de las consecuencias lesivas [que se quiere evitar que ocurran o se repitan] al alegar el riesgo. Por lo que hace al requisito de *actualidad del riesgo*, se determinó que este se refiere a la exigencia de demostrar que las consecuencias lesivas [que se quiere evitar que ocurran

o se repitan] acaecerán de manera inminente. Finalmente, a la cualidad de que el riesgo sea *directo*, consisten en que las consecuencias lesivas [que se quiere evitar que ocurran o se repitan] deben afectar directamente a la niña o niño cuya restitución se quiere evitar." (Pág. 34, párr. 3). (Énfasis en el original).

"En suma, para determinar si se actualiza un grave riesgo el juzgador debe: (i) esclarecer cuál es el riesgo alegado; (ii) determinar si existe material probatorio suficiente para evaluarlo; y (iii) determinar si de la relación entre el riesgo alegado y el material probatorio se actualiza una situación de riesgo serio, real, actual y directo." (Pág. 34, párr. 4). (Énfasis en el original).

4. La Suprema Corte reconoció que "la **violencia de doméstica** (sic) tiene consecuencias que comprometen las libertades fundamentales de quienes son sus víctimas, como los derechos a la vida y la seguridad personal, al más alto nivel posible de salud física y mental, a la educación, al trabajo y a la vivienda, así como a la participación en la vida pública. Así, paralelamente a las mujeres, víctimas primarias de esta violencia, se encuentran sus hijos como víctimas secundarias —testigos—." (Pág. 38, párr. 4). (Énfasis en el original)

"Ahora bien, al evaluar el impacto de la violencia doméstica en los menores testigos de esta violencia, uno de los errores más frecuentes es diversificar los hechos de violencia que sufre la madre respecto de la situación de los hijos, es decir, se pretende distinguir que un generador de violencia puede causar un daño físico, psicológico o sexual a la madre y no así a los hijos —ya que el padre no realiza directamente una agresión física o verbal—. Sin embargo, esta distinción es incorrecta pues a pesar de que los niños no reciben directamente la violencia, al estar expuestos a ella, se producen prácticamente los mismos efectos emocionales y psicológicos que el de una víctima primaria de violencia paterna.

En efecto, diversos estudios afirman que las situaciones que involucran a los niños como testigos de la violencia que sufren sus madres al interior del hogar constituyen una forma de abuso en su contra, ya que sufren de manera directa las consecuencias, no sólo físicas y emocionales, sino también las derivadas de haber vivido y formado su personalidad en un ambiente de desigualdad de poder y sometimiento de la madre a la conducta violenta de un hombre." (Pág. 39, párrs. 1 y 2).

"En ese sentido, la exposición de los hijos a la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja se considera, por sí misma, un factor de riesgo para su bienestar y desarrollo que influye de manera directa en la vida normal y en el estado de salud general de los hijos." (Pág. 40, párr. 2).

5. La Suprema Corte señaló que "los Tribunales internacionales también han identificado como *probable* factor de riesgo, el hecho de que el **cuidador principal no pueda acompañar al menor a su retorno**." (Pág. 41, párr. 4). (Énfasis en el original).

Al respecto, la Corte recordó que "en diversos precedentes ya se ha pronunciado por la importancia de los lazos afectivos de 'apego' que forman los menores con quienes cuidan de ellos desde que son pequeños." (Pág. 41, párr. 5). Por lo que "no es extraño que un menor pueda sufrir un grave daño emocional si sus necesidades de apego no se ven adecuadamente satisfechas durante la infancia temprana, o incluso si falta en años posteriores de su vida. En este sentido, el correcto desarrollo de una niña o niño puede verse afectado ante *cambios abruptos en la estabilidad de sus relaciones de apego*." (Pág. 42, párr. 2). (Énfasis en el original).

"Ahora bien, a pesar de que se muestra la importancia para el bienestar psicológico y emocional de los infantes que permanezcan al lado de sus figuras de apego, en materia de restitución internacional de los menores, la mayoría de los Tribunales de los Estados parte han adoptado un *enfoque estricto* al considerar que, en principio, esta situación no se configura como un grave riesgo en términos de la Convención de la Haya, entre algunas de las razones, porque el principal cuidador no podría beneficiarse de una situación que él mismo originó y en todo caso podría acompañar al menor a su lugar de restitución.

En este sentido, el derecho comparado de manera genérica no acepta que la simple voluntad del sustractor actualice un grave riesgo en términos del artículo 13 (b) de la Convención de la Haya. No obstante, los Tribunales de los Estados parte han distinguido la existencia de *razones importantes*, ajenas al *simple* deseo del sustractor, por las cuales el no acompañamiento del principal cuidador sí coloca a los niños en una situación intolerable." (Pág. 43, párrs. 1 y 2). (Énfasis en el original).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 8/2017, 11 de abril de 2018¹⁵⁵ (Carga de la prueba sobre un derecho de custodia y del no ejercicio efectivo de la custodia)

Razones similares en el AD 9/2016

Hechos del caso¹⁵⁶

En marzo de 2011, con permiso de su padre legal, una mujer y su hijo de cinco años dejaron los Estados Unidos, donde residían, y se mudaron a México, junto con los hermanos del niño.

En junio del mismo año, un hombre, quien se ostentó como padre biológico del niño, acudió a un juez estadounidense para que lo reconociera como su padre y le otorgara la custodia temporal del niño. El juez le concedió la razón.

¹⁵⁵ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández.

¹⁵⁶ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, núm. 1, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

En febrero de 2012, el ahora reconocido como padre biológico solicitó la restitución internacional del niño, argumentando que su traslado a México había sido ilícito porque la madre del niño se lo había llevado fuera del país sin avisarle ni pedirle permiso. El padre biológico alegó que, si bien, no había reconocido al niño, tenían un acuerdo informal (de palabra) sobre la custodia del niño, en donde él lo tenía bajo su cuidado durante la semana y la madre lo cuidaba los fines de semana.

La madre del niño, ante el juzgado donde se estaba conociendo del asunto, negó lo dicho por el padre biológico y dijo que él nunca quiso reconocerlo ni brindarle alimentos, por dudar de su paternidad. Además, quien está señalado como su padre en el acta de nacimiento es su esposo, lo que lo hace su padre legal. También, señaló que el niño siempre vivió con ella, su esposo y sus hermanos en el domicilio del matrimonio. Por último, señaló que ella no sustrajo ilegalmente al niño de los Estados Unidos, porque el padre legal autorizó su viaje a México ante notario público.

La jueza, a pesar de lo sustentado por la madre, resolvió que era procedente la restitución del niño a los Estados Unidos. La madre, el agente del ministerio público y la representante del Sistema para el Desarrollo Integral de las Familias de Guerrero, pidieron que se revisara esta sentencia. El tribunal revisor revocó la sentencia y negó la restitución del niño.

El padre biológico del niño, inconforme con esta segunda sentencia, interpuso un amparo directo. El tribunal que conoció del amparo consideró que, por la importancia y trascendencia del tema, la Suprema Corte tenía que decidir sobre el asunto, por lo que le pidió que atrajera el juicio. La Suprema Corte atrajo el amparo y determinó que no era procedente la restitución porque no se acreditó la existencia de un traslado o retención ilícita, en tanto que no se demostró que en ese entonces el solicitante hubiera tenido un derecho de custodia sobre el niño.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿Qué elementos deben probarse para que un traslado o retención internacional se califique como ilícito?
2. ¿Qué elementos sirven de prueba para acreditar la existencia de un derecho de custodia?
3. ¿Puede considerarse que, aun cuando el ejercicio efectivo de la guarda y custodia no se ejerciera, se habría podido ejercer en caso de no haberse producido el traslado o retención?
4. ¿A quién le corresponde probar la existencia de un acuerdo vigente, de carácter verbal, para acreditar un derecho de custodia previo al traslado o retención que se considera ilícito?

5. ¿A quién le corresponde probar el no ejercicio efectivo del derecho de custodia a la fecha del traslado tildado de ilícito, al momento de hacerlo valer como excepción de la solicitud de restitución internacional del niño?

Criterios de la Suprema Corte

1. Para la procedencia de la acción de restitución internacional deben probarse la existencia de un derecho de custodia; y el ejercicio efectivo de ese derecho.

2. El derecho de custodia debe acreditarse por medio de título válido conforme al ordenamiento jurídico del Estado de la residencia habitual del niño, niña o adolescente. Dicho título puede provenir de: a) una atribución de pleno derecho; b) una decisión judicial o administrativa; o c) un acuerdo vigente según el derecho del propio Estado de la residencia habitual del menor de edad.

3. Puede considerarse que, aun cuando el ejercicio efectivo de la guarda y custodia no se ejerciera, se habría podido ejercer en caso de no haberse producido el traslado o retención, si el solicitante obtuvo una resolución judicial o administrativa que le asignó el ejercicio de la custodia dentro de una temporalidad razonablemente próxima al evento de traslado, por lo que ya no se pudo ejecutar por causa de éste. De manera que la falta de ejercicio de la guarda y custodia no se debe a una decisión suya.

4. La carga de la prueba sobre la existencia de un derecho de custodia previo, basado en una cuestión de hecho, cuando se trata de la actualización de un traslado o retención tildada de ilícita en el marco de una solicitud de restitución internacional de un niño, corresponde al solicitante de la restitución, precisamente porque el fundamento de su derecho no deriva de la ley ni de una resolución judicial o administrativa.

5. La carga de la prueba sobre la actualización del elemento de hecho, que consiste en el no ejercicio efectivo del derecho de custodia, al tratarse de hacer valer como excepción a la restitución internacional, le corresponde a la presunta sustractora del niño.

Justificación de los criterios

1. La Suprema Corte consideró que "[c]onforme al artículo 3 de la Convención, la naturaleza ilícita del traslado o de la retención, tiene dos componentes, uno de carácter jurídico, y el otro fáctico: (i) la existencia de un derecho de custodia; y (ii) el ejercicio efectivo de ese derecho." (Párr. 73).

2. Respecto de la existencia de un derecho de custodia, "ese primer elemento de naturaleza jurídica, se refiere al *título válido* en que descansa la atribución del derecho de custodia que se desarrollaba antes del traslado, *conforme al ordenamiento jurídico del Estado de la residencia habitual del menor*." (Párr. 75). (Énfasis en el original).

Al respecto, se "reconoce como fuentes de las que puede provenir ese derecho de custodia y en las que se puede fundar una reclamación en el marco del sistema jurídico del Estado requirente, las siguientes: a) **una atribución de pleno derecho**; b) **una decisión judicial o administrativa**; o c) **un acuerdo vigente** según el derecho del propio Estado de la residencia habitual del menor." (Párr. 76). (Énfasis en el original).

3. La Suprema Corte reconoció que el Convención Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores "tiene como objetivo lograr que un derecho de custodia atribuido en un Estado parte, se respete en los demás, también lo es que da relevancia al derecho de custodia **efectivamente ejercido**, pues esta última condición implicará que realmente se produjo un quebranto reprochable en las condiciones de vida del niño, niña o adolescente, sacándolo del entorno en que se desarrollaba bajo el cuidado del solicitante, obligándolo a vivir en lugar distinto. Pero si el solicitante no ejercía efectivamente su derecho de custodia, y era el presunto sustractor el que tenía bajo su exclusivo cuidado al menor, el cambio de residencia, aunque pudiese significar para el menor las alteraciones de vida referidas, no tendrá esa connotación o matiz de ilicitud que se propone revertir el Convenio con la restitución inmediata a la residencia habitual." (Párr. 82). (Énfasis en el original).

"En cuanto a este elemento de hecho, necesario para demostrar la ilicitud del traslado o retención, también debe decirse que el artículo 3, b) del tratado en estudio prevé la hipótesis en que, ***ese ejercicio efectivo de la custodia***, aun cuando no se ejerciera, se habría podido ejercer en caso de no haberse producido el traslado o la retención.

Aun cuando pareciere una cuestión obvia, cabe aclarar que tal supuesto, no se puede entender aplicable al caso en que, teniendo el solicitante el derecho de custodia (por atribución de pleno derecho, es decir, *por disposición de la ley*, o teniendo en su favor una resolución judicial o administrativa que le otorgó la custodia o estando vigente un acuerdo en que se le confirió total o parcialmente su ejercicio) no lo hubiere ejercido por decisión propia dentro de un lapso razonable previo al traslado del menor, es decir, cuando no obstante tener el derecho de custodia, el solicitante no se ocupaba del cuidado del menor ni con un ejercicio compartido ni un ejercicio total, y esa situación se ha prolongado por un periodo de tiempo que objetivamente permita a la autoridad que ha de decidir sobre la ilicitud del traslado o retención, estimar que no existía la intención de ejercer el derecho referido." (Párrs. 83 y 84). (Énfasis en el original).

"En congruencia con tal postulado, [la] Primera Sala considera que el supuesto relativo a que el derecho de custodia '***se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención***', debe entenderse referido a aquellos casos en que, el solicitante obtuvo una resolución judicial o administrativa que le asignó el ejercicio de la custodia (total o compartida) dentro de una temporalidad razonablemente próxima al evento de traslado, que ya no se pudo ejecutar por causa de éste." (Párr. 86) (Énfasis en el original)

4. La Corte consideró que: "la carga de prueba sobre la existencia del derecho de custodia (elemento jurídico para juzgar la ilicitud de un traslado o una retención) asistía en primer término al solicitante, primero, porque el fundamento del derecho que adujo tener, como se ha visto, no deriva de la ley (de una atribución de pleno derecho), tampoco de una resolución judicial o administrativa, sino que, su pretensión de restitución del niño está basada en una mera cuestión de hecho —la existencia de un acuerdo de voluntades otorgado en forma verbal—, que como acto positivo correspondería acreditar al que lo afirmó; máxime que la madre del menor lo negó; y segundo, porque en el caso se suma la circunstancia de que, al no estar jurídicamente reconocida la filiación del solicitante con el menor en la fecha del traslado, no se puede presumir su legitimación para ejercer un derecho de custodia, lo que torna necesario acreditar por lo menos en forma indiciaria, pero suficiente, la existencia de ese presunto pacto, para poder concluir que existió un traslado ilícito en el caso, que pudiera dar lugar a la restitución" (párr. 111).

5. La Corte resolvió que: "[d]e conformidad con el artículo 13 de la Convención, y según lo ha reiterado esta Sala en sus precedentes, la carga de la prueba para acreditar el diverso **elemento de hecho** necesario para establecer la ilicitud de un traslado o una retención, consistente en que el solicitante *no estuviere ejerciendo en modo efectivo el derecho de custodia a la fecha del traslado*, corresponde al presunto sustractor que se opone a la restitución, y que las excepciones a la restitución deben quedar plena y fehacientemente acreditadas" (párr. 112) (énfasis en el original).

"Sin embargo, tal carga probatoria del presunto sustractor, en estricto sentido, se refiere a las excepciones a la restitución, entre ellas, la antes referida relativa al **no ejercicio efectivo** del derecho de custodia; siendo que, en el caso, antes de juzgar el elemento de hecho aludido, se impone establecer *la existencia del derecho mismo de custodia* (elemento jurídico) y en cuanto a éste, se estima que no cabe relevar en forma absoluta al solicitante de la carga de acreditarlo, pues finalmente es él quien lo postula como fundamento de su derecho y es quien tendría a su alcance la prueba del mismo" (párr. 113) (énfasis en el original).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 52/2017, 22 de agosto de 2018¹⁵⁷ (Carga de la prueba para la excepción de restitución internacional)

Hechos del caso¹⁵⁸

Un señor y una señora contrajeron matrimonio en México y, posteriormente, se fueron a vivir a los Estados Unidos, donde tuvieron a su hija. Dos años después, en 2010, la familia regresó a vivir a México.

¹⁵⁷ Mayoría de cuatro votos. Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

¹⁵⁸ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, núm. 1, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

En el año 2011, el señor le pidió el divorcio a la señora y solicitó que se estableciera un régimen de convivencias para él y su hija. En el acuerdo donde se tuvo por admitida la demanda, se estableció que la señora no podía cambiar unilateralmente el domicilio de su hija, ya que el señor seguía conservando la patria potestad.

La señora dio contestación y en su reconvencción demandó del señor, el pago de una pensión alimenticia, la declaración judicial de la custodia provisional y definitiva de su hija, la disolución del vínculo matrimonial y el pago de una indemnización por los bienes que el señor adquirió durante su matrimonio, dado que ella se había dedicado al trabajo del hogar y al cuidado de su hija.

El procedimiento de divorcio se vio detenido por una excepción de incompetencia y más tarde retrasado por un incidente de recusación con causa. A la par de esos sucesos, la señora y su hija se mudaron de nuevo a Estados Unidos.

En Estados Unidos, la señora promovió un juicio de divorcio. Derivado de este, el señor presentó una solicitud de restitución internacional de su hija. El juez estadounidense que conoció del asunto ordenó negar la petición de restitución debido a que la residencia habitual de la niña estaba en Estados Unidos y porque el señor tardó más de un año, luego de que se mudaron, en hacer la petición.

Luego de esta negativa, el señor contestó la reconvencción de demanda de la señora que seguía en curso en México. Alegó que ella había sustraído a la niña ilegalmente, toda vez que en el acuerdo que admitió la demanda se le había prevenido para que no cambiara su domicilio unilateralmente. El juez que conoció del asunto disolvió el vínculo matrimonial, concedió la custodia de la niña al señor, estableció un régimen de convivencia en favor de la señora y la niña y el pago de alimentos.

Con apoyo en esta sentencia, el señor promovió en Estados Unidos que se le concediera la custodia de la niña y su restitución. La Corte le negó sus peticiones y estableció un régimen de visitas entre el señor y su hija. Además, estableció que ni la señora ni el señor podían sacar a la niña de Estados Unidos sin acuerdo por escrito.

El señor promovió un recurso de apelación para que se revisara la sentencia anterior, pero el juez que conoció del asunto consideró que la resolución era correcta. Durante un tiempo, el señor cumplió con el régimen de visitas establecido en la sentencia, pero unos meses después, sin consentimiento de la madre, trasladó a la niña a México.

Debido a esto, la señora presentó en México una solicitud de restitución internacional de la niña. El juez que conoció del asunto resolvió negar la solicitud de restitución, estableciendo que la misma debía permanecer bajo la custodia del señor, pues consideró que, a causa del tiempo transcurrido entre la sustracción y la solicitud de restitución, la niña se

encontraba adaptada a su vida con el padre. La señora, inconforme con esta decisión, promovió un juicio de amparo. La Corte decidió ejercer la facultad de atracción y conocer del amparo. Más tarde, la Corte resolvió conceder el amparo a la señora, para el efecto de dejar insubsistente la sentencia reclamada, para que se emita otra donde se declare procedente la restitución internacional de la niña.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿A quién le corresponde la carga de la prueba para acreditar una excepción a la solicitud de restitución, porque el niño, niña o adolescente se encuentre efectivamente integrado al nuevo ambiente familiar?
2. ¿A quién le corresponde la carga de la prueba para acreditar que existe un grave peligro de que la restitución internacional exponga al niño, niña o adolescente a un peligro físico o psíquico o a una situación intolerable?

Criterios de la Suprema Corte

1. El progenitor sustractor tiene la carga de probar que la niña, niño o adolescente se encuentra efectivamente integrado a su nuevo ambiente familiar y que, por tanto, se actualiza una excepción a la restitución internacional.
2. La carga de la prueba le corresponde al progenitor que se opone a la restitución, quien debe acreditar con pruebas fehacientes, que, de darse la restitución, existe un grave riesgo de que la restitución del niño, niña o adolescente lo exponga a un peligro físico o psíquico o lo ponga en una situación intolerable.

Justificación de los criterios

1. La Suprema Corte expresó que "el artículo 12 de la Convención distingue dos hipótesis para la procedencia de la excepción relativa a la integración del menor a su nuevo ambiente: a) en cuanto a que la solicitud de restitución hubiera sido presentada dentro del año siguiente contado a partir de la sustracción; y b) que hubiera sido presentada después de un año, para lo cual la restitución ya no será inmediata, pues estará sujeta a un examen de ponderación para determinar la adaptación del menor a su nuevo ambiente" (pág. 37, párr. 2). "Lo anterior, a fin de determinar si la menor se encuentra bien integrada a su contexto, y en cuyo caso, al ser benéfica la integración, la separación podría provocar un nuevo quiebre emocional, lo cual podría tener repercusiones graves en su ambiente familiar que pueda significar un peligro para su correcto desarrollo psicológico. En consecuencia la carga de la prueba recae sobre el progenitor sustractor, cuya aportación de material probatorio debe ser suficiente para comprobar que la menor se encuentra efectivamente integrada a su nuevo ambiente" (pág. 37, párr. 3).

2. La Suprema Corte sopesó que "como se advierte, el artículo 13 de la Convención, permite negar la restitución en las siguientes hipótesis: (...) b) si la persona que se opone a la restitución demuestra que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o lo ponga en una situación intolerable" (pág. 50, párr. 2). "De ser el caso, la carga de la prueba queda a cargo del progenitor que se opone, que en el caso, no aportó pruebas que acreditarán tal circunstancia, pues no se debe perder de vista que las excepciones a la restitución deben ser interpretadas de manera estricta, por tanto, para considerar que la restitución representará un riesgo para la menor debe haber prueba fehaciente de ello" (pág. 51, párr. 3).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6927/2018, 07 de agosto de 2019¹⁵⁹ (Prueba del consentimiento del progenitor para el traslado de su hijo o hija al extranjero)

Hechos del caso¹⁶⁰

Una pareja se casó en México, pero vivió cerca de nueve años en Estados Unidos, donde tuvieron un hijo. La madre y el hijo viajaron y se quedaron a radicar en México con el supuesto consentimiento del padre. Sin embargo, dos meses y ocho días después del traslado, el padre solicitó la restitución internacional del niño y sostuvo que sólo dio autorización para que su hijo fuera de vacaciones al país.

Un juez familiar en México decretó como medidas cautelares provisionales el aseguramiento del niño para quedar a resguardo de una entidad. No obstante, la madre señaló que ella ejercía la custodia provisional del niño conforme un juicio de guarda y custodia que había promovido en México, de manera que el juez decretó el aseguramiento del niño en el domicilio de la madre. Seguido el procedimiento, donde se escuchó la opinión del niño, quien se opuso a la restitución, el juez familiar negó la restitución solicitada al considerar que no existió traslado ilícito, porque éste se realizó con la autorización del padre del niño; y que no existió tampoco retención ilícita, porque el padre manifestó su consentimiento para la permanencia del niño a través de acciones como enviar dinero a la madre, pagar el servicio de telefonía a la señora y consentir que el niño fuera inscrito a una escuela en México.

El padre apeló la sentencia, pero esta fue confirmada. En contra de la sentencia de apelación, el padre promovió un amparo directo en el que argumentó que efectivamente dio su consentimiento para que su hijo fuera de vacaciones con su madre, pero nunca para

¹⁵⁹ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández.

¹⁶⁰ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, núm. 1, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

que se quedara en México, por lo que la retención había sido ilícita. El tribunal colegiado negó el amparo bajo similares consideraciones que el juez local. El señor interpuso un recurso de revisión en contra de la sentencia y argumentó, entre otras cosas, que la autorización que dio a la madre en ningún momento podía considerarse como aceptación del traslado.

La Primera Sala de la Suprema Corte conoció del asunto y confirmó la sentencia recurrida, ya que, en el caso se acreditaron las excepciones a la restitución internacional de NNA previstas en la Convención Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores consistentes en la existencia de consentimiento o aceptación del progenitor en la permanencia de su hija o hijo en México, y la oposición del niño o niña a la restitución.

Problema jurídico planteado

En los casos de restitución internacional de NNA, ¿cómo se debe acreditar el consentimiento de un progenitor del traslado de su hijo o hija?

Criterio de la Suprema Corte

En los casos de restitución internacional de NNA, ya sea que el consentimiento del traslado del NNA sea tácito o expreso, las pruebas para acreditarlo deben ser aptas para formar convicción en quien juzga al respecto, a efecto de proteger la estabilidad de vida del menor de edad, conforme a su interés superior. El cumplimiento de las obligaciones parentales no puede servir de base para estimar, en el contexto de un procedimiento de restitución internacional, que se ha consentido una retención o traslado.

Justificación del criterio

"[...] [E]l principio del interés superior del menor obliga a considerar que si el solicitante ha consentido la permanencia del menor en el lugar de su refugio, es admisible considerar que tal consentimiento se haya podido actualizar mediante actos consensuales (que para su validez no requieren formalidad alguna), y se haya podido otorgar en forma expresa (verbal, escrita o a través de cualquier otro signo inequívoco), o de manera tácita (a través de actos que autoricen a presumirlo), y por ende, que tal consentimiento pueda acreditarse por los medios adecuados para ello, ya sea a través de prueba directa o mediante prueba indirecta (circunstancial o presuncional), pues lo relevante es que los medios probatorios existentes *sean aptos para formar convicción en el juzgador al respecto*, a efecto de que éste pueda proceder a proteger la estabilidad de vida del menor, como lo más acorde a su interés superior." (Párr. 135). (Énfasis en el original).

"De manera que, el hecho de que las excepciones a la restitución sean de interpretación y de aplicación estricta, no entraña que [...] su acreditación deba restringirse a la prueba

de la existencia de un acto jurídico en el que el consentimiento del padre se haya manifestado de manera expresa, pues tratándose de la expresión del consentimiento en lo que ve a la permanencia del menor en el lugar de refugio, el propio contexto haría difícil que ésta se verificara en una forma expresa, no habiendo razón jurídica para excluir la posibilidad del consentimiento tácito; se reitera, pues lo relevante es que la prueba en sí misma genere la suficiente convicción para tenerlo por demostrado." (Párr. 137).

"[E]l cumplimiento de deberes alimentarios o la realización de conductas en favor del desarrollo del menor de edad, no pueden llevar implícito, *per se*, que existe conformidad o consentimiento sobre el lugar de residencia del menor, pues tales conductas constituyen el cumplimiento de las obligaciones parentales que no puede dejar de realizarse con el ánimo de evitar que se estime existente un consentimiento con la eventual retención de un menor que se alegue sustraído; por lo que no pueden servir de base para estimar, en el contexto de un procedimiento de restitución internacional, que se ha consentido una retención." (Párr. 140). (Énfasis en el original).