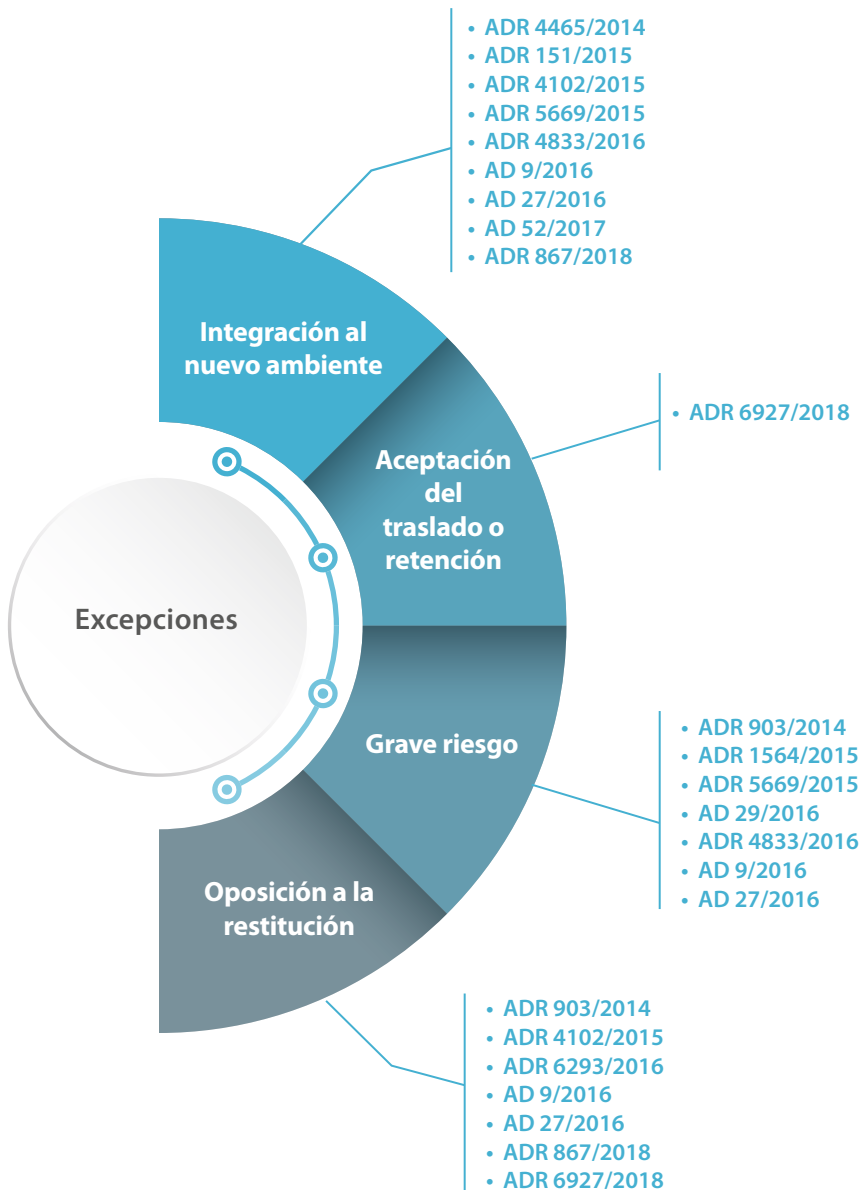




3. Excepciones a la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes



3. Excepciones a la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes

3.1 Integración al nuevo ambiente (tiempo transcurrido entre la sustracción y la solicitud de restitución) [Artículo 12]

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4465/2014, 14 de enero de 2015

Razones similares en el ADR 151/2015, ADR 4102/2015, ADR 5669/2015, ADR 4833/2016, AD 9/2016, AD 27/2016, AD 52/2017 y en el ADR 867/2018

Hechos del caso

Una pareja no casada tuvo una hija en los Estados Unidos. Al poco tiempo del nacimiento de la niña, los padres se separaron y la niña vivía con su madre en California. 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— 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 un juez familiar en 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, sentencia que fue confirmada en apelación. La madre promovió juicio de amparo directo contra la negativa a la restitución, 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 revocó la sentencia y ordenó la restitución. El padre interpuso recurso de revisión competencia de la Suprema Corte y argumentó, entre otras cosas²⁰ que, toda vez que había pasado más de un año entre el momento en que la niña había salido de los Estados Unidos y el inicio del procedimiento de restitución (una vez revocado el primer juicio), ya se había adecuado a su entorno y no debía ordenarse su regreso a ese país.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿El artículo 12 de la Convención²¹ es contrario al interés superior de los niños al establecer que sólo en el caso de que hubiera transcurrido más de un año a partir del momento de la sustracción y el inicio del procedimiento de restitución, puede valorarse si el niño se encuentra integrado a su nuevo entorno y, de ser el caso, negar la solicitud de restitución?

2. ¿A partir de qué momento debe contarse el periodo de un año que prevé el artículo 12 para que opere la restitución inmediata?

Criterios de la Suprema Corte

1. El artículo 12 es acorde con el interés superior de los niños porque busca evitar dilaciones injustificadas que puedan resultar sumamente perjudiciales para los niños.

2. El plazo de un año que establece el artículo 12 debe contarse a partir del momento de la sustracción y hasta que se presenta la solicitud de restitución en el país de origen, y no hasta que la autoridad judicial o administrativa la reciba.

Justificación de los criterios

1. En el artículo 12 de la Convención se distinguen "dos hipótesis para la procedencia de la excepción relativa a la integración a un nuevo ambiente, la primera relativa a que la

Artículo 12. Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halla el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor [...]

²⁰ Esta sentencia también se aborda en el apartado 2.1 sobre interés superior de niñas, niños y adolescentes en el marco del Convenio.

²¹ "Artículo 12. Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente. Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor."

solicitud hubiera sido presentada dentro del año siguiente contado a partir de la sustracción y la segunda que hubiera sido presentada después de dicho periodo de tiempo. El establecimiento del mencionado plazo de un año constituye una abstracción que atiende a las dificultades que pueden encontrarse para localizar al menor." (Pág. 34, último párrafo).

En ese sentido, la Convención establece un periodo indefinido para la restitución de niñas, niños y adolescentes a su lugar de residencia habitual, "con la condición de que si ha pasado más de un año dicha restitución ya no será inmediata, sino que estará sujeta a un examen de ponderación para determinar la adaptación del menor a su nuevo ambiente." (Pág. 35, párr. 1).

El artículo 12 de la Convención es constitucional, pues **"el ideal del Convenio de la Haya es evitar las dilaciones indebidas, las cuales resultan sumamente perjudiciales para el menor involucrado, mediante un mandato de restitución inmediata.** Sin embargo, en atención al propio principio de interés superior del menor, los Estados contratantes reconocieron la posibilidad de que si el menor se encuentra durante un largo periodo de tiempo con el progenitor sustractor —a consideración de la Conferencia de la Haya más de un año—, **se deberá determinar qué resulta más benéfico para el menor y evitar que sufra una nueva quiebra en su ambiente familiar que pueda significar un peligro para su correcto desarrollo psicológico.**" (Pág. 35, párr. 2). (Énfasis en el original).

"No obstante [...], **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.** Lo anterior, 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." (Pág. 37, párr. 2). (Énfasis en el original).

Se cita un precedente²² sobre el tipo penal de sustracción de menores para concluir que "el tiempo que dicho menor hubiese pasado alejado de su familia biológica en virtud de una sustracción ilegal no será un factor que requiera ponderarse. Lo anterior es así, pues al no existir una causal de pérdida de la patria potestad acreditada en juicio, no resulta factible que el tiempo que un menor ha pasado con otras personas justifique tal pérdida,

²² Amparo directo en revisión 553/2014.

pues ello implicaría aceptar que el transcurso del tiempo puede convalidar una situación relativa a menores de edad que no está ajustada a Derecho." (Pág. 36, párr. 1).

2. En relación con la interpretación del artículo 12 respecto a cómo debe contabilizarse el plazo de un año, "los informes explicativos de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado señalan que **la intención de los Estados contratantes fue que dicho plazo se contara no hasta que la autoridad judicial o administrativa correspondiente recibiera la solicitud, sino desde el momento mismo de la presentación de la solicitud**. Lo anterior es así, en tanto que el posible retraso en la acción de las autoridades competentes no debe perjudicar los intereses de las partes amparadas por el Convenio."²³ (Pág. 38, párr. 2). (Énfasis en el original).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 151/2015, 8 de julio de 2015

Razones similares en el ADR 4465/2014, ADR 4102/2015, ADR 5669/2015, ADR 4833/2016, AD 27/2016, AD 52/2017 y en el ADR 867/2018

Hechos del caso

Una pareja tuvo una hija en Estados Unidos. Cuando se separaron se estableció que la niña pasaría de lunes a viernes con su madre y el fin de semana con su padre. El 12 de febrero de 2011, la madre entregó a la niña a su padre, quien esa misma noche fue deportado a México junto con su hija, situación que no comunicó a la señora. El 10 de abril de 2011, la madre presentó la solicitud de restitución de su hija. Seguido el procedimiento, después de diversas búsquedas y más de tres años de presentada la solicitud de restitución, el 7 de marzo de 2014, la niña fue localizada. La juez ordenó que se situara a la niña en un albergue en Ciudad Juárez, Chihuahua y le nombró un tutor. Se dictó sentencia el 14 de marzo de 2014, en la cual se ordenó la restitución y traslado de la menor a su lugar de origen y entrega inmediata a su madre y la convivencia de la menor con ambos padres. La Sala confirmó la resolución de primer grado.

En contra, el padre promovió juicio de amparo directo en el que dijo que se debía negar la restitución de su hija debido a que ya se había adaptado a su nuevo entorno. El Tribunal Colegiado hizo suyos los argumentos del padre y negó la restitución de la niña. Esa decisión fue recurrida por la madre, quien argumentó que había hecho la solicitud de restitución sólo dos meses después de la sustracción, por lo que no era aplicable la excepción a la restitución relativa a la integración al nuevo entorno.

²³ Al respecto véase el punto 108 del Informe Explicativo de la doctora Elisa Pérez-Vera, de la Conferencia de la Haya en Derecho Internacional Privado.

Problema jurídico planteado

¿Es aplicable la excepción prevista en el artículo 12 de la Convención relativa a que la niña no puede ser restituida inmediatamente si ha pasado más de un año de la sustracción y se ha integrado a su nuevo ambiente, cuando la solicitud fue hecha dos meses después de la sustracción?

Criterio de la Suprema Corte

No es aplicable, pues la excepción contenida en el artículo 12 de la Convención está sujeta a una cuestión de temporalidad (de un año) entre la sustracción y la solicitud de restitución.

Justificación del criterio

"[L]a excepción contenida en el artículo 12 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en primer término, se encuentra sujeta a una condición de temporalidad: que transcurra más de un año entre la sustracción del menor y la solicitud de restitución. Sólo en dichos casos, la autoridad competente del Estado puede tener un margen de discrecionalidad para evaluar si el menor efectivamente se encuentra integrado a su nuevo ambiente." (Pág. 41, párr. 4). Se "busca precisamente que los operadores jurídicos mantengan una mínima discrecionalidad en la participación de la restitución con la finalidad de garantizar la correcta aplicación del Convenio y no hacer nugatorios sus objetivos." (Pág. 41, párr. 2).

"[D]icha condición de temporalidad, se justifica desde varias aristas, primero desde el interés superior del menor, pues lo más adecuado para la protección de los menores es su inmediata restitución; segundo, persigue disuadir a aquellas personas que cometen esta acción de trasladar o retener ilícitamente a un menor, pues generalmente buscan que su acción sea legalizada por las autoridades competentes del Estado en el que se refugian, tercero se busca que los derechos de custodia y de convivencia vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás." (Pág. 41, párr. 3).

"[L]a sustracción de la menor tuvo lugar el 12 de febrero de 2011, mientras que la solicitud de restitución fue presentada por la madre de la menor el 10 de abril de 2011, por lo que es evidente que transcurrió poco menos de dos meses entre la sustracción y la solicitud de la progenitora y, por tanto, en virtud de lo expuesto en los apartados anteriores, en el caso no se actualiza la causal de excepción a la restitución inmediata prevista en el artículo 12 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional." (Pág. 41, último párrafo).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4102/2015, 10 de febrero de 2016

Razones similares en el ADR 4465/2014, ADR 151/2015, ADR 5669/2015, AD 9/2016, AD 27/2016 y en el ADR 867/2018

Hechos del caso

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 donde estaba y que no quería 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.²⁴

Problema jurídico planteado

¿Es válido considerar que el niño ya estaba integrado a su nuevo ambiente derivado del tiempo transcurrido entre la sustracción y la solicitud de restitución?

Criterio de la Suprema Corte

Sí es válido, pues en el caso la retención ilegal ocurrió el 10 de diciembre de 2010 y la solicitud de restitución se presentó hasta el mes de febrero de 2014, por lo que es evidente que ya había transcurrido más de un año y era posible verificar si el niño ya se encontraba adaptado a su nuevo ambiente.

Justificación del criterio

"[L]a Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, establece dos hipótesis vinculadas al tiempo que ha transcurrido desde que se produjo el traslado o la retención ilícita y la fecha de la solicitud o demanda ante la autoridad central, pues si ha transcurrido menos de un año, la restitución debe ser inmediata, esto

Artículo 12. [...] 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.

²⁴ Esta sentencia también se aborda en el apartado 3.4, sobre oposición a la restitución.

a fin de evitar que el menor se vea afectado por el cambio de residencia, clima, idioma, costumbres, etcétera del lugar al cual fue trasladado de manera ilegal; no obstante, si transcurrió más de un año, la restitución ya no será inmediata, sino que estará sujeta a un examen de ponderación relativo a la adaptación del menor a su nuevo ambiente, esto con la finalidad de evitar que el menor sufra una nueva quiebra en su ambiente familiar, pues si debido al hecho de que la solicitud o demanda ante la autoridad central, se presenta después de un año de la sustracción o retención ilegal, el menor ya se encuentra adaptado a su nuevo ambiente familiar, la restitución del menor podría resultar en su perjuicio; por ende, en esos casos, ya no procede la restitución inmediata del menor, sino que es necesario valorar la situación en que se encuentra el menor a efecto de no causarle ningún perjuicio." (Pág. 51, último párrafo). (Énfasis en el original).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 5669/2015, 13 de abril de 2016

Razones similares en el ADR 4465/2014, ADR 151/2015, ADR 4102/2015, AD 9/2016, AD 52/2017 y en el ADR 867/2018

Hechos del caso

Una mujer y un hombre tuvieron una hija en los Estados Unidos. La madre, luego de denunciar episodios de violencia por parte del padre, decidió trasladarse con la niña a México. El padre inició un procedimiento de custodia legal y física no compartida en Estados Unidos, para comprobar que al momento de la sustracción ambos ejercían la custodia de la niña en igualdad de circunstancias. En México, la restitución fue concedida en apelación por la Sala del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa, al considerar que la retención de la niña en un país distinto al de su residencia habitual había sido ilegal.

La madre promovió juicio de amparo directo en contra de esa resolución, al estimar que no se respetó el debido proceso legal ni se le dio la oportunidad real de defensa. El Tribunal Colegiado negó el amparo bajo el argumento de que la restitución se había llevado conforme a lo establecido en la Convención de la Haya. La madre recurrió esa resolución en la Suprema Corte pues consideró, entre otras cosas,²⁵ que el procedimiento previsto en la Convención de la Haya y la orden de restitución no consideraron que la niña ya se encontraba integrada al nuevo ambiente familiar en que vivía.

²⁵ Esta sentencia también se aborda en los apartados 2.1, sobre el derecho a la defensa y la garantía de audiencia; y 3.3, sobre grave riesgo.

Problema jurídico planteado

¿Se puede negar la restitución internacional con base en la integración de la niña a su nuevo ambiente familiar, cuando la solicitud de restitución se hizo tres meses después de la sustracción?

Criterio de la Suprema Corte

La Convención establece que si la solicitud de restitución se presenta dentro del año posterior a la sustracción, ésta debe ser inmediata. Por tanto, los tres meses transcurridos entre los eventos no pueden considerarse suficientes para analizar la posibilidad de que la niña se haya integrado a un nuevo ambiente familiar, pues tampoco existen pruebas que así lo acrediten.

Justificación del criterio

"Al resolver el amparo directo en revisión 4465/2014, esta Primera Sala ya analizó el contenido del artículo 12 en cuestión, y al respecto fue muy clara al establecer que el retraso en el trámite del procedimiento ante el estado requerido, no es una causa para negar la restitución, pues en muchos casos: i) la actividad procesal de las partes tiene justamente como finalidad la dilación del procedimiento a fin de argumentar la integración del menor a su nuevo ambiente, o ii) el sustractor permanece oculto con la finalidad de que transcurra el plazo de un año para legalizar su actuación irregular." (Pág. 51, último párrafo).

En ese sentido, "el plazo de un año debe contar a partir de que el progenitor que pretende la restitución presenta la solicitud o demanda ante la autoridad central, pues el posible retraso en la acción de las autoridades competentes no debe perjudicar los intereses de las partes amparadas por el Convenio." (Pág. 52, párr. 1).

En el caso concreto, "la solicitud de restitución presentada por [el padre de la niña] ante la autoridad central del Estado requirente, se realizó dentro del año en que se suscitó la sustracción de [su hija] (concretamente antes de tres meses), por tanto, en el caso, no puede considerarse la posibilidad de que la menor se encuentre adaptada a su nuevo ambiente, máxime que de las constancias que integran los autos del expediente [...], se desprende que la menor no estuvo en posibilidad de adaptarse a un nuevo ambiente, en tanto que según lo informado por la Directora de Registro y Certificación Escolar, nunca fue inscrita a ningún plantel educativo público o privado acorde a su grado escolar; además, de acuerdo con las constancias que se tienen a la vista al momento de emitir la presente resolución, desde el inicio del procedimiento, concretamente desde el día veintidós de enero de dos mil catorce, la menor se encuentra en la Casa Cuna del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia de Culiacán; en donde según lo indicado

en la diligencia de nueve de abril de dos mil catorce, la menor presenta indicadores de desvalorización, ansiedad y angustia, además de que se le dificulta interactuar con los demás niños, permaneciendo alejada, así como también se le dificulta prestar atención y seguir instrucciones." (Pág. 55, párr. 1).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4833/2016, 21 de junio de 2017

Razones similares en el ADR 4465/2014 y en el ADR 151/2015

Hechos del caso

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 de familia resolvió que se acreditaba la procedencia de la restitución.

El padre promovió 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 los niños 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 había sido. La sentencia fue recurrida en la Suprema Corte por el padre, quien argumentó, entre otras cosas,²⁶ que en el tiempo transcurrido las niñas se habían adaptado a su nuevo entorno.

Problema jurídico planteado

El procedimiento de restitución se resolvió pasado un año de que se llevó a cabo la sustracción y las niñas han pasado más de dos años viviendo en México ¿Es posible analizar si se habían integrado a su nuevo ambiente familiar, y de ser así, negar la restitución?

Criterio de la Suprema Corte

Debe restituirse de forma inmediata a las niñas cuando hubiere transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado y la fecha de solicitud

²⁶ Esta sentencia también se aborda en el apartado 3.3, sobre grave riesgo.

de restitución (en el país de origen). No debe considerarse el tiempo que han permanecido fuera de su lugar de residencia habitual.

Justificación del criterio

"[E]ste Alto Tribunal ha precisado que, de los informes explicativos de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, se observa que, la intención de los Estados contratantes, fue que dicho plazo de un año, a que alude el artículo 12 de la Convención, se contara, **no hasta que la autoridad judicial o administrativa correspondiente recibiera la solicitud sino desde el momento mismo de la presentación de la solicitud**, en tanto que, el posible retraso en la acción de las autoridades competentes, no debe perjudicar los intereses de las partes amparadas por el Convenio." (Párr. 80). (Énfasis en el original).

También se ha precisado que "para que se actualice esa excepción a la restitución inmediata, no basta simplemente que la solicitud se hubiere presentado fuera del plazo de un año referido, sino que será necesario que el sustractor, que cometió la conducta ilícita, pruebe suficiente y fehacientemente, el hecho de que el menor se encuentra efectivamente integrado a su nuevo ambiente." (Párr. 82).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 9/2016, 6 de septiembre de 2017

Razones similares en el ADR 4465/2014, ADR 4102/2015 y en el ADR 5669/2015

Hechos del caso

Una pareja se casó y tuvo una hija en los Estados Unidos. Posteriormente, se divorciaron y por mandato del juez adoptaron un "Plan de crianza" bajo el cual la niña viviría con la madre y que el padre tendría días de visita establecidos. Uno de los días de visita acordados, el padre sustrajo a su hija y la trasladó a México. La madre presentó una solicitud de restitución en ese país. Seguido el procedimiento respectivo, el juez familiar en el Estado de México consideró improcedente la restitución. En apelación, la Sala revocó la sentencia de primera instancia y ordenó el retorno de la niña al considerar que la sustracción efectuada por el padre había sido ilícita.

En contra de esa sentencia, el padre promovió juicio de amparo directo, en el que argumentó, entre otras cosas,²⁷ que la niña ya se encontraba integrada a su nuevo ambiente

²⁷ Esta sentencia también se aborda en los apartados 2.3 sobre la determinación de la existencia del derecho de custodia; 3.3 sobre grave riesgo; 3.4 sobre oposición a la restitución; y 4 sobre el derecho de los niños al contacto transfronterizo y visitas.

familiar en México. En atención a la solicitud del Tribunal Colegiado, la Suprema Corte atrajo el caso.

Problema jurídico planteado

El procedimiento de restitución se resolvió pasados dos años de que se llevó a cabo la sustracción y la niña ha pasado ese tiempo viviendo en México ¿Es posible analizar si se había integrado a su nuevo ambiente familiar, y de ser así, negar la restitución?

Criterio de la Suprema Corte

No se actualiza la excepción a la restitución. La solicitud fue presentada dentro del periodo de un año, sin importar el tiempo que por demoras en el procedimiento la niña lleve fuera de su lugar de residencia habitual; esto aunado a que la prueba pericial en trabajo social realizada no permite llegar a un grado de convicción suficiente para acreditar que la niña se encontraba integrada en su nuevo ambiente familiar.

Justificación del criterio

"[T]ranscurridos apenas tres días de la sustracción ilícita de su hija [María], la tercera interesada [Juana] presentó una denuncia ante una autoridad policiva de Nampa, Idaho y dicha autoridad activó un procedimiento denominado C.A.R.T. [por sus siglas en inglés], dirigido a dar respuesta a la sustracción de la niña. Asimismo, siete días después de la sustracción ilícita de su hija [María], la tercera interesada, compareció **directamente** ante un Consulado Mexicano para reportar la sustracción de su hija, siendo que el mismo día el Cónsul de nuestro país se comunicó con la Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior de la Secretaría de Relaciones Exteriores y puso en su conocimiento la existencia de la sustracción internacional de [María]." (Párr. 262). (Énfasis en el original).

Se debe concluir que "las demoras en que incurrieron las [...] autoridades *no deben perjudicar los intereses de las partes amparadas por el Convenio*, dado que no son imputables a una inacción de la tercera interesada, visto que ésta oportunamente buscó apoyo de dos Estados Parte en el Convenio de la Haya, inclusive su Estado de origen [México], para lograr la restitución de su hija. Siendo de esta manera, la tercera interesada [Juana] presentó su solicitud de restitución internacional tan sólo una semana después de que el quejoso [Pedro] incumpliera su compromiso de restituir a la niña a su hogar materno, por lo que hace claramente inoperante, *ratione temporis*, el agravio relativo a que en la especie está probado que la excepción de **integración en su nuevo ambiente** de [María], establecida en el artículo 12 del Convenio de la Haya de 1980." (Párr. 267). (Énfasis en el original).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 27/2016, 10 de enero de 2018 (relacionado con el Amparo Directo 26/2016)

Razones similares en el ADR 4465/2014, ADR 151/2015 y en el ADR 4102/2015

Hechos del caso

Una mujer y sus dos hijos abandonaron su domicilio en los Estados Unidos y se trasladaron a México. La mujer alegó que sufría de violencia doméstica por parte de su exmarido, quien era el padre de uno de los niños y tenía residencia en los Estados Unidos. El exmarido solicitó la restitución internacional de su hijo siete meses después de la sustracción. Seguido el procedimiento respectivo, la juez familiar negó la restitución al determinar, en esencia, que la madre tenía la guarda y custodia del niño, y que restituirlo implicaba colocarlo en una situación de riesgo. En apelación, la Sala familiar confirmó la negativa de restituir al niño.

El padre promovió juicio de amparo directo en contra de esa sentencia, en el que sostuvo, entre otras cosas,²⁸ que el argumento de la madre sobre que se debía negar la restitución porque el niño se había integrado a su nuevo ambiente familiar no era válido, pues la solicitud de restitución se había hecho antes de que pasara un año de la sustracción. En atención a la solicitud del Tribunal Colegiado, la Suprema Corte atrajo el caso.

Problema jurídico planteado

¿Se puede negar la restitución con el argumento de que el niño se había integrado a su nuevo ambiente de vida familiar cuando la solicitud de restitución se realizó siete meses después de la sustracción?

Criterio de la Suprema Corte

No, sólo puede evaluarse la excepción si hubiera transcurrido un periodo mayor a un año entre que se produjo la sustracción y se solicitó el inicio del procedimiento de restitución.

Justificación del criterio

"En el caso, [el padre del niño] acudió el 24 de abril de 2014, ante el Fiscal del Fuero Común del Condado de Stanislaus, California para solicitar la restitución de su menor

²⁸ Esta sentencia también se aborda en los apartados 2.1 sobre derecho a la defensa y garantía de audiencia, 2.3 sobre determinación de la existencia del derecho de custodia, 3.3 sobre grave riesgo y 3.4 sobre oposición a la restitución.

hijo. Dicha solicitud fue remitida el 27 de mayo de 2014 por la autoridad central en Estados Unidos a su homóloga en México." (Pág. 28, párr. 2).

"Conforme a dicha petición, la Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior de la Secretaría de Relaciones Exteriores —autoridad central— a través del escrito de 12 de agosto de 2014, informó al Tribunal Superior de Justicia del Estado de Baja California Sur, de la solicitud de restitución, y requirió las medidas apropiadas y procedimientos de que dispusiera el órgano jurisdiccional, tendientes a la localización y restitución [del niño]." (Pág. 28, párr. 3).

"En este sentido, atendiendo a que la sustracción de GEE se produjo el 12 de septiembre de 2013, o en fecha aproximada, y la solicitud de restitución fue presentada por el padre el 24 de abril de 2014, es evidente que no se actualiza el requisito de temporalidad, para estar en aptitud de evaluar la excepción contenida en el segundo párrafo del artículo 12 del Convenio de la Haya, puesto que en el caso, la iniciación del procedimiento se realizó **siete meses después de la sustracción del menor.**" (Pág. 28, último párrafo). (Énfasis en el original).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 52/2017, 22 de agosto de 2018

Razones similares en el ADR 4465/2014, ADR 151/2015 y en el ADR 5669/2015

Hechos del caso

Una mujer y un hombre se casaron en México y fueron a vivir a los Estados Unidos, donde nació su hija. Posteriormente regresaron a México y el padre promovió juicio de divorcio contra su esposa por abandono del domicilio conyugal; también solicitó tener convivencias con su hija. El juez de primera instancia decretó un régimen provisional de convivencias en el que la niña viviría con su madre y su padre podría tener convivencias con ella, también dijo que la madre no podía cambiar unilateralmente el domicilio de la niña, pues ambos conservaban la patria potestad. Las convivencias entre la niña y su padre se suspendieron porque, primero, la niña se encontraba mal de salud, y luego, porque la madre se ausentó junto con la niña de su domicilio en México.

De manera paralela al sustanciado en México, el 9 de mayo de 2013 la madre promovió juicio de divorcio en los Estados Unidos en contra de su esposo, en el que manifestó que desde el mes de julio de 2012 residía con su hija en ese país. El padre, al conocer la demanda que se sustanciaba en Estados Unidos, presentó una solicitud de restitución internacional de su hija, la cual fue resuelta en sentido negativo por un juez norteamericano el 22 de enero de 2014, al determinar que la niña tenía su residencia habitual allá y que el padre tardó más de un año en hacer la solicitud.

El padre presentó como prueba en el juicio de divorcio que se llevaba en México la resolución respecto de la solicitud de restitución que le fue negada en los Estados Unidos, para acreditar que la madre había cometido fraude procesal. El juez de primera instancia en México resolvió disolver el vínculo matrimonial y otorgar la custodia de la niña al padre. Con apoyo en esa sentencia, el padre solicitó a la autoridad jurisdiccional estadounidense la determinación de la custodia de la niña, a lo que, por acuerdo de las partes se ordenó un régimen de visitas y, adicionalmente, que nadie podía remover a la niña de los Estados Unidos sin un acuerdo por escrito.

En agosto de 2015 el padre sustrajo a su hija de los Estados Unidos y la trajo con él a México. La madre solicitó la restitución internacional de su hija; el juez de primera instancia en México negó la restitución bajo el argumento de que la niña ya se había integrado a su nuevo ambiente, y dijo que la niña debía permanecer bajo la custodia de su padre.

En contra de la negativa, la señora promovió juicio de amparo directo, donde sostuvo que ella había realizado la solicitud de restitución antes de que pasara un año de la sustracción y, por lo tanto, no podía actualizarse esa excepción.²⁹ El Tribunal Colegiado solicitó a la Suprema Corte el ejercicio de su facultad de atracción, dada la importancia y trascendencia que revestía el asunto; la Primera Sala de la Corte atrajo el caso.

Problema jurídico planteado

¿Se puede negar la restitución con el argumento de que la niña se había integrado a su nuevo ambiente de vida familiar cuando la solicitud de restitución se realizó tres meses después de la sustracción?

Criterio de la Suprema Corte

No, pues la solicitud realizada por la madre de la niña ocurrió antes de que transcurriera un año de la sustracción, sin importar el tiempo que la niña lleve en el país.

Justificación del criterio

"[E]sta Primera Sala señaló que el plazo de un año debe contar a partir de que el progenitor que pretende la restitución presenta la solicitud o demanda ante la Autoridad Central, pues el posible retraso en la acción de las autoridades competentes no debe perjudicar los intereses de las partes amparadas por la Convención." (Pág. 49, párr. 1). "De manera que si en el caso, como ya se dijo, la madre de la menor acudió ante la Autoridad Central antes de que transcurrieran tres meses de la sustracción, es claro que no se puede actualizar la excepción de referencia." (Pág. 49, párr. 2).

²⁹ Esta sentencia también se aborda en el apartado 4, sobre el derecho de los niños al contacto transfronterizo y visitas.

Razones similares en el ADR 4465/2014, ADR 151/2015, ADR 4102/2015 y en el ADR 5669/2015

Hechos del caso

Un hombre canadiense y una mujer mexicana tuvieron dos hijos en México y luego se fueron a vivir a Canadá. Posteriormente, la pareja se separó y acordaron que los niños pasarían de miércoles a sábado con el padre y los días restantes de la semana con la madre. En mayo de 2016, la madre viajó junto con sus hijos de vacaciones a México, pero no volvieron en la fecha acordada para el regreso. El 7 de julio de 2016, el papá solicitó el inicio del procedimiento de restitución internacional. En julio de 2017, el Juez de Exhortos y Cartas Rogatorias del Estado de Nuevo León, resolvió la solicitud y ordenó la restitución de los niños.

En contra de esa resolución, el tutor judicial, promovió juicio de amparo directo en representación de los niños. Argumentó que se debió considerar que pasó más de un año entre la sustracción y la restitución, por lo que la restitución era improcedente. El Tribunal negó el amparo al estimar que la solicitud de restitución fue presentada dentro del año posterior a la sustracción y que la obligación de los Estados parte de la Convención es regresar a los niños a su lugar de residencia habitual. La madre y el tutor, en representación de los niños, presentaron recurso de revisión competencia de la Suprema Corte al considerar que no se debía restituir a los niños porque, entre otras cosas,³⁰ ya se encontraban adaptados a su nuevo ambiente familiar.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿Se puede negar la restitución con el argumento de que los niños se habían integrado a su nuevo ambiente de vida familiar cuando la solicitud de restitución se realizó un mes después de la sustracción?
2. ¿Es obligación del padre presentar pruebas respecto de la integración de los niños a su nueva vida en México?

Criterios de la Suprema Corte

1. No, pues la excepción contenida en el artículo 12 de la Convención está sujeta a una cuestión de temporalidad (de un año) entre la sustracción y la solicitud de restitución

³⁰ Esta sentencia también se aborda en el apartado 3.4, sobre oposición a la restitución.

y, en el caso concreto, se acredita que entre ambos acontecimientos únicamente transcurrió un mes y ocho días.

2. Una vez comprobado que efectivamente no transcurrió más de un año entre la sustracción y la solicitud de restitución, se evidenció que, conforme a lo previsto por la Convención, el padre se encontraba dentro del plazo presupuesto para la restitución internacional inmediata, por lo que no se le pueden solicitar pruebas sobre la integración o no de sus hijos.

Justificación de los criterios

1. "[E]sta Primera Sala al resolver el amparo directo en revisión 4465/2014, analizó el contenido del artículo 12 en cuestión, y al respecto fue muy clara al establecer que el retraso en el trámite del procedimiento ante el estado requerido, no es una causa para negar la restitución, pues en muchos casos: i) la actividad procesal de las partes tiene justamente como finalidad la dilación del procedimiento a fin de argumentar la integración del menor a su nuevo ambiente, o ii) el sustractor permanece oculto con la finalidad de que transcurra el plazo de un año para legalizar su actuación irregular." (Pág. 38, párr. 2).

"Atendiendo a lo anterior, esta Primera Sala señaló que el plazo de un año debe contar a partir de que el progenitor que pretende la restitución presenta la solicitud o demanda ante la Autoridad Central, pues el posible retraso en la acción de las autoridades competentes no debe perjudicar los intereses de las partes amparadas por la Convención." (Pág. 39, párr. 1).

En el caso concreto, los niños debieron ser devueltos por la madre el día 29 de mayo de 2016, pero como no fueron regresados, el padre presentó la solicitud de restitución internacional el día 7 de julio de 2016. (Pág. 40, párr. 1).

Por tanto, [...] "la solicitud hecha por el padre, se realizó **un mes con ocho días** después de que los menores fueron sustraídos y retenidos de manera ilícita por la madre de estos fuera de su país de residencia habitual, por lo que conforme a lo previsto por la Convención se encontraban dentro del término de la presunción para la restitución inmediata." (Pág. 42, párr. 1). (Énfasis en el original).

2. Si el argumento sobre la temporalidad de la solicitud de restitución había quedado fuera de consideración al comprobarse que efectivamente se había hecho poco después de un mes de la sustracción y que el padre había actuado con celeridad y urgencia en beneficio de los niños, no se le puede pedir que recabe y ofrezca pruebas para desestimar que se habían adaptado a su nuevo ambiente de vida. (Pág. 43, párr. 1).

3.2 Aceptación del traslado o retención [Artículo 13, inciso a)]

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6927/2018, 7 de agosto de 2019

Hechos del caso

Una pareja se casó en México, pero vivieron cerca de nueve años en los Estados Unidos, donde tuvieron un hijo. La madre y su hijo viajaron y se quedaron a radicar en México con el supuesto consentimiento del padre. El padre dijo que sólo dio autorización para que su hijo fuera de vacaciones al país, por lo que dos meses con ocho días después del traslado solicitó la restitución internacional. Seguido el procedimiento respectivo, 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 no existió tampoco retención ilícita, porque el solicitante manifestó su consentimiento para la permanencia del niño. En apelación se confirmó esta sentencia.

El padre promovió amparo directo en el que argumentó que efectivamente dio su consentimiento para que su hijo fuera de vacaciones con su madre, pero nunca para que se quedara en México, por lo que la retención había sido ilícita. El Tribunal negó el amparo bajo similares consideraciones que el juez local y agregó que el niño se había opuesto a volver con su padre. El señor interpuso recurso de revisión en contra de la sentencia y argumentó, entre otras cosas,³¹ que la autorización que dio a la madre en ningún momento podía considerarse como aceptación del traslado.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿El consentimiento del solicitante a que alude el artículo 13, inciso a), de la Convención, es susceptible de tenerse por acreditado en forma tácita o debe tratarse de un consentimiento expreso?
2. ¿El cumplimiento de deberes alimentarios o la realización de conductas a favor del desarrollo del niño pueden considerarse como elementos para probar la existencia del consentimiento del traslado o retención?

Criterios de la Suprema Corte

1. El consentimiento puede darse de manera expresa o tácita, pues lo relevante es que los elementos de prueba sean suficientes para generar la convicción de que efectivamente se consintió el traslado o la permanencia del niño en el lugar de refugio.

Artículo 13. No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:
a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención.

³¹ Esta sentencia también se aborda en el apartado 3.4, sobre oposición a la restitución.

2. El cumplimiento de deberes alimentarios o la realización de conductas a favor del desarrollo del niño, por sí solas, no pueden considerarse como elementos para determinar que se consintió el traslado o la retención, pues desincentivaría el cumplimiento de esas responsabilidades en perjuicio del interés superior del niño.

Justificación de los criterios

1. "[L]a excepción relativa [...] al consentimiento o aceptación del solicitante a la "retención" del menor [...] encuentra su justificación objetiva en el hecho de que, para el menor, la sustracción representa un quebranto en su estabilidad familiar y de vida, pues como se ha dicho, se le extrae de su entorno cotidiano, se le aleja de sus relaciones familiares y sociales, posiblemente de vínculos afectivos (con amigos, maestros, etcétera), de los ambientes y actividades a que está acostumbrado; y al mismo tiempo, se le somete a un proceso de adaptación a un nuevo lugar de residencia, en el que ha de empezar a generar nuevas relaciones y a realizar nuevas actividades, para insertarse en un nuevo ambiente, con todas las implicaciones físicas y psicoemocionales que ello conlleva". (Párr. 133).

"Es por ello que, si se comprueba que el solicitante consintió o de algún modo estuvo de acuerdo con que el menor viviera ese proceso de adaptación, la permanencia de éste en su nueva residencia en el Estado de refugio o pierde el carácter de ilícita, o queda demostrado que nunca lo fue (según el momento en que se verifique dicho consentimiento); pero sobre todo, en ese caso se torna inválido que el solicitante pretenda su restitución, porque ello significaría someter nuevamente al menor a un quebranto de su estabilidad de vida." (Párr. 134).

"[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).

"[E]l hecho de que las excepciones a la restitución sean de interpretación y de aplicación estricta, no entraña que, en el caso de la que aquí se estudia, su acreditación deba res-

tringirse 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).

2. Por lo que hace a que las conductas a favor del niño puedan considerarse elementos para considerar que existió consentimiento, se estimó que "es cierto que los actos que las autoridades jurisdiccionales de instancia estimaron acreditados para efectos de hacer derivar de ellos la presunción de que el solicitante consintió la permanencia o retención del menor, relativos a que: el padre enviaba dinero a la madre para sufragar gastos necesarios, que pagaba el servicio de telefonía de ésta, y que autorizó que el niño fuera inscrito en un colegio de la ciudad, *por sí mismos*, no son aptos para considerar justificada la existencia del consentimiento en la permanencia, pues tendrá que estimarse que esas conductas obedecen al cumplimiento de los deberes alimentarios para con el menor de edad y al interés del padre de que el menor no se vea perjudicado mientras los progenitores sostienen el conflicto en relación con su lugar de residencia." (Párr. 139). (Énfasis en el original).

"[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).

"Sin embargo, de pruebas aportadas en el juicio por la madre del menor, así como de manifestaciones y actuaciones invocadas por los padres en el sumario [...], y particularmente del cúmulo de conversaciones que tuvieron el solicitante y la madre del niño a través de aplicaciones digitales desde el mismo momento en que se verificó el traslado y hasta el mes de marzo de dos mil diecisiete ya estando en trámite en México el procedimiento de restitución, así como de las conversaciones del solicitante con las hermanas de la madre, quienes también testificaron en el procedimiento, se colige con la suficiente claridad, *que la madre y el menor vinieron a radicar por tiempo indefinido a Durango, con el consentimiento del padre*." (Párr. 141). (Énfasis en el original).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 903/2014, 2 de julio de 2014

Hechos del caso

Una pareja con residencia en España tuvo dos hijos en aquel país. La madre trasladó a los niños a México bajo el argumento de que vivían una situación de violencia familiar provocada por su esposo. El padre solicitó la restitución internacional de sus hijos, y seguido el procedimiento, al resolver un recurso de revocación, el juez familiar negó la restitución inmediata al considerar que podría causar un daño en la salud psicológica de los niños. En contra de esa sentencia que puso fin al juicio, el padre promovió juicio de amparo directo en el que 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 efectivamente 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 madre impugnó esa resolución en recurso de revisión al considerar, entre otras cosas,³² 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.

Problema jurídico planteado

¿Es obligatorio para los juzgadores analizar si se actualiza la excepción de grave riesgo que prevé el artículo 13, inciso b) de la Convención, cuando existen evidencias que acreditan violencia familiar previa a la sustracción?

Criterio de la Suprema Corte

La omisión de análisis de grave riesgo se traduce en una vulneración directa, además del contenido de la Convención, al principio del interés superior de la niñez. Se debe ponderar la situación particular de los niños, los antecedentes y causas del abandono del hogar conyugal a fin de concluir, con razones suficientes, si en el caso queda comprobado o no el grave riesgo en detrimento de los niños de quienes se solicita la restitución.

³² Esta sentencia también se aborda en los apartados 2.2 sobre interés superior de niñas, niños y adolescentes en el marco de la Convención; 2.3 sobre la determinación de la existencia del derecho de custodia; 3.4 sobre oposición a la restitución.

Justificación del criterio

El juzgador debe aplicar el principio de interés superior de la niñez dependiendo de la situación concreta, se deben considerar los hechos probados y los derechos involucrados para así determinar lo que sea más conveniente para el niño. Medir el grado de afectación con base en las necesidades básicas del niño, como alimentación, cuidado, salud y atención afectiva; especialmente velar por la estabilidad del bienestar del menor (párr. 72). En ese sentido, "no basta la mera presentación de la solicitud de restitución internacional de menores para que ésta sea procedente, sino que, la autoridad auxiliar de la Autoridad Central, debe cerciorarse conforme al interés superior del menor y las propias disposiciones de la Convención de la Haya, si la restitución del menor a su lugar habitual de residencia resulta conveniente a sus intereses, por lo que de advertir la configuración de un riesgo o peligro sin duda debe rehusarse a restituir al menor, para lo cual debe razonarse y motivarse debidamente las conclusiones de la negativa, al igual que de concederse deben expresarse criterios racionales que justifiquen el porqué de la restitución." (Párr. 82).

"[L]os juzgadores deben tomar en cuenta que la violencia familiar por lo regular se encuentra asociada a la violencia de género, lo que implica que la violencia de género no necesariamente debe ser ejercida en contra de un infante para afectarle profundamente. Esto es así, por que las acciones de los adultos que conviven en un mismo núcleo familiar tienen una influencia primordial en el crecimiento del niño o niña, de ahí que, cuando se ejerce violencia de género en el hogar los hijos sufren afectaciones en sus propias visiones sobre el género, así como demuestran normalización de la violencia o bien una indefensión aprendida, afectaciones que además de perjudicar al niño en su desarrollo, constituyen un elemento central en la perpetuación de la violencia de género como fenómeno social." (Párr. 89).

"De ahí que los juzgadores [...] deben 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).

"De suerte que la directriz de impartir justicia con perspectiva de género, no se contrapone con el principio del interés superior del menor, sino por el contrario ambos principios persiguen un mismo propósito: el respeto a los derechos humanos de las personas

involucradas en la controversia, de ahí que al advertir una situación de violencia de género el juzgador está obligado a tomarla en cuenta en toda resolución que emita." (Párr. 91).

"En esa tesitura [...] el Colegiado debió considerar las diversas denuncias por violencia familiar interpuestas por la recurrente y verificar si dicha situación representaba a su vez un riesgo para los menores en el caso de su restitución, o bien debió motivar porque la situación alegada de violencia no significaba un escenario que representara un peligro físico o psíquico a los niños sujetos de la solicitud de restitución." (Párr. 92).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1564/2015, 2 de diciembre de 2015

Razones similares en el ADR 5669/2015

Hechos del caso

Una familia integrada por madre, padre y dos hijos, con residencia en los Estados Unidos, llegaron a vacacionar a México. Durante las vacaciones, la madre denunció ante autoridades mexicanas la existencia de violencia familiar por parte del padre. El señor solicitó la restitución de sus hijos al lugar donde tienen establecida su residencia habitual en los Estados Unidos. El juez de primera instancia negó la solicitud al considerar que no acreditó que ejercía el derecho de custodia sobre sus hijos antes de la "supuesta retención", y que existía una denuncia por violencia familiar presentada por su esposa, lo que implicaba un riesgo para sus hijos.

En contra de la sentencia, el señor promovió 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 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. La resolución fue recurrida por el padre en la Suprema Corte. 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 en los Estados Unidos, respecto del cual aún no existe condena específica.

Problema jurídico planteado

¿La existencia de un proceso penal por la comisión de un delito respecto del cual aún no existe condena específica, es suficiente para considerar que se actualiza el supuesto previsto en el artículo 13, inciso b) de la Convención, en relación con la excepción de grave riesgo?

Criterio de la Suprema Corte

El artículo 13 de la Convención exige que se pruebe de manera fehaciente la existencia de un grave riesgo de que el niño estará expuesto a un peligro físico o psíquico, o que de alguna u otra manera se le pondrá en situación intolerable. Este hecho no se logra demostrar con la simple existencia de un proceso penal en contra de quien solicita la restitución.

Justificación del criterio

Para que se actualice la excepción de grave riesgo a la restitución internacional que prevé el inciso b) del artículo 13 de la Convención, se debe probar que efectivamente el niño "estará expuesto a un peligro físico o psíquico grave" (pág. 46, párr. 1), "situación que no se logra demostrar con la simple existencia de un procedimiento penal en contra de quien solicita la restitución." (Pág. 46, párr. 2).

Son dos los supuestos que deben contemplarse al resolver sobre el caso concreto: primero, que prevalezca el principio de presunción de inocencia, mientras no exista una sentencia que demuestre lo contrario; y segundo, la excepción que se presume actualizada exige prueba plena del riesgo que provocaría la restitución (pág. 46, párr. 1).

Se debe evitar que la sola existencia de un procedimiento penal sea motivo suficiente para acreditar la existencia de grave riesgo y no restituir a los niños, pues ello podría incentivar a que se realicen las "gestiones necesarias" para que se inicie un procedimiento en contra de quien solicita la restitución, y así anular el propósito que se persigue con la Convención. (Pág. 47, último párrafo).

El juzgador, en todo caso, debe conocer el procedimiento penal que se sigue contra la persona que solicita la restitución, para ponderar el delito que se le imputa y la trascendencia o impacto que podría generar en el niño. En este caso, no será lo mismo un proceso penal que se siga por fraude o lesiones contra un tercero que el delito de violación o abuso sexual contra los propios niños. (Pág. 48, párr. 1).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 5669/2015, 13 de abril de 2016

Razones similares en el ADR 1564/2015

Hechos del caso

Una mujer y un hombre tuvieron una hija en los Estados Unidos. La madre, luego de denunciar episodios de violencia por parte del padre, decidió trasladarse con la niña

a México. El padre inició un procedimiento de custodia legal y física no compartida en Estados Unidos, para comprobar que al momento de la sustracción ambos ejercían la custodia de la niña en igualdad de circunstancias. En México, la restitución fue concedida en apelación por la Sala del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa, al considerar que la retención de la niña en un país distinto al de su residencia habitual había sido ilegal.

La madre promovió juicio de amparo directo en contra de esa resolución, al estimar que no se respetó el debido proceso legal ni se le dio la oportunidad real de defensa. El Tribunal Colegiado negó el amparo bajo el argumento de que la restitución se había llevado conforme a lo establecido en la Convención de la Haya. La madre recurrió esa resolución en la Suprema Corte pues consideró, entre otras cosas,³³ que el procedimiento previsto en la Convención de la Haya y la orden de restitución no consideraron que existía un grave riesgo para la niña si era regresada a su lugar de residencia habitual, pues aseguró que el padre tenía la condición de ilegal en los Estados Unidos, era una persona violenta, usaba drogas y, además, la obligó a prostituirse.

Problema jurídico planteado

¿Representaba un grave riesgo para la niña, suficiente para que no fuera restituida a su lugar de residencia habitual, que la madre alegara que el padre tenía una condición migratoria irregular en Estados Unidos; que era una persona violenta; que usaba drogas y que la ha obligado a prostituirse?

Criterio de la Suprema Corte

No, pues no se tiene manera de saber con certeza que efectivamente, como lo argumentó la madre, el padre de la niña era una persona violenta, usaba drogas y la obligó a prostituirse, pues no se aportaron los medios de prueba que corroboraran su dicho. Para demostrar la existencia de grave riesgo es necesario ofrecer pruebas suficientes, sin que baste el dicho de la persona que lo alega y, en el caso, solicitar que se reúnan y ofrezcan las pruebas al respecto podría resultar más grave para la niña al retrasar la resolución del conflicto.

Justificación del criterio

En primer lugar, la condición de ilegal, por sí sola, no es suficiente para negar la restitución de la niña (pág. 56, último párrafo). En segundo lugar, de una valoración psicológica

³³ Esta sentencia también se aborda en los apartados 2.1 sobre derecho a la defensa y garantía de audiencia, y 3.1 sobre integración al nuevo ambiente.

Para demostrar la existencia de grave riesgo es necesario ofrecer pruebas suficientes.

y pruebas periciales en toxicología y toxicomanía practicadas al padre de la niña se desprendió que no sufría ninguna enfermedad psiquiátrica (o actitudes violentas), y además, no dio positivo para el consumo de alguna droga. En consecuencia, no existe razón para negarle la custodia de su hija. (Pág. 57, párr. 2).

En tercer lugar, respecto del dicho de la madre sobre que la obligaba a prostituirse, no existe prueba que así lo corrobore. (Pág. 58, párr. 1).

En ese sentido, requerir a la quejosa para que aporte las pruebas suficientes que sustenten su dicho causaría mayor dilación en el procedimiento, y por tanto mayor afectación al interés superior de la niña (pág. 62, párrs. 1 y 2). Por tanto, la sola existencia de una acusación en contra de quien solicita la restitución no implica que se ponga en riesgo físico o psíquico a la niña, pues dicho riesgo debe probarse fehacientemente. (Pág. 65, párr. 1).

En conclusión, "se debe considerar que una simple acusación del que se opone a la restitución en contra del que la solicita [no] es suficiente para negar la restitución." (Pág. 65, párr. 3).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 29/2016, 15 de febrero de 2017

Hechos del caso

Una pareja se casó y tuvo una hija en México. Cinco años después se divorciaron en los Estados Unidos y, por convenio, determinaron compartir el tiempo de residencia con su hija, quien pasaría algunos meses con la madre en Seattle y otros con el padre en México. El padre incumplió el acuerdo de custodia al no devolver a la niña en la fecha acordada, por lo que la madre inició el procedimiento de restitución. Seguido el procedimiento, la Sala familiar confirmó la sentencia de primera instancia en la que se ordenó la restitución de la niña al estimar que las pruebas aportadas por el padre no resultaron idóneas para desvirtuar el "Plan temporal de crianza" acordado por ambos y del cual surgió el derecho de la madre para solicitar la restitución.

El padre promovió juicio de amparo directo en contra de esa sentencia y señaló, entre otras cosas,³⁴ que restituir a su hija implicaría ponerla en riesgo porque, a decir del padre, la madre sigue una vida de promiscuidad, fiestas, alcohol y ha quedado embarazada de otro hombre. En atención a la solicitud del Tribunal Colegiado, la Suprema Corte atrajo el caso.

³⁴ Esta sentencia también se aborda en los apartados 2.1 sobre derecho a la defensa y garantía de audiencia; y 2.3 sobre determinación de la existencia del derecho de custodia.

Problema jurídico planteado

¿En atención a los argumentos del padre en el sentido de que la madre lleva una "vida de promiscuidad, fiestas y alcohol y que se embarazó de una tercera persona", existe un grave riesgo para la niña si se le restituye a su lugar de residencia habitual?

Criterio de la Suprema Corte

No se acredita la existencia de grave riesgo para la niña, pues la actualización de las excepciones a la restitución previstas en el artículo 13 de la Convención deben ser demostradas por quien se opone al retorno, situación que no ocurre en el caso concreto.

Justificación del criterio

La autoridad debe resolver conforme al interés superior de la niña, y existe una presunción de que su protección se da mediante la restitución a su lugar de origen o residencia habitual (párr. 81). En ese sentido, no basta con acreditar que quien se opone a la restitución es suficientemente apto para cuidar a la niña y que ha procurado su salud, esparcimiento y educación, sino debe también comprobar que la restitución causaría mayor perjuicio que beneficio para la niña, pues el conflicto se centra en resolver si hubo o no un traslado o retención ilícitos, situación que efectivamente aconteció. (Párr. 82).

Finalmente, la forma de vida que lleva la madre, según asegura el padre, no puede ser considerada como una situación grave conforme a la Convención, pues su objetivo es el rechazo del fenómeno de los traslados ilícitos de los niños y no decidir sobre los aspectos relacionados con su custodia. (Párr. 83).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4833/2016, 21 de junio de 2017

Hechos del caso

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 de familia resolvió que se acreditaba la procedencia de la restitución.

El padre promovió 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 los niños 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 había sido. La sentencia fue recurrida en la Suprema Corte por el padre, quien argumentó, entre otras cosas,³⁵ que restituir a sus hijas representaba un peligro para ellas, pues la madre se encontraba en una situación migratoria irregular.

Problema jurídico planteado

¿El que el solicitante de la restitución cuente con una situación migratoria irregular en el país de destino puede representar un grave riesgo para las niñas y convertirse en una excepción extraordinaria a la restitución?

Criterio de la Suprema Corte

La condición migratoria del solicitante de la restitución, cuando no es residente legal en el país al que se pide la restitución de las niñas y estas sí lo son, no es causa para actualizar una excepción extraordinaria a la restitución.

Justificación del criterio

El riesgo o la actualización de una detención y consecuente expulsión o deportación del país del padre o madre solicitante, a la luz del artículo 13, inciso b), de la Convención, no puede verse como una hipótesis de excepción a la restitución del niño (párr. 51), pues tal hecho "no tiene la nota de *gravedad* para estimar que exista *peligro de daño a su integridad psíquica* o que se someta al menor a una *situación intolerable* de ordenarse la restitución, pues el precepto convencional se propone proteger al menor de edad de actos o *situaciones dañosas excepcionales*, que se presenten con motivo y en el contexto del desarrollo de su relación particular con el solicitante, y la apuntada, por su naturaleza, en tanto deriva de una situación externa a dicha relación y cuya solución no depende de la decisión o voluntad del progenitor, no encuadra en ese propósito de la norma." (Párr. 52). (Énfasis en el original).

"Si en un contexto de restitución internacional de menores, derivado de una sustracción ilícita, se admitiera como causa de excepción a la restitución, bajo ese supuesto de sometimiento del menor a una situación intolerable, previsto en el artículo 13, inciso b) de la Convención, la situación migratoria del solicitante (su residencia no legal en el país de restitución, aunque el menor de edad sí tenga una residencia legal allí) ello, *implicaría convalidar, de suyo, toda sustracción ilícita que se diere en esa situación, haciendo nugatorio el propio procedimiento de restitución en tales casos*, y, sin duda, ello sería contrario

³⁵ Esta sentencia también se aborda en el apartado 3.1 sobre integración al nuevo ambiente.

al propósito de la Convención" (párr. 54, énfasis en el original); y de la regla general de restitución inmediata.

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 9/2016, 6 de septiembre de 2017

Hechos del caso

Una pareja se casó y tuvo una hija en los Estados Unidos. Posteriormente, se divorciaron y por mandato del juez adoptaron un "Plan de crianza" bajo el cual la niña viviría con la madre y que el padre tendría días de visita establecidos. Uno de los días de visita acordados, el padre sustrajo a su hija y la trasladó a México. La madre presentó una solicitud de restitución en ese país. Seguido el procedimiento respectivo, el juez familiar en el Estado de México consideró improcedente la restitución. En apelación, la Sala revocó la sentencia de primera instancia y ordenó el retorno de la niña al considerar que la sustracción efectuada por el padre había sido ilícita.

En contra de esa sentencia, el padre promovió juicio de amparo directo, en el que argumentó, entre otras cosas,³⁶ que la madre no brindaba los cuidados necesarios para el desarrollo integral de su hija, pues daba más importancia al trabajo que a la niña y que ello la exponía a ser víctima de violencia (física o sexual) por parte de la pareja de la madre, pues era la persona que cuidaba a la niña. En atención a la solicitud del Tribunal Colegiado, la Suprema Corte atrajo el caso.

Problema jurídico planteado

¿Es posible concluir que la restitución de la niña a su lugar de residencia habitual representa un grave riesgo para su integridad física y mental porque —a dicho del padre— la madre dejaba a la niña a cargo de su pareja y no le daba los cuidados necesarios?

Criterio de la Suprema Corte

De las pruebas del caso no es posible concluir que se actualiza la excepción de grave riesgo, pues el padre —a quien le correspondía la carga de la prueba— no acreditó que se pusiera en peligro a la niña.

Justificación del criterio

"[P]ara que un hecho o situación implique un grave riesgo que actualice la aplicación del literal b) del artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980, dicho riesgo debe ser serio,

³⁶ Esta sentencia también se aborda en los apartados 2.3 sobre la determinación de la existencia del derecho de custodia; 3.1 sobre integración al nuevo ambiente; y 4 sobre el derecho de los niños al contacto transfronterizo y visitas.

real, actual y directo siendo que, en principio, estos requisitos deben cumplirse de manera acumulativa en cualquier alegato de parte dirigido a oponerse a que se cumpla la regla general de restitución inmediata; de esta suerte, la carga de la prueba de los hechos o situaciones y la demostración lógica de los restantes requisitos, recae exclusivamente en la parte que pretenda probar la existencia de dicha causal de excepción." (Párr. 323).

El padre dijo que la madre dejaba a la niña al cuidado de su pareja sentimental y que por esa razón estaba en riesgo, pero la madre dijo que la dejaba al cuidado de una niñera (*babysitter*), hecho contra el que el padre no aportó pruebas para desvirtuarlo. (Párr. 326).

El padre alegó que la niña fue víctima de violencia por parte de su mamá e incluso la niña confirmó la violencia sufrida; sin embargo, algunas de las declaraciones de la niña fueron inconsistentes por lo que se advirtió manipulación por parte del padre. En ese caso, el propio padre no probó la violencia que dijo se ejercía en contra de su hija por parte de la madre.

Se consideró "que el dicho de una niña o un niño que alega haber sido víctima de violencia debe ser tenido en cuenta presumiendo *iuris tantum* su veracidad, empero, tal dicho debe ser analizado integralmente, en el marco fáctico y probatorio del asunto del que se trate. En la especie, de un análisis integral de las constancias se tiene que al momento en que [María] refiere haber sufrido los actos de violencia tenía dos años de edad, asimismo, al momento en que se desarrollaron las entrevistas ante el juez a quo y ante la psicóloga, la niña tenía cuatro años de edad y su madurez era de *doce meses por debajo de su edad cronológica*, vistos los diversos déficits de madurez advertidos en el párrafo 292 de esta sentencia. Asimismo, esta Sala ha advertido la existencia de algunas imprecisiones e incluso contradicciones en el relato de la niña y además, se ha declarado que en el relato de la niña se advierten hechos falsos derivados de la manipulación imputable a su padre. Todo ello aunado a la manifestación genérica de la niña de que *no se acuerda de nada* de su vida junto a su madre en la época en que ella misma refiere haber sido maltratada por la tercera interesada, impiden a esta Primera Sala tener por probados **los hechos alegados por el quejoso como constitutivos de un grave riesgo** para la niña." (Párr. 332). (Énfasis en el original).

Finalmente, el padre dice que la pareja de la madre de la niña se dedica al narcotráfico; sin embargo, no probó su dicho. En ese supuesto, no se acreditó la existencia de grave riesgo si la niña vuelve a su lugar de residencia habitual con su madre (párr. 337).

Hechos del caso

Una mujer y sus dos hijos abandonaron su domicilio en los Estados Unidos y se trasladaron a México. La mujer alegó que sufría de violencia doméstica por parte de su exmarido, quien era el padre de uno de los niños y tenía residencia en Estados Unidos. El exmarido solicitó la restitución internacional de su hijo siete meses después de la sustracción. Seguido el procedimiento respectivo, la juez familiar negó la restitución al determinar, en esencia, que la madre tenía la guarda y custodia del niño, y que restituirlo implicaba colocarlo en una situación de riesgo. En apelación, la Sala familiar confirmó la negativa de restituir al niño.

El padre promovió juicio de amparo directo en contra de esa sentencia, en el que argumentó, entre otras cosas,³⁷ que el contar con un registro como ofensor sexual en los Estados Unidos no debe considerarse como un grave riesgo para su hijo al resolver sobre la restitución, pues al hacerlo se vulneran tanto derechos de paternidad como derechos del propio niño. En atención a la solicitud del Tribunal Colegiado, la Suprema Corte atrajo el caso.

Problema jurídico planteado

¿Se acredita la excepción de grave riesgo cuando se prueba que el progenitor que solicitó la restitución era generador de violencia y contaba con antecedentes de abuso sexual?

Criterio de la Suprema Corte

Se acredita la excepción de grave riesgo y se justifica negar la restitución, pues a pesar de que el padre del niño se encuentra sometido a un programa de asistencia para el seguimiento a su estatus de ofensor sexual, se aportaron pruebas suficientes que llevaron a considerar que las conductas del padre pueden afectar la esfera psíquica y emocional de su hijo.

Justificación del criterio

La madre narró que, durante su matrimonio con el padre de su segundo hijo, tanto ella como sus dos hijos vivieron un entorno de violencia familiar y que, aún después del divorcio, el padre de su hijo ejercía violencia física, verbal, sexual y económica al no cumplir con el pago de pensión alimenticia. La madre temía que el padre de su hijo pudiera privarla de la vida o cometer algún abuso sexual en contra de sus hijos y por eso se trasladaron a México (pág. 35, párrs. 3, 4 y último).

³⁷ Esta sentencia también se aborda en los apartados 2.1, sobre derecho a la defensa y garantía de audiencia; 2.3, sobre la determinación de la existencia del derecho de custodia; y 3.1, sobre integración al nuevo ambiente.

La mujer presentó una carta emitida por un Centro para Mujeres en la que se indica que ella y sus dos hijos permanecieron en el mismo, aproximadamente quince días, por la situación de violencia familiar que vivían. También presentó una página de internet en la que aparece el padre de su hijo como ofensor sexual en California, así como la declaración de una mujer que dijo haber sido víctima de abuso por parte de él cuando era menor de edad. (Pág. 35, último párrafo).

También había un estudio socioeconómico y familiar que se practicó a la madre, del que se desprende que luego de casarse con el padre de su hijo, supo que tenía antecedentes como ofensor sexual. Que al inicio de su matrimonio no tenían problemas, pero que con el paso del tiempo comenzaron los episodios de violencia con agresiones físicas, psicológicas y sexuales diariamente en presencia de los dos niños. La madre decidió divorciarse de su esposo y aun así continuaron los episodios de violencia y acoso hacia ella y los niños, con amenazas de quitarle a su hijo. (Pág. 36, párr. 1).

Aunado a ello, de la entrevista practicada al hijo menor, se advierte que presencié peleas entre su madre y su padre y que sí le gustaría ver a su papá, pero sin que peleé con su mamá (pág. 36, último párrafo). En el mismo sentido, la entrevista al hijo mayor evidenció que también presencié episodios de violencia y acoso e intimidación por parte del esposo de su madre (pág. 37, párr. 1). El hijo mayor también narró la precaria situación financiera que vivieron con su madre al vivir en un vecindario peligroso porque no tenían dinero para pagar algo más. Por ello, dijo que le gustaba vivir en México con su familia materna, y que su madre lo trata bien y es amorosa. (Pág. 37, párr. 2).

"En efecto, la **violencia doméstica** 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, último párrafo). (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." (Pág. 39, párr. 1). (Énfasis en el original).

Es innegable que existe un riesgo serio, real, actual y directo, porque las agresiones físicas, psicológicas, sexuales y económicas que presenciaron los niños se traducen en un impacto significativo en su salud emocional y psicológica, que logran calificarse como realmente preocupantes. De ordenarse la restitución, se generaría verdaderamente una situación intolerable, derivada de la violencia doméstica que ejercía el padre, del alto riesgo de no ser acompañado por su cuidadora principal (su madre), y ante la difícil situación que enfrentaría al ser separado de su hermano. (Pág. 41, párrs. 2 y 3; y pág. 47, párr. 2).

A la luz de todo lo anterior, esta Primera Sala advierte que de ordenarse la restitución del niño existiría un riesgo de afectar su integridad, porque a pesar de que el progenitor se encuentra sometido a un programa de asistencia para el seguimiento a su estatus de ofensor sexual, existen elementos que pueden afectar la esfera psíquica y emocional [del niño]. Lo anterior, derivado de la situación de violencia doméstica que ha enfrentado y del hecho de que existe un alto grado de certeza de que ni su madre ni su hermano lo puedan acompañar a su retorno (pág. 38, párr. 3).

3.4 Oposición a la restitución (autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes) [Artículo 13, penúltimo párrafo]

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 903/2014, 2 de julio de 2014

Razones similares en el ADR 6293/2016 y en el AD 9/2016

Hechos del caso

Una pareja con residencia en España tuvo dos hijos en aquel país. La madre trasladó a los niños a México bajo el argumento de que vivían una situación de violencia familiar provocada por su esposo. El padre solicitó la restitución internacional de sus hijos, y seguido el procedimiento, al resolver un recurso de revocación, el juez familiar negó la restitución inmediata al considerar que podría causar un daño en la salud psicológica de los niños. En contra de esa sentencia que puso fin al juicio, el padre promovió juicio de amparo directo en el que 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 efectivamente las pruebas ofrecidas por la madre en relación con la violencia vivida no eran suficientes para que se

Artículo 13. [...] La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

actualizara una excepción a la restitución. La madre impugnó esa resolución en recurso de revisión al considerar, entre otras cosas,³⁸ que se actualizaba la excepción prevista en el penúltimo párrafo del artículo 13 de la Convención, pues dijo que los propios niños se opusieron a la restitución.

Problema jurídico planteado

¿En un procedimiento de restitución internacional es obligación del juzgador escuchar a los niños?

Criterio de la Suprema Corte

Con base en el derecho de NNA a participar en los procedimientos que les afectan, los jueces en los procesos de restitución tienen la obligación de escuchar a los niños.

Justificación del criterio

"[E]s obligación de los Estados garantizar que todo niño y niña puedan expresar sus opiniones 'en todos los asuntos' que le afectan, condición que debe ser respetada y cumplida ampliamente. Consecuentemente, el derecho del niño a participar en los procedimientos jurisdiccionales que le afecten constituye una formalidad esencial del procedimiento a su favor, cuya tutela debe observarse siempre y en todo tipo de procedimiento que pueda afectar sus intereses." (Párr. 103).

"[N]o obstante la edad de los menores, a fin de garantizar el derecho de acceso a la justicia de forma completa de los infantes afectados, al menos es necesario, que el juez familiar que analiza la controversia escuche a un representante de los niños, el cual indudablemente no puede ser alguno de sus progenitores pues éstos no serían imparciales en representar a sus hijos en razón que sus intereses personales también están en conflicto." (Párr. 107).

"Así, de considerar que los menores no pueden participar directamente en el procedimiento, es necesario que se nombre a un representante de los menores, para que opine en su nombre, o bien, se analicen las capacidades y habilidades del niño que ya casi cuenta con cinco años de edad, a fin de verificar si éstas, de acuerdo a su nivel de desarrollo, hacen viable su participación directa en el procedimiento." (Párr. 108).

³⁸ Esta sentencia también se aborda en los apartados 2.2 sobre el interés superior de niñas, niños y adolescentes en el marco del Convenio; 2.3 sobre la determinación de la existencia del derecho de custodia; y 3.3 sobre grave riesgo.

Razones similares en el ADR 6293/2016, AD 9/2016, ADR 867/2018 y en el ADR 6927/2018

Hechos del caso

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 donde estaba y que no quería 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 debe considerarse la sola manifestación del niño para decidir sobre su restitución, pues puede estar manipulada y causar más perjuicio que beneficio para él.³⁹

Problema jurídico planteado

¿La sola manifestación de un niño que ha pasado largo tiempo separado de uno de sus padres, en el sentido de querer permanecer con quien lo sustrajo, es suficiente para considerar válida la oposición a la restitución?

Criterio de la Suprema Corte

La sola manifestación en oposición a la restitución no es suficiente para concederla, pues debe considerarse también la edad y grado de madurez del niño para determinar el valor que debe darse a su manifestación, así como tomar en consideración que la separación ha puesto en desventaja al padre o madre que no ha tenido contacto con el niño con motivo del traslado ilegal.

Justificación del criterio

"[E]l 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

³⁹ Esta sentencia también se aborda en el apartado 3.1 sobre integración al nuevo ambiente.

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).

"[C]uando 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).

"[C]uando 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).

"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).

"Ahora bien, en el caso a estudio no se advierte el desahogo de esa probanza, por tanto, no se puede tener la certeza de que la opinión del menor [José] en el sentido de querer permanecer en México al lado de su madre, se encuentra libre de manipulación por parte de su progenitora." (Pág. 50, párr. 2).

Razones similares en el ADR 903/2014, ADR 4102/2015, AD 9/2016 y en el ADR 6927/2018

Hechos del caso

Una mujer mexicana y un hombre español se casaron y tuvieron dos hijos en España. Posteriormente, se divorciaron y en sede judicial se determinó que el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia sería conjunto. Ese mismo año, la madre y los niños salieron de vacaciones a México, un mes después, ella le comunicó al padre que no volverían a España. El padre solicitó la restitución internacional de los niños. Seguido el procedimiento respectivo, la juez negó la petición al considerar que restituirlos les causaría una afectación grave.

El padre promovió juicio de amparo directo en el que sostuvo que los niños no podían ser separados de su lugar de residencia habitual y que él ejercía la guarda y custodia, por lo que la sustracción fue ilícita. El Tribunal Colegiado negó el amparo y dijo que los propios niños se opusieron a ser restituidos. La sentencia fue recurrida por el padre en la Suprema Corte, quien argumentó, entre otras cosas,⁴⁰ que no debe considerarse la opinión de los niños al decidir sobre su restitución, pues no existen parámetros ni circunstancias objetivas que la Convención establezca para su valoración particular.

Problema jurídico planteado

¿Qué debe considerar el juzgador para resolver sobre la excepción prevista en el artículo 13, penúltimo párrafo, de la Convención, relativa a la oposición del niño a la restitución?

Criterio de la Suprema Corte

Se debe considerar la edad y el grado de madurez del niño, la manifestación del deseo de permanecer en el país, y analizar si existe algún tipo de manipulación por parte de la persona sustractora, así como que la permanencia en el país no sea nociva.

Justificación del criterio

"[E]s claro que el sentido de la norma bajo examen no es permitirle a la niña, el niño o adolescente cuya restitución internacional se solicita, que tome la decisión de regresar o no al Estado de residencia habitual. Dicha interpretación desconocería el propio objeto

⁴⁰ Esta sentencia también se aborda en el apartado 4, sobre el derecho de los niños al contacto transfronterizo y visitas.

y fin del referido Convenio. Por ello, para que la persona sustractora pueda probar plenamente la alegada excepción de oposición de la niña o el niño, debe lograr que, a partir de los medios probatorios aportados, la autoridad judicial adquiera la plena certeza, de que es el querer de la niña o el niño no ser restituido al Estado donde tiene su residencia habitual." (Párr. 97).

"Empero, aun en esta hipótesis, dicha autoridad judicial no estaría en la obligación de tener por probada la excepción a la regla de restitución internacional, pues lo que el Convenio mandata es que sea tenida en cuenta dicha opinión, siempre y cuando sea emitida por una niña o niño del que se advierta cuenta con una edad y grado de madurez suficientes para poder oponerse a su restitución." (Párr. 98).

"[P]ara que el objeto y fin del Convenio de la Haya no sea desconocido, aun en la hipótesis de que la niña, niño o adolescente se oponga válidamente a su propia restitución, dicha opinión debe ser valorada por las autoridades judiciales de manera rigurosa y en el marco de la totalidad de los hechos y las pruebas que obren en el expediente, por lo que, en la hipótesis de que el niño o la niña, teniendo la edad y el grado de madurez suficientes para establecer su oposición a ser restituidos, en efecto se opusiera, dichas autoridades judiciales, si lo consideran justificado, podrán mantener la orden de restitución internacional, si encuentran que la permanencia, en nuestro país, resultaría nociva para el niño o la niña, siempre fundando y motivando de manera clara y suficiente su determinación." (Párr. 99).

"[P]ara analizar la opinión de una niña o un niño que se niega a regresar a su país de residencia habitual, esta Sala considera oportuno seguir los pasos consecutivos y acumulativos que a continuación se describen.

Primer paso: Identificar si la niña o el niño cuentan con la edad y el grado de madurez suficientes para manifestar su deseo de permanecer en el país.

Segundo paso: De satisfacerse el requisito antedicho, analizar si por algún medio la niña o el niño ha manifestado su deseo de permanecer en el país.

Tercer paso: De satisfacerse los requisitos antedichos, analizar si dicho deseo fue libremente expresado por la niña o el niño o si, por el contrario, se debe a algún tipo de manipulación imputable a la persona sustractora o de cualquiera otra persona.

Cuarto paso: De resultar que en efecto la niña o el niño, han expresado, sin manipulación alguna, su deseo de permanecer en el país, verificar si dicha permanencia podría resultar nociva para ella o él, siendo que, sólo en la hipótesis de que dicha permanencia claramente no resulte nociva para la niña o el niño y cumplidos los tres pasos anteriores, se actualizaría la excepción a la regla general de restitución y la niña o el niño podrían permanecer legalmente en México.

En este extremo, en la hipótesis de que la autoridad judicial encuentre que la permanencia de la niña o el niño en México resultaría nociva para ella o él, deberá aplicar la regla general de restitución inmediata. Asimismo, en caso de duda sobre si puede resultarle nociva al niño o la niña su permanencia en el país, la autoridad judicial deberá ordenar su restitución inmediata. En cualquier caso, la motivación de la sentencia deberá ser explícita respecto de cómo fue tomada en cuenta la opinión de la niña o el niño y, de ser el caso, por qué la decisión adoptada no va en el mismo sentido que dicha opinión." (Párr. 100).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 9/2016, 6 de septiembre de 2017

Razones similares en el ADR 903/2014, ADR 4102/2015, ADR 6293/2016 y en el ADR 6927/2018

Hechos del caso

Una pareja se casó y tuvo una hija en los Estados Unidos. Posteriormente, se divorciaron y por mandato del juez adoptaron un "Plan de crianza" bajo el cual la niña viviría con la madre y que el padre tendría días de visita establecidos. Uno de los días de visita acordados, el padre sustrajo a su hija y la trasladó a México. La madre presentó una solicitud de restitución en ese país. Seguido el procedimiento respectivo, el juez familiar en el Estado de México consideró improcedente la restitución. En apelación, la Sala revocó la sentencia de primera instancia y ordenó el retorno de la niña al considerar que la sustracción efectuada por el padre había sido ilícita.

En contra de esa sentencia, el padre promovió juicio de amparo directo, en el que argumentó, entre otras cosas,⁴¹ que era la niña quien se oponía a volver con su madre. En atención a la solicitud del Tribunal Colegiado, la Suprema Corte atrajo el caso.

Problema jurídico planteado

¿Se actualiza la excepción cuando la niña manifiesta oponerse a la restitución, aunque se advierta la posibilidad de manipulación?

Criterio de la Suprema Corte

Para que se actualice la excepción de oposición a la restitución, el juez debe verificar que la manifestación de la niña se encuentre libre de manipulación.

⁴¹ Esta sentencia también se aborda en los apartados 2.3 sobre la determinación de la existencia del derecho de custodia; 3.1 sobre integración al nuevo ambiente; 3.3 sobre grave riesgo; y 4 sobre el derecho de los niños al contacto transfronterizo y visitas.

Justificación del criterio

Para asegurarse de que efectivamente la oposición de la niña a ser restituida obedece a su voluntad y es acorde a su edad y madurez conforme a un juicio propio, se debe hacer una prueba pericial en psicología. (Párr. 285).

Tal como ha quedado establecido en el amparo directo en revisión 4102/2015, primero se debe identificar si la niña cuenta con la edad y grado de madurez para manifestar su deseo de permanecer en el país y si efectivamente lo ha manifestado. Luego, será necesario saber si existió manipulación por parte de la persona sustractora para que la niña manifestara que desea permanecer en el país. Si al final de ese análisis resulta que la niña manifestó, sin manipulación, su deseo de permanecer en el país, entonces se debe verificar si la permanencia pudiera resultar nociva para ella; sólo si ello no ocurre, entonces, puede actualizarse la excepción y la niña podría permanecer en México. (Párr. 291).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 27/2016, 10 de enero de 2018 (relacionado con el Amparo Directo 26/2016)

Hechos del caso

Una mujer y sus dos hijos abandonaron su domicilio en los Estados Unidos y se trasladaron a México. La mujer alegó que sufría de violencia doméstica por parte de su exmarido, quien era el padre de uno de los niños y tenía residencia en los Estados Unidos. El exmarido solicitó la restitución internacional de su hijo siete meses después de la sustracción. Seguido el procedimiento respectivo, la juez familiar negó la restitución al determinar, en esencia, que la madre tenía la guarda y custodia del niño, y que restituirlo implicaba colocarlo en una situación de riesgo. En apelación, la Sala familiar confirmó la negativa de restituir al niño.

El padre promovió juicio de amparo directo en contra de esa sentencia, en el que argumentó, entre otras cosas,⁴² que no era viable delegar en un niño de siete años la decisión de regresar o no a su lugar de residencia y elegir con quien quiere permanecer, si con su madre o con su padre. En atención a la solicitud del Tribunal Colegiado, la Suprema Corte atrajo el caso.

Problema jurídico planteado

¿Se puede tener acreditada la excepción de oposición del menor con base en la manifestación de un niño de siete años respecto de si es su deseo o no volver a su lugar de residencia luego de la sustracción?

⁴² Esta sentencia también se aborda en los apartados 2.1 sobre derecho a la defensa y garantía de audiencia; 2.3 sobre la determinación de la existencia del derecho de custodia; 3.1 sobre integración al nuevo ambiente familiar; y 3.3 sobre grave riesgo.

Criterio de la Suprema Corte

En principio, no se considera viable delegar en un niño la elección sobre si quiere volver o no a su lugar de residencia habitual, lo que debe prevalecer es el derecho de los niños a expresar su opinión y que sea tomada en cuenta. En el caso concreto, no es posible conocer el grado de madurez mental del niño porque no existen pruebas suficientes para saberlo, por lo que no es factible tener por acreditada la excepción.

Justificación del criterio

"El fundamento de la citada excepción radica en el **derecho de los niños a expresar su opinión**, contenido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ahora bien, la operatividad de este derecho, no se traduce en que el infante, decida si regresa o no al Estado de residencia habitual, pues ello sí podría ir en detrimento de su interés superior. Además, podría desconocer tanto el objeto y fin del Convenio de la Haya como la extensa línea jurisprudencial que esta Corte ha realizado del derecho de los niños ha expresar su opinión." (Pág. 30, párr. 2). (Énfasis en el original).

"En efecto, esta Primera Sala, ha puesto en diversos precedentes, especial énfasis en que los niños sean escuchados y que sus opiniones sean tomadas en cuenta. No obstante, esta Corte también ha precisado que la pertinencia de la opinión del menor debe ser evaluada en función de su edad y madurez en relación con el tipo de decisión que los infantes están tomando, sin que la participación implique que deba acatarse indefectiblemente la voluntad del menor, en tanto tal rigidez podría dejar de lado las condiciones específicas que rodean a los niños en casos particulares, lo que se tornaría en detrimento de su propio interés superior." (Pág. 30, párr. 3).

En ese sentido, de una entrevista y estudio socioeconómico se puede advertir que al momento de practicarlos el niño "tenía 7 años y 3 meses de edad, que recuerda que vivía en Estados Unidos, que sus padres discutían, y que ahora vive con sus abuelos maternos. También es posible advertir, que el niño expresó su deseo de tener una relación con su progenitor, supeditada a que no discutiera con su madre; que tiene reticencias para volver a Estados Unidos. Finalmente, se advierte que puede presentar problemas de integración, dificultad para seguir reglas y baja autoestima." (Pág. 33, párr. 1).

"[C]on dichas evaluaciones probatorias puede advertirse que el menor tiene algún conocimiento de la situación de violencia que imperaba entre sus padres y muestra reticencias para volver a los Estados Unidos. Sin embargo, la citada evidencia es insuficiente para determinar el grado de madurez mental del menor. Derivado de ello, no puede tenerse por acreditada la excepción contenida en el artículo 13, inciso b, párrafo segundo de la Convención de la Haya." (Pág. 33, párr. 2).

Convención de los Derechos del Niño
Artículo 12. 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Razones similares en el ADR 4102/2015

Hechos del caso

Un hombre canadiense y una mujer mexicana tuvieron dos hijos en México y luego se fueron a vivir a Canadá. Posteriormente, la pareja se separó y acordaron que los niños pasarían de miércoles a sábado con el padre y los días restantes de la semana con la madre. En mayo de 2016, la madre viajó junto con sus hijos de vacaciones a México, pero no volvieron en la fecha acordada para el regreso. El 7 de julio de 2016, el papá solicitó el inicio del procedimiento de restitución internacional. En julio de 2017, el Juez de Exhortos y Cartas Rogatorias del Estado de Nuevo León, resolvió la solicitud y ordenó la restitución de los niños.

En contra de esa resolución, el tutor judicial, promovió juicio de amparo directo en representación de los niños. Argumentó que se debió considerar que pasó más de un año entre la sustracción y la restitución, por lo que la restitución era improcedente. El Tribunal negó el amparo al estimar que la solicitud de restitución fue presentada dentro del año posterior a la sustracción y que la obligación de los Estados parte de la Convención es regresar a los niños a su lugar de residencia habitual. La madre y el tutor, en representación de los niños, presentaron recurso de revisión competencia de la Suprema Corte, al considerar que no se debía restituir a los niños porque, entre otras cosas,⁴³ ellos mismos han expresado su deseo de permanecer con ella.

Problema jurídico planteado

¿La sola manifestación de los niños que han pasado tiempo alejados de uno de sus padres, en el sentido de querer permanecer con quien los sustrajo, es suficiente para considerar válida la oposición a la restitución?

Criterio de la Suprema Corte

La sola manifestación en oposición a la restitución no es suficiente para concederla, pues debe considerarse también la edad y grado de madurez de los niños para determinar el valor que debe darse a su manifestación, así como tener en cuenta que la separación ha puesto en desventaja al padre o madre que no ha tenido contacto con los niños con motivo del traslado ilegal.

⁴³ Esta sentencia también se aborda en el apartado 3.1, sobre integración al nuevo ambiente.

Justificación del criterio

"[D]e conformidad con el contenido del numeral 13 de la Convención en que se señala que la autoridad judicial o administrativa podrá negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el mismo se opone a su restitución, lo cierto es que al respecto también señala que únicamente es cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones." (Pág. 50, último párrafo). (Énfasis en el original).

"Esta porción normativa hace referencia al derecho que tiene el menor de expresar su opinión libremente, que encuentra pleno sustento en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, pues en términos de este precepto, los Estados parte deben garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio respecto de todos los asuntos que le afectan y ordena tener en cuenta sus opiniones; sin embargo, indica que ello debe ser en función de su edad y su madurez." (Pág. 51, primer párrafo). (Énfasis en el original).

"Esos aspectos son los que se deben tomar en cuenta en la apreciación de la opinión del menor, ya que resultan de suma importancia, pues se presume que entre mayor edad tiene un menor, mayor es su madurez; y que por ende, su opinión, cualquiera que sea, deriva de un juicio propio." (Pág. 51, párr. 2).

"Sin embargo, esta Primera Sala ha reconocido que las niñas y los niños, como titulares de derechos humanos, ejercen sus derechos progresivamente, y que a medida en que se desarrollan van adquiriendo un mayor nivel de autonomía. Este fenómeno se denomina "adquisición progresiva de la autonomía de los niños." (Pág. 51, último párrafo).

"No obstante, es importante aclarar que no todos los niños y las niñas se desarrollan y adquieren madurez en el mismo grado y medida; por tanto, aun y cuando el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce el derecho de los menores a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, debe aclararse que su participación en el juicio respectivo, no depende de una edad específica, ni puede determinarse por una regla fija, pues con independencia de que el citado artículo no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión, el Comité de Derechos del Niño en la Observación General número 12, destaca que hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando aún no puede expresarlas verbalmente, además de que para expresar su opinión el menor no necesariamente debe tener un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto." (Pág. 52, párr. 1). (Énfasis en el original).

"Es importante destacar 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. 53, último párrafo).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6927/2018, 7 de agosto de 2019

Razones similares en el ADR 4102/2015, ADR 6293/2016 y en el AD 9/2016

Hechos del caso

Una pareja se casó en México, pero vivieron cerca de nueve años en los Estados Unidos, donde tuvieron un hijo. La madre y su hijo viajaron y se quedaron a radicar en México con el supuesto consentimiento del padre. El padre dijo que sólo dio autorización para que su hijo fuera de vacaciones al país, por lo que dos meses con ocho días después del traslado solicitó la restitución internacional. Seguido el procedimiento respectivo, el juez familiar negó la restitución solicitada al considerar que *no existió traslado ilícito*, porque éste se realizó con la autorización del padre del menor de edad; y *no existe retención ilícita*, porque el solicitante ha manifestado su consentimiento para la permanencia del niño. En apelación se confirmó la sentencia.

El padre promovió amparo directo en el que argumentó que efectivamente dio su consentimiento para que su hijo fuera de vacaciones con su madre, pero nunca para que se quedara en México, por lo que la retención había sido ilícita. El Tribunal negó el amparo bajo las mismas consideraciones que la autoridad local y agregó que el niño se había opuesto a volver con su padre. El señor interpuso recurso de revisión en contra de la sentencia y argumentó, entre otras cosas,⁴⁴ que no debe considerarse la voluntad del niño para resolver sobre su restitución, pues aunado a la corta edad que tiene (5 años), su manifestación fue en el sentido de querer permanecer donde estaba, y no en el de no querer volver con su padre.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿Para determinar si se actualiza la excepción de oposición a la restitución es necesario que el niño se manifieste expresa y claramente "en contra" de su restitución o bien, es

⁴⁴ Esta sentencia también se aborda en el apartado 3.2, sobre aceptación del traslado o retención.

factible que la oposición se derive a partir de manifestaciones del niño en el sentido de querer permanecer donde se encuentra?

2. ¿Puede estimarse que un niño de cinco años, por su corta edad, tenga plena conciencia sobre la situación en la que se encuentra para que opere la excepción de oposición a la restitución?

Criterios de la Suprema Corte

1. Es válido estimar actualizada la oposición si el niño se manifiesta expresamente en el sentido de negarse a la restitución, como cuando lo hace en el sentido de expresar su deseo de quedarse, pues lo relevante es que sus manifestaciones resulten aptas para estimar probado que el niño quiere quedarse en el lugar de refugio.

2. No es dable negar a un menor de cinco años, sólo con base en su edad, la posibilidad de manifestar una oposición eficaz en cuanto a su restitución, porque existen otros factores para evaluar el grado de madurez y capacidad para entender lo que sucede en el procedimiento que únicamente la edad.

Justificación de los criterios

1. La edad y grado de madurez de los niños permitirá conocer su deseo de regresar a su lugar de residencia habitual o permanecer en el lugar de residencia con motivo de la sustracción; "habrá casos en que el menor claramente exprese no querer regresar a su residencia habitual con el solicitante y al mismo tiempo señalar su deseo de querer quedarse con el sustractor y dé razones de lo uno y de lo otro; o habrá casos en que, el menor manifieste contradictoriamente querer regresar y querer quedarse, o no ser claro en si tiene o no una elección y, por tanto, hacer manifestaciones en ambos sentidos, refiriendo razones positivas y negativas sobre su estadía en la residencia habitual o en el lugar de refugio; incluso, podrá ser que el menor sólo exprese una negativa o bien, el deseo de querer quedarse, sin exponer razones que justifiquen su manifestación." (Párr. 80).

"[L]o relevante en cualquier caso en que se alegue oposición del menor a ser restituido, es que sus manifestaciones y/o las razones que refiera al exponer su opinión, sean claramente suficientes y de la calidad y con la consistencia necesarias, para que permitan al juzgador **comprobar que efectivamente el menor de edad no quiere ser restituido**, porque el conjunto de sus manifestaciones revelen fehacientemente dónde y con quién quieren estar, y las razones de ello." (Párr. 81). (Énfasis en el original).

"De ahí la importancia de que los jueces, cuando escuchen a los menores, tengan la sensibilidad y la diligencia necesaria para dirigir la conversación con ellos de manera en que,

sin invadir esa libre elección o influir de algún modo en sus opiniones, y evidentemente atendiendo a la edad y nivel de desarrollo del menor previamente diagnosticado en una valoración psicológica, sí aborden de manera suficiente y puntual, con objetividad, los aspectos importantes del asunto que puedan realmente permitirles conocer el pensar y el sentir de aquéllos respecto de su situación y, particularmente, en cuanto a si tienen una decisión o una preferencia definida sobre el lugar donde quieren estar y las razones de ello." (Párr. 82). (Énfasis en el original).

"Lo anterior es exigible, porque si bien es cierto que la oposición del menor como excepción a la restitución inmediata, tiene carácter extraordinario, es de interpretación y aplicación estricta y debe quedar plenamente acreditada; y en cuanto a esto último, como lo ha sostenido esta Sala, **la carga de la prueba asiste al sustractor**, también es cierto que, *el sustractor cumple con esa carga probatoria al solicitar al juez que sea escuchada la opinión del menor al respecto*, pero es el juzgador [...] quien debe procurar que esa diligencia **sea eficaz**, primero, ordenando la previa valoración psicológica del menor de edad, que le permita decidir si se dan las condiciones necesarias para que el menor tenga intervención en la diligencia [...], y segundo, porque es el juez quien tiene a su cargo dirigir la plática con el menor de edad y encaminarla al logro de su objetivo." (Párr. 83). (Énfasis en el original).

Finalmente, se insiste en verificar que la opinión del niño **"está libre de manipulación o alienación"** y, en su caso, ponderando las influencias naturales que surgen de la convivencia entre el menor y sus progenitores; esto, para efectos de su valoración." (Párr. 88). (Énfasis en el original).

2. "[E]ntre mayor edad tiene el menor, es posible que su desarrollo psíquico y emocional le permita realizar una elección cada vez más razonada y más sustentada en cuanto al lugar en que quiere seguir desarrollando su vida, por ende, en cuanto a su oposición o no, a ser restituido. Sin embargo, debe reiterarse la imposibilidad de establecer, como una regla fija, que un menor de cierta edad, ubicado en la primera infancia [en el caso, cinco años], no pueda tener la capacidad de emitir una opinión sobre su restitución." (Párrs. 104 y 105).

"Esto, porque [...] no puede afirmarse como una regla general, que un niño de cinco años no tenga la capacidad de tener una comprensión básica de la situación en que se encuentra, pues de inicio, la experiencia indica que un niño de esa edad, sabe y comprende, por lo menos, que ya no está en su lugar de residencia habitual, que viajó a otro país, que está viviendo en otro lugar, que no tiene contacto con uno de sus progenitores (o con la persona que lo cuidaba), o si lo hay, percibe que la convivencia ya no se da de la misma forma y/o con la misma frecuencia, sabe que está conociendo personas nuevas, que ha dejado de ver a las que antes conocía, que ya no va a la misma escuela, que donde

está, en su caso, se habla un idioma diferente" (párr. 106), y sabe también identificar si se encuentra bien con esta nueva dinámica de vida o si prefiere volver a la que tenía antes.

"Por tanto, si bien no se niega que el factor consistente en la edad cronológica, cuando se trata de menores que se ubican en la primera infancia (hasta los 8 años), *puede tener cierta preponderancia en la valoración de la opinión del menor sobre su restitución*, no puede establecerse una regla fija que excluya la posibilidad de que un menor ubicado en ese rango de edad (en este caso cinco años) pueda manifestar una oposición eficaz, de modo que lo que se impone es que el juzgador sea más cuidadoso en ponderar la circunstancia concreta del menor en cuanto a su madurez y/o nivel de desarrollo psíquico y emocional, para determinar la validez de su oposición." (Párr. 108). (Énfasis en el original).