

# CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980

Avances y desafíos en materia de  
restitución internacional  
de niñas, niños y adolescentes

Gabriela Rodríguez Huerta  
Sofía del Carmen Treviño Fernández  
*Coordinadoras*

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Catalogación**

ISBN 978-607-552-177-0

Primera edición: febrero de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Avenida José María Pino Suárez núm. 2  
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc  
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Todos los artículos que la integran obtuvieron dictaminación positiva en doble ciego entre pares.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

**CAPÍTULO 3**  
**Convenio de La Haya de 1980**  
**sobre los aspectos civiles de la sustracción**  
**internacional de menores: excepción**  
**de grave riesgo a través de la**  
**jurisprudencia mexicana**

---

Nuria González Martín



## **Resumen**

A lo largo de la presente contribución abordaremos distintos retos que la sustracción internacional parental de menores representa en México, siendo nuestro enfoque la correcta interpretación jurisprudencial y el desarrollo de buenas prácticas para aplicar la excepción de grave riesgo ante una orden de restitución inmediata, con atención al principio del interés superior del menor. Para efectos de lo anterior, presentamos un breve marco jurídico-conceptual necesario para sentar bases necesarias para el entendimiento de la materia en sí y en concreto el abordaje de la excepción de la restitución internacional de menores por grave riesgo, instaurada en el artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Para efectos de lo anterior, estudiamos siete casos derivados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los cuales se ponen en práctica las disposiciones y excepciones del referido artículo 13(1)(b), permitiendo poner de relieve las buenas prácticas internacionales y las decisiones judiciales en México.

## **I. Introducción**

Las niñas, niños y adolescentes, este sector poblacional vulnerable por antonomasia, pareciera que nunca cobran el protagonismo necesario para que se pueda atender y proteger sus derechos de una manera íntegra en su interés superior.

El interés superior del menor, es el sustento del sistema jurídico de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; una población que adolece de una mayor vulnerabilidad con respecto a los demás sectores y que tiene necesidades específicas. Por ende, en aquellas decisiones en los que se encuentran involucrados, no pueden considerarse otros intereses que prevalezcan, disminuyan o sean contrarios al interés superior del menor. Este principio debe regir las resoluciones de las autoridades judiciales, asegurando así que sea privilegiado frente a otros intereses, realizando el análisis y ponderación de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso.

Los crecientes movimientos migratorios, la permeabilidad de las fronteras, el desarrollo de las comunicaciones y, en general, el fenómeno de la globalización de los últimos tiempos, han contribuido a la unión de parejas de distintas nacionalidades y/o el establecimiento de la residencia de parejas de la misma nacionalidad en terceros países, a los que emigran buscando mejores condiciones de vida. Los conflictos y rupturas que en ocasiones se generan en estas uniones y en las que existen hijos menores ha ocasionado a su vez, entre otros fenómenos, el de la sustracción internacional parental de menores.

La sustracción internacional de menores presenta un problema complejo, en el que uno de los padres traslada o retiene ilícitamente al menor hijo en otro Estado distinto al de su residencia habitual, en infracción a los derechos de custodia legítimamente atribuidos o reconocidos del otro padre sin su consentimiento. Las causas para que uno de los padres actúe

sustrayendo internacionalmente al menor son de diferente naturaleza y calado, así, a veces obedece a motivos económicos, diferencias en las percepciones y concepciones, e incluso motivos tan graves como la violencia doméstica que pudiera estar sufriendo el progenitor sustractor (Lowe, 2015).

La regulación de la sustracción internacional de menores y su restitución es abordada por el derecho internacional privado a través de instrumentos internacionales adoptados por los Estados, que se fundamentan en la idea y la necesidad de la cooperación internacional como presupuesto para su pronta resolución.

El Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores es uno de los instrumentos a los que hacemos referencia, adoptado con los objetivos de (i) proteger al menor en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle su traslado o retención ilícitos; (ii) establecer los procedimientos para garantizar la restitución inmediata del menor trasladado o retenido ilícitamente, al Estado de su residencia habitual; y, (iii) garantizar la protección del derecho de visita y custodia del menor, a través de la cooperación entre las autoridades competentes de los Estados involucrados. Así, los objetivos descritos se encuentran encaminados a la protección del interés superior del menor y bajo esta finalidad, se consagra la idea de la restitución inmediata de éste.

En definitiva, el interés superior del menor en un caso de restitución internacional iría encaminado, con el cuidado debido que amerita semejante aseveración, en el derecho del niño de volver o retornar al lugar de su última residencia habitual, el lugar donde acude a su escuela y convive con sus familiares y amigos, para que una autoridad judicial decida dónde va a vivir y que no sean los padres, quienes de manera unilateral tomen dicha decisión.

Sin embargo, el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores estipula ciertas excepciones a la obligación de los Estados parte de garantizar la restitución inmediata del menor trasladado o retenido de forma ilícita, con base en el multicitado interés superior del menor que se busca proteger. Dichas excepciones, aun cuando no son de aplicación automática, posibilitan a los Estados parte del Convenio a no conceder el retorno del menor en determinadas circunstancias. En el presente trabajo, nos enfocaremos a la excepción consagrada en el artículo 13(1)(b) del Convenio, consistente en la existencia de un grave riesgo para el menor cuya restitución internacional lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o lo ponga en una situación intolerable.

Para abarcar lo descrito con anterioridad, el lector o lectora encontrará que, tras esta breve introducción (I), se analizará el marco jurídico-conceptual de la sustracción/restitución internacional parental de menores en donde se asientan las bases de la normativa internacional que regula la materia, y concretamente, aterrizado en el mencionado Convenio de La Haya de 1980, poniendo especial hincapié en los conceptos de los que se parte: menores/niñas, niños y adolescentes; derecho de guarda o custodia; derecho de visita; sustracción/restitución y el interés superior del menor (II). Una vez planteadas estas bases en general, se prosigue con el abordaje del tema elegido en sí, es decir, la excepción de la restitución internacional de menores por grave riesgo, instaurada en el artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya de 1980 (III). Se asientan los principios torales en torno a la restitución y se aterriza, concretamente, en el ámbito doméstico (IV). Se prosigue con un análisis de la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en torno a la restitución internacional de menores en México, en donde se invoca la excepción de "grave riesgo" y con ello un acercamiento a la interpretación y manejo de esta (V). Se finaliza con una serie de conclusiones que van de lo general a lo particular (VI).



## **II. Marco jurídico-conceptual de la sustracción/restitución internacional parental de menores**

Actualmente, como expresamos, las uniones y los conflictos suscitados entre parejas de distintas nacionalidades o residentes en Estados distintos a los de su nacionalidad de origen, fruto de los crecientes movimientos migratorios, han desencadenado, en los casos donde hay hijos, un aumento exponencial de la denominada sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes por parte de uno de sus padres o progenitores. De esta manera, la sustracción internacional parental de menores se convierte en un problema complejo, en el que, ante las rupturas de estas uniones, uno de los padres traslada o retiene ilícitamente a su hijo o hijos menor/es en otro Estado distinto al de su residencia habitual, en infracción a los derechos de guarda, custodia y visitas legítimamente atribuidos o reconocidos del otro padre.

Al derecho internacional privado le corresponde la regulación de la sustracción internacional parental de menores, a través de instrumentos adoptados por los Estados, en este momento nos basamos en el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (Convenio de La Haya de 1980),<sup>1</sup> y que se encuentran encaminados a restituir de forma inmediata al menor a su Estado de residencia habitual, con la finalidad de procurar la menor afectación a su persona, estableciendo procedimientos expresos que atiendan a la urgencia de la materia, sobre la base de la cooperación y el intercambio de información entre las autoridades competentes de dichos Estados.

---

<sup>1</sup> México ha firmado y ratificado, además del mencionado Convenio de La Haya de 1980, procedente de un foro de codificación universal como es la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH); el Convenio Interamericano sobre Restitución Internacional de Menores de 1994, procedente del foro de codificación regional que representa la Organización de Estados Americanos (OEA). En esta oportunidad sólo nos estamos refiriendo al gestado en el seno de La Haya. Para un mayor abundamiento sobre la materia remitimos, de nuestra autoría, a González Martín, 2009.

De esta manera, a efectos de determinar cuándo estamos ante un traslado o retención ilícita, el cual determina la sustracción y sus aspectos civiles —que no secuestro—, el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980 expresa que se dará: 1) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente a una persona, una institución o cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y 2) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El Convenio de La Haya de 1980 cubre una serie de sectores constitutivos del derecho internacional privado,<sup>2</sup> y por ello, no sobra decir, en este momento, el extraordinario contenido referido a la competencia judicial internacional de este Convenio, es decir, cuál es el juez nacional competente internacionalmente. Ello es así al determinar que hay dos jueces competentes: aquél que decidirá sobre la restitución o no del menor —juez del lugar donde fue trasladado o retenido ilícitamente el menor— y el juez competente para decidir sobre los asuntos de fondo, como es el caso de la patria potestad, guarda, custodia, alimentos, entre otros —juez del lugar de la última residencia habitual del menor antes del traslado o retención ilícita—.

Como vemos, el tema que abordamos es complejo y de ahí el cuidado debido desde la nomenclatura y conceptualización de términos específicos de la materia, el cual amerita que nos detengamos, aunque sea de manera muy sucinta o somera, pero esperamos que eficientemente, en torno a conceptos como: menores/niñas, niños, adolescentes; sustracción/restitución internacional; derechos de guarda y custodia, derechos de visita e interés superior del menor.

---

<sup>2</sup> Sobre los sectores constitutivos del contenido del derecho internacional privado, en general, *Vid.* (Dreyzin de Klor, 2017, *passim*).

Cuando hablamos de menor o menores y no usamos, de manera frecuente, el término relativo a niñas, niños y adolescentes, lo hacemos con el respeto y el cuidado debido a un sector poblacional vulnerable que merece la máxima protección, aquella a la que denominamos integral. El término "menor" es el acuñado por el derecho internacional privado, usado en todos y cada uno de los instrumentos internacionales gestados o creados tanto en el foro de codificación universal como regional; tanto en instrumentos de *hard law* como de *soft law*. Un término, el de menor/es, incluso utilizado por nuestra Suprema Corte, que no es obsoleto ni está abandonado por los derechos humanos, que no es peyorativo ni discriminatorio, pero que sí es utilizado por otras áreas del conocimiento jurídico. Para el derecho internacional privado tiene significado y aplicabilidad absoluta, en donde el valor o debate semántico se vuelca en la protección de cada minoridad, según su edad y grado de madurez y según sus circunstancias y especificidades; con ello tan sólo solicitamos que se nos permita el uso de una terminología inclusiva donde podamos nombrarlos desde la niñez que representan nuestros niños, niñas y adolescentes, nuestros menores objeto de estudio (González Martín y Rodríguez Jiménez, 2011). Al hablar de los sujetos víctimas de la sustracción internacional parental nos referimos a todos aquellos niños, niñas y adolescentes que no tienen más de 16 años.<sup>3</sup>

Igualmente, tenemos que traer a colación otra cuestión conceptual y así, al referirnos a la sustracción internacional estamos haciendo mención, como expresamos, al caso de un menor de 16 años cuya residencia habitual se encontraba en un Estado y fue traslado ilícitamente a otro diferente o fue retenido ilícitamente en ese otro Estado; es decir, es el acto que realiza y materializa uno de los progenitores en violación de los mencionados derechos de guarda, custodia y/o visita; la internacionalización de

---

<sup>3</sup> De conformidad con el artículo 2 del Convenio de La Haya de 1980, este instrumento es aplicable a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado Contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o visita, y dejará de tener aplicación cuando el menor alcance la edad de 16 años.

la misma viene originada por la implicación de dos o más Estados (el de origen y el de destino) cuando se da dicho acto ilícito del traslado o retención.

Por lo tanto, cuando hablamos de una restitución internacional nos referimos a la consecuencia lógica y esperada de la acción de sustracción y/o retención ilícita de un menor; una acción esperada y deseada ante la comisión de los actos descritos. La restitución es el objetivo, la regla, marcada en el Convenio de La Haya de 1980.

El acto es el hecho del traslado y/o retención ilícita y, por tanto, sustracción y la reacción es la restitución, como consecuencia lógico-jurídica que se deriva del proceso mismo y con la finalidad de restablecer el *statu quo* anterior. Si el término acuñado correcto es el de sustracción o restitución internacional de menores, es realmente una cuestión de nomenclatura para darle nombre al acto y a la reacción, sin sustracción no se puede dar una restitución (Rodríguez Jiménez, 2006; González Martín y Rodríguez Jiménez, 2011, *passim*; Matus, 2019, p. 54).

Por otra parte, y trayendo a colación otros conceptos, tenemos que en la normativa convencional el derecho de guarda o custodia encuentra uniformidad conceptual y, con ello, se contribuye a la certeza, eficacia y celeridad requeridas para el tema dedicado a la sustracción/restitución de menores. De acuerdo con el artículo 5 a), de la Convención de La Haya de 1980 es: "El derecho relativo al cuidado del menor y, en particular, el de decidir su lugar de residencia"; en el artículo 3, inciso a), de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores encontramos una definición absolutamente similar y, en ese sentido, se considera que una prohibición de salida de la jurisdicción no respetada por quien traslada al niño permite accionar los mecanismos convencionales. Se abre así una interpretación amplia del concepto de custodia convencional al punto de borrar fronteras entre los derechos de custodia y de visita; algo que la norma interna o doméstica tiende a realizar.

El Informe de Pérez-Vera del Convenio de La Haya de 1980 expresa que: "en el derecho de custodia, el Convenio se limita a señalar que incluye el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, al margen de los posibles mecanismos de protección de sus bienes." (Pérez-Vera, 1980, p. 34).

El propio artículo 3 *in fine* del Convenio de La Haya de 1980, señala que: "el derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado". La expresión de "pleno derecho", se refiere a aquellos casos en que la conducta infractora se produce antes de que haya habido una decisión de la autoridad judicial o administrativa acerca de la custodia y también incluirá el caso de los acuerdos concluidos entre los padres sin homologación o decisión judicial." (González Pedrouzo, 2000).

Igualmente, cuando nos referimos al derecho de visita, en la normativa convencional hay unidad de criterios y así, tanto en el artículo 5 *b*), como en el artículo 3 *b*) del Convenio de La Haya de 1980 y en la Convención Interamericana sobre restitución, respectivamente, se entiende como el "derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual, (Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, 1980, Art. 5)". El mismo informe de Pérez-Vera expresa que la intención del Convenio no es, por supuesto, excluir todas las demás modalidades del derecho de visita; simplemente, se ha querido subrayar que este concepto se extiende también al derecho denominado de alojamiento, una modalidad del derecho de visita que la persona que tiene la custodia del menor ostenta de manera especial. Además, dado que esta nota explicativa no califica en absoluto ese "otro lugar diferente" al que se puede llevar al niño, hay que concluir que el derecho de visita, de acuerdo con el Convenio, incluye también el derecho de visita transfronterizo (Pérez-Vera, 1980), y éste se debe llevar a cabo si se prestan determinadas "garantías previas judiciales o administrativas", tales como a través de la obtención del *exequatur*

o la obtención de garantía consular del retorno, un tema resbaladizo (Lorente Martínez, 2019, p. 168). Por todo ello, se podría decir que el derecho de visita es la "contracara" del derecho de guarda o custodia, derechos que se visualizan legalmente como más estables y duraderos frente a de visitas, como un derecho de carácter transitorio; es decir, un derecho temporal que conllevará a quien no tenga atribuida la guarda del menor a reclamar el derecho de visita.

Llegados a este punto, es interesante expresar que ante una ruptura de pareja, dos son los generadores de falta de acuerdos más comunes: que las partes no alcancen un acuerdo respecto al reparto de dichos derechos generando un traslado ilícito del menor, fuera de su Estado de residencia habitual; y que el detonante sea la falta de acuerdo sobre el traslado del menor generando la falta de acuerdo en los progenitores (Rodríguez Jiménez, 2006, p. 28). En definitiva, de lo que se trata es de afianzar, entre sus derechos alienables, el contacto y acceso con ambos progenitores, en su interés superior, como se desprende de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, la Carta Magna de la niñez, base fundamental de donde derivan el resto de los derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes. Los derechos de guarda, custodia y visita no son derechos que pertenezcan a la esfera de la propiedad de los progenitores; el menor es el único recipiente de ese derecho.

Por último, pero no menos importante, el principio toral que cubre o debería de amparar sin restricción alguna la protección internacional e integral de la minoridad global es el principio del interés superior del menor, el cual tiene su origen en la Sentencia Blissets de 1774 (Eng. Rep. 899, 1774). Dos siglos más tarde, la mencionada Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 supuso un gran avance al incorporar el Interés Superior de la Niñez para la concepción, interpretación y aplicación de cuantas medidas pudieran afectarles, estipulado en su artículo 3 (Torrecuadrada García-Lozano, 2016 y 2020). En la actualidad, es un principio que inspira el reconocimiento jurídico de los dere-

chos de los niños y los dota de una especial jerarquía en caso de conflicto con otros derechos (Hierro Sánchez-Pescador, 2015, p. 24).

El interés superior de la niñez no nos aporta soluciones generales, sino que proporciona un instrumento de ponderación, tal y como expresamos en la introducción, de las circunstancias relevantes en presencia, lo que nos puede conducir a una solución u otra diferente, en función de cuál sea el contexto en cada caso y del niño concreto en relación con el cual se vaya a adoptar la medida. Es un concepto jurídicamente indeterminado, lo que deriva de su volatilidad, ya que hay que dotar de contenido ponderando las circunstancias concretas del caso en presencia, pero además es un principio dinámico, en el que la solución es adaptable a las necesidades actuales del niño, por lo que han de ser medidas revisables o reajustables a la modificación de las necesidades, pero manteniendo la necesaria estabilidad que requiere el menor (González Martín y Rodríguez Jiménez, 2011, p. 22; Rodríguez Jiménez, 2013, p. 5). Nada fácil pero imprescindible para proteger, en este caso, a nuestros hijos de quienes decimos incluso tenerles amor incondicional.

### **III. Excepción de la restitución internacional de menores por grave riesgo: artículo 13(1)(b) Convenio de La Haya de 1980**

Con el panorama definitivo más importante esbozado y ante un supuesto jurídico de esta naturaleza, se inicia un proceso en donde la parte afectada, progenitor perjudicado, presenta la solicitud de restitución del menor ante la autoridad competente, autoridad central, del Estado de su última residencia habitual y se invoca la aplicación del instrumento internacional correspondiente, con la finalidad de obtener la restitución inmediata de dicho menor. Tenemos, entonces, una regla que es la localización inmediata del menor trasladado o retenido ilícitamente y su restitución al lugar de su última residencia habitual, para dirimir los asuntos de fondo que corresponda.

Un proceso que no está falto de dificultades ante la existencia de ciertas excepciones que se encuentran basadas,<sup>4</sup> precisamente, en el principio del interés superior del menor que, de ser invocadas y demostradas, pueden ocasionar que las autoridades judiciales o administrativas ante las que se tramita el procedimiento de restitución del menor nieguen el retorno al Estado de su última residencia habitual (Schuz, 2014). Una de estas excepciones es la estipulada en el artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya de 1980, basada en la existencia de un "grave riesgo", consistente en que la restitución del menor pudiera exponerlo a un peligro grave físico o psíquico, o que de cualquier otra manera lo pusiera en una situación intolerable (Graiewski, 2014, p. 110).

La ausencia de criterios uniformes en la normativa internacional sobre la excepción de grave riesgo a la restitución inmediata del menor origina que quede a consideración de las autoridades judiciales o administrativas de los Estados parte su conceptualización y supuestos de acreditación, lo cual provoca serias diferencias en los procedimientos de restitución en los que se ven involucrados dichos Estados y más aún, la afectación en el interés superior del menor. Es aquí donde las sentencias, y en su caso la jurisprudencia que emiten los órganos jurisdiccionales de los Estados aboga, o deberían abogar, por decisiones claras que eviten un uso y sobre todo un abuso de los criterios de excepcionalidad que solo derivarían en una situación que iría en contra, a todas luces, del reiterado principio del interés superior de la niñez.

Como decimos, dentro del Convenio se establecen los procedimientos que garantizan la restitución de menores de manera inmediata, toda vez que impacta directamente en el interés superior del menor, que puede derivar en afectaciones tanto físicas como psicológicas, debido a la incer-

---

<sup>4</sup> Excepciones a la restitución tales como: artículo 12 Convenio de la Haya de 1980 (integración en el nuevo ambiente); artículo 13.1.a) (aceptación de traslado o retención); artículo 13.1.b) (grave riesgo); artículo 13, párrafo último (oposición a la restitución); artículo 20 (protección de derechos humanos y libertades fundamentales) del Convenio de La Haya de 1980.



tidumbre —por decir lo menos— a la que se enfrentan los niños ante la pérdida de su estabilidad familiar, aunado a la separación del progenitor con quien ha convivido, la necesidad de aprender un nuevo idioma —en algunos casos—, una familia —extensa— desconocida a veces, entre otros (SCJN, 2017, p. 6).

Como consecuencia de lo anterior, el retorno o la restitución de un menor a su *statu quo* anterior es el ideal u objeto al cual el progenitor sustractor busca o acaba por romper, adquiriendo una ventaja injusta al atraer una jurisdicción que le permita obtener la custodia de una manera favorable (Pérez-Vera, 1980, p. 429).

Es importante recordar que la restitución internacional de menores no es más que una respuesta ante su sustracción, con la intención de retornar al menor a su ambiente de desarrollo con el progenitor perjudicado que goza del reconocimiento legal original para incorporar al menor a su domicilio, es decir, restaurar el *statu quo* previo a la sustracción.

Aun cuando la restitución es la regla general, el traslado de un niño puede estar justificado por cuestiones relacionadas con su persona o con el entorno que le era más próximo. Por ende, como decimos, el instrumento internacional reconoce determinadas excepciones extraordinarias; sin embargo, el margen de discrecionalidad de los Estados receptores de la solicitud debe reducirse a su mínima expresión.

En resumidas cuentas, el interés superior debe girar en torno a la localización inmediata y la pronta restitución al lugar de su última residencia habitual previo al traslado o retención ilícita, a menos de que se demuestre alguno de los supuestos de excepción, los cuales deben interpretarse por operadores jurídicos, de la forma más restringida posible, para garantizar la correcta aplicación del ordenamiento internacional y no hacer nugatorios sus objetivos (SCJN, 2017).

Como se dispone en el artículo 12 del Convenio, cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente, la autoridad competente deberá ordenar su restitución inmediata; sin embargo, una de las excepciones más estudiadas y controvertidas se encuentra prevista en el mencionado artículo 13(1)(b) del Convenio, el cual establece a la letra lo siguiente:

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:

[...]

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

[...]

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

Si bien pareciera que el artículo es bastante claro, la definición de los términos de "grave riesgo", "peligro grave físico", "peligro grave psíquico" o "situación intolerable" no se aborda dentro del Convenio, y justamente su ausencia, crea dificultades de interpretación para los tribunales en todo el mundo. Así que, dicha falta de objetividad en el criterio se puede prestar al uso y, como sostenemos, al abuso de este supuesto para evitar la aplicación del derecho y que el progenitor sustractor logre su cometido; dejando con poca credibilidad, la más de las veces, a aquellas víctimas reales de este tipo de violencia y, por ende, creando reticencia e indefensión. Motivos como la violencia física, psíquica o sexual del padre solici-

tante de la restitución, son comúnmente alegados como factor de posible daño a los menores en el supuesto de su restitución, colocando a los jueces del caso en una situación delicada al momento de la decisión sobre la restitución y planteando controversias y discrepancias en la interpretación de esta excepción.

Como consecuencia de todo ello, durante la Séptima Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980, celebrada en octubre de 2017, se expresó que el incremento, especialmente desde 1990, de la alegación de dicha excepción, es el resultado de una serie de factores como: la manera como afecta la violencia doméstica; el cambio en el perfil del sustractor (no necesariamente el progenitor sustractor es el cuidador principal), y la división entre custodia y visita (González Martín, 2019, p. 465).

Debemos tener en cuenta que la fórmula original contenida en el Convenio no busca determinar quién tendrá la custodia legal del menor, sino permitir que el Estado de la última residencia del menor tenga la jurisdicción para determinar dicha custodia. Sin embargo, derivado de la multiplicidad de hipótesis en las que un solo caso pudiera derivar y la relevancia que esto podría tener en la salud física y mental, forzosamente es importante abordar con cuidado esta excepción (Rodríguez Pineau, 2018, p. 24).

Aunado a lo anterior, y de nuevo en conformidad con el Informe Explicativo Pérez-Vera del Convenio, mismo que es un fundamento importante en este tipo de disputas junto con las Guías de Buenas Prácticas, y en especial el borrador de Guía Práctica sobre el artículo 13(1)(b) presentado en octubre de 2017, se argumentó y defendió la interpretación restrictiva propuesta para la aplicación de dicha excepción de grave riesgo, así como las otras excepciones. El fundamento principal de lo anterior es prevenir que la estructura derivada del Convenio no se sature, y por tanto contravenir el espíritu de confianza bilateral entre los Estados involucrados (Pérez-Vera, 1980, p. 34). En ese sentido, se expresa lo

siguiente: "parece necesario subrayar que las excepciones, de los tres tipos examinados, al retorno del menor deben ser aplicadas como tales. Esto implica, ante todo, que deben ser interpretadas de forma restrictiva si se quiere evitar que el Convenio se convierta en papel mojado." (Pérez-Vera, 1980, p. 34).

Asimismo, en el Informe Explicativo se busca aclarar que el supuesto de grave riesgo se refiere a situaciones en las que la sustracción internacional de un menor ha tenido realmente lugar (The Hague Conference on Private International Law, 2017); y si bien no se hace un juicio de valor o legalidad de entrada a tal hecho, sí se evalúa que en el caso de que su retorno se facilitara, el interés superior del menor sería transgredido al ignorar los posibles eventos a los que se pudiera afrontar el mismo y las consecuencias en su salud y cuidado (Pérez-Vera, 1980, p. 121).

En relación con lo anterior, en la mencionada Séptima Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980, se destacaron tres apreciaciones significativas con respecto al borrador de la Guía a integrarse, ya hoy, en la futura Nueva Guía del artículo 13(1)(b). Primero, durante la reunión se expresó la necesidad de realizar esta Guía del artículo 13(1)(b) de manera más concisa y coherente, así como hacerla del conocimiento de los jueces. Después, igualmente, se abordó una inquietud que derivaba del borrador en su parte IV "casos o hechos más frecuentes", la cual parece un inventario de motivos para no retornar al menor y así alentar a los padres sustractores a seguir los argumentos contenidos en dicha Guía; por lo que se sugirió suprimir dicho apartado (IV); y, por último, se expresó que la idea de alegar violencia doméstica, de manera infundada, es algo nocivo y grave, y sólo de manera excepcional puede generar en uno de los padres la necesidad de salir de su residencia habitual. Dicha excepción, cuando se utiliza con la intención de demorar o ralentizar el proceso, se torna en contra de la idea primigenia que es proteger ante una situación palpable de riesgo; no obstante, se ha convertido en habitual y peligroso por el abuso patente, como decimos, dejando en la indefensión situaciones claras de

riesgo grave que se descartan ante la falta de credibilidad por parte de quien recibe sistemáticamente la solicitud de excepción del artículo 13(1)(b), o incluso, cuando la excepción se interpreta de manera amplia o banal (Pérez-Vera, 1980).

El uso o abuso de la invocación de excepciones que buscan omitir la obligación de restituir está permitiendo desvirtuar completamente la naturaleza de la norma internacional de protección a los más vulnerables, además de saturar un sistema de tanta relevancia, pudiendo provocar una especie de retraso en aquellos casos más graves. Así, debemos apuntar que la invocación de la excepción contenida en el artículo 13(1)(b) del Convenio, destinada a obtener su interpretación amplia, se aleja profundamente de los objetivos de este instrumento.<sup>5</sup> Debido a esto, nos encontramos con supuestos como los siguientes:

1. Los padres pueden buscar dilaciones indebidas a través de la regla de excepcionalidad del plazo de un año y así invocar la adaptabilidad del menor a su nuevo entorno o la manipulación o falsedad de un grave riesgo, como la violencia doméstica, dejando indefensos, como ya expresamos, aquellos casos que sí ameritan dicha invocación y protección (González Martín, 2015, pp. 23-33; De la Rosa Cortina, 2010, *passim*).
2. Los órganos judiciales competentes para resolver sobre la restitución, se decantan por aceptar excepciones a "destajo", quizás con una tendencia o inercia hacia la protección de quienes sustraen o son sustraídos al coincidir, en un número importante de casos,

---

<sup>5</sup> En este sentido, el Informe Explicativo del Convenio se pronunciaba ya sobre la amenaza que la interpretación amplia podía representar sobre los alcances de la excepción de grave riesgo: "146. De acuerdo con los principios generales en los que se inspira el Convenio y sobre la base de la experiencia de otros Convenios de la Conferencia de La Haya, este artículo admite la posibilidad de que dos o varios Estados contratantes acuerden derogar en sus relaciones mutuas las disposiciones del Convenio que puedan implicar restricciones al retorno de los menores, especialmente las contempladas en los artículos 13 y 20. [...] Si tales convenios complementarios se celebran, habría que evitar un eventual efecto negativo, temido por ciertas delegaciones: el de que fuera del ámbito de aplicación geográficamente restringido de tales acuerdos, los Estados partes tengan la tentación de hacer una interpretación amplia de las restricciones incluidas en este Convenio, debilitando su alcance."

con sus orígenes nacionales; es decir, quienes sustraen lo suelen hacer al territorio del cual se consideran connacionales, con la idea de que un tribunal nacional emitirá una decisión a su favor (González Martín, 2014, pp. 319-350; González Martín, 2015).

El tema de la invocación de excepciones supone un motivo de preocupación para la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado —y para los operadores en general— de ahí que, en su tarea de actualizar y visualizar el funcionamiento práctico de sus convenciones— no olvidemos que hablamos de una Convención que data de 1980—, a través de sus comisiones especiales, pueden invocar el estudio e implementación de guías prácticas en temas de violencia doméstica o sobre la implementación de la mediación familiar internacional, entre otros.

Finalmente, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado publicó el 9 de marzo del 2020 la *Nueva Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Parte VI. Artículo 13(1)(b)*,<sup>6</sup> (HCCH, 2020). Con la misma idea primigenia, esta Nueva Guía pretende orientar a jueces, Autoridades Centrales, abogados y, en general, a los operadores jurídicos, que deben trabajar con la aplicación del artículo 13(1)(b), procurando promover a nivel global la aplicación apropiada, coherente y uniforme de la excepción de grave riesgo en el marco del Convenio (Albornoz, 2020).

---

<sup>6</sup> Porque el objeto de esta contribución no es el análisis de la mediación familiar internacional en casos de sustracción y en concreto cuando se alega la excepción de grave riesgo, creemos conveniente apuntar que la Nueva Guía, en su tercera parte, se refiere a las buenas prácticas para los tribunales y entre ellas propone el uso de la resolución amistosa, algo que aplaudimos al estar absolutamente convencidos de la viabilidad, factibilidad y necesidad de mediar en casos de violencia doméstica, un tema complejo, que amerita no solo un buen análisis teórico sino una buena y seria práctica. No obsta decir que, igualmente, el Convenio de La Haya de 1980, en sus artículos 7 y 10, cuando prevé y promueve la resolución amigable y derivada de los mismos. Igualmente, destacamos la implementación de la Guía de Buenas Prácticas en Mediación (HCCH, 2012).

La Nueva Guía antes referida, de manera acertada, comienza precisamente con la motivación de la excepción de grave riesgo con base en el mencionado Informe Explicativo: "[la excepción de grave riesgo] está basada en el interés primario de que ninguna persona esté expuesta a un peligro físico o psicológico o que lo posicione en una situación intolerable." (Pérez-Vera, 1980).

El grado de riesgo físico se asocia, entre otras cosas, a las hipótesis que dispararían su retorno, por ejemplo, que al regresar el menor se encontrará en una situación de peligro inminente como hambruna, enfermedades o situaciones de guerra o alta inseguridad. De igual manera, el grave riesgo psíquico se asocia a una seria negligencia, abuso o dependencia emocional al restituirlo, mismo que pudiera causar un daño en la salud mental del menor, y por las cuales los adultos responsables del menor son incapaces para proteger y tratar adecuadamente al menor (González Martín, 2019).

Recordemos que las excepciones a la restitución conforman una lista corta de hipótesis, *numerus clausus*, la cual debe ser interpretada de manera restrictiva. La Nueva Guía sugiere que la interpretación de grave riesgo no tiene que ser necesariamente un daño provocado directamente contra el menor, sino que pudiera ser provocado a algún progenitor, e indirectamente exponer a un peligro o daño al menor (HCCH, 2020, p. 24). De esta forma, no se requiere que sea el menor la víctima principal de daño físico o psíquico, si hay evidencia suficiente de que, debido a un riesgo de daño a un padre, existe un grave riesgo para el menor.

Por otro lado, un elemento de relevancia es la relación de contrapesos entre la gravedad del daño y el riesgo. El término "grave", de acuerdo con la Nueva Guía, debe ser analizado en cuanto a la calificación del riesgo y no del daño al menor; por lo tanto, el riesgo debe ser real y de tal nivel de seriedad que pueda ser considerado como grave. En lo que se refiere al nivel de daño, éste debe ser equivalente a una situación intolerable, es decir, una situación que un menor en su individualidad no debería tolerar.

En este sentido, el riesgo necesario para conformar un riesgo grave variará de acuerdo con la naturaleza y la seriedad del daño potencial al menor.

El estudio de caso por caso pudiera residir precisamente en probar que, entre mayor sea el riesgo potencial pudiera haber mayor daño y viceversa. Al respecto, la Nueva Guía propone que antes de una interpretación al posible daño vivido, resulta más eficaz una interpretación que atienda al posible futuro y los potenciales escenarios que pudiera vivir el menor en caso de que la restitución fuera ordenada (HCCH, 2020, p. 27). El rango de situaciones consiste principalmente en aquellos riesgos que resulten de los siguientes supuestos:

1. Abuso físico, sexual o de cualquier otro tipo, así como la exposición del menor a la violencia doméstica provocada por el padre del cual el menor fue separado;
2. Que la imposibilidad de regresar al Estado de habitual residencia del menor sea por causas de inviabilidad debido a seguridad, salud, economía o algún procedimiento penal o impedimento migratorio en el país de habitual residencia;
3. La separación del menor del padre perjudicado, así como de sus hermanos o hermanas;
4. Problemas graves económicos, educacionales, de salud o de seguridad relacionados con el menor en el país habitual de residencia.

Recordemos que el Estado de la última residencia del menor es el que tiene competencia para determinar asuntos de fondo; sin embargo, como expresamos, derivado de la multiplicidad de hipótesis en las que un solo caso pudiera derivar y la relevancia que esto podría tener en la salud física y mental, forzosamente se tenía que abordar la excepción estudiada.

En ese sentido, dentro de la Nueva Guía se proponen de manera más detallada perspectivas de estudio con base en casos reales. Así, se sugiere que los procesos se dividan en etapas: la primera etapa requiere concentrarse en la naturaleza de las alegaciones de quien se opone a la restitución,



particularmente, si lo son de tal naturaleza y suficientemente detalladas y fundadas como para poder constituir un riesgo grave. Si avanza a la segunda etapa, el tribunal debe determinar si la excepción de grave riesgo para el menor al momento de su retorno está establecida, para ello, tendrá que valorar todas las pruebas y circunstancias del caso, incluyendo las medidas de protección existentes o que se puedan implementar en el Estado de residencia habitual para proteger al menor del grave riesgo o la situación intolerable. Luego de este examen, si no está convencido de que las pruebas e informaciones presentadas —incluyendo las relativas a medidas de protección— permiten establecer la existencia de un riesgo grave, ordenará la restitución del menor; por el contrario, si entiende que tales elementos permiten establecer la existencia de un riesgo grave, el tribunal no estará obligado a ordenar la restitución. Al respecto, es importante destacar que, incluso cuando el juez considera que es posible establecer la existencia de un grave riesgo, dispone del poder discrecional de ordenar o no ordenar la restitución del menor al Estado de su residencia habitual (Albornoz, 2020).

#### **IV. Restitución internacional de menores en México**

Como vemos, el desarrollo normativo internacional, a nivel global, se mantiene constante y vigente, ya sea a través de los instrumentos tradicionales como son los Convenios o Tratados (*hard law*) complementándose y actualizándose a través de las recomendaciones, las conclusiones emitidas en una comisión especial para el funcionamiento práctico de un convenio, Leyes Modelos o Guías Prácticas como la relativa, en esta ocasión, a la excepción de grave riesgo (*soft law*). Otra cuestión es la inercia o la frecuencia en la que cada Estado ha delimitado el derecho internacional, subordinándolo a su derecho constitucional y todo su derecho interno. Tratados y decisiones judiciales se han enfocado sobre este tema, restitución, interés superior del menor, derecho de visita, "grave riesgo", entre otros tantos.

En el caso de las decisiones judiciales se ha llegado a sostener dos tesis diversas: la supremacía constitucional sobre el derecho internacional o la supremacía del derecho internacional sobre el derecho de cada Estado. En esta última vertiente, dos son las teorías o corrientes sostenidas: la supremacía del derecho internacional sobre el derecho derivado de una Constitución (no admite la supremacía sobre la propia Constitución); así como la supremacía del derecho internacional sobre la propia Constitución.

Los derechos humanos han jugado una gran importancia en el desarrollo de estas teorías. Podría decirse que desde 1648, con la Paz de Westfalia, se le dio a cada Estado una soberanía y no había nada por encima de él. El derecho convencional internacional contemporáneo admite la superioridad respecto al derecho de un Estado, pero aún quedan objeciones entre la Constitución política de un Estado y el derecho internacional. México, desde la denominada reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, ha admitido la supremacía del derecho convencional sobre el derecho interno y, tratándose de derechos humanos, estos se interpretarán de conformidad con la Constitución y tratados internacionales de la materia, favoreciendo a las personas la protección más amplia (arts. 1o. y 133 constitucionales).

Actualmente, en el caso objeto de estudio, para garantizar el interés superior de los menores, las autoridades jurisdiccionales y administrativas facultadas para ello, procurarán su restitución con la persona que legalmente ejerce su guarda y custodia; no obstante, invariablemente deberá asegurarse de que el menor involucrado haya recibido información — comprensible y adecuada para su edad, grado de madurez y características particulares— sobre las implicaciones de los procesos, y se le haya permitido ejercer el derecho a expresar su opinión (CNDH, 2018).

A pesar de que México ha tenido una evolución en el número de casos en los que interviene, tanto como país requirente, como país requerido y, aunque, la Autoridad Central mexicana ha tenido más actividad al

intervenir buscando el retorno de menores trasladados ilícitamente a México, no se ha resuelto totalmente la problemática que encierra la aplicación del Convenio (Vázquez Ramírez, 2017, p. 51).

El Estado de la República Mexicana con mayor desarrollo en la materia es el Estado de México, el cual, en su Código de Procedimientos Civiles, regula en el capítulo octavo la restitución internacional de menores; sin embargo, la carencia de regulación es patente en el resto de las entidades federativas. Ello genera inestabilidad e inseguridad jurídica para los que intervienen en un procedimiento de restitución, a saber: el solicitante, el solicitado, el menor, y por supuesto el juez y la fiscalía como representante-protector del menor (Vázquez Ramírez, 2017).

No obstante, las regulaciones estatales carecen de relevancia al ser este tema uno que requiere una regulación armoniosa y de carácter federal, ya que estamos ante problemáticas internacionales. Al no existir este instrumento legal en México donde se establezcan procedimientos o normas que regulen el procedimiento de restitución, la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 resulta la norma, eficaz y con carácter vinculante.

En la misma línea, los países que suscribieron el Convenio de La Haya, por la cooperación que caracteriza a dicha convención, se comprometieron a designar una Autoridad Central,<sup>7</sup> con la finalidad de la cooperación y colaboración entre sí y la adopción de las medidas necesarias para lograr una restitución inmediata, pudiendo ser auxiliadas por autoridades judiciales o administrativas que inicien procedimientos de urgencia disponibles. Debido a que el factor tiempo resulta ser fundamental en los procesos de restitución para la debida protección del interés del menor, es muy importante que la solicitud de restitución se presente lo más pronto posible, derivado de los supuestos de excepción que el mismo

---

<sup>7</sup> En México, la autoridad central designada es la Secretaría de Relaciones Exteriores, la Dirección General de Protección del Mexicano en el Exterior y la Dirección de Familia.

Convenio prevé en su aplicación y que pudieran implicar que el menor corra peligro (CNDH, 2018).

Si bien en México no tenemos "un procedimiento de urgencia", resulta claro que lo procedente es, como antes mencionamos, los procesos 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 (González Martín, 2017).<sup>8</sup>

Por otro lado, dentro de los objetivos del Convenio no se encuentra el dotar de facultades a la autoridad judicial del Estado a donde ha sido trasladado o retenido ilícitamente el menor, para juzgar sobre una custodia concedida, ni tampoco el de otorgar dicha custodia a los que se encuentran ejerciendo la patria potestad, sino simplemente restituir el menor de manera inmediata y urgente al Estado de residencia habitual.

En México, se ha apoyado la determinación de que se desahoguen pruebas periciales en materia de psicología, trabajo social y también en medicina, con la finalidad de que el juez conozca la situación particular del menor, lo que consideramos que sólo se permita en los casos en que exista oposición del presunto sustractor, en la hipótesis de que se encontrara en los casos de excepción previstos por el Convenio. Además, para cumplir con el desahogo de esas pruebas periciales, se deberá contar con los peritos suficientes para atender oportunamente el llamado, lo que generalmente no acontece. La recepción de estas pruebas evidencia que son tendentes a influir sobre la custodia o la conveniencia de la restitución.

En nuestro país, ante la inexistencia de un procedimiento específico uniforme y, por ende, una variedad de criterios en las Entidades Federativas

---

<sup>8</sup> Consideramos pertinente expresar en este momento que, en la Ciudad de México, su Tribunal Superior de Justicia tiene cinco tribunales especializados en la materia de sustracción, los juzgados familiares del número 6 al 10.

donde no hay normativa se da pie a juicios a nivel constitucional. Estos se centran en la actualización de los supuestos donde se deben desahogar pruebas periciales cuando exista una oposición hecha valer por el presunto sustractor, en los casos de excepción previstos en el Convenio; asimismo, se reciben alegatos o alegaciones y se dicta sentencia, la que, por su carácter de definitiva, puede y admite el recurso de apelación. En aquellas Entidades donde no hay disposición específica de la norma, puede entenderse que su admisión será con efecto suspensivo, lo que evidentemente resulta ocioso y contrario al espíritu de los objetivos del Convenio, que es impedir la retención ilícita del menor y ordenar su restitución de una manera urgente e inmediata y dentro de los plazos previstos en el propio Convenio.

## **V. Sentencias relevantes en México: Grave riesgo<sup>9</sup>**

En relación con la aplicación de los principios y buenas prácticas antes mencionadas y en paralelo con ello, es importante la creación de líneas a través de la actividad jurisdiccional mexicana, que en esta ocasión estará acotada a los criterios emitidos por la SCJN, abundando en el análisis de sentencias que han establecido un camino importante en la tarea de los juzgadores dentro del sistema jurídico mexicano desde la influencia del Convenio de La Haya de 1980. De esta manera, por el tema que nos interesa, nos detendremos en aquellas que se refieren al grave riesgo como excepción a la restitución del menor.

---

<sup>9</sup> *Vid.* El cuaderno de jurisprudencia *Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes* (Treviño, Roldán y Quintero, 2020), en donde se estructura y concentran las sentencias referidas a los principales temas que versan sobre la restitución internacional de niños y en el referido a las excepciones a la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, al grave riesgo (artículo 13.1.b), se presentan los casos más relevantes, con hechos sintetizados, preguntas guía y algunos de los argumentos que sustentan la decisión. Dado lo cual, para un panorama más amplio de los siete casos planteados hasta 2019, de los supuestos de hechos y las decisiones en sí, remitimos al lector a ese apartado perfectamente estructurado en caso de alguna duda en lo planteado en el presente apartado.

## **1. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 903/2014, 2 de julio de 2014**

La presente controversia se centra en un matrimonio que residió durante un tiempo en España, país en donde tuvieron dos hijos. Años después, la madre denunció problemas de violencia psicológica, incluso llegando a un incidente físico; sin embargo, nunca se le logró imputar al padre. La madre decidió mudarse con los niños a México derivado de la situación causada por su esposo. La restitución solicitada por el padre fue concedida e impugnada por la madre alegando la actualización de grave riesgo, ya que la restitución podía causar daño psicológico en los niños.

El juez competente ordenó de manera oficiosa una valoración psicológica urgente a la madre y a los hijos para determinar si era sano proceder con la restitución. Finalmente, el juez determinó que se actualizó la excepción prevista en el artículo 13(1)(b) del Convenio, debido a que la restitución podía causar un daño en la salud psicológica de los niños.

Dentro de la historia procesal del caso, como decimos, el padre logra la sentencia de restitución bajo el argumento de violación a la urgencia y a la presunción de restitución inmediata.

La Primera Sala establece en la sentencia que se analiza, que la Convención de La Haya de 1980 no crea un nuevo procedimiento para cumplir con sus fines, sino que determina que dichos asuntos se tramitarán por medio de los procedimientos más expeditos disponibles y que en el caso de México, se trata de aquellos reconocidos en la legislación mexicana como juicios sumarios o de naturaleza análoga a éstos. Por lo anterior, la Primera Sala de la SCJN resolvió que, en efecto, se vulneró la directriz de solventar los procedimientos de restitución de los menores de una forma pronta y breve, ya que dos años después de la solicitud no se había logrado una resolución definitiva y, en consecuencia, el procedimiento de restitución respectivo no había cumplido cabalmente con los lineamientos establecidos para resguardar el interés superior del menor.

Asimismo, la Primera Sala explica que cualquier juzgador, dentro del territorio nacional, deberá estudiar cada caso desde la perspectiva del interés superior del menor en aquellos casos donde se actualice la excepción de grave riesgo, tomando en cuenta la opinión de los menores. En el caso de análisis, se encontró que existió una omisión en la valoración determinada de la totalidad de las circunstancias del caso, a fin de determinar si se actualizaba un grave riesgo que comprometiera la salud física, psicológica o el estado emocional de los menores con su restitución inmediata o los expondría a un peligro físico o psíquico. A pesar de que se desahogó una pericial psicológica, se omitió su valoración con la finalidad de verificar el grado de riesgo que la restitución inmediata de los menores podía representar, así como la existencia de violencia familiar.

La omisión de dicho análisis es, entonces, una vulneración directa, además del contenido del Convenio, al principio del interés superior de la niñez. En todos y cada uno de los casos se debe estudiar la situación particular de los niños, los antecedentes y causas del abandono del hogar conyugal, evaluando y ponderando en todo momento sus intereses sobre los de terceros, a fin de concluir, con razones suficientes, si en el caso queda comprobado o no el grave riesgo contenido en el artículo 13(1)(b). La Primera Sala remarca así la necesidad del escrutinio judicial estricto en los asuntos en los que se controviertan derechos de los menores, para determinar el grado de afectación a sus intereses y la forma en la que deben armonizarse.

Después de reconocer las deficiencias en el estudio y la falta de prontitud del juez de origen, la Primera Sala determinó que, aunque el objetivo principal del Convenio es lograr una restitución benéfica; en caso de existir violencia doméstica, necesariamente debe analizarse este hecho previamente a la determinación de restitución para cuidar el bienestar integral del menor y escuchar su opinión de manera directa o por medio de representantes imparciales diferentes a sus padres.

Además, acertadamente, la sentencia resalta el deber que tienen los jueces de tomar en cuenta que la violencia familiar por lo regular se encuentra asociada a la violencia de género, lo que implica que ésta no necesariamente debe ser ejercida en contra de un infante para afectarle profundamente. Lo anterior deriva que las acciones de los adultos que conviven en un mismo núcleo familiar tienen una influencia primordial en el crecimiento de los menores; por lo anterior, la violencia doméstica afecta la perspectiva sana sobre los roles de género, normalizando la violencia y afectando el desarrollo de los menores y su visión de la dinámica social.

De suerte que, la directriz de impartir justicia con perspectiva de género no se contrapone con el principio del interés superior del menor, sino que, 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 (SCJN, Primera Sala, ADR 903/2014, 2 de julio de 2014).

Igualmente, la Primera Sala determina que se debe ponderar expresamente la situación particular de los niños, los antecedentes y causas del abandono del hogar conyugal, a fin de determinar aquello que sea más benéfico y cause menor perjuicio para los niños. El juzgador debe aplicar el principio de interés superior de la niñez dependiendo de la situación concreta, considerando 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. 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." (ADR 903/2014).



En atención a las razones antes expuestas, la Primera Sala concluyó que no se estudiaron la totalidad de las circunstancias y elementos para valorar debidamente, y conforme al interés superior del menor, sí se actualizó un riesgo grave en la restitución inmediata de los infantes, así como no consideró la situación de la alegada violencia familiar por parte de la madre, ni tampoco si los niños están o no ya integrados en su nuevo ambiente, al igual que omitió considerar que en el caso es imprescindible que los menores ejerzan su derecho de participación en el procedimiento de forma directa o mediante un representante imparcial, por lo que lo procedente es revocar la sentencia recurrida y devolver el asunto para su correcto estudio. (ADR 903/2014).

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

En este caso nos encontramos frente a una pareja con dos hijos, con residencia habitual en Estados Unidos, quienes decidieron ir de vacaciones a México. La madre de los menores presenta una denuncia por violencia intrafamiliar ante autoridades mexicanas y niega al padre tener contacto con sus dos hijos menores. Dado que el padre solicitó la restitución de sus hijos al lugar donde tenían establecida su residencia habitual, la madre se opone a regresar a los Estados Unidos, debido a la existencia de un procedimiento penal en contra de su esposo en aquel país. La existencia de un procedimiento penal, aún cuando en el tiempo del estudio del caso no tenía sentencia, justificaba la existencia de un grave riesgo en caso de regresar con el padre.

En el particular, se analiza la necesidad de ponderar si, a pesar del principio de presunción de inocencia, la existencia de un proceso penal en el cual no existe una condena específica es suficiente para considerar que se actualiza la excepción de grave riesgo contenida en el artículo 13(1)(b) del Convenio. La excepción de grave riesgo debe considerarse de carácter extraordinario y debe probarse plenamente su actualización, carga que recae en quien se opone a la restitución del menor al

amparo de esas excepciones, lo cual no es suficiente por un proceso sin resolución.

En definitiva, al no ser exclusivos, tenemos que son dos los supuestos que se deben contemplar al resolver el caso concreto; por un lado, el principio de presunción de inocencia deberá permanecer mientras no exista una sentencia que demuestre lo contrario y, por otra parte, que la excepción que se presume actualizada exige prueba plena del riesgo que provocaría la restitución.

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 el Convenio (ADR 1564/2015).

Si no fuera así, sería debido a que el juez a cargo de este tipo de casos tiene pleno conocimiento sobre el procedimiento penal que se sigue contra la persona que solicita la restitución, para ponderar directamente el delito que se le imputa y la trascendencia o impacto que podría generar en el niño; de hecho se expresa que no sería lo mismo, por ejemplo, un proceso penal por fraude que un delito de violación o abuso sexual contra los hijos menores.

Dentro del análisis de la Primera Sala se dispone que, a pesar de lo anterior y sin desconocer el principio de presunción de inocencia, es importante que el juzgador valore cada caso, a fin de precisar hipotéticamente cuál sería el escenario en que se encontrarían los menores si se concede la restitución y aquel que la solicita es considerado culpable del delito que se le imputa. Ello, con el fin de determinar, si fuera el caso, que los menores realmente se podrían encontrar en grave riesgo de ser expuestos a un peligro o ser colocados en una situación intolerable, pues si bien el juzgador no puede negar la restitución del menor al país de su origen

con base en una situación meramente hipotética, sí puede comunicar esa situación a la autoridad requirente a fin de que, al momento de la restitución, se tomen las providencias necesarias para proteger de manera efectiva al menor (ADR 1564/2015).

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Primera Sala estimó incorrecto negar la restitución del menor por actualizarse la excepción de grave riesgo, con base en la mera existencia de un proceso penal en el que no ha existido una condena.

Finalmente, la Primera Sala revoca la sentencia con el fin de que se emita una nueva en la que se realice un estudio integral donde se determine si, en efecto, se actualiza la excepción de grave riesgo prevista en el artículo 13(1)(b) del Convenio.

### **3. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 5669/2015, 13 de abril de 2016**

Como antecedentes tenemos a una pareja con una hija nacida en Estados Unidos de América. Tiempo después, la madre comentó al papá que tenía otra pareja y que quería llevarse a la menor del lugar de su residencia, hecho que aconteció posteriormente.

Tras la denuncia realizada por el padre sobre los hechos, la madre argumentó la falsedad del alegato del padre respecto a su falta de consentimiento en el abandono del domicilio conyugal con la menor, debido a que éste había aceptado e incluso ofrecido aportar la venta de un automóvil para sufragar los gastos de dicho actuar. Asimismo, la madre alegó problemas de conducta, consumo de drogas, amenazas e insultos por parte del padre, incluyendo el ejercicio de la prostitución a la cual éste la obligaba, teniendo temor por su propia vida y ocasionando en ella trastornos de tipo emocional.

El padre solicitó la restitución de la menor y le fue concedida. Inconforme con la resolución del juez de primera instancia, así como la dictada en el recurso de apelación promovido confirmando dicho fallo, la madre promovió demanda de amparo directo, cuya sentencia negó el amparo solicitado. Los autos del juicio de amparo y el recurso de revisión interpuesto posteriormente, fueron remitidos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Los conceptos de violación esgrimidos por la madre apuntaron la existencia de un grave riesgo para la niña si era retornada a su lugar de residencia habitual, debido a factores como la condición ilegal, la drogadicción y violencia del padre, que fundamentaban un peligro inminente para el desarrollo y bienestar de la menor.

Sobre el particular, la Primera Sala señala el carácter no absoluto de la presunción en el sentido de que el interés superior del menor se encuentra mayormente protegido con su restitución inmediata, habida cuenta de las excepciones a ésta contenidas en el Convenio de La Haya. Dichas excepciones son de carácter extraordinario y debe probarse plenamente su actualización, recayendo la carga en quien se opone a la restitución del menor.

La Primera Sala resaltó que en aquellos casos en los que la solicitud de restitución es presentada después de un año de que se produjo el traslado o retención ilícitas, resulta improcedente la restitución inmediata. En estos supuestos, la restitución se encontrará sujeta a un análisis de ponderación sobre la adaptación del menor a su nuevo ambiente, con la finalidad de determinar si podría resultar en su perjuicio. De esta forma, desestima la procedencia de una restitución inmediata, procediendo al análisis del interés superior del menor desde los hechos del caso concreto.

De igual manera, la Primera Sala determinó que, durante el tiempo transcurrido desde la sustracción, la menor no tuvo la posibilidad de adaptarse en un nuevo ambiente, no fue inscrita en una institución educativa

y presentó indicadores de ansiedad, desvalorización y angustia. Además, se determinó que, si bien la madre se opuso por una cuestión de grave riesgo, no exhibió prueba alguna que confirmara lo dicho.

Aunado a lo anterior, la situación migratoria de los padres en el Estado de residencia habitual no es considerada por la Primera Sala como una causal suficiente para negar la restitución del menor, persona sobre la cual ejercen jurisdicción las autoridades del Estado que solicita su restitución.

Cabe destacar que, ante el potencial riesgo, se realizaron estudios psicológicos y toxicológicos al padre, los cuales resultaron negativos y no se encontró razón para que no pudiera ejercer la custodia de la menor. Ante la omisión en la presentación de medios de prueba de lo manifestado, la Primera Sala resolvió que la madre no cumplió con la carga de acreditar alguna de las excepciones en las que podía sustentarse la negativa a la restitución de la menor.

Merece especial importancia el señalamiento que realiza la Primera Sala, en cuanto a las medidas cautelares que la autoridad encargada del proceso de restitución se encuentra facultada a dictar, que son necesarias para impedir el ocultamiento del menor o el traslado a otro lugar, apuntando que deberán ser idóneas, razonables y proporcionales a las circunstancias del caso.

La Primera Sala confirmó la sentencia recurrida por la madre, encontrando que al igual que el caso anterior (ADR 1564/2015), las simples acusaciones sobre una persona no son suficientes para definir la culpabilidad y generar consecuencias de derecho que puedan influir a un menor derivado de una simple presunción, "considerar que basta la existencia de una acusación o procedimiento penal en contra de aquel que solicita la restitución de un menor, para suponer en automático que, de otorgarse la restitución, existe grave riesgo de poner al menor en una situación intolerable o exponerlo a un peligro físico o psíquico, también

implicaría desconocer que el riesgo en cuestión debe ser probado." (AD 5669/2015).

#### **4. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 29/2016, 15 de febrero de 2017**

En el presente caso, una pareja casada en México, con una niña nacida al año del matrimonio y con residencia habitual en Estados Unidos, deciden divorciarse cinco años después. Derivado de su separación legal y en virtud del convenio denominado "Plan Temporal de Crianza", acordaron compartir el tiempo de residencia con la menor, quien pasaría algunos meses con la madre en Seattle y otros con el padre en México, hasta en tanto la niña ingresara a la escuela. Una vez realizada la inscripción escolar de la menor, debería residir con su madre.

El acuerdo de custodia fue incumplido por el padre, quien no regresó a la niña en la fecha acordada a Seattle, por lo que las autoridades judiciales competentes de Estados Unidos ordenaron, en consecuencia, medidas de apremio para la ejecución forzosa del Plan Temporal de Crianza acordado, así como la suspensión de la convivencia con la menor fuera del estado de Washington.

La madre inició el procedimiento de solicitud de restitución alegando la infracción a sus derechos de custodia. El juez de la causa decretó la medida provisional consistente en la custodia a cargo de la madre y ordenó la entrega de la menor al personal actuante en la diligencia de emplazamiento.

Habría que hacer notar que el padre se opuso a la restitución de la menor, señalando la falta absoluta de cuidado de niña por parte de la madre, la vida de promiscuidad, fiestas y alcohol de ésta y su estado de embarazo de un hombre diferente a él, así como la plena adaptación de la menor a su entorno social en México (SCJN, Primera Sala, ADR 29/2006, 15 de febrero de 2017).

La sentencia de primera instancia declaró procedente la solicitud de restitución de la menor a Estados Unidos. Inconforme con esta resolución, el padre interpuso recurso de apelación, confirmando la sentencia de segunda instancia el fallo recurrido. En contra de la sentencia recaída al recurso de apelación interpuesto, el padre promovió juicio de amparo, ejerciendo la SCJN su facultad de atracción.

En el caso de estudio, las alegaciones fueron sobre el estilo de vida de la madre para que se acreditara la existencia de grave riesgo para la niña; no olvidemos que la demostración de la actualización de las excepciones a la restitución previstas en el artículo 13 del Convenio corresponde a aquél que se opone al retorno, al existir una presunción de que el interés superior del menor es protegido mediante la restitución a su residencia habitual y además, en caso de ser necesario, el juzgador debiera allegarse de las pruebas necesarias, situación que no ocurre en el caso concreto.

Tomando en cuenta que la autoridad debe resolver conforme al interés superior de la niña, se debe entender que su protección se cristaliza mediante la restitución a su residencia habitual.

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 que se 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 ilícita, situación que efectivamente aconteció. (AD 29/2006).

Considerando que la excepción prevista en el artículo 13(b) del Convenio debe interpretarse restrictivamente, se desestima el alegato sobre el estilo de vida del progenitor solicitante y cuyo impacto en el menor no ha sido referido, como un peligro grave físico psíquico o una situación intolerable para aquel, de conformidad con dicho instrumento internacional.

Finalmente, la Primera Sala estimó que el amparo no era procedente al no existir elemento probatorio que acreditara plenamente que la restitución de la menor implicaba un riesgo grave para su integridad física o psíquica, por lo que la restitución fue correctamente determinada.

### **5. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4833/2016, 21 de junio de 2017**

El presente caso aborda el proceso de restitución internacional de dos menores nacidas y residentes en Estados Unidos, cuyos progenitores son originarios de Honduras y México, los cuales sostuvieron una relación sentimental por varios años sin contraer matrimonio.

La madre argumentó que ella era la titular de la custodia, ya que las menores vivían con ella y no con el padre. En un viaje a Honduras, país de origen de la madre, el padre se hizo cargo de las menores, firmando un documento notarial que le otorgaba la guarda y custodia temporal durante la ausencia de la madre. Sin embargo, a su regreso a los Estados Unidos de América, la madre fue informada del traslado del padre con las menores a México días antes.

Siete meses después de la sustracción, la madre presentó la solicitud de restitución de las menores, misma que le fue concedida. Los alegatos del padre en contra de la restitución se enfocaron en: (i) la negativa en la ilegalidad de la sustracción, traslado o retención de las menores, debido a su condición de padre biológico; (ii) la situación migratoria ilegal de la madre en Estados Unidos y la consecuente inestabilidad emocional; así como (iii) la adaptación de las menores a su nuevo ambiente en México.

El juez de primera instancia que conoció la causa determinó la restitución de las menores a su residencia habitual en Estados Unidos con la madre, al desestimar los alegatos vertidos por el padre y considerar que



en el caso en estudio no se acreditaban las excepciones a dicha restitución contenidas en los artículos 12 y 13 del Convenio.

No conforme con la resolución anterior emitida, el padre promovió juicio de amparo directo, proceso en el cual se emitió sentencia negándole la protección constitucional y confirmando el fallo recurrido. Contra la sentencia de amparo directo así emitida, se interpuso recurso de revisión.

Al respecto, la Primera Sala reiteró que las excepciones contenidas en el artículo 13 del Convenio de La Haya son de aplicación estricta, so pena de poner en riesgo el cumplimiento de los objetivos de dicho instrumento, así como la necesidad de que queden fehacientemente demostradas por el padre sustractor. En el caso particular de la excepción contenida en el inciso b) del mencionado artículo, la Primera Sala apunta que no debe flexibilizarse su aplicación, para dar cabida en los supuestos de dicha norma, a situaciones que no revistan el carácter de gravedad que se encuentra implícito en ella. En el presente caso, la actualización de la excepción de grave riesgo bajo el criterio de la Primera Sala se configura siempre que el peligro físico o psíquico a los menores, o bien, la situación intolerable en que pudiera colocárseles con su restitución sea indudable o con un alto grado de probabilidad y los hechos aducidos sean acreditados fehacientemente por quien se opone a la restitución. Para lo anterior, los juzgadores tendrán facultades de valoración de prueba y ponderación de los hechos, de conformidad con el interés superior del menor.

De manera interesante, el análisis de la Primera Sala concluye que la condición migratoria del solicitante de la restitución, cuando no es residente legal en el país al que se pide la restitución de los menores, no es causa apta y suficiente para actualizar una excepción extraordinaria a la restitución; de hecho, si se admitiera como causa de excepción a la restitución, la situación migratoria del solicitante implicaría convalidar toda sustracción ilícita que pudiera darse según el caso, contrario absolutamente al objeto de la Convención de La Haya de 1980. Al efecto, la Primera Sala

considera que, al no compartir las menores la misma condición jurídica y fáctica de su progenitor, la condición migratoria del solicitante no es causa bastante, *per se*, para negar su restitución.

Además, el riesgo de una detención y consecuente expulsión o deportación del país del padre o madre solicitante, no puede considerarse como una hipótesis de excepción a la restitución de las menores, 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." (SCJN, Primera Sala, ADR 4833/2016, 21 de junio de 2017).

Más allá, la Primera Sala interpreta que una eventual situación de vulnerabilidad del solicitante de la restitución, derivada de su condición migratoria, en todo caso, tendría que ser planteada ante la autoridad competente en el lugar de residencia del menor y no estudiada como una excepción a la restitución por grave riesgo. Por las razones antes expuestas, se determinó confirmar la restitución de las menores a Estados Unidos.

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

En el caso que se analiza, una pareja que contrajo matrimonio en Estados Unidos tuvo una hija nacida en dicho país. Posteriormente, se divorciaron y celebraron un convenio de custodia para su hija, donde ambos acordaron que la niña viviría con la madre y convinieron los días de visitas establecidos para el padre. Durante una de las visitas, el padre susstrajo a su hija y la trasladó a México. La madre inició el procedimiento

de restitución, mismo que fue determinado improcedente en un primer momento. El recurso de apelación presentado en contra de la sentencia emitida por el juez de primera instancia revocó dicho fallo y ordenó la restitución de la menor.

No conforme con la resolución emitida en el recurso de apelación, el padre promovió juicio de amparo directo, argumentando 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 por parte de la pareja de la madre, al ser él quien cuidaba a la niña y era conocido por tener actividades relacionadas con el narcotráfico.

En primera instancia, la Primera Sala reconoció que era la madre quien ejercía la custodia sobre la menor y que ésta, efectivamente, vivía con ella y daba los cuidados necesarios a la menor.

En consonancia con los casos que hemos estudiado hasta ahora, el grave riesgo a que alude el artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya, debe ser serio, real, actual y directo, determinando que el padre, a quien le correspondía la carga de la prueba de los hechos o situaciones que actualizaban la existencia de esta causal de excepción, no aportó ninguna prueba sobre la existencia de la situación generadora de un riesgo.

Sin embargo, la Primera Sala consideró que aún y cuando el dicho del menor que alega haber sido víctima de violencia debe ser tenido en cuenta presumiendo su veracidad, es cierto que, dentro del marco fáctico y probatorio, se advirtieron inconsistencias en los relatos de la menor, además de que comentó que no se acuerda de nada de su vida junto a su madre en la época en la refirió haber sido víctima de maltrato, pudiéndose prestar a una manipulación imputable a su padre. Es así como, con respecto a la excepción por grave riesgo, esta se determinó inoperante por falta de prueba que generara convicción en la Primera Sala con respecto a la existencia real de la violencia imputable a la madre, así como las supuestas

actividades de narcotráfico de la pareja sentimental de ésta y que pudieran generar un grave riesgo para la menor.

### **7. SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 27/2016, 10 de enero de 2018**

El presente caso versa sobre la solicitud de restitución internacional de un menor nacido de un matrimonio celebrado en Estados Unidos, el cual posteriormente obtuvo el divorcio. La madre del menor había procreado a su primer hijo de una relación anterior y al segundo, menor involucrado en la solicitud de restitución, del matrimonio referido.

En el trámite de divorcio se estableció que la madre sería quien estaría encargada del menor nacido del matrimonio y el padre únicamente tendría derecho de visita. La madre y sus dos hijos abandonaron su residencia habitual en Estados Unidos y se trasladaron a México, alegando la violencia doméstica provocada por su excónyuge, así como el temor de que éste pudiera privarla de la vida o abusar sexualmente de alguno de sus hijos, debido al registro de éste como agresor sexual en el estado de California.

El padre del menor, residente en Estados Unidos, solicitó la restitución internacional de su hijo siete meses después de la sustracción, oponiéndose la madre a ella, al considerar que se actualizaba la excepción de grave riesgo de conformidad con el artículo 13(b) del Convenio de La Haya.

El juez de primera instancia resolvió negar la restitución del menor, toda vez que su traslado había sido realizado por la madre en ejercicio del derecho de custodia que le correspondía en su totalidad, quedando acreditada la situación de riesgo para el menor derivado de la conducta agresiva del padre y sus antecedentes referidos a actos sexuales delictivos en contra de menores, situación que actualizaba la posibilidad de que el menor involucrado sufriera daño físico o psicológico con su restitución.

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 los violentaba de manera física, verbal, sexual y económica al no contribuir con el pago de alimentos del menor.

No conforme con la resolución anterior, el padre interpuso recurso de apelación alegando la incorrecta evaluación del derecho de custodia de la madre, la inexistencia de evidencia de grave riesgo para el menor con su restitución, la no acreditación fehaciente de la integración de dicho menor a su nuevo ambiente y la improcedencia de la oposición del menor a su restitución. La sentencia recaída a la apelación ordenó la modificación al fallo recurrido, para el efecto de determinar un régimen de convivencia con el menor y confirmó la negativa a su restitución. Contra esta sentencia, fue promovido juicio de amparo.

En el presente caso se tomó en consideración que la madre presentó diversas pruebas para evidenciar las características psicológicas del padre y el grave riesgo que podría sufrir el menor en caso de que se concretara la restitución, exhibiendo una carta de un especialista dejando fe de que la madre y los dos hijos permanecieron en un centro para mujeres debido a la situación de violencia que enfrentaban por parte del excónyuge, así como el registro del padre del menor como ofensor sexual en el estado de California y el testimonio del primogénito de la madre manifestando haber sido testigo de la violencia intrafamiliar a la que habían estado sometidos por parte del padre del menor.

Por lo anterior, la Primera Sala determinó que: "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 acom-

pañado por su cuidadora principal (su madre), y ante la difícil situación que enfrentaría al ser separado de su hermano." (SCJN, Primera Sala, AD 27/2016, 10 de enero de 2018).

De igual forma, la Primera Sala determinó que la violencia doméstica sufrida por la madre como víctima primaria, produce prácticamente en los niños que están expuestos a ella los mismos efectos emocionales y psicológicos que el de una víctima primaria, constituyendo así una forma de abuso en su contra, al sufrir directamente las consecuencias físicas, emocionales y las derivadas de haber vivido y formado su personalidad en un ambiente de desigualdad de poder y sometimiento de la madre a la conducta violenta de un hombre. En consecuencia, la exposición de los hijos a la violencia que se comete contra su madre en una relación de pareja fue considerada por la Primera Sala como un factor de riesgo para el bienestar y desarrollo de los niños.

En este caso, la madre logró acreditar la excepción de grave riesgo y de esta manera se justificó negar la restitución al considerar el mayor beneficio para la integridad física y emocional del menor, siendo además que el retorno implicaba la separación de su medio hermano con el que ha convivido toda su vida e intolerable quebrar el lazo emocional con su hermano por una posible restitución.

## **VI. Conclusiones**

La restitución del menor a su última residencia habitual es la regla sobre la que se basa la normativa internacional en casos de sustracción internacional parental de menores; las excepciones estipuladas para la no restitución deben ser consideradas con el cuidado debido, siempre en el interés superior de la minoridad.

El Convenio de La Haya de 1980, sin lugar a dudas, busca lograr la mayor eficacia y aplicabilidad en el espectro más amplio de derechos, ya sea para lograr la restitución del menor o para evitar que sea retornado a un lugar

de residencia que le genere daño o grave riesgo, por lo cual no se debe buscar en especial la aplicación de una situación u otra, sino que habrá que hacer un análisis por cada caso para determinar si de los detalles de la controversia se actualiza alguna excepción, en interés superior del menor, y así proveer de todos los argumentos y pruebas necesarias para determinar lo conducente.

En este sentido, la excepción de grave riesgo a la restitución internacional permite al juez competente decidir, una vez más en interés superior del menor, sobre el no retorno o restitución. En estos casos, en materia probatoria no hay disposiciones acerca de cuáles son las pruebas que pueden ser admitidas en el proceso; quedará a la discrecionalidad de los jueces determinar la admisibilidad de éstas y su valoración.

Como decimos, si la solicitud de no restitución se basa en el supuesto de grave riesgo, es decir, un supuesto de peligro físico o psíquico del menor, o que se le ponga en una situación intolerable, artículo 13(1)(b), la dificultad estriba en la determinación de la veracidad de los hechos alegados, en donde la interpretación e implementación de las mismas se vuelve en un elemento que distorsiona la naturaleza propia, cooperativa además, del texto de la propia convención en comento.

Precisamente, tal y como hemos hecho público en diversas contribuciones, el uso y sobre todo el abuso de excepciones, no tan excepcionales, como la que conlleva el artículo 13(1)(b), ha provocado que se analice y actualice la realidad concebida en la normativa convencional de 1980, aterrizando los problemas contemporáneos y así, con la nueva Guía de buenas prácticas referida al artículo 13(1)(b) del Convenio, tenemos una herramienta más eficiente que dé seguridad, certidumbre o reflexión a las prácticas de los países, así como luz a supuestos que implican decisiones trascendentales.

La actividad jurisdiccional mexicana se beneficiará, sin lugar a duda, para un entendimiento, a carta cabal, de lo que implica admitir la excepción, confirmando o desechando supuestos en el futuro.

En esta ocasión, tomamos la jurisprudencia de la Corte, lo que ha determinado su Primera Sala, en las siete decisiones en las que se oponía la restitución bajo la excepción de "grave riesgo" hasta 2019. La violencia de género marca la pauta —como patrón, podríamos decir— para solicitar la no restitución, un tema que no nos deja impasibles por dos motivos: el incremento de este tipo de violencia, generado entre progenitores, y que se focaliza, directa o directamente, en los hijos que forman parte del vínculo familiar.

Del conjunto de los criterios asumidos por la Suprema Corte y de las prácticas recomendadas por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a través de la Nueva Guía práctica del artículo 13(1) (b), se concluye que hay una misma línea interpretativa limitando su utilización, que nos lleva a separar aquellos casos donde la excepción es invocada con la finalidad protectora de origen, de aquellos casos donde se utiliza como instrumento dilatorio o como recurso para ganar una pretensión infundada que no va en el interés superior de los hijos menores, sino en interés del progenitor sustractor. Un mal uso, abusivo, al alegar tal excepción permite crear incredulidad y, por ende, deja al descubierto, bajo la indefensión, a muchos otros casos que tienen más que justificado el temor al retorno por un riesgo grave de violencia familiar.

En definitiva, tener criterios jurisprudenciales claros y actualizados a través de los instrumentos internacionales —ya sean de *hard law* y sobre todo de *soft law* a través de guías prácticas— permite cooperar, colaborar y confiar en que todos los interlocutores que participan en un tema de restitución internacional parental de menores, realizarán un buen trabajo con una mirada objetiva de protección internacional e integral de los hijos menores sustraídos, respetando los aspectos civiles que conlleva la misma; desde los abogados que asesoran, ética y responsablemente, los progenitores inmersos en estas situaciones, hasta las autoridades centrales designadas y autoridades judiciales competentes.

Todo ello en conjunto —es decir, la Nueva Guía de buenas prácticas—, los estudios de casos de restitución internacional en los cuales se argu-



mentan excepciones de grave riesgo conforman una base necesaria para evitar que el Convenio de La Haya de 1980 sea superado por la realidad y resulte inoperable ante la proliferación de casos.

## VII. Bibliografía

Albornoz, M. M., (2020), "Nueva Guía de buenas prácticas: la excepción de grave riesgo en la restitución internacional de menores", Blog *Derecho en Acción*, CIDE, 17 de marzo de 2020.

CNDH (2018), "Sustracción y retención de niñas, niños y adolescentes", Tríptico, julio 2018/1VG/ECTP, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos. «<https://bit.ly/3nJJqUp>».

COHADIP (1980), *Convenio de la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, Países Bajos, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado-COHADIP. «<https://bit.ly/3kOASd6>».

De la Rosa Cortina, J. M. (2010), *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Dreyzin de Klor, A. (2017), *La aplicación judicial del derecho internacional privado*, Costa Rica, Jurídica Continental.

García Presas, I. (2013), *La Patria Potestad*, Madrid, Dykinson.

González Martín, N. (2009), *Familia internacional en México: adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata*, México, Porrúa.

González Martín, N. (2014) "International Parental Child Abduction and Mediation: An Overview", *Family Law Quarterly*, vol. 48, pp. 319-350.

- González Martín, N. (2015), "Non Exceptional Exceptions: The latest on the United States of America and Mexico Supreme Courts' Hague Abduction Decisions (Lozano and Direct Amparo under Revision 903/2014)", *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 19, pp. 23-33. «<http://www.sybil.es/archive/vol-19-2015/>».
- González Martín, N. (2017), "Medios Alternativos de resolución de disputas. A. La mediación en los procesos de restitución internacional de menores", en: Godínez, T. Lázaro, R. y Nieve y Castro, F. (coords.), *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, México, Porrúa.
- González Martín, N. (2019) "Capítulo 10. Mediación ante el 'grave riesgo' en la sustracción internacional parental de menores", en Quicios Molina, M. S. y Álvarez Medina, S. (dir.), *El derecho frente a la violencia dentro de la familia un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, España, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 255-274.
- González Martín, N. *Relatoría de la Séptima Reunión de la Comisión Especial sobre el Funcionamiento Práctico del Convenio de la Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y del convenio de la Haya del 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*, en *La Haya, Holanda, 10-17 de octubre de 2017*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Volumen XIX, 2019.
- González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S. (2011), *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano*, México, UNAM.
- González Pedrouzo, C., *Aproximación al Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, Revista de la Facultad de Derecho, Uruguay, núm. 18, 2000.

- Graiewski, M.,(2014), "Restitución internacional de menores. Excepciones de la Convención de La Haya de 1980", *Ratio Iuris, Revista de Derecho Privado*, año 2, núm. 2, pp. 110-140. «<https://bit.ly/2UQ4BYg>».
- HCCH (2012), *Guide to Good Practice under The Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation*. Países Bajos, The Hague Conference on Private International Law-HCCH, Permanent Bureau [versión en español: «<https://bit.ly/2Hp5mVm>»].
- HCCH (2017), *Draft Guide to Good Practice on Article 13(1)(b) of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, 7a. ed., Países Bajos, The Hague Conference on Private International Law-HCCH.
- HCCH (2020), *Guide to Good Practice under the Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Part VI. Article 13(1)(b)*, Países Bajos, The Hague Conference on Private International Law-HCCH.
- Hierro Sánchez-Pescador, L., *Los derechos del niño en el sistema universal de los Derechos Humanos*, en *Los derechos del menor en el ordenamiento jurídico. Casos prácticos (AA.VV.)*, Unicef-AECID, Madrid, 2015.
- Lorente Martínez, I. (2019), "La integración europea en el derecho de familia. Sustracción internacional de menores: el caso Juana Rivas", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 7, núm. 2, pp. 159-206.
- Lowe, N. (2015), "Some Moot Points on the 1980 Hague Abduction Convention", *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 46, pp. 683-704.

- Matus Calleros, E. (2019), *Competencia Judicial, Conflicto de Leyes, Cooperación, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en la Sustracción Internacional de Menores*, México, Tirant lo Blanch.
- Pérez Contreras, M., *La filiación en la legislación familiar para el Distrito Federal: comentarios en torno a las reformas*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 2002.
- Pérez-Vera, E. (1980), *Explanatory Report of the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*. vol. III, Actes et Documents of the XIVth Session. «<https://bit.ly/3fhKOL1>».
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, (2017), "Sustracción Internacional de Menores. Análisis de las Excepciones Previstas en el Convenio de la Haya Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", Primera Sala, SCJN, pp. 1-15. «<https://bit.ly/36ZLLNK>».
- Robles Cruz, M. K., *Proceso de restitución internacional de la niñez en México*, Revista de Derecho Privado, II(4), 2013.
- Rodríguez Jiménez, S., *El principio del interés superior del niño*, Letras Jurídicas, Primavera, No. 16, 2014.
- Rodríguez Jiménez, S. (2006), *La protección de los menores en el derecho internacional privado mexicano*, México, UNAM.
- Rodríguez Pineau, E. (2018), "La oposición al retorno del menor secuestrado: Movimientos en Bruselas y la Haya", *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 35, pp. 1-31.
- Schuz, R. (2014), "The Doctrine of Comity in the Age of Globalization: Between International Child Abduction and Cross-border Insolvency", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 40. «<https://bit.ly/2IZA33D>».

Soto Rodríguez, M. L., *La Mediación en la Sustracción Internacional de Menores en la Unión Europea*, Revista de Estudios Europeos, Vol. 71, 2018.

TorreCuadrada García-Lozano, S. (2016), "El interés superior del niño", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 16, núm. 1, pp. 131-157.

TorreCuadrada García-Lozano, S. (2020), "Capítulo Octavo. Aproximación crítica al interés superior del niño", en González Martín, N. (ed.), *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior del menor. Perspectivas de derecho comparado*, México, IIJ-UNAM (en prensa).

Vázquez Ramírez, J. L. (2017), *Sustracción y Restitución de Menores en el Derecho Internacional y en el Derecho Constitucional Mexicano*, Ciudad de México, Universidad Autónoma del Estado de México.

Treviño Fernández, S., Roldán Orozco, G., y Quintero, P. (2020), *Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes*. Cuadernos de Jurisprudencia, serie Derecho y familia, núm. 1, México, SCJN.

Tribunales Colegiados de Circuito (2011), *Menores De Edad. Tienen Interés Jurídico Para Ejercitar Las Acciones Relacionadas Con La Guarda Y Custodia, Por Medio De Quien Ejerza La Patria Potestad Cuando Sobre Aquélla Exista Disputa Entre Sus Padres*, Tesis I.5o.C.145 C, número 161040, Tomo XXXIV, septiembre.

## **Jurisprudencia**

Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo Directo en Revisión 903/2014, 2 de julio de 2014 .

Amparo Directo 27/2016, 10 de enero de 2018.

Amparo Directo 5669/2015, 13 de abril de 2016.

Amparo Directo en Revisión 1564/2015, 2 de diciembre de 2015 .

Amparo Directo en Revisión 9/2016, 6 de septiembre de 2017.

Amparo Directo en Revisión 29/2016, 15 de febrero de 2017.

Amparo Directo en Revisión 4833/2016, 21 de junio de 2017.

La movilidad humana presenta una serie de retos que requieren de la cooperación internacional entre los Estados, así como de reglas comunes y homogéneas. En el caso de la sustracción de menores de edad, la normativa y la práctica internacionales proveen al juzgador y a las autoridades involucradas de criterios, principios y estándares que deberán ser tomados en cuenta en el caso concreto. Desde una perspectiva de derechos humanos, en particular, destaca la aplicación del interés superior de la niñez como principio rector tanto del ámbito internacional como derivado de un mandato constitucional.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desarrollado un importante cuerpo de jurisprudencia sobre la interpretación del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, principal instrumento jurídico que aborda el fenómeno de sustracción y restitución internacional de niñas, niños y adolescentes. Este libro reúne una serie de artículos que, por un lado, analizan los criterios de la Suprema Corte en la materia y, por el otro, nos anuncian problemas y desafíos pendientes para la protección efectiva del interés superior de la infancia ante la movilidad humana internacional. Esta obra será de especial utilidad para juezas y jueces, operadores judiciales y autoridades en contacto con el sistema de protección de la infancia, así como del público interesado en general, y debe leerse de la mano del cuaderno de jurisprudencia sobre *Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes* publicado también por este Alto Tribunal.

