

**Resumen:**

*Excepciones a la restitución internacional de menores.*

[AD 27/2016.](#)

Resuelto el 10 de enero de 2018.

**Hechos:**

En 2006, una mujer (Sra. A) contrae segundas nupcias con el Sr. B en los Estados Unidos y dentro de este matrimonio, en el año 2007, nace su segundo hijo C. La pareja se divorcia en 2013 en el estado de California. El juez decreta que ambos progenitores tendrían la custodia física, conjunta legal y compartida de su menor hijo. Asimismo, el Tribunal indicó que la madre sería la principal encargada de la custodia del menor y definió los días en que el padre conviviría con el niño.

Aproximadamente dos meses después, la mujer, en compañía de sus menores hijos, abandonó su domicilio en el estado de California y se trasladó a territorio mexicano. Lo anterior, sin notificar al padre ni a las autoridades correspondientes del cambio de residencia. —6 años y 3 meses después del nacimiento de C—.

El 24 de abril de 2014, el Sr. B, inició la solicitud de restitución de su menor hijo — 7 meses después de la sustracción de C—. Solicitud que fue remitida a México, para los efectos correspondientes.

El 23 de junio de 2014, el departamento de Justicia del Estado de California, a través de un escrito informó a la autoridad central en México y en Estados Unidos que tenían el reporte de que el progenitor estaba registrado con el estatus de ofensor sexual, sin embargo, señaló que dicha información ya se había presentado ante la autoridad judicial de California antes de resolverse la cuestión de fondo del derecho de custodia. La Jueza del estado de Baja California Sur, en México, admitió la solicitud de restitución internacional de menor en la vía incidental, ordenó notificar a la Sra. A y señaló fecha para la audiencia de pruebas y alegatos.

Mediante escrito de 8 de septiembre de 2014, la Sra. A contestó la solicitud de restitución. En su escrito, la madre enfatizó que su decisión de abandonar su hogar en California y regresar a México, con sus dos menores hijos, fue a raíz de la violencia doméstica a la que era sujeta por su ex cónyuge y el temor de que éste pudiera privarla de la vida o realizar algún abuso sexual en contra de sus hijos, dado que el progenitor estaba registrado como agresor sexual por parte del Estado de California y derivado de ello, manifestó que la restitución de su hijo era improcedente, ya que se actualizaba una situación de riesgo en términos de la excepción contenida en el inciso b) del artículo 13 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

La Jueza de primera instancia dictó sentencia el 23 de septiembre de 2014 —1 año después de la sustracción de C—, en la cual determinó negar la restitución del menor. Inconforme, el padre apeló la sentencia y la sala de apelación dictó sentencia definitiva el 9 de febrero de 2015—1 año y 5 meses después de la sustracción de C—. Se confirma la negativa de restituir al menor, basándose

esencialmente en las mismas razones aportadas por el Juez de primera instancia. Tanto la Sra. A, como el Sr. B inconformes, presentaron un amparo contra la sentencia de segunda instancia —1 año y 6 meses después de la sustracción de C—.

El Tribunal Colegiado de conocimiento solicitó a la Suprema Corte la atracción del amparo por su importancia y trascendencia. La Primera Sala determinó ejercer dicha facultad y resolvió que debido a que el trámite de este juicio se realizó por la vía incidental y a que la Primera Sala ha establecido que, en la medida en la que el orden jurídico mexicano carece de un procedimiento específico para regular los procesos de restitución internacional, el criterio fundamental es que estos procesos se pueden homologar a los juicios sumarios. Por lo tanto, la sentencia de primera instancia puede considerarse el resultado de un proceso definitivo; es decir, se trata de una resolución que fija de manera terminal la cuestión planteada para todos los efectos de la restitución, en términos del artículo 170, fracción I, párrafo segundo, de la Ley de Amparo.

La Primera Sala considera que en el contexto del caso y a la luz de la institución de restitución internacional de menores, se logra acreditar la excepción de grave riesgo en el caso, por lo que se encuentra justificada la negativa de aplicar la regla general de restitución inmediata. Lo anterior de acuerdo a los siguientes:

### **Criterios:**

La Primera Sala parte de su propia doctrina en la que ha dicho que el eje rector de la Convención de La Haya es la protección del interés superior del menor y que lo más adecuado para proteger a los menores trasladados o retenidos ilícitamente radicaba en que la asignación de la guarda y custodia, así como el establecimiento de un régimen de visitas, sea realizado en el país de su residencia habitual. Lo anterior, porque no solo constituye el lugar en donde se podrá decidir de forma más objetiva el régimen que resulta más benéfico para el menor, sino también, porque otra de las finalidades de la propia Convención es precisamente velar porque los derechos de custodia y de visita, vigentes en uno de los Estados contratantes, se respetarán en los demás. Es en este sentido que la Convención de La Haya consagra la regla general de la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita al país en donde residían, al existir la presunción de que ese interés estará mayormente protegido y beneficiado mediante el restablecimiento de la situación previa al acto de sustracción o retención.

Sin embargo, se advierte que la Convención de La Haya reconoce que, en determinados casos específicos, es viable la negativa de restitución de un menor a causa de razones objetivas relacionadas con su persona o entorno, pues la propia Convención establece ciertas excepciones extraordinarias a la obligación general asumida por los Estados contratantes de garantizar el retorno inmediato de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita.

En este orden de ideas, la Sala explica que se han desarrollado dos lineamientos generales para evaluar las excepciones a la regla general de restitución inmediata:

primero, que la discrecionalidad que corresponde a la autoridad competente del Estado receptor para resolver la solicitud de sustracción debe quedar reducida a su mínima expresión; y segundo, que para demostrar plenamente la actualización de alguna de las excepciones, la carga de la prueba recae exclusivamente en quien se opone a la restitución del menor, pues como se mencionó, existe en el marco de la Convención una presunción de que el interés superior del menor es protegido mediante la restitución a su lugar de origen.

Así, la Sala divide su estudio en 5 apartados que atienden los diversos aspectos:

### ***I. El procedimiento de restitución en el Estado mexicano***

La Sala explica que del contenido de la Convención se advierten lineamientos generales a que debe sujetarse ese procedimiento. A saber: que debe designar una Autoridad Central encargada de dar cumplimiento de las obligaciones que impone la Convención y que dicha autoridad central de cada Estado debe, por una parte, promover la colaboración entre las autoridades judiciales o administrativas que tengan competencia para tramitar los procedimientos de urgencia y, por otra parte, por sí misma o por medio de un intermediario, acudir ante dichas autoridades competentes a fin de adoptar las siguientes medidas: (i) localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita; (ii) prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual se adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales; (iii) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable; (iv) intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente; (v) facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio; (vi) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita; (vii) conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado; (viii) garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado; y (ix) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

Las anteriores, constituyen acciones para el procedimiento de urgencia. No obstante, la Sala ha señalado que si bien en México no tenemos “un procedimiento de urgencia” resulta claro que dicho tratado ordena que los asuntos de restitución internacional se tramiten por medio de los procedimientos más expeditos disponibles en los Estados parte, que para el caso de la legislación mexicana son los reconocidos como juicios sumarios o de naturaleza análoga a éstos, al ser los procedimientos más expeditos o breves de los que se dispone en el orden jurídico mexicano atendiendo a las reglas que cada legislación procesal establezca.

En el caso, resulta aplicable la legislación procesal del Estado de Baja California Sur. En seguida, la Sala procede a analizar las acciones realizadas en el ámbito nacional y concluye que, durante la audiencia de pruebas y alegatos, la Jueza certificó la presencia del niño, acompañado de su apoderado legal y de su madre,

acompañada también de su representante. Como primer acto en la audiencia, se desarrolló una plática conciliatoria, en la cual no se llegó a ningún acuerdo. Y que, con dichos elementos, la Jueza de conocimiento emitió sentencia de primera instancia, la cual fue objeto de impugnación en segunda instancia, y respecto de la cual ambas partes interpusieron juicio de amparo.

Aunado a ello, se constata que los derechos del padre fueron respetados en sus extremos, respecto de que tuvo la oportunidad de conocer las reglas generales, etapas, plazos y demás requisitos durante el procedimiento de restitución, sin que se actualizara la obligación de traducir las actuaciones desarrolladas durante el proceso, dado que él mismo reconoció conocer el idioma español y no requerir de interprete.

## ***II. La evaluación del derecho de custodia, en términos de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores***

La Sala determina que es fundado el argumento sobre la incorrecta evaluación de la orden de custodia que se emitió en su país de origen debido a que: el artículo 5° del Convenio de La Haya, establece que el “derecho de custodia” comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia. Mientras que para determinar en qué casos se puede reclamar que el traslado o retención del menor es ilícito, el artículo 3° del Convenio de La Haya, establece que deben ponderarse dos elementos: (i) la existencia de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, por el Estado de residencia habitual del menor; y (ii) el ejercicio efectivo de dicha custodia, antes del traslado o su probable ejercicio de no haberse producido el traslado o retención.

Se refiere el precedente del AD 29/2016 en donde la Sala determinó el contenido del derecho de custodia de acuerdo con los comentarios de la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado y la práctica internacional en el cumplimiento del Convenio y concluye que la protección que el Convenio de La Haya otorga a las relaciones de custodia y convivencia, no exige que el ejercicio del derecho de custodia sea total para considerar que el traslado o retención de un menor pueden ser ilícitos. Así, basta acreditar la existencia de un derecho de custodia, en su expresión más amplia, ejercido de forma efectiva, ya sea separada o conjuntamente, para considerar que el traslado o retención del menor es ilícito.

De acuerdo con lo anterior, y a partir del material probatorio que obra en autos, la Sala concluye que sí se acreditó el supuesto de traslado y retención ilícitos del niño por parte de su madre en términos de la Convención, pues esta no exige la custodia total para acreditar el traslado o retención ilícitos y en el caso, se acreditó que el padre tenía la custodia compartida de su menor hijo.

## ***III. La excepción prevista en el artículo 12 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: integración al nuevo ambiente***

Por otro lado, la Sala resuelve que es fundado el argumento del quejoso respecto de la errónea interpretación de la Convención acerca de que el menor se hubiere

adaptado a su medio ambiente, pues de acuerdo con los precedentes de la Sala, ello sólo es susceptible de evaluarse en los casos en que la solicitud de restitución se realice en un periodo superior a un año desde que se produce la sustracción. Lo anterior, pues en el caso, la solicitud de restitución del menor se realizó siete meses después de que su madre lo sustrajera de Estados Unidos, por lo que, no resultaba viable evaluar la integración del niño a su medio ambiente.

Así, la Sala refiere el ADR 4465/2014, en el que se analizó la excepción de integración del menor a su nuevo ambiente lo que tiene como finalidad, evitar que el menor sufra una nueva quiebra en su ambiente familiar que pueda significar un peligro para su correcto desarrollo psicológico. Y se aclara que, en el citado precedente se puntualizó que el plazo debía computarse desde el momento mismo de la presentación de la solicitud y no hasta que la autoridad judicial o administrativa correspondiente reciba la solicitud (I), además de que para acreditar esta excepción no basta que hubiese transcurrido el referido plazo, sino que el progenitor, que cometió la conducta ilícita, debía probar suficientemente que el niño estaba integrado a su nuevo ambiente (II).

De acuerdo con lo anterior, la Sala explica que el cumplimiento de dichas hipótesis no garantiza la restitución inmediata del menor, sino la posibilidad de su evaluación, y que una vez superadas la hipótesis, el juzgador debe verificar que efectivamente del material probatorio se desprenda que el menor se encuentra plenamente integrado en su nuevo ambiente.

Para ello, el juzgador debe atender a lo siguiente: (i) evaluar la integración en el ámbito físico, es decir verificar que el menor esté efectivamente relacionado con una comunidad y un entorno —no exclusivamente el familiar— y que el niño o la niña se establezca en tales comunidad y entorno; (ii) evaluar la integración en el ámbito emocional, que se define a partir de la seguridad y la estabilidad que la niña o el niño encuentren en su nuevo ambiente; y (iii) el grado de convicción en el juzgador debe de ser alto, sobre la efectiva integración de la niña o el niño a su nuevo ambiente.

#### ***IV. Las excepciones previstas en el artículo 13 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: oposición del menor y grave riesgo***

En este apartado, la Sala procede al análisis de otras excepciones que no se encuentran sujetas a una condición temporal de ningún tipo, por lo que pueden ser alegadas en cualquier momento del procedimiento de restitución.

El artículo 13 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores establece las siguientes (i) si la persona que se opone a la restitución demuestra que la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia o posteriormente aceptó el traslado o retención; (ii) si la persona que se opone a la restitución demuestra que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o lo ponga en una situación intolerable ; y (iii) si se comprueba que el propio menor se opone a la restitución.

En este sentido y de acuerdo con lo planteado por el quejoso, la Sala evalúa solamente las hipótesis contenidas en los incisos (ii) y (iii).

- **La oposición del menor.** La Sala analiza su doctrina respecto del derecho de los niños a expresar su opinión y la interpreta en conjunto con las obligaciones que se desprenden del Convenio. Así, determina que para discernir y examinar el peso de la voluntad del menor, el juzgador debe evaluar los siguientes cuestionamientos: (i) la edad y el grado de madurez mental del menor son suficientes para tomar en cuenta su opinión; (ii) cuál es la perspectiva propia del menor de lo que son sus mejores intereses a corto, mediano y largo plazo; (iii) en qué medida las razones para la objeción están basadas en la realidad, o el menor podría considerar razonablemente que están fundadas en la realidad; (iv) en qué medida las opiniones del menor han estado sujetas a una influencia indebida; (v) en qué medida las objeciones se verán aplacadas con la restitución o con la separación del padre o madre que lo sustrajo; y (vi) en qué medida la opinión del menor coincide o se opone a otras consideraciones relevantes para el interés y bienestar del menor.

En el caso, la Sala concluye que la evidencia que obra en autos es insuficiente para determinar el grado de madurez mental del menor, por lo que no puede tenerse por acreditada la excepción contenida en el artículo 13, inciso b, párrafo segundo de la Convención de La Haya.

- **Grave riesgo.** La Sala encuentra infundado el argumento de que la interpretación y acreditación de esta excepción fue incorrecta. Para sustentar esta determinación, la Sala acude a sus precedentes en los ADR 6293/2016 y AD 9/2016 en los que se estableció que el riesgo alegado en términos de la Convención de La Haya debe ser serio, real, actual y directo y deberá estar plenamente probado. En este sentido, para determinar si se actualiza un grave riesgo el juzgador debe: (i) esclarecer cuál es el riesgo alegado; (ii) determinar si existe material probatorio suficiente para evaluarlo; y (iii) determinar si de la relación entre el riesgo alegado y el material probatorio se actualiza una situación de riesgo serio, real, actual y directo.

De acuerdo con ello, en el caso concreto, la Sala concluye que existió un grave riesgo, toda vez que la madre alegó y probó que el retorno de su menor hijo al lado de su progenitor lo colocaba en una situación de grave riesgo, ya que el progenitor era generador de violencia y contaba con antecedentes de abuso sexual.

En este sentido, la 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 menor.

La Sala aclara que la distinción entre los hechos de violencia sufridos por la madre, respecto de los hijos —ya que el padre no realiza directamente una agresión física o verbal— 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. Afirmación que se sustenta tanto en bibliografía, como en criterios jurisdiccionales extranjeros e internacionales.

También, la Sala precisa que los Tribunales internacionales han identificado como probable factor de riesgo, el hecho de que el cuidador principal no pueda acompañar al menor a su retorno. En atención a este supuesto, es necesario evaluar si la madre puede dar o no acompañamiento al niño a su regreso a los Estados Unidos.

Y en este aspecto, la Sala destaca el apego de los menores con quienes cuidan de ellos, sobre todo en los primeros años de sus vidas. Para ello, refiere los ADRs 6179/2015, 3486/2016 y 4481/2016 y resalta que, a pesar de que se muestra la importancia para el bienestar psicológico y emocional de los infantes que permanezcan al lado de sus figuras de apego, en materia de restitución internacional de los menores, la mayoría de los Tribunales de los Estados parte han adoptado un enfoque estricto al considerar que, en principio, esta situación no se configura como un grave riesgo en términos de la Convención de la Haya, entre algunas de las razones, porque el principal cuidador no podría beneficiarse de una situación que él mismo originó y en todo caso podría acompañar al menor a su lugar de restitución.

No obstante, y dadas las condiciones del caso particular, la Sala considera que ante las adversas circunstancias de violencia física, sexual y económica que padeció la madre durante los últimos meses de su estancia en los Estados Unidos, resulta incierto que pueda dar acompañamiento al niño a su regreso a los Estados Unidos, como la principal encargada de su cuidado, sin que pueda reprochársele o exigírsele una conducta distinta, ya que es evidente, que si existe una negativa de la madre para retornar con el menor, esta se basa en razones importantes derivadas del temor fundado a su seguridad y por cuestiones económicas y no al simple deseo de no querer acompañar a su hijo. Aunado a ello, la separación del niño de su medio hermano, tendría igualmente efectos graves en la estabilidad del menor (ADR 5669/2015, respecto de la presunción de la existencia de lazos emocionales entre hermanos).

#### ***V. El contacto transfronterizo***

Finalmente, la Sala encuentra fundados los argumentos respecto de que las medidas para garantizar la comunicación entre el menor y su padre fueron deficientes. Para justificarlo, la Sala acude a los precedentes de los ADR 6293/2016 y AD 9/2016 en los cuales se evaluó el derecho de visitas entre padres e hijos sustraídos ilícitamente y en los que concluyó que cuando un menor es separado de su madre o padre, en virtud del procedimiento de restitución internacional, ya sea que se haya aplicado la regla de inmediata de restitución o alguna de sus

excepciones convencionales, los niños tienen el derecho humano a mantener relaciones personales y contacto directo y de modo regular, tanto con su padre como con su madre, sin importar que vivan en diferentes países.

En este sentido, se consideró inadmisibles alguna interpretación restrictiva respecto a la obligación del Estado de garantizar el contacto entre padres e hijos, enfatizando que el alcance de la obligación de garantizar el derecho humano a la visita, en términos del Convenio de La Haya, corresponde tanto a la Autoridad Central como a todas las autoridades judiciales, en el marco de sus respectivas competencias, que conocen de un asunto de sustracción internacional.

De acuerdo con ello, la Sala concluye que es evidente que existe la obligación del Estado de actuar con la debida diligencia para asegurar un mecanismo que busque organizar el ejercicio efectivo del derecho de visita y contacto transfronterizo entre los niños afectados por la sustracción internacional y sus progenitores, independientemente si se aplica la regla de inmediata restitución o alguna de sus excepciones, o si las partes lo adujeron. Por otro lado, determina que al evaluar la protección del derecho de los menores a mantener relaciones personales y de trato directo con el padre o madre que no está designado como el cuidador principal, a pesar de lo inviable que resulte establecer lineamientos abstractos o muy generales para salvaguardar el derecho de visitas y convivencias, ya que dependerá de las circunstancias particulares de cada caso el determinar las condiciones de su ejercicio, existen elementos mínimos que debe observar el juzgador al dotar de contenido el régimen de visitas que de determine, y resalta: la edad, necesidades y costumbres de los menores involucrados, el tipo de relación que mantienen con el progenitor, los orígenes del conflicto familiar, la disponibilidad y personalidad de los progenitores, la distancia geográfica entre la residencia habitual de los menores y la del progenitor que tiene visitas, determinar la necesidad de que esté presente una tercera persona, y, en general, cualquier otro factor que permita al juzgador discernir qué régimen de convivencia sería más benéfico para los menores involucrados.

En el caso, la Sala señala que el derecho de custodia compartida de los progenitores; el derecho de la madre de ser la principal encargada y el derecho del padre de mantener visitas con su menor hijo, constituyen cuestiones que indiscutiblemente están reconocidas en la orden de custodia por el Tribunal del Estado de California. Por lo que en la especie se trata de una hipótesis de organización efectiva del derecho de visita y no así en la diversa hipótesis en la que se buscaría definir quién “debe ejercer la guarda y custodia, así como quién debe, en su caso, sujetarse a un régimen de visitas o convivencias”.

No obstante, destaca que del intento de la autoridad responsable por organizar el ejercicio efectivo del derecho de visita y contacto transfronterizo entre el menor y su padre, se advierte que no se desarrolló una evaluación de las circunstancias y condiciones particulares del caso, tales como la distancia en que habitan el menor y su padre, las posibilidades económicas del progenitor para realizar viajes mensuales de la ciudad de California, Estado Unidos a Baja California Sur, México; la posibilidad de remediar una mayor convivencia entre el padre y el menor a través de medios electrónicos, así como la evaluación de las particularidades del menor



para determinar si es viable que la comunicación se desarrolle en solitario o tenga que estar presente una tercera persona en supervisión.

***Resuelve:***

Con fundamento en lo anterior, se concede el amparo de la justicia para que, con base en el análisis constitucional y las consideraciones establecidas en la presente ejecutoria, se dicte otra en la que se reitere la convalidación de la negativa de ordenar la restitución internacional del niño y determine el derecho al contacto transfronterizo y de visitas entre el niño y su padre.