

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL PARENTAL DE MENORES Y MEDIACIÓN. DOS CASOS PARA LA REFLEXIÓN: MÉXICO (AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 903/2014) Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (LOZANO V. MONTOYA ÁLVAREZ)

INTERNATIONAL PARENTAL CHILD ABDUCTION AND MEDIATION: TWO CASES TO REFLECT UPON: MEXICO (DIRECT AMPARO UNDER REVISION 903/2014) AND THE UNITED STATES OF AMERICA (LOZANO V. MONTOYA ALVAREZ)

Nuria González Martín *

Sumario: I. FAMILIA INTERNACIONAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS EN FAMILIA. II. SUSTRACCIONES INTERNACIONALES PARENTALES DE MENORES: MÉXICO-ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. III. CONVENIO DE LA HAYA DE 1980: REGLA Y EXCEPCIONALIDAD. IV. CONFLICTOS FAMILIARES: SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL Y MEDIACIÓN. V. DOS CASOS PARA LA REFLEXIÓN. VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN: En la actualidad hay un aumento de familias internacionales, es decir, aquellas conformadas por individuos que están bajo la jurisdicción de naciones diversas. Una familia internacional que no está exenta de crisis y, por ende, al incremento de conflictos familiares transfronterizos. De ésta manera, en aquellos supuestos donde hay menores y la relación de pareja truncada, nos enfrentamos al lamentable incremento de

Fecha de recepción del original: 17 de marzo de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 21 de mayo de 2015.

*Doctora en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Investigadora Titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Investigadora del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel III. Mediadora Certificada por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Asesora Externa de la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana y Directora del *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Autora de 17 libros de propia autoría/coautoría, y 20 libros coordinados y/o compilados. Premio Universidad Nacional Jóvenes Investigadores en Investigación Ciencias Sociales 2008. 2015 Weinstein JAMS International Fellowship en San Francisco, California. Académica visitante en Stanford Law School and CISAC, Stanford University, durante 2012-2015. Agradezco todos y cada uno de los comentarios realizados por la colega y amiga María Cristina Oropeza Zorrilla. Investigación apoyada por CONACYT

sustracciones internacionales de menores por parte de uno de sus progenitores. Esta contribución analiza el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; ubica la situación particular entre México y los Estados Unidos de América y analiza dos casos recientes de sus Supremas Cortes para terminar perfilando la necesidad de cooperar entre las distintas Autoridades para la consecución de una solución expedita y en el interés superior del menor, donde tiene un papel importante la mediación familiar internacional en casos de sustracción internacional parental de menores.

ABSTRACT: Nowadays there is an increase of international families, that is, those formed by individuals under different countries' jurisdictions. International families are not exempt from suffering a crisis, hence the increase in cross border family conflicts. This way, in cases where there are minors and couple's relationship is terminated, we face the regrettable increase of international abductions of minors by one of the parents. This paper analyzes the 1980 Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction; provides background related to the particular situation between Mexico and the United States of America and analyzes two recent cases brought to both Supreme Courts. Finally, we outline the need to cooperate between different authorities to accomplish and expedite solution in the best interest of the child, where international family mediation plays a key role in international parental child abduction.

PALABRAS CLAVES: sustracción internacional de menores por parte de uno de sus progenitores; sustracción internacional parental de menores; Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; La Convención de La Haya de 1980; mediación, mediación familiar internacional; Amparo Directo en Revisión 903/2014; Lozano v. Montoya Álvarez.

KEYWORDS: international child abduction by one of the parents; international parental child abduction; The Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction; The 1980 Hague Convention; mediation; international family mediation; Direct Amparo under Revision 903/2014; Lozano v. Montoya Alvarez.

I. FAMILIA INTERNACIONAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS EN FAMILIA

Partamos de una premisa muy obvia pero no por ello menos importante: en la actualidad no podemos, ni debemos, hablar de un concepto unívoco de familia, ni desde el punto de vista semántico ni desde el punto de vista jurídico.

De esta manera, retomamos, por su pertinencia, las “nuevas estructuras familiares”¹ que vuelven con más vigor que nunca ante la proliferación de las mismas y en donde ponemos especial hincapié en los derechos de los menores que deben ser protegidos, independientemente de la situación familiar del niño, e independientemente de la definición de “familia/familias” que se adopte².

¹ CARBONELL, J.; CARBONELL, M. y GONZÁLEZ MARTÍN, N., *Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2012.

² ISS, “El concepto de familia: el reto de proteger a los niños en familia y fuera de ella”, ISS, Boletín Mensual núm. 187, Noviembre-Diciembre 2014, p. 1, www.iss-ssi.org consultado 13 enero de 2015.

En este punto no divagaremos en la multitud de estructuras familiares que se interrelacionan en la actualidad y que amerita su atención y regulación para su protección, sino que nos ubicaremos, en primer lugar, en aquellas familias conformadas por individuos que están bajo la jurisdicción de naciones diversas, es decir, la **familia internacional**. En segundo lugar, hay que subrayar la evidente **crisis familiar** que obedece a múltiples y diversas causas como bien pudiera ser la crisis de la “institución” familiar; la crisis económica por la que transitan muchos países con consecuencias en la falta de empleo y de ahí las desavenencias que ello pudiera provocar en el terreno familiar y en donde también tenemos un desafío para los derechos de los niños, entre otros. En tercer lugar, el incremento de **conflictos familiares transfronterizos** y, en cuarto lugar, en aquellos supuestos donde hay menores y la relación de pareja truncada, el lamentable **incremento de sustracciones internacionales de menores**³ por parte de uno de sus progenitores⁴, es decir, aquellas situaciones en donde un padre, denominado progenitor sustractor, traslada -o retiene- ilícitamente de su residencia habitual a un menor de dieciséis años, quebrantando los derechos de guarda, custodia y visita del otro padre, denominado progenitor perjudicado⁵ y sobre todo quebrantando el derecho del menor a no ser trasladado o retenido ilícitamente, aún cuando dicho derecho no se deriva de la textualidad del instrumento internacional relacionado con la materia de sustracción que posteriormente analizaremos.

De estas cuatro premisas destacamos, en este momento, la necesidad de enfatizar en la protección internacional de la familia en un contexto global de derechos humanos. La tutela de la familia, en estos contextos internacionales, debe poner su acento en la protección debida a un sector poblacional vulnerable por excelencia, nos referimos a los menores.

Hablamos de familias internacionales binacionales o expatriadas, separadas o en proceso de divorcio; hablamos de situaciones que surgen debido a un cambio en las circunstancias familiares como bien podría ser la consideración de un padre de mudarse a otro país por

No queremos dejar de señalar que la inercia del Derecho Internacional Privado en los últimos tiempos es evitar definiciones y así dejar al legislador nacional la potestad para adaptar conceptos internacionales al ámbito doméstico.

³ Aprovechamos la oportunidad para expresar que utilizamos el término menor en lugar de niñas, niños y adolescentes por una cuestión práctica, subrayando que el término “menor” no constituye un término discriminatorio, peyorativo o despectivo, asumiendo el término que desde el derecho internacional privado es acogido de manera unánime.

⁴ Igualmente, queremos aprovechar la oportunidad para expresar que el término utilizado a veces de secuestro no es correcto. Un “secuestro” de un menor por parte de un padre o un pariente cercano es denominado “sustracción de menor” como opuesto al secuestro realizado por una persona que no es pariente de dicho menor, SUK, K. H., “Korea’s Accession to the Hague Child Abduction Convention”, 48 Family Law Quarterly, 267, 2014, p. 267. O incluso podemos ir más allá asumiendo las implicaciones que conlleva un “secuestro” como delito penal, que se escapa del alcance de la Convención de La Haya de 1980 que atiende los aspectos civiles y no penales. WARDLE, L., “The Merit of Modesty: Abduction, Relocation, and the Hague Abduction Convention”, *The Journal of Comparative Law*, vol. nine, Issue one, 2014, p. 97.

⁵ Para una visión general del mismo, véase GONZÁLEZ MARTÍN, N., “Sustracción internacional parental de menores y mediación”, *Derecho familiar internacional. Metodología para su estudio. Homenaje a Haydée Barrios*, Colombia, Universidad del Rosario, 2014.

cuestiones personales y/o laborales; situaciones en las que los padres viven en dos diferentes países⁶ y de todo ello destacamos la necesidad de visualizar dónde queda la responsabilidad de cada padre ante sus hijos menores y la necesidad de colocar en el centro de la situación conflictiva las necesidades de sus hijos con el objetivo de instaurar un principio fundamental, cuando hablamos de la protección de la infancia, como es primar su interés superior.

De esta manera, los derechos de los niños y su interés superior deben permanecer como objeto principal en todos aquellos ámbitos que le incumben, nos referimos al ámbito legislativo, político, programas y prácticas enfocadas a la familia, con lo cual ¿no debería ser el niño quién define e identifica a su familia?⁷ y así, y en consecuencia, podríamos cubrir la necesidad de proteger los derechos de todas las familias y de sus integrantes, con especial realce en los menores; es decir, rechazamos los debates concentrados en el concepto semántico hacia la necesidad de proteger jurídicamente a los menores, colocando en una balanza la importancia de dicha protección jurídica e internacional frente a una discusión meramente terminológica o conceptual⁸. Y más allá, colocamos en el centro de dicha protección integral e internacional de la minoridad, la inclusión de la labor judicial con decisiones e interpretaciones desde el conocimiento certero y profundo coincidiendo no solo con la letra de las leyes, nacionales o internacionales, sino con el espíritu con el cual fueron creadas las mismas.

Con estas reflexiones en torno a la familia internacional y la indubitada protección de la minoridad (I), presentamos una estructura en esta contribución que continúa con la introducción de una serie de datos estadísticos relativos a los dos países objeto de examen, es decir, México y los Estados Unidos de América (II); prosigue con el análisis de determinados aspectos del Convenio de La Haya de 1980 con el objeto de tener las bases del tópico o tema abordado y así incluir lectores tanto especializados en la materia como aquellos que no son tan especializados en la misma (III). Se continúa con un apartado dedicado a la mediación (IV), abarcando las características que ha de cumplir dicho medio alternativo de solución de conflictos en casos de sustracción internacional parental de menores, como un método que debe ser promovido desde una buena implementación y desde el reconocimiento internacional. Ante tal panorama, se prosigue con la exposición y comentarios de las dos decisiones más recientes de las Supremas Cortes de México y los Estados Unidos (V) para finalizar con una serie de conclusiones (VI) a modo de aportación a todo un tema de máximo interés y no menos complejidad.

⁶ ISS. Resolving Family Conflicts. A Guide to International Family Mediation, To help you. To protect your children, p. 18

<http://www.iss-usa.org/news-press/new-guide-to-international-family-mediation>.

⁷ ISS. “El concepto de ‘familia’: el reto de proteger...” *op cit supra*, p. 3.

⁸ En ese mismo sentido, nos pronunciamos en relación al término “menor” frente a “niñas, niños y adolescentes” en GONZÁLEZ MARTÍN, N. y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano*, México, UNAM, 2011, 243 pp.

II. SUSTRACCIONES INTERNACIONALES PARENTALES DE MENORES: MÉXICO-ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

México y los Estados Unidos de América representan el 10% del total de las sustracciones internacionales de niños por parte de uno de sus progenitores a nivel mundial⁹.

De los datos derivados por la Autoridad Central mexicana en dichos casos de sustracción tenemos lo siguiente¹⁰:

- 2011:
 - a) 148 casos sustraídos hacia México desde los Estados Unidos de América que involucran a 217 menores;
 - b) 102 casos sustraídos desde México a los Estados Unidos de América que involucran a 151 menores;

- 2012:
 - a) 134 casos sustraídos hacia México desde los Estados Unidos de América que involucran a 199 menores;
 - b) 147 casos sustraídos desde México a los Estados Unidos de América que involucran a 211 menores;

- 2013:
 - a) 106 casos sustraídos hacia México desde los Estados Unidos de América que involucran a 182 menores;

⁹ LOWE, N., *A Statistical Analysis of Applications Made in 2003 Under The Hague Covention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Part I –Overall Report-*, HCCH; LOWE, N., *A Statistical Analysis of Applications Made in 2003 Under The Hague Covention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Part II. National Reports*. <http://www.hcch.net>

¹⁰Secretaría de Relaciones Exteriores. Reporte Estadístico 2014. Subsecretaría para América del Norte. Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior. Dirección de Derecho de Familia. Subdirección de Restitución de Menores. México. D.F. Septiembre de 2014. Documento de Trabajo denominado “Reporte Estadístico 2014”, respecto de sustracción internacional de menores, provisto por la misma institución. http://www.sre.gob.mx/proteccionconsular/images/stories/documentos/DF_RM/Estadisticas/DFAM-RM-sep2014.pdf consultado el 13 de enero de 2015.

Si el lector pretende contrastar los datos que son proporcionados por la Autoridad Central mexicana y la Autoridad Central norteamericana en estos casos de sustracción, es importante señalar que México y los Estados Unidos de América reportan los casos de manera diferente, mientras que Estados Unidos se refiere de todos los casos reportados a ellos, México sólo tiene en cuenta los casos que hayan sido efectivamente presentados ante la Autoridad Central correspondiente; es decir, simplemente, tienen un sistema de conteo distinto. Además, el cierre de sus categorías difieren ligeramente para cada país. <http://travel.state.gov/content/childabduction/english/legal/compliance/statistics.html>

- b) 152 casos sustraídos desde México a los Estados Unidos de América que involucran a 217 menores;
- 2014:
 - a) 66 casos sustraídos hacia México desde los Estados Unidos de América que involucran a 96 menores;
 - b) 89 casos sustraídos desde México a los Estados Unidos de América que involucran a 126 menores;

Año	No. de casos de sustracción de México a los EUA	Menores involucrados	No. de casos de sustracción de los EUA a México	Menores involucrados
2011	102	151	148	217
2012	147	211	134	199
2013	152	217	106	182
2014	89	126	66	96

De estos datos se desprende que desde 2011 hasta el 1 septiembre de 2014¹¹, la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana, a través de su Autoridad Central, ha tramitado, en relación a los Estados Unidos de América, un total de 944 casos, con 1,399 menores involucrados.

Por lo que se refiere a los datos relacionados con los Estados de la Unión americana¹² o la República mexicana de los cuales son sustraídos y/o son llevados los menores -es decir, casos tanto salientes como entrantes-¹³, tenemos que destaca sobremanera los casos concernientes al Estado de California seguido, muy de cerca, con el Estado de Texas; así

¹¹Secretaría de Relaciones Exteriores. Reporte Estadístico 2014. Subsecretaría para América del Norte. Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior. Dirección de Derecho de Familia. Subdirección de Restitución de Menores. México. D.F. Septiembre de 2014. Documento de Trabajo denominado “Análisis Estadístico EUA”, respecto de sustracción internacional de menores, provisto por la misma institución. Datos a 1 de septiembre de 2014 http://www.sre.gob.mx/proteccionconsular/images/stories/documentos/DF_RM/Estadisticas/DFAM-RM-sep2014.pdf consultado el 13 de enero de 2015.

¹² <http://travel.state.gov/content/childabduction/english/legal/compliance/statistics.html> consultado el 15 de enero de 2015. Desde el 1 de abril de 2008, la Oficina de Asuntos de Menores del Departamento de Estado norteamericano asumió el manejo de todos los “incoming” casos de sustracción de menores de La Haya. http://travel.state.gov/abduction/about/whatsnew/whatsnew_3859.html (consultado en Diciembre 2014) bajo “Possible Solutions-Using the Hague Abduction Convention”.

¹³ Por si fuera necesario aclarar, nos referimos a Estados norteamericanos de origen de las solicitudes a México y Estados mexicanos destino de las solicitudes.

como la Ciudad de México, Baja California, Estado de México, Michoacán, Jalisco, Chihuahua, y Coahuila¹⁴.

Igualmente es conveniente traer a colación una serie de datos que son significativos para saber los motivos o las causas por las que se cierra un caso, o se da por terminado, y así tenemos motivos del cierre por: 1. Acuerdo extrajudicial; 2. Acuerdo judicial; 3. Cierre administrativo; 4. Desistimiento; 5. Improcedentes; 6. Restitución judicial; 7. Restitución negada; 8. Restitución voluntaria; 9. Derechos de visita otorgados.

Por lo que se refiere al tema de acuerdos extrajudiciales, cuestión que nos interesa de manera particular en esta contribución, en términos generales, sin discernir entre los países involucrados, es decir, no solo referidos al caso con los Estados Unidos de América y México, sino teniendo en cuenta tanto los casos entrantes como los salientes de México con respecto a cualquier otro país, tenemos que en el mismo periodo referido, hasta el 1 de septiembre de 2014, en relación al acuerdo extrajudicial, donde la mediación familiar internacional tiene cabida perfecta, se dieron un total de 11 casos con 18 menores involucrados y en relación a la restitución voluntaria, actividad alentada por las Autoridades Centrales, se dieron un total de 17 casos con 20 niños involucrados.

Aunque al lector, en un principio, estas cifras no le puedan aparecer atractivas, desde un punto de vista cuantitativo, y quizás tampoco, desde un punto de vista cualitativo, si considera el camino, digamos, incipiente de la mediación familiar internacional o la actuación todavía discreta de las Autoridades Centrales; debemos subrayar que la toma de conciencia y la puesta en marcha, de manera coincidente, con los interlocutores encargados de buscar soluciones que parte del multimencionado interés superior de la minoridad, es todo un logro y la idea es darle la importancia que amerita y abogar por una buena implementación desde el conocimiento y desde la cooperación. Un solo caso acordado por la familia, y por ende tutelado por las autoridades implicadas, es un dato menos que reportar negativamente y por tanto, y con más significado, un menor menos, o varios menores, expuestos a daños irreparables para toda su vida como fruto de las desavenencias entre sus progenitores. En este sentido, la mediación familiar internacional además de tener un fin de complementariedad al proceso judicial, cumple con una función preventiva, que podemos visualizar desde dos vertientes: 1) prevenir repercusiones dolorosas para los menores afectados por una separación familiar transfronteriza y 2) prevenir los riesgos de ruptura del vínculo con uno de los padres.

¹⁴ Secretaría de Relaciones Exteriores. Reporte Estadístico 2014. Subsecretaría para América del Norte. Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior. Dirección de Derecho de Familia. Subdirección de Restitución de Menores. México. D.F. Septiembre de 2014. Documento de Trabajo denominado “Análisis Estadístico EUA”, respecto de sustracción internacional de menores, provisto por la misma institución, *op cit supra*.

Si volvemos al punto que nos reúne en esta contribución, tenemos que señalar que México y los Estados Unidos de América cobran un relieve particular al compartir, ambos Estados, una frontera sin parangón, tanto desde el punto de vista de su extensión como desde el punto de vista estratégico, al ser un eslabón geográfico natural para el cruce de fronteras y el intercambio cultural y por tanto familiar. Una cuestión que cobra carta de naturaleza, no solo para el tema migratorio *per se*, sino por la proliferación de casos de sustracción binacional. Cifras, las mencionadas, que representan un valor tanto cuantitativo como cualitativo y en donde, reiteramos y subrayamos, la cooperación ya sea en forma de prevención, acompañamiento o mediación, cobra una importancia crucial.

III. CONVENIO DE LA HAYA DE 1980: REGLA Y EXCEPCIONALIDAD

El *Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*¹⁵, comúnmente conocido como Convenio de La Haya de 1980, es el tratado internacional que tanto México¹⁶ como los Estados Unidos de América¹⁷ tienen firmado y

¹⁵ A marzo de 2015, el número total de Estados contratantes o parte de la Convención de La Haya son 93, de un total de 194 Estados reconocidos internacionalmente. Entre los miembros más recientes tenemos: Kazakhstan y República de Corea en 2013 y Japón, Zambia e Iraq en 2014. Esta cifra representa no solo el incremento de países que se adhieren a ella sino el incremento del uso de la misma ante el aumento de solicitudes de retorno de menores que son sustraídos internacionalmente por sus propios padres. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=24, consultado el 1 de marzo de 2015.

¹⁶ Los Estados Unidos Mexicanos ratificó la Convención de La Haya de 1980 el 20 de junio de 1991, con entrada en vigor el 1 de septiembre de 1991.

¹⁷ Los Estados Unidos de América ratificó la Convención de La Haya de 1980 en julio de 1988, y el Congreso aplica la Convención en ese mismo año a través de la International Child Abduction Remedies Act (ICARA). 102 Stat. 437, 42 U. S. C. §§11601–11610. Esa ley instruye a los tribunales para "decidir el caso, de conformidad con la Convención." § 11603 (d). Haciéndose eco de la Convención, ICARA ofrece, además, que "[c]os niños que son separados injustamente... deben ser devueltos de inmediato a menos que se aplique una de las excepciones limitadas establecidas en la Convención." § 11601 (a) (4). Por último, ICARA requiere al padre sustractor establecer la evidencia de que se aplica la excepción del artículo 12, para volver. § 11603 (e) (2) (B). En 1993, "el Congreso promulgó la Ley del Delito de Secuestro Parental Internacional (IPKCA), 18 U.S.C. §1204 (1993). Esta ley establece sanciones penales por delitos graves para el traslado o retención de un menor de Estados Unidos con la intención de obstruir el ejercicio legal de la patria potestad... IPKCA viene a llenar un vacío en la ley con respecto a los secuestros de niños de los Estados Unidos a un país donde la Convención de La Haya de 1980 no esté en vigor", Hon. James D. Carbolino, Federal Judicial Center, *The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: A Guide for Judges* (2012), p. IX (la traducción es nuestra). Queremos, por otro lado, aprovechar la oportunidad que nos dan estas líneas para dejar perfilado el tema de la anunciada ley David Goldman International Child Abduction Prevention and Return Act of 2014, <https://www.congress.gov/bill/113th-congress/house-bill/3212> en donde, a grandes rasgos, se pretende cambiar la metodología del reporte anual que hace el Departamento de Estado, sobre los países con los que Estados Unidos tiene casos pendientes y contempla la posibilidad de que Estados Unidos pueda, de alguna manera, "imponer sanciones" por patrones de incumplimiento (cancelar intercambios técnicos y científicos, hacer llamadas de atención públicas, cancelar fondos, etc.). La cuestión más delicada es que definen los casos pendientes como aquellos que llevan un año de haber sido presentados y si bien la Convención habla de seis semanas para finiquitar el proceso de sustracción, la práctica indica, desafortunadamente, que un año es algo más que razonable en estos casos;

ratificado y, por ende, se constituye en la norma internacional de los casos de sustracción objeto de la presente contribución; un convenio con un contenido esencial de cooperación, tal y como ya expresamos, y que se puede traducir en este momento en la designación de Autoridades Centrales que comparten información y comunicación relativa a las sustracciones como responsables entre los Estados contratantes. Por parte de México, su Autoridad Central es la Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior, Dirección de Familia, de la Secretaría de Relaciones Exteriores, y por parte de los Estados Unidos de América, su Autoridad Central es la Oficina de Asuntos de Menores del Departamento de Estado.

Un convenio con más de treinta años de vigencia que con todas sus virtudes adolece de una aplicación práctica, clara y uniforme¹⁸; un convenio que pretende garantizar la restitución inmediata del niño al Estado de su última residencia habitual, es decir, tiene una regla base que debiera evitar el uso de las excepciones. De esta manera tenemos:

1. Regla: la restitución inmediata del menor de dieciséis años trasladado o retenido ilícitamente del país de su última residencia habitual, por parte de uno de sus progenitores, y así restablecer el *status quo* antes de la sustracción tan pronto como sea posible para atenuar los efectos nocivos del traslado o retención ilícito para el niño, en su Interés Superior, aún y cuando este principio fundamental, como ya comentamos, no se mencione, expresamente, en el propio texto o cuerpo del Convenio de La Haya de 1980¹⁹.
2. Excepción: no restituir (artículos 12, 13 y 20 Convenio de La Haya de 1980).

De dichas premisas se desprenden dos elementos fundamentales.

incluso la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso que comentaremos abajo, *Lozano v. Montoya Álvarez*, señaló que estos casos normalmente demoran dos años. Si a todo ello le añadimos el tema de las reservas, así como la dificultad de que las partes puedan pagar un abogado que les lleve su caso, más el hecho de que la Autoridad Central no da seguimiento a los asuntos una vez que están en manos de los abogados, se plantea con dicha Ley David Goldman un serio problema. Por otro lado, igualmente queremos aprovechar la ocasión para expresar que siempre tenemos un tema pendiente con la emisión de alertas migratorias, una cuestión en la que se debería poner especial atención y sobre todo, especial cuidado para que se dé en la práctica.

¹⁸ WARDLE, L., “The Merit of Modesty: Abduction, Relocation, and the Hague Abduction Convention”... *op cit supra* p. 104 y ss. Véase el United States Department of State, Bureau of Consular Affairs, International Child Abduction, Report on Compliance with the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (April 2014) <http://travel.state.gov/content/dam/childabduction/complianceReports/2014.pdf> consultado el 15 de febrero de 2015.

¹⁹ PÉREZ VERA, E., *Explanatory Report, Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Hague Conference on Private International Law, III Actes et Documents de la Quarzieme Session 426*, p. 458 (1980). www.hcch.net/upload/expl28s.pdf consultado 1 de diciembre 2014.

En primer lugar, por lo que se refiere a qué se entiende por traslado o retención ilícita, el artículo 3 del *Convenio de La Haya de 1980* considera que el traslado o la retención de un menor es ilícito:

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

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

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 negrita es nuestra)

El segundo elemento a discernir es ese carácter excepcional para no restituir al menor, concretados en tres artículos fundamentales, nos referimos al artículo 12, párrafo segundo, artículo 13 y artículo 20 del Convenio de la Haya de 1980.

Por cuestiones prácticas para la presente contribución, iniciaremos con lo expresado en el artículo 13, que a la letra establece:

*No obstante lo dispuesto en el artículo precedente (es decir, excepcionalidad de restituir con base al transcurso del periodo de un año desde su traslado retención, artículo 12, -el comentario es nuestro-), la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido **no está obligada a ordenar la restitución del menor** si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:*

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

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

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

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

competente del lugar de residencia habitual del menor. (la negrita y los guiones – autonomía progresiva- son nuestros)

Por su parte, el artículo 20, marca su excepcionalidad –con una operatividad realmente extraordinaria-, al expresar:

*La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando **no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido** en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. (la negrita es nuestra)*

Por último, ese carácter de excepcionalidad lo encontramos con base al periodo de un año, que regula en el artículo 12, párrafo segundo, del Convenio de La Haya de 1980 al expresar que:

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

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

Como expondremos en el apartado relativo a los comentarios de las dos decisiones elegidas en esta contribución, la Convención de La Haya de 1980 nació y se ha proyectado con un fin unívoco e inequívoco que es proteger, íntegra e internacionalmente, al menor o menores sustraídos internacionalmente por parte de uno de sus progenitores, poniendo el acento en su derecho humano a no ser ni trasladado ni retenido de manera ilícita, es decir, sin interrumpir abruptamente su rutina y velando por su mejor interés desde su residencia habitual.

Si la acción de sustraer o retener ilícitamente ya se dió, la actuación declarada en dicha Convención internacional es la inmediata restitución dejando a la excepción de no restituir esa connotación de excepcionalidad y no de regla.

El uso y, sobre todo, el abuso de la invocación de excepciones que buscan la no restitución está permitiendo una desvirtuación de la naturaleza de la norma internacional, en donde:

- por una parte, los padres pueden buscar dilaciones indebidas a través de la regla de excepcionalidad del plazo de un año invocando la adaptabilidad del menor a su nuevo entorno (artículo 12, párrafo segundo) o la manipulación o falsedad de un grave riesgo,

como la violencia doméstica (artículo 13 b), dejando indefensos aquellos casos que sí ameritan dicha invocación y protección y,

- por otra parte, 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 doméstica de quienes sustraen o son sustraídos al coincidir, en un número importante de casos, con sus orígenes nacionales, es decir, quienes sustraen lo suelen hacer al territorio del cual se consideran connacional con la idea de que un tribunal nacional emitirá una decisión a su favor.

El tema de la invocación de excepciones supone un motivo de preocupación para el órgano universal encargado de gestar estas convenciones familiares, nos referimos a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado²⁰, y de ahí que en su tarea de actualizar y visualizar el funcionamiento práctico de sus convenciones, a través de sus comisiones especiales, invoca el estudio e implementación de guías prácticas en temas de violencia doméstica, en temas de la implementación de la mediación familiar internacional, entre otros²¹.

²⁰ Y pensamos que esta preocupación no solo la comparte este órgano universal; veamos la situación que se genera en la Unión Europea y la actividad de el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos al atender una serie de casos en relación con la Convención de La Haya de 1980 y la aplicación de su artículo 13 en consistencia con el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos –todo ello relacionado con el artículo 11 de Bruselas IIa. Para un análisis de los más recientes casos en éste ámbito léase el magnífico artículo de BEAUMONT, P.; TRIMMINGS, K.; WALKER, L. and HOLLIDAY, J., “Child Abduction: Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64, January 2015, pp. 39-63. Igualmente señalamos algunas obras de referencia para el contexto de la Unión Europea: BEAUMONT, P. R. y MCELEAVY, P. E., *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford University Press, UK, 1999; SCHUZ, R., *The Hague Child Abduction Convention. A Critical Analysis*, Hart Publishing, Oxford, 2013; TRIMMINGS, K., *Child Abduction within the European Union*, Hart Publishing, Oxford, 2013.

²¹ www.hcch.net bajo “Sustracción internacional”. Véase, asimismo, GONZÁLEZ MARTÍN, N., “International Parental Child Abduction and Mediation: An Overview”, *Family Law Quarterly*, vol. 48, Issue 2, Summer 2014, pp. 319-350, así como GONZÁLEZ MARTÍN, N., “International Parental Child Abduction and Mediation”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoInternacional/>

Por la ubicación de la presente contribución en una revista española, creemos pertinente expresar que la doctrina de España ha destacado en el análisis de este tema de manera sobresaliente, por ello estimamos conveniente numerar algunas referencias, que no acotan ni mucho menos la extensa doctrina que se refiere a la misma: ADAM MUÑOZ, M.D. y GARCIA CANO, S. (dirs.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Colex, Madrid, 2004; GONZÁLEZ BEILFUSS, C. Y NAVARRO MICHEL, M., “Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil”, *RJCat.*, 2010, n. 3; BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: Tercera reunión de la Comisión especial sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores (17 a 21 de marzo de 1997)”, *REDI*, 1997, n. 1; JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, Madrid, 2008; MAESTRE CASAS, P., “Sustracción y restitución internacional de menores”, en LLAMAS POMBO, E. (coord.), *Nuevos conflictos del derecho de familia*, La Ley, Madrid, 2009, entre otros.

IV. CONFLICTOS FAMILIARES: SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL Y MEDIACIÓN

Hasta el momento, lo que acabamos de plantear son las consecuencias ante diferencias familiares que pueden comenzar sin una complejidad evidente pero que pueden escalar a tal grado que se tornan en asuntos con resultados realmente lamentables.

Cuando hablamos de conflictos, una de las frases de “cabecera” desde los medios alternos de solución de disputas, es que el conflicto es inherente a la naturaleza humana y así es, no lo vamos a discutir, pero también hay una situación palpable cuando no ponemos un alto a la confrontación, dejando escalar el conflicto de manera exponencial y sin control. Hablamos de situaciones jurídicas familiares que se tornan internacionales y que se ensañan con los hijos por una ceguera que pareciera transmitirse de los progenitores a las autoridades responsables de tomar decisiones.

Atendiendo al Convenio de La Haya de 1980, como instrumento internacional central para los casos referidos de sustracción internacional de menores entre México y los Estados Unidos de América²², debemos recapitular y subrayar que dentro de los objetivos de dicha Convención de La Haya de 1980 tenemos que, por un lado, garantiza la restitución de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y, por el otro lado, vela por que los derechos de custodia y visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

Este convenio, como cualquier otro tratado internacional que atienda situaciones en las que se ven involucrados menores de edad, debe interpretarse y aplicarse a la luz del Interés Superior de Menor, es decir la restitución debe beneficiar al menor, no a sus progenitores.

Si el objeto del mismo es fundamental no es menos importante subrayar el contenido del propio Convenio de La Haya de 1980 y así tenemos que se encuentran regulados temas de (1) *competencia judicial internacional*, es decir, cuál es el juez nacional competente internacionalmente. De esta manera, una vez que se tiene noticia del traslado o retención ilícita de algún menor, las autoridades administrativas o judiciales del Estado en donde éste haya sido llevado, decidirán sobre la restitución y se abstendrán de decidir sobre cuestiones de fondo como puede ser la custodia, por ejemplo, hasta que se resuelva que efectivamente no se reunieron las condiciones previstas en el Convenio para restituir al menor, o que haya

²² Recordemos que esta afirmación es correcta si nos atenemos a los instrumentos firmados y ratificados en el foro de codificación universal que representa la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y que en este caso puntual, tanto México como los Estados Unidos de América son signatarios de dicho convenio, pero es importante subrayar que en el ámbito regional y dentro del foro de codificación regional representado por la Organización de Estados Americanos, tenemos la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de 1989, un tratado internacional de igual valor al Convenio de La Haya de 1980, inclusive con un paralelismo, cuasi idéntico de su articulado, pero que dado su carácter regional tiene un número inferior de estados firmantes del mismo y del cual no es parte los Estados Unidos de América.

transcurrido un periodo de tiempo razonable y no se hubiera presentado una solicitud para aplicar dicho instrumento legal, con todo el cuidado y los matices que venimos proyectando en este trabajo.

Este punto es fundamental para entender la teleología de esta convención, es decir, una decisión sobre la restitución del menor no afecta la cuestión de fondo como bien puede ser el referido asunto de la custodia. Tal vez, éste sea uno de los puntos más problemáticos en la aplicación de esta convención, toda vez que las autoridades domésticas, las autoridades judiciales, tienden a entrar al fondo del asunto, aduciendo que la custodia de los menores es una cuestión de orden público²³.

De esta manera, tenemos que la competencia sobre la restitución corresponde al juez del lugar donde el menor ha sido trasladado o retenido ilícitamente y la competencia sobre asuntos de fondo, como la custodia, corresponde al juez del lugar de su última residencia habitual antes del traslado o retención ilícita.

Por otra parte, junto con dicho contenido de competencia judicial internacional, tenemos otro que prima y que se considera fundamental, dada la inercia de las últimas convenciones en la materia, hablamos de la (2) *cooperación* y ésta se traduce, en su expresión más simple y por ello más contundente, en confianza entre los Estados partes en este Convenio.

El Convenio de La Haya de 1980 establece la figura de la Autoridad Central, que es la institución de cada uno de los Estados Partes que se encargará de cumplir las obligaciones previstas en dicho instrumento.

De conformidad con el artículo 7 del Convenio de La Haya de 1980, las autoridades centrales de los estados signantes deberán colaborar entre sí adoptando medidas que posibiliten, entre otras cosas: a) localizar al menor trasladado o retenido de forma ilícita; b) prevenir que el menor sufra mayores daños o que las partes resulten perjudicadas, para lo cual se adoptarán medidas provisionales; c) ***garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable***; d) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo con el objeto de conseguir la restitución del menor y en su caso, permitir la regulación o ejercicio efectivo del derecho de visita.

Como vemos, las autoridades centrales tienen la obligación de cooperar entre sí, de la manera más ágil y expedita que sea posible, además de que siempre procurarán que la

²³ En realidad, el Convenio de La Haya de 1980 funciona bajo la premisa de que el mejor lugar para determinar la custodia del menor, por ejemplo, es el país donde dicho menor era residente habitual y ello es así porque debe ser el lugar donde los tribunales pueden acceder más fácilmente a las declaraciones de testigos o donde se encuentra información importante relacionada con la vida del menor en dicho país. DYER, A., "Comentarios del Lic. Adair Dyer Jr. Sobre los principios del convenio respecto a la sustracción de menores para la Octava Conferencia Binacional sobre la sustracción de menores, San Diego, California, 17 de marzo de 2014", versión facilitada a los participantes.

restitución se logre de manera voluntaria. Lo anterior es de suma importancia toda vez que el hecho de que se priorice un arreglo voluntario, implica que la propia convención, aun cuando no lo exprese explícitamente, abre un espacio para que los progenitores busquen una solución negociada a través, por ejemplo, de la mediación²⁴.

A nuestro juicio, no es suficiente la existencia de esta disposición de buena voluntad, hace falta la inclusión expresa de esquemas de mediación²⁵.

²⁴ Es realmente importante distinguir, siguiendo y coincidiendo con Sarah Vigers, entre mediación y retorno voluntario y resolución amigable (*Artículo 7*: “Central Authorities... shall take all appropriate measures... to secure the voluntary return of the child or to bring about an amicable resolution of the issues. *Artículo 10*: “The Central Authority of the State where the child is shall take or cause to be taken all appropriate measures in order to obtain the voluntary return of the child”). “The return mechanism is generally and correctly considered to be the heart of the Convention regime; however, it is neither the only nor the primary solution offered by the instrument (...)” VIGERS, S., *Mediating International Child Abduction Cases. The Hague Convention*, vol. 7, Hart Publishing, UK, 2011, p. 13. También, véase en ese mismo sentido, GONZÁLEZ MARTÍN, N., “International Parental Child Abduction and Mediation: An Overview”, *Family Law Quarterly*, vol. 48, Issue 2, Summer 2014, pp. 319-350. Véase igualmente, PALAO MORENO, G., “Mediación y derecho internacional privado” en VÁZQUEZ GÓMEZ, E.M., ADAM MUÑOZ, M.D., y CORNAGO PRIETO, N. (coords.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales. XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), Córdoba, 20-22 de octubre de 2011*, tirant lo Blanch, Valencia, 2013; GONZÁLEZ MARTÍN, N., “Mexico and Civil, Family and Commercial Mediation: a Search for Complementary Routes to the State Courts” en ESPLUGUES, C. (Ed.), *New Developments in Civil and Commercial Mediation. Ius Comparatum- Global Studies in Comparative Law 6*, Springer International Publishing AG, 2015 (en prensa).

De los datos derivados del trabajo de Lawyers in Europe on Parental Child Abduction, LEPCA, el 70% de los abogados consultados, no conocen que la Autoridad Central en sus países ofrecen una solución amigable para los padres involucrados en un caso de sustracción parental de menores. “La Autoridad Central no está obligada a organizar mediación transfronteriza, pero tiene que procurar una solución amigable (artículo 7 Convención de La Haya de 1980)” (la traducción es nuestra), p. 12.

LEPCA Report, A questionnaire and the first European Conference on Cross Border Family Issues, held from the 7th May 2014, the Peace Palace, The Hague, the Netherlands, 2014. <http://www.lepca.eu/en/news.htm> consultado el 5 de febrero de 2015.

²⁵ GONZÁLEZ MARTÍN, N., “Datos para la reflexión: ¿Por qué mediar casos de sustracción internacional parental de menores entre México y los Estados Unidos de América?”, CARBONELL, M. y CRUZ BARNEY, O. (Coords.) Libro Homenaje a José Luis Soberanes, IJ-UNAM, 2015 (en prensa). Coincidiendo con Nadia de Araujo, cuando se refiere al contenido que debe tener un acuerdo de mediación familiar en casos de sustracción, habría que integrar, por ejemplo, los términos y condiciones de la crianza de sus hijos en conjunto, constituyendo una especie de “paquete” en donde se encuentra: guarda, visitas, pensión alimenticia, viajes, reubicación, educación, propiedad, sucesión, entre otros. El tema es que dicho “paquete” debe ser reconocido y ejecutado no solo en el sistema jurídico en el que fue concluido sino también en cualquier otro sistema jurídico relevante para la familia. Esta situación puede tener la siguiente alternativa: 1. Incorporar su acuerdo amigable en una orden judicial en el Estado donde se realizó y buscar su reconocimiento y ejecución en otro Estado o, 2. Llegar su acuerdo amigable directamente a las autoridades judiciales competentes en el Estado extranjero, solicitando su homologación. En éste último caso, el caso de la homologación se vería compleja en cuanto a qué tribunal es el competente para homologar o no dicho acuerdo. Otra cuestión es que dicho “paquetes” o “paquetes de acuerdo” con cierta frecuencia abarcan cuestiones fuera de la jurisdicción de las convenciones, siendo prácticamente imposible garantizar un reconocimiento total sino, más bien, parcial. Araujo de, Nadia, “Novos temas na agenda da Conferencia da Haia de Direito Internacional Privado: Grupo de Especialistas discute o reconhecimento e execucao de acordos privados em disputas familiares

Así, visualizamos la necesidad de estructurar una política de mediación familiar internacional entre México y los Estados Unidos de América²⁶, en donde no se debe de perder de vista que dicha política deberá descansar en programas sólidos y permanentes²⁷ que cuenten por lo menos con:

1. Un equipo de mediadores que conduzca el procedimiento, cara a cara, en el lugar en dónde se vaya a realizar la audiencia judicial para determinar la restitución del menor²⁸. En este caso sería recomendable que dos mediadores, mujer y hombre²⁹, condujeran el procedimiento en co-mediación, y que ambos dominaran tanto el idioma inglés como el español, y que comprendieran tanto la cultura de donde proviene el progenitor perjudicado, si fuere el caso, como la del lugar en donde se encuentra retenido el menor. Este último aspecto no está libre de complicaciones adicionales, toda vez que, por ejemplo, no sería lo mismo conducir una mediación entre una madre que vive en Chiapas y un padre que tiene retenida a su hija en Boston, que conducir el procedimiento entre una madre que reside en Tijuana y un padre que retiene a su hijo en San Diego, en donde el trasiego de personas y la biculturalidad en ambos lados de la frontera son cuestiones cotidianas.
2. En paralelo con lo anterior, dicho equipo de mediadores de ambos géneros, que trabajando en co-mediación realizaran:
 - a) *caucus*, es decir, sesión privada con cada una de las partes en los diferentes sitios en donde se encuentren tanto el progenitor sustractor como el progenitor perjudicado, con el objeto de que se vayan preparando para el encuentro, cara a cara, que habrá de tener verificativo en la audiencia judicial que resuelva la cuestión de la restitución. En este caso, los co-mediadores tendrían como principal tarea realizar una mediación “puenteada”, siguiendo el procedimiento que en ocasiones se emplea en la mediación penal o en la preparación de las juntas restaurativas;

internacionais”, V Reuniao Preparatória da ASADIP sobre os temas da pauta da próxima Reuniao de Assuntos Gerais da Conferencia da Haia (23 a 25 de marco) de 2015 será realizada nos dias 5 e 6 de marco, na PUC-Rio.

²⁶ GONZÁLEZ MARTÍN, N., “Datos para la reflexión: ¿Por qué mediar casos de sustracción internacional parental de menores entre México y los Estados Unidos de América?” en CARBONELL, M. y CRUZ BARNEY, O. (Coords.) *Libro Homenaje al Dr. José Luís Soberanes Fernández*, México, IJ-UNAM, (en prensa).

²⁷ Los Estados Unidos de América, a través de la American Bar Association –ABA-, realizó en noviembre de 2013, en Washington D.C, su primer entrenamiento en mediación familiar internacional. El segundo entrenamiento tendrá lugar, igualmente en las instalaciones de la ABA en Washington D.C., del 9 al 13 de noviembre de 2015 próximo.

²⁸ Reiteramos que a tenor de la competencia judicial internacional expresada en el texto del Convenio de La Haya de 1980, el juez competente para determinar la restitución del menor es el del lugar donde el menor ha sido traslado o retenido de manera ilícita.

²⁹ Por cuestiones de “balanza de poderes”.

- b) En la medida de que vaya madurando el proceso de acercamiento entre las partes y que se fuera afianzando su voluntad de participar en la mediación, se podría comenzar a realizar intercambios epistolares entre ellas o efectuar las primeras videoconferencias, dados los avances tecnológicos;
 - c) También es fundamental el intercambio de información entre estos mediadores –los que participaron en sendos caucus- y aquellos que se están preparando para actuar en el lugar de la audiencia judicial. En caso de que fuera imposible contar con el equipo de mediadores en el sitio donde se lleve a cabo la audiencia de restitución, todo el procedimiento se podría llevar a través de medios electrónicos como el correo electrónico, el Skype o cualquier plataforma de *Online Dispute Resolution*, conocido como ODR por sus siglas en inglés, es decir, plataforma para resolución de disputas en línea³⁰.
3. Para ambos equipos de mediadores –los del lugar en donde se llevará a cabo la audiencia judicial y los que trabajen previamente con las partes-, es importante que tengan la especialización que amerita la mediación familiar internacional en casos de sustracción, es decir, y como ya dejamos entrever:
- a) que dominen el inglés y el español;
 - b) que conozcan la cultura de ambas partes, el mencionado tema de la biculturalidad;
 - b) que posean experiencia para mediar controversias familiares y de preferencia controversias familiares internacionales;
 - c) que conozcan los principales instrumentos, instituciones y procedimientos tanto nacionales como internacionales que dan protección a la familia y, en específico, el Convenio de la Haya de 1980;
 - d) que tengan acceso a redes de colaboración tanto en el ámbito doméstico como en el otro país de que se trate, y
 - e) que tengan un mínimo de conocimiento de los diversos sistemas legales y de la forma en que los convenios de mediación pueden hacerse cumplir en las diversas jurisdicciones, el mencionado tema del reconocimiento y ejecución de acuerdos voluntarios transfronterizos en material de niñez.
4. Los procedimientos de mediación familiar transfronteriza deberán guiarse sin excepción alguna, teniendo en cuenta el Interés Superior del Menor y bajo ninguna circunstancia se pondrá al niño en situación que atente contra su integridad física o psicológica o que le pudiera causar daño alguno³¹.

³⁰ Ejemplo exitoso de estas plataformas, aún en temas civiles y comerciales, la tenemos con Colin Rule. Modria.com

³¹ Siguiendo a NAVARRETE VILLARREAL, V. M., "La mediación familiar y la sustracción internacional de menores en su aspecto civil: México y los Estados Unidos de América", *Revista Anales de Jurisprudencia*, Marzo-Abril 2012, Tomo 316. Novena Época . Primera Etapa. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México, 2012, pp. 219 y ss.

Definitivamente, la aplicación de instrumentos tan nobles, como la multimencionada Convención de La Haya de 1980, no bastan para atajar problemáticas tan complicadas como las que actualmente vive la familia internacional, la cual es bastante compleja no solamente porque se encuentra regida por normas jurídicas nacionales distintas sino porque el conflicto familiar es mucho más complejo que un simple conflicto jurídico, es decir, presenta no uno, sino diversos contextos y además tiene dimensiones morales, emocionales, lingüísticas y biológicas que coexisten al mismo tiempo³².

La norma jurídica solamente alcanza la dimensión jurídica por tanto se requiere de la instrumentación de procesos mucho más abiertos y flexibles que permitan reordenar y armonizar todas las dimensiones de conflicto familiar.

La aplicación a rajatabla de esta convención ha traído resultados no todo lo deseables en relación a una protección indubitada de la minoridad en su interés superior, utilizándose en un número importante de casos en un sentido opuesto al previsto, dilatador y desfocalizando los derechos en juego.

La mediación familiar internacional en casos de sustracción internacional de menores por parte de uno de su progenitores amerita, como vemos, un grado de especialización particular³³, en donde traemos a colación la designación de Puntos de Contacto Central³⁴, la colaboración a través de programas binacionales y, por ultimo, poniendo especial énfasis en su “talón de aquiles”, el tema del reconocimiento y ejecución de acuerdos voluntarios transfronterizos relativos a menores a través de procedimientos especiales entre los Estados³⁵.

Una cuestión que no debemos dejar pasar, aún siendo defensores a ultranza de la mediación o de las resoluciones amigables como métodos para resolver casos de sustracción internacional parental de menores, es que podemos encontrar situaciones, o casos, donde la mediación podría no ser aconsejable; nos referimos a: 1. casos donde la mediación entre los

³² *Ibidem, passim.*

³³ Desde la multidisciplinariedad, ligados a la biculturalidad, bilingüismo, medios electrónicos, etcétera. GONZÁLEZ MARTÍN, N., “International Parental Child Abduction and Mediation” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoInternacional/>

³⁴ Véase el documento referido a Central Contact Points for International Family Mediation (dentro del Proceso de Malta en <http://www.hcch.net> bajo la Sección Sustracción Internacional.

³⁵ Hcch, Report on the Experts’ Group meeting on Cross-Border Recognition and Enforcement of Agreements in International Child Disputes (from 12 to 14 December 2013) and recommendation for further work, Annex B, Prel. Doc. No. 5, March 2014. Disponible en http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd05_en.pdf.

Véase, asimismo, el trabajo que desarrollamos a través del Grupo de Expertos en González Martín, Nuria, “Mediation in Cases of International Child Abduction by one of the Parents and Voluntary Cross-Border Agreements in International Child Abduction Disputes: Mexican Case”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, vol. 141, Septiembre-Diciembre de 2014, 867-908 pp. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/>

padres no ha sido exitosa en el pasado; 2. cuando ha habido situaciones de violencia, un tema que ha abierto un gran debate en torno a si es viable mediar en casos de violencia doméstica; 3. situaciones que involucran aspectos penales, en donde no se pone especial atención a las consecuencias que ello puede deparar para los menores y su opción de estar en contacto con ambos progenitores y 4. cuando una de las partes tiene una buena oportunidad de ganar un caso³⁶.

V. DOS CASOS PARA LA REFLEXIÓN³⁷

1. Notas sobre el Juicio de Amparo Directo en Revisión 903/2014 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos

A) Introducción

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en México (SCJN), no tiene un número importante de casos en los que decida en torno a la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus progenitores pero, además, lamentablemente de lo que se desprende de los pocos casos que ha podido evaluar, no tienen una respuesta atinada, lo que implica una falta de análisis profundo de algunos de los máximos juzgadores en torno a la aplicación y el sentido de los instrumentos internacionales en la materia. Por lo que se refiere al Juicio de Amparo Directo en Revisión 903/2014 y el objeto de protección indubitada de la infancia víctima de las desavenencias de sus progenitores, realmente su decisión no es acertada al dejar abierta la puerta del uso de Amparos que solo deparan en ralentizar un proceso que, precisamente, demanda expeditéz, con consecuencias nefasta para los menores involucrados en esta batalla campal que ofrecen sus padres. Aún con esta mayoría de votos que niega la restitución de los menores, vemos luces de esperanza a través de la opinión certera que desplegó con contundencia el Ministro José Ramón Cossío con su voto particular.

B) Antecedentes del caso³⁸

Una pareja casada el 24 de noviembre de 2007, procrearon dos hijos, estableciendo su residencia habitual en las Islas Baleares, España. El 28 de septiembre de 2011 la esposa, ante la Guardia Civil de su residencia habitual, denuncia a su cónyuge “porque le infiere vejaciones y violencia psicológica, sin que hubiere llegado a golpearla pero que el 19 de

³⁶ IEPCA, Report, *op. cit. supra*, p. 15.

³⁷ Una nota breve sobre estos dos casos, la podemos encontrar en González Martín, Nuria, “Lozano vs Montoya Álvarez and Direct Amparo under Revision 903/2014: Two International Parental Child Abduction’s Cases from United States and Mexico”, *Spanish Yearbook of International Law*, Madrid, 2016 (en prensa).

³⁸ En este caso mexicano, se omitieron los datos sensibles de identificación.

septiembre de 2011, éste le quemó el brazo derecho con una plancha, no obstante su cónyuge se disculpó sin reconocer que lo hizo intencionalmente”³⁹

El esposo alega que ese mismo día, 28 de septiembre de 2011, fue la última vez que vio a su esposa y a sus hijos. Consta que dos días después la esposa informa que se encontraba, junto a sus dos hijos menores, en México y allí, el 12 de octubre de 2011 vuelve a denunciar a su cónyuge por dos vías: vía penal por maltrato y violencia familiar⁴⁰ y vía civil ordinaria, solicitando disolución del vínculo matrimonial, pago de indemnización, la pérdida de patria potestad y de la guarda y custodia además del pago de una pensión alimenticia. Del asunto conoció el Juzgado Segundo de Primera Instancia del Ramo Familiar en Tepic, Nayarit, México⁴¹.

El esposo, progenitor perjudicado, solicitó el 16 de noviembre de 2011 la restitución internacional de sus hijos menores –dos años once meses y un año, respectivamente- en los términos establecidos por la Convención de La Haya de 1980. La Secretaria de Relaciones Exteriores mexicana, a través de su Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior, Dirección de Familia, quien funge como Autoridad Central mexicana para casos de sustracción internacional de menores, por oficio de 16 de mayo de 2012 remitió al Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nayarit, la solicitud de restitución internacional. Conoce del exhorto internacional el Juez Tercero de Primera Instancia del Ramo Familiar de Tepic, Nayarit, México, quien ordena la comparecencia de la madre y la valoración psicológica de los niños y, después de varios diferimientos de la audiencia, el juez competente de Tepic, Nayarit, dicta sentencia expresando que podría haber una afectación psicológica en los niños (artículo 13 b) en caso de ser restituidos a España y niega la restitución decretando, únicamente, un régimen de convivencia con el padre.

El progenitor perjudicado, en contra de lo anterior, interpuso recurso de revocación, al considerar que no había causa justificada para retrasar la restitución sin que procediera dicho recurso de revocación el 9 de noviembre de 2012, a través de la sentencia interlocutoria el Juez Tercero de Primera Instancia Familiar. En contra de dicha resolución, el progenitor perjudicado promueve juicio de amparo indirecto el 5 de diciembre de 2012

³⁹ Expresado en el Amparo Directo en Revisión: 903/2014, p. 3 y que, a su vez, se desprende de acuerdo a los datos que constan en la solicitud de restitución de los menores, primer Tomo del cuaderno de Exhorto Internacional, hojas 9 a 21.

⁴⁰ Por cuestiones de tiempo y espacio, no abundaremos en las cuestiones puntuales que conlleva las demandas penales pero si abundaremos en sus “efecto secundarios” y así después de que el juez ha ordenado la restitución del menor en un procedimiento civil, el progenitor sustractor a menudo no puede volver a la residencia habitual sin el peligro de ser encarcelado. La cooperación debe ser promovida entre las autoridades penales y civiles para asegurar que un procedimiento penal no obstaculice el retorno seguro del menor y del progenitor sustractor. LEPCA, Report, *op. cit supra*, pp. 13 y 14.

⁴¹ Por acuerdo de 26 de enero de 2012, se nombró tutor dativo de los dos menores a la Procuradora Auxiliar de la Defensa del Menor y la Familia en el Estado de Nayarit, así como medidas cautelares de custodia provisional a favor de la madre y una pensión alimenticia provisional para los menores .

conociendo del asunto el Juzgado Segundo de Distrito en Materia de Amparo Civil, Administrativo y de Trabajo de Juicios Federales en el Estado de Nayarit, asunto 1279/2012, después de varios recursos más, el mismo progenitor promueve juicio de Amparo Directo y el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Cuarto Circuito, juicio de Amparo Directo 717/2013, con el fallo dictado el 24 de enero de 2014 consideró que no se podría afirmar, de manera inequívoca, que se pudiera dar la excepción del artículo 13 b) ya que no se constata la existencia de malos tratos, violencia familiar o cualquier situación evidentemente peligrosa para los dos menores⁴².

La esposa, es decir, el progenitor sustractor, ante esta respuesta del tribunal colegiado, interpuso recurso de revisión, materia de análisis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos de México, objeto de la presente reflexión.

La Suprema Corte mexicana se pronuncia con una mayoría de votos y en contra de los emitidos por los Ministros José Ramón Cossío y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quienes se reservaron el derecho de formular voto particular.

El voto de la mayoría reconoció que se había vulnerado la idea base del Convenio de La Haya de 1980 de resolver los procedimientos de sustracción internacional de menores de manera expedita al solicitarse la restitución el 16 de noviembre de 2011 y hasta la fecha de la resolución del amparo directo en revisión presente, 2 de julio de 2014, no se tiene la decisión final del mismo y, asimismo, se alegó que el procedimiento no había cumplido con el principio fundamental de salvaguardia del interés superior de los menores, revocando la sentencia, por mayoría de votos, y devolviendo el asunto al Tribunal Colegiado, para que resuelva la litis, atendiendo las directrices que marca la sentencia.

C) Comentarios

El argumento principal del voto mayoritario de la SCJN mexicana se basa, desde nuestro punto de vista, en cuatro presupuestos:

1. no basta la mera presentación de la solicitud de restitución internacional de menores para que proceda la misma, es decir, para que proceda la restitución;
2. hay que cerciorarse si la restitución del menor a su lugar de residencia resulta conveniente a su interés superior si se advierte un riesgo o peligro, con lo cual debe motivarse en los dos sentidos posibles, es decir, tanto si no se restituye a los menores implicados como si se decide restituir a los mismos (alegato probatorio)

La mayoría de Ministros de la Suprema Corte se pronunció al respecto de éste último punto y así:

⁴² BEAUMONT, P.; TRIMMINGS, K.; WALKER, L. and HOLLIDAY, J., “Child Abduction: Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64, January 2015, p. 48.

- a) estimó que el Tribunal Colegiado debió considerar las diversas denuncias por violencia familiar interpuestas por la esposa y
- b) debió verificar si las mismas representaba un riesgo para los menores.

En paralelo, la mayoría de ministros subrayó dos aspectos más en estos asuntos:

1. el derecho de los menores de participar en el procedimiento, es decir, garantizar el derecho de acceso a la justicia escuchando a un representante de los menores – diferente de los progenitores- con la intención de recabar su opinión (alcance del derecho de participación de los menores);
2. la posibilidad de invocar el artículo 12 de la Convención de La Haya de 1980, en cuanto a la posibilidad de la integración, de la adaptación de los menores en su nuevo medio, en su nuevo ambiente, aún expirado el plazo de un año establecido en la propia convención, en donde se podría negar la restitución de los menores en aras de su interés superior (integración del menor al nuevo medio como excepción a su restitución). La Suprema Corte expresó que no era obstáculo la dilación del proceso si los menores ya se habían integrado a su nuevo entorno familiar y negarse la restitución a tenor del artículo 12 convencional mencionado.

Ante dichas premisas y los argumentos expuestos, no podemos más que disentir de la respuesta mayoritaria de la Suprema Corte y así, con respecto:

1. al tema expuesto de la mera presentación de la solicitud de la restitución “no es bastante para proceder a la restitución”; la primera idea que traemos a colación es que estamos hablando de un convenio creado o gestado bajo el manto de la cooperación entre Autoridades, tanto administrativas como judiciales, de diferentes países, en donde precisamente bajo dicho manto de la protección de la infancia, se visualiza la localización inmediata del menor y su restitución a la residencia habitual que tenía antes del traslado o retención ilícito para ahí, resolver las cuestiones que se relacionen con sus derechos, en su mejor interés. Nos parece grave que se pase por alto la regla de restitución inmediata del menor o menores sustraídos.
2. en relación al uso de las alegaciones o excepciones, en el caso particular del grave riesgo que supone una situación de violencia doméstica, tienen que ser debidamente probadas por la parte que alega las mismas para que no caigamos en el abuso de las mismas procurando la negación de la restitución⁴³; debemos abogar por que los motivos de rechazo de retorno se apliquen de manera más restrictiva. De acuerdo con el voto particular del Ministro Cossío, no hay evidencia de violencia familiar, “la carga probatoria no puede ser tan laxa que permita que una alegación en sí misma, sin otros elementos, convalide un acto ilícito que violentó los derechos de

⁴³ De los datos derivados de LEPCA, “ El 61% de los encuestados declaró que en el 50% de sus casos, el tribunal ordenó la restitución del menor. Los motivos de denegación se encontraban en más de un 50% sobre la base del "grave riesgo para el bienestar del niño" y el hecho de que el niño estaba "integrado en su nuevo entorno", p. 7. LEPCA, Report, *op. cit supra*, consultado el 5 de febrero de 2015.

custodia tanto del padre como de los menores”, de hecho, el Tribunal Colegiado sí valoró todos los elementos aportados, concluyendo que la evidencia presentada no lograba acreditar los alcances de sus manifestaciones⁴⁴.

3. en tercer lugar, al invocar la voz del niño, según su edad y su grado de madurez, o el ser escuchado a través de un representante, no implica tomar la misma *per se*, es decir, la mera declaración en un sentido u otro del menor, o en este caso, lo manifestado por quien los representa, no se constituye en la decisión de la autoridad competente⁴⁵. Coincidiendo, igualmente, con el Ministro Cossio “la participación de los menores no supone la admisión automática y mecánica por el juez de los deseos del niño”, “máxime cuando se ha planteado una excepción en virtud del artículo 13, b) de la Convención”⁴⁶
4. por último, en cuanto a la integración de los menores en su nuevo medio pasado el lapso de un año establecido por la propia convención, peligra su razón de ser cuando se puede dar una dilación clara al proceso para alegar dicha excepción constituyendo éste, igualmente, un tema delicado. Del texto del artículo 12 de la Convención de La Haya de 1980 “que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio” se actualiza únicamente cuando se hubiere iniciado el procedimiento después de la expiración del plazo de un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, pero esta hipótesis no se da en el caso concreto que comentamos, ya que la solicitud de restitución internacional de los menores se presentó a los dos meses de la sustracción, con lo cual, la mencionada dilación que conlleva los recursos diversos interpuestos⁴⁷, no deben poner en “jaque”, no debe poner en peligro, la restitución de los menores; en palabras del Ministro Cossío, esta situación “genera un efecto sumamente pernicioso, que es convalidar un acto ilícito por el mero paso del tiempo, en clara vulneración de los derechos de custodia tanto del padre como de los menores. Pareciera que basta sustraer ilícitamente a los menores por suficiente tiempo para no tener que cumplir con la ley”⁴⁸. Un tema que se podría poner en paralelo con el caso estadounidense

⁴⁴ Voto particular Ministro Cossio en el que se expresa que ello se advierte de las páginas 80-91 de la sentencia recurrida.

⁴⁵ Otro tema por demás interesante es la Recomendación y Conclusión de la Sexta Reunión de la Comisión Especial para la aplicación práctica del Convenio de La Haya de 1980 en donde se invoca que el juez debería tener un entrenamiento para poder escuchar –saber escuchar- directamente al menor. GONZÁLEZ MARTÍN, N., “Relatoria de la Sexta reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, La Haya, Holanda, 1-10 junio 2011”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012.

⁴⁶ Voto particular Ministro Cossio, p. 11.

⁴⁷ En el ámbito de la Unión Europea, la Comisión Europea ha animado a la Comisión Especial de La Haya a introducir límites en los motivos de recurso. La Convención de la Haya de 1980 requiere procedimientos ágiles para evitar el retraso en el regreso del niño. LEPCA, Report, *op cit supra*, p. 7, consultado el 5 de febrero de 2015.

⁴⁸ Voto particular Ministro Cossio, p. 12.

que traemos a colación en la presente contribución, ya sea la dilación del tiempo por apelaciones o por ocultar al menor, el caso *Lozano vs Montoya Álvarez* que veremos en el próximo apartado.

Finalmente, hay un tema fundamental y es el de las alegaciones del principio que marca la protección internacional de la minoridad, es decir, el multimencionado interés superior del menor; como dijimos un principio que no está expresado en el propio texto del Convenio de La Haya de 1980 precisamente para que no haya un uso, y sobre todo un abuso del mismo. El artículo 1 de la Convención de La Haya de 1980 expresa que, por un lado, junto a la idea de asegurar la restitución inmediata -al lugar de su última residencia habitual- de los menores trasladados o retenidos ilícitamente en cualquiera de los Estados contratantes hay que, por otro lado, respetar los derechos de custodia y visita vigentes, emitidos por el juez de la residencia habitual del menor antes de su traslado o retención ilícita, en los demás Estados contratantes.

Podríamos decir que ambos objetivos, el de la restitución inmediata y el de respetar los derechos de custodia y visita vigentes, se encuentran directamente ligados con el Interés Superior del Menor (ISM); como decimos, un ISM que no está expresamente incorporado en la Convención de La Haya de 1980 pero sí en sus objetivos y preámbulo y esto fue determinado así, lo reiteramos por su importancia, bajo la idea de evitar que se recurra a él como forma de evadir las restituciones⁴⁹. Con este sentido, el ISM, en materia de sustracción, consiste –a pesar del concepto jurídico indeterminado que representa dicho ISM- en respetar y garantizar de manera prioritaria el pleno ejercicio de los derechos del menor y que en relación al Convenio de La Haya de 1980 es el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente, y en su caso, a una restitución rápida y segura⁵⁰ y si llegara a proceder alguna de las excepciones determinadas en la propia Convención (artículos 12, 13 y 20), probadas por el sustractor, se debe denegar la restitución a fin de proteger el mencionado ISM.

Este principio fundamental del ISM establecido en el artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (UNCRC, por sus siglas en inglés)⁵¹, se conecta, igualmente al derecho del niño a mantener periódicamente relaciones personales y contactos directos con ambos padres, garantizado en el artículo 10.2

⁴⁹ PÉREZ VERA, E., *op. cit.*, nota 19, p. 458.

⁵⁰ PÉREZ MANRIQUE, R. C., “El interés superior del niño en el convenio de la Haya de 1980. Orientaciones para su interpretación”, *Revista de Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot, Argentina, núm. 56, pp. 23 y ss.

⁵¹ El artículo 3.1 UNCRC expresa “In all actions concerning children... the best interest of the child shall be a primary consideration”. <http://www.ohchr.org/english/law/crc.htm> (última consulta 9 noviembre 2014). Véase, en torno al tema, GONZÁLEZ MARTÍN, N. y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano*, México, UNAM, 2011, 243 pp.

UNCRC⁵². Otra cuestión, ya mencionada -y sobresaliente- es el principio de que el menor tiene derecho a ser oído, artículo 12 UNCRC⁵³, en todos los casos, con carácter general y sin excepciones y para ello debe propiciarse el marco normativo más adecuado. En sintonía con esta voz u opinión del menor, es importante reiterar la idea de que la voluntad de los menores no debe ser considerada, por sí sola, como elemento decisivo a la hora de adoptar una decisión por parte del juez.

El Ministro Cossío, en la parte final de su voto expresa: “A mi parecer, los jueces debemos ser especialmente cautelosos de no desvirtuar el fin perseguido por la Convención justificando el no retorno con apreciaciones que hacen referencia, no ya al peligro grave sino al bienestar del niño en su nueva residencia (...) en suma, soy de la opinión de que la mera invocación genérica del beneficio del niño o del cambio de ambiente no basta para configurar la situación excepcional que permitiría denegar la restitución con base en la Convención”⁵⁴. Por otro lado, el Ministro Cossio, termina expresando que “Al no coincidir con la interpretación de los artículos 12 y 13 de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de los Menores propuesta en la sentencia, disiento respetuosamente del criterio de mis compañeros ministros”⁵⁵.

Definitivamente la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México emitió una resolución poco favorable expresando, prácticamente, que el tema del año no es relevante, ya que en todo caso aunque la solicitud de restitución se hubiera presentado en tiempo, la dilación en los Amparos generaba que la restitución ya no fuera viable, lo cual nos preocupa porque además de ser una violación directa a la Convención de La Haya de 1980 es enviar un mensaje en el sentido que si se promueven todos los Amparos posibles es posible dilatar el proceso y por ende evitar una restitución, algo lejos del sentido de la propia Convención de La Haya de 1980 y lejos del ISM. El voto particular del Ministro Cossío deja muestras más que patentes de un análisis exhaustivo y certero del objeto y misión fundamental de una Convención fundamental dado los tiempos en los que nos ha tocado vivir.

A modo de corolario, podemos expresar que la decisión *in comento*, se puede interpretar como que el argumento de la adaptación y el transcurso del año genera una interpretación y aplicación errónea del Convenio de La Haya de 1980; no obstante y, en este contexto, tenemos que finalizar el comentario del caso mexicano con una coincidencia feliz al

⁵² United Nations Convention of 20 November 1989 on the Rights of the Child, artículo 10 (2), <http://www.ohchr.org/english/law/crc.htm> (última consulta 10 diciembre 2014).

⁵³ FORCADA MIRANDA, F. J., “Capítulo Decimo Tercero, Derecho del niño a ser oído”, Tenorio, Lázaro and Tagle, Graciela (Coords.) *La restitución internacional de la niñez. Enfoque iberoamericano, doctrinario y jurisprudencial*, México, Porrúa, 2011, pp. 246-265. En el caso puntual de la sustracción parental internacional de menores surge la duda sobre si el niño debería estar involucrado en la mediación y si es así, cuál es la mejor manera de hacerlo.

⁵⁴ Voto particular Ministro Cossio, p. 13.

⁵⁵ *Idem*.

admitir, la Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la revisión de otro caso, el Amparo Directo en Revisión 4465/2014 emitido el 14 de enero de 2015, con un resultado más que alentador, tal y como se detalla del comunicado de la Suprema Corte: “En caso de sustracción internacional de un menor, por uno de sus padres, lo más benéfico es que sea restituido de inmediato a su país de origen: Primera Sala”⁵⁶. Así, traemos algunos párrafos más que denotativos de la voluntad de progreso de nuestra Suprema Corte ante respuestas que no eran congruentes con la norma invocada.

De esta manera, la Primera Sala de la SCJN “emitió una sentencia, bajo la Ponencia del Ministro Arturo Zaldívar, en la que se estableció que por regla general lo más benéfico para un menor que ha sido sustraído ilícitamente por uno de sus padres a otro país, es que sea restituido de forma inmediata a su país de origen, salvo que se actualice alguna de las causales extraordinarias que prevé el Convenio de La Haya sobre sustracción de menores”. Por lo anterior, la Primera Sala “afirmó que existe una presunción de que el interés superior de los menores que han sido sustraídos se ve mayormente protegido y beneficiado mediante el restablecimiento de la situación previa al acto de sustracción, es decir, mediante la restitución inmediata del menor en cuestión”. En este sentido, la Suprema Corte consideró que la excepción de que “el menor se encuentre adaptado en su nuevo ambiente (...) solo procede cuando la solicitud de restitución se presenta después de un año de que el menor fue sustraído. Lo anterior, pues el mero hecho de que existan dilaciones en el procedimiento de restitución que provoquen un retraso en la misma, no permite a las autoridades del Estado en donde se encuentra el menor considerar la integración como una causa para negar la restitución del menor, pues son muchos los casos en los que los padres dilatan deliberadamente el procedimiento para lograr este fin”⁵⁷. Con esta cita textual, que subraya y corrobora nuestro pensar, vemos una clara posibilidad de emitir decisiones por parte de nuestras Cortes mexicanas, siguiendo a nuestra Maxima Corte en congruencia con el espíritu y objeto del Convenio de La Haya de 1980.

Siendo justos con nuestra SCJN tenemos también que expresar que a 25 años de que entrará en vigor dicha Convención de La Haya de 1980 en México, apenas hay una veintena de casos de sustracción ante dicha Corte Suprema y realmente hace un par de años que la SCJN empieza a realizar una labor hermenéutica; en definitiva, la interpretación de los tribunales mexicanos es reciente y obtener criterios unánimes de conformidad a una buena interpretación de la misma lleva su tiempo porque, como ya expresamos, no solo es la letra de la norma internacional sino el espíritu de la misma que podemos ubicar en sus informes explicativos, sus comisiones especiales que actualiza su aplicación práctica, entre otros.

⁵⁶ Comunicado OO3/2015, México D.F. 14 de enero de 2015 https://www.scjn.gob.mx/saladeprensa/Paginas/cs_comunicacion.aspx. Amparo Directo en Revisión 4465/2014.

⁵⁷ *Idem*.

2. Notas sobre la sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en torno al caso Lozano v. Montoya Álvarez⁵⁸

A) Introducción

La Corte Suprema de los Estados Unidos de América el pasado 5 de marzo de 2014 publicó su tercera sentencia, desde 2010, en materia de conflictos sobre sustracción internacional de menores por parte de uno de sus progenitores⁵⁹, nos referimos al asunto Lozano v. Montoya Álvarez, en donde el tema de la denegación de la restitución se basó en que, a tenor del artículo 12 de la Convención de La Haya de 1980, el período de un año para exigir la restitución de un menor no puede extenderse debido a que el padre sustractor oculta la ubicación del niño.

B) Antecedentes del caso⁶⁰

José Manuel Lozano y Diana Lucia Montoya Álvarez son los padres de una niña que nació en octubre de 2005.

Lozano y Montoya Álvarez se conocieron en Londres e iniciaron una relación a principios de 2004. Lozano y Montoya Álvarez describen su relación en términos totalmente diferentes. Por una parte, Lozano afirma que eran "muy felices juntos" aunque con "los problemas normales de pareja"⁶¹ mientras que por otro lado, Montoya Álvarez describe un

⁵⁸ Lozano v. Alvarez Montoya, 134 S.Ct. 1224 (2014).

⁵⁹ Las dos sentencias anteriores son:

Abbott v. Abbott, 560 U.S. 1, (2010), -the court considered whether a ne exeat clause, a clause prohibition one parent from removing a child from the country without the other parent's consent, was a 'right of custody' that invoked the remedies under the Hague Convention- es decir, el tribunal consideró si una cláusula de arraigo, la prohibición de la cláusula de los padres a trasladar a un niño del país sin el consentimiento del otro padre, era un "derecho de custodia" que invocó la excepción en el marco del Convenio de La Haya-, de esta manera, estableció el alcance del convenio y tipificó con claridad que los derechos de custodia incluyen los derechos *ne exeat*.

Chafin v. Chafin, 133 S.Ct. 1017 (2012), -the court considered whether a petition for return is mooted by the return of the child to his or her habitual residence- el tribunal consideró si una petición de devolución se planteó por el retorno del menor a su residencia habitual-, es decir, la Suprema Corte dictaminó que una apelación puede proceder, aún cuando el menor haya sido físicamente restituido en cumplimiento de una orden judicial.

⁶⁰ Los hechos son los narrados en Supreme Court of the United States. Manuel Jose Lozano v. Diana Lucia Montoya Alvarez. On Writ Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit. No. 12-820. March 5, 2014. La traducción es nuestra.

⁶¹ In re Lozano, 809 F. Supp. 2d 197, 204 (SDNY 2011).

Los antecedentes previos lo tenemos en los tribunales de Apelación de los Circuitos Novena y Undécima de Estados Unidos aplicaron suspensión equitativa para retrasar el inicio de la limitación temporal; sin embargo, las Cortes de Apelaciones para el Primer y Segundo Circuitos de Estados Unidos rechazaron la solicitud de suspensión equitativa. La Suprema Corte confirma esta última decisión.

patrón de abuso físico y emocional, que incluyó múltiples incidentes de violación y agresión⁶².

Igualmente, Lozano y Montoya Álvarez difieren en cuanto al bienestar de la niña durante los tres primeros años de su vida; de esta manera, Lozano afirma que la niña y él tenían muy buena relación y que la niña era feliz, mientras que Montoya Álvarez opina diferente.

En octubre de 2008, Montoya Álvarez informó al médico de la niña que ésta se negaba a hablar en la guardería, lloraba con frecuencia y que mojaba la cama; igualmente Montoya Álvarez declaró que la niña se negaba a hablar cuando Lozano estaba presente. La directora de la guardería reportó que la niña era "muy retraída" y señaló que su hogar "tenía obviamente un ambiente negativo"⁶³ sobre ella.

En noviembre de 2008, cuando la niña tenía poco más de tres años, Montoya Álvarez fue a Nueva York para visitar a su hermana María. Durante ese tiempo, la niña se quedó en Londres con Lozano y su abuela paterna que estaba de visita. Cuando Montoya Álvarez regresó el 18 de noviembre de 2008, expresa profunda preocupación por el comportamiento temeroso de la niña en torno a Lozano. Al día siguiente, Montoya Álvarez se fue con la niña y nunca regresó.

Montoya Álvarez y la niña vivieron en un refugio para mujeres durante los siguientes siete meses. Posteriormente, Montoya Álvarez no logró encontrar un alojamiento adecuado de larga duración en el Reino Unido y ambas se fueron a Francia el 3 de julio de 2009, y cinco días después llegaron a los Estados Unidos de América. Desde su llegada, Montoya Álvarez y la niña han vivido con su hermana María y su familia en Nueva York.

Al llegar a Nueva York, Montoya Álvarez y la niña comenzaron a ver a un terapeuta en una clínica médica familiar. El terapeuta testificó que, en un primer momento, la niña estaba aislada y mojaba la cama. El terapeuta diagnosticó un trastorno de estrés postraumático. Posteriormente, pasados seis meses, el terapeuta la describió como "una niña completamente diferente", que había dejado de mojar la cama, que estaba contenta de jugar con sus amigos y era capaz de hablar libremente sobre sus emociones⁶⁴. Cuando Montoya Álvarez y la niña regresaron al terapeuta después de la solicitud de restitución de la niña por parte de Lozano, el terapeuta señaló que la niña estaba bien, pero no deseaba ver a su padre.

⁶² El Tribunal de Distrito no encontró suficientes evidencias para emitir conclusiones concretas sobre la violencia doméstica, pero determinó que la reclamación de Lozano en torno a que nunca maltrató a Montoya Álvarez no era "creíble". *Id.*, at 206.

⁶³ *Id.*, at 207. El Tribunal de Distrito no encontró evidencias suficientes de que Lozano había abusado, pero sí concluyó que la niña había visto y oído a sus padres discutir en casa.

⁶⁴ *Id.*, at 212.

Durante todo ese tiempo, Lozano expresa que intentó encontrar a Montoya Álvarez y la niña. Poco después de que Montoya Álvarez salió en noviembre de 2008, Lozano llamó en Londres a Gloria, hermana de Montoya Álvarez, pero finalmente recibió el asesoramiento legal de no hablar con la familia Montoya Álvarez. Un servicio de mediación también envió varias cartas a Montoya Álvarez en nombre de Lozano, sin recibir una respuesta. En julio de 2009, Lozano presentó una solicitud de una orden judicial en el Reino Unido para asegurarse de que obtiene un contacto regular con su hija y desempeñar un papel activo en la vida de su hija⁶⁵. Él también buscó, a través de las cortes, que obligaran a las hermanas Montoya Álvarez y el asesor legal, médico y guardería de la niña, y varias oficinas del gobierno en Londres, a revelar el paradero de la niña.

El 15 de marzo de 2010, después de determinar que la niña no estaba en el Reino Unido, y sospechar que la niña se encontraba en Nueva York, Lozano presentó una solicitud de restitución ante la Autoridad Central para Inglaterra y Gales, bajo la Convención de La Haya de 1980. La Autoridad Central en los Estados Unidos de América, la Oficina de Asuntos de Menores del Departamento de Estado⁶⁶, recibió la solicitud el 23 de marzo de 2010. Después de que la Oficina de Asuntos de Menores confirmó que Montoya Álvarez había entrado en los Estados Unidos, Lozano localizó la dirección de Montoya Alvarez en Nueva York.

Con todos estos antecedentes, el 10 de noviembre de 2010, más de 16 meses desde que Montoya Álvarez y la niña abandonaron el Reino Unido, Lozano presentó una solicitud de restitución de la niña de conformidad con la Convención de La Haya de 1980 e ICARA, 42 USC § 11603, en la Corte de Distrito de Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York.

Después de dos días de una audiencia de pruebas, la Corte de Distrito rechazó la petición de Lozano⁶⁷; si bien la Corte de Distrito concluyó que Lozano había iniciado un caso *prima facie* de traslado ilícito en virtud del Convenio de La Haya de 1980⁶⁸. Antes de su traslado, la niña era residente habitual en el Reino Unido⁶⁹ y Lozano tenía derechos de custodia que en realidad estaba ejerciendo en el momento del traslado⁷⁰.

Con todo ello y ante una solicitud de restitución presentada pasado más de un año del traslado ilícito de la niña, como decimos, la Corte de Distrito rechazó la petición sobre la base de que la niña estaba integrada, adaptada, en Nueva York⁷¹. "Visualizando el total de las circunstancias", la Corte encontró indicios suficientes de "estabilidad en su familia,

⁶⁵ *Id.*, at 210.

⁶⁶ Ver 22 CFR § 94.2 (2013)

⁶⁷ 809 F. Supp. 2d, 197

⁶⁸ *Id.*, at 219-220.

⁶⁹ véase el Convenio de La Haya Con, art. 4,

⁷⁰ consultar artículo 3 (a) - (b).

⁷¹ *Id.*, at 230, 234

educativo, social, y lo más importante , la vida en casa "⁷², para concluir que la niña está adaptada en su entorno actual y que la restitución sería "extremadamente perjudicial"⁷³. Lozano sostuvo que la niña debía ser restituida inmediatamente porque el período de un año estipulado en el artículo 12 de la Convención de La Haya de 1980 debe ser suspendido equitativamente -*Equitable Tolling*-, durante el período que Montoya Álvarez ocultó a la niña. La Corte rechazó ese argumento , sosteniendo que el período de 1 año no podía ser prorrogado por suspensión equitativa⁷⁴.

En la apelación, el Segundo Circuito confirmó la decisión⁷⁵. La Corte de Apelaciones decidió que el periodo de un año según el artículo 12 no está sujeto a plazo prescripto o suspensión equitativa⁷⁶. De acuerdo con la corte, a diferencia de una ley de prescripción que prohíbe la presentación de una petición de retorno después de un año , el período de un año establecido en el artículo 12 sólo permite a los tribunales, pasado ese lapso, considerar los intereses del niño⁷⁷. El Segundo Circuito concluyó que la incorporación de suspensión equitativa impediría a un tribunal adoptar tales intereses y sería incompatible con los mismos propósitos de la Convención⁷⁸.

La Corte Suprema aceptó y confirmó la decisión de las cortes inferiores y así se expuso que la "suspensión equitativa" tiene una larga tradición en los Estados Unidos en el contexto de los plazos de prescripción, pero que en esta ocasión se estaba interpretando un tratado y no una ley federal; incluso afirma que no hay nada en la Convención de La Haya de 1980 que justifique dicha suspensión equitativa, incluso el Tribunal examinó la práctica de otros Estados firmantes y así señaló que en Inglaterra, Canadá, Nueva Zelanda y Hong Kong rechazan el concepto de una regla de suspensión equitativa; igualmente, la Suprema Corte rechazó el argumento de que la ley federal, ICARA, abordara el tema de la suspensión equitativa⁷⁹. Por otra parte, la Corte afirmó que aunque la presunción de suspensión

⁷² id . , at 233

⁷³ id . , at 234

⁷⁴ En 228-229. El Tribunal de Distrito se mantuvo en la alternativa que, aunque podría aplicarse suspensión equitativa, no estaría justificada en este caso porque Lozano tenía información de contacto por Maria, la hermana de Montoya Álvarez, en Nueva York. Los abogados de Lozano no intentaron ponerse en contacto con María para determinar si Montoya Alvarez y la niña estaban allí. 809 F. Supp. 2d, en 229-230.

En consonancia con los precedentes Segundo Circuito, consulta *Blondin v Dubois*, 238 F. 3d 153, 164 (2001), el Tribunal de Distrito consideró también "la posibilidad de ejercer su discreción y repatriar al niño a pesar de que ahora se estableció en Nueva York." 809 F. Supp. 2d, a 234. El tribunal se negó a ejercer esa discreción por la "evidencia fuerte de que la niña estaba bastante adaptada en Nueva York" – eso pesó más que los esfuerzos de búsqueda "bastante diligentes" de Lozano y la conducta de Montoya Álvarez. *Ibid*.

⁷⁵ 697 F. 3d 41 (2012).

⁷⁶ La Suspensión equitativa ni es requerido por la Convención de La Haya de 1980, ni el único medio disponible para avanzar en sus objetivos. ICARA, § 2 y siguientes, 42 USCA § 11601 y siguientes. *Lozano v. Montoya Alvarez*, 134 S. Ct. 1224 (2014)

⁷⁷ 697 F. 3d 41 (2012) at 52

⁷⁸ *Id . ,* 54.

⁷⁹ AMENDOLA, F. C. *et al*, "International Child Abduction Remedies Act", *Corpus Juris Secundum*, 67A C.J.S. Parent and Child § 104 (2014), p. 2. Menciona *Duarte v. Bardales*, 526 F.3d 563 y *Furnes v. Reeves*,

equitativa tenía fuerza fuera de la jurisdicción interna, aplicado sólo a los plazos de prescripción, el período de un año no opera como una ley de prescripción⁸⁰.

C) Comentario

Hablamos del caso *Lozano v. Montoya Álvarez*, en donde Manuel Lozano sostuvo que el citado período de un año estaba sometido a suspensión equitativa cuando el paradero de la niña se ha ocultado al otro padre⁸¹. Álvarez Montoya señala que los redactores de la Convención de La Haya de 1980 rechazaron específicamente proporcionar un periodo más largo en casos de ocultamiento⁸².

Como resultado, la Corte Suprema norteamericana se divide y así tenemos la opinión unánime emitida por el juez Clarence Thomas.

El juez Thomas expuso que el “Congreso pretende incorporar la suspensión equitativa en las leyes federales de prescripción debido a que la suspensión equitativa es parte de la ley estadounidense”⁸³ estableciendo, incluso, que no podemos exportar estos principios de base de las leyes de los Estados Unidos a contextos fuera de su casa jurisprudencial⁸⁴, es decir,

362 F.3d 702. International Child Abduction Remedies Act, §§ 2(a)(4), 4(e)(2)(B), 42 U.S.C.A. §§ 11601(a)(4), 11603(e)(2)(B).

⁸⁰ DAUGIRDAS, K. and MORTENSON, J. D., “U.S. Supreme Court Interprets Child Abduction Treaty”, 108 Am. J. Int'l L., 2014, p. 558. En términos generales, la suspensión equitativa detiene el funcionamiento, o suspende, una ley de prescripción cuando una parte ha perseguido sus derechos con diligencia, pero alguna circunstancia extraordinaria le impide ejercer la acción oportuna. El plazo de un año bajo la Convención de La Haya de 1980 no es una ley de prescripción; el regreso del niño al progenitor perjudicado permanece disponible incluso después de la expiración del período de un año, ICARA §§ 2 (a) (4), 4 (e) (2) (B), 42 USCA §§ 11.601 (a) (4), 11603 (e) (2) (B). *Lozano v. Montoya Alvarez*, 134 S. Ct. 1224 (2014). *Idem*.

⁸¹ Lozano, de hecho, alega que la no utilización de una suspensión equitativa recompensaría al padre sustractor que oculta al menor; de hecho, continúa alegando que muchas de los resultados de la sustracción, incluyendo la condición de inmigrante ilegal de la niña, perjudica o no permite tener la oportunidad a Lozano de ejercer sus derechos de paternidad. WARDLE, L. D., “Is the Now Settled Defense to a Hague Convention Claim for Return of a Child Subject to Equitable Tolling- *Lozano v. Álvarez*”, *Preview U.S. Sup. Ct. Cas.* 139, 2013-2014, p. 4.

⁸² E incluso alega que la Conferencia de La Haya en una Comisión Especial dada en 2006, declinó ampliar dicho plazo por el ocultamiento. WARDLE, L. D., “Is the Now Settled Defense to a Hague Convention Claim for Return of a Child Subject to Equitable Tolling- *Lozano v. Álvarez*”, *Preview U.S. Sup. Ct. Cas.* 139, 2013-2014, p. 4.

⁸³ *Lozano v. Montoya Alvarez*, 134 S. Ct. 1224 (2014). (la traducción es nuestra).

⁸⁴ ROBINSON, K., “Left-Behind Parent is Out of Luck if Child Taken by Parent is Hidden”, *The Bureau of National Affairs, Snapshot, The United States Law Week*, March 11, 2014, p. 1.

De hecho, hay autores que sostienen que la Convención de La Haya de 1980 no trata sobre sustracción, ni de derechos parentales o derechos de los niños, trata acerca de la preservación de la soberanía del Estado en aras de tener instituciones, estructuras y procesos disponibles para proteger a los niños y padres de familia y desalentar la sustracción parental de menores; específicamente el poder de un Estado para controlar las decisiones relativas a quién criará a un niño; véase en ese sentido WARDLE, L. D., “The Merit of Modesty: Abduction, Relocation, and the Hague Abduction Convention”, 9 J. Comp. L., 2014, pp. 89, 90 y 96.

expresó que aunque la suspensión equitativa se presume que se aplica a las leyes federales de prescripción, no se aplica necesariamente a un tratado internacional como la Convención de La Haya⁸⁵. Es más, reforzando esta idea, expresó que incluso si la presunción a favor de la suspensión equitativa tenía fuerza externa de la legislación interna, sólo hemos aplicado esa presunción, a través de la ley de prescripción. El periodo de un año, establecido en el artículo 12 de la Convención de La Haya de 1980 no es una ley de prescripción⁸⁶. Se manifiesta reacio a aplicar los principios de suspensión equitativa porque sería, prácticamente, volver a escribir el tratado⁸⁷. Incluso se está de acuerdo en que la Convención refleja un diseño para desalentar la sustracción de menores, pero la Convención no persigue ese objetivo a cualquier precio⁸⁸.

Una opinión concurrente del juez Alito, al que se unieron los jueces Breyer y Sotomayor enfatizó que, incluso si un niño se ha adaptado a su nuevo ambiente después de un año, un tribunal tiene la facultad discrecional para restituir al niño. La opinión concurrente también se basó en el artículo 18 de la Convención, que establece que "las disposiciones del presente Capítulo no limitarán el poder de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento." En consecuencia, debido a que un tribunal conserva tal discrecionalidad, los jueces señalaron que el rechazo de suspensión equitativa no crearía incentivos para ocultar a un niño como Lozano, el padre perjudicado, había reclamado. Los jueces coincidieron que el tribunal "sin duda" tiene la discreción de restituir de cara a un "menor riesgo".

En definitiva, en *Lozano v. Montoya Álvarez*, al hablarse de los múltiples efectos que tiene la Convención de La Haya de 1980 se llega a la conclusión de que ningún principio de suspensión equitativa debería ser incluida en la Convención.

Igualmente, en *Lozano*, como ya expresamos, la Corte se basó en las decisiones de los tribunales nacionales de otros Estados Contratantes⁸⁹ para identificar los principios comunes de interpretación, asimismo, se tomó en cuenta la opinión de dichos tribunales cuando corroboran su discreción para ordenar la restitución tras el periodo de un año.

⁸⁵ RUBEN, S. B., "New Urgency over Abductions", *California Lawyer*, December 2014, p. 34.

⁸⁶ COYLE, M., "Court Sides With Abducting Parent on Child's Return", *Supreme Court Brief* (Online), March 5, 2014 Wednesday, p. *passim*.

⁸⁷ COYLE, M., "Court Sides With Abducting Parent on Child's Return", *Supreme Court Brief* (Online), March 5, 2014 Wednesday, p. 2.

⁸⁸ DAUGIRDAS, K. and MORTENSON J. D., "U.S. Supreme Court Interprets Child Abduction Treaty", 108 *Am. J. Int'l L.*, 2014, p. 559.

⁸⁹ "(...) many intermediate courts in contracting states -including England, Canada and Hong Kong -have explicitly refused to apply the principle in Hague Convention cases. Moreover, the court said that even if the presumption in favor of equitable tolling had force outside of domestic law, it would not apply here because the 1-year period in Article 12 is not a statute of limitations". Robinson, Kimberly, "Left-Behind Parent is Out of Luck if Child Taken by Parent is Hidden", *The Bureau of National Affairs, Snapshot, The United States Law Week*, March 11, 2014, p. 2.

Así, el Gobierno de los Estados Unidos de América, a través del Departamento de Estado, ha desempeñado un papel importante en el resultado de estos casos⁹⁰, al presentar un *Amicus Brief*, inicialmente en la Corte de Apelaciones y luego en el Tribunal Supremo, declarando (i) que la suspensión equitativa no se aplicaba a un período de un año en virtud del artículo 12; y (ii) el tribunal tiene discreción para ordenar la restitución de un niño en cualquier momento, y lo podría hacer incluso si el niño estuviera adaptado⁹¹.

Siguiendo a Silberman, la Suprema Corte norteamericana, en los tres casos que le ha tocado decidir desde 2010, contribuye al desarrollo de una jurisprudencia mundial para la interpretación del convenio de La Haya de 1980⁹², es decir, busca una interpretación uniforme y autónoma de dicha convención desde que tiene que ser interpretada en una multitud de cortes nacionales con sistemas y culturas jurídicos diferentes entre sí, aunque pareciera que este fin rara vez se puede encontrar en otras latitudes o sistemas jurídicos, como fuera el caso que presentamos en torno a México.

Silberman expresa que para conseguir tales objetivos, es decir, para que los tribunales nacionales puedan alcanzar una jurisprudencia mundial en la operación e interpretación del Convenio de La Haya de 1980, se puede acudir a una diversidad de mecanismos, incorporados por la Suprema Corte norteamericana a través de los mencionados casos Abbott, Chafin y Lozano. De esta manera la Suprema Corte: (1) acoge los principios de interpretación de los tratados, con un énfasis en el objeto y fin; (2) se centra en la estructura de la propia Convención e identifica ciertos "conceptos autónomos" en la Convención, (3) pone especial atención a los trabajos preparatorios y el informe explicativo del Convenio, (4) se hace eco de las decisiones y resoluciones de otros tribunales y (5) reconoce el papel de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado para ayudar en la interpretación del Convenio de La Haya de 1980⁹³.

Sin lugar a dudas, todo ello implica un conocimiento puntual y veraz de las normas internacionales, tanto de *Hard Law* como de *Soft Law*, que solo se puede concretar ante la especialización de todos los interlocutores que intervienen en un proceso de esta naturaleza, dando el seguimiento debido y por ende con un resultado adecuado a la población que se trata de proteger.

⁹⁰ Citando a SILBERMAN, L. J., "The United States Supreme Court's Hague Abduction Decisions (Abbott, Chafin, Lozano): Developing a Global Jurisprudence", New York University School of Law, Working Paper, July 31, 2014, *passim*. Ver *Sumitomo Shoji America, Inc. v. Avagliano*, 457 EE.UU. 176, 184, n. 10 (1982).

⁹¹ SILBERMAN, L. J., "The United States Supreme Court's Hague Abduction Decisions (Abbott, Chafin, Lozano): Developing a Global Jurisprudence", New York University School of Law, Working Paper, July 31, 2014, *passim*.

⁹² SILBERMAN, L. J., "The United States Supreme Court's Hague Abduction Decisions (Abbott, Chafin, Lozano): Developing a Global Jurisprudence", New York University School of Law, Working Paper, July 31, 2014, pp. 1,4, 21.

⁹³ *Ibid.*, p. 4.

VI. CONCLUSIONES

Definitivamente ambas decisiones no manifiestan un resultado apegado a la letra de la Convención de La Haya de 1980; no obstante, ello permite tener una mayor certeza sobre cómo se debe aplicar la mencionada Convención⁹⁴, al menos desde el análisis exhaustivo y crítico de las mismas.

Tenemos entonces que, el hecho de poder plantear pruebas de que el menor se encuentra adaptado o integrado en su nueva residencia pasado el lapso de un año evidencia o pone de manifiesto el principio fundamental que representa la prevalencia de su interés superior.

El problema es cómo discernir entre casos palpables de dilación del proceso para agotar el plazo de un año y solicitar la excepción del artículo 12, párrafo segundo, donde más bien se pone como protagonista la “habilidad o astucia” del progenitor sustractor a través de la puesta en marcha de amparos, como es el caso comentado de México; o la “desidia?” o falta de diligencia del progenitor perjudicado, invocando prórroga, como es el caso comentado de los Estados Unidos de América.

No obstante, hay un tema realmente delicado porque, como hemos visto, con el caso *Lozano v. Montoya Álvarez* los jueces estadounidenses tenían más posibilidades que sus contrapartes de rechazar la restitución de la niña sobre la base de que la niña está bien adaptada en los Estados Unidos⁹⁵ y así ha sido, haciendo que la defensa o excepción marcada sobre la integración del menor en su nuevo ambiente es la razón más común -

⁹⁴ A pesar de tener casos, en el contexto de los Estados Unidos de América, como el de *Bocquet v. Ouzid*, 225 F. Supp. 2d 1337, 1340 (S.D. Fla. 2002) Guiados por esta doctrina, el tribunal llegó a la conclusión de que el período de un año bajo la defensa de la adaptación del niño, no debe empezar hasta 1 año desde la fecha en que tuvo conocimiento Bocquet acerca de la dirección de Noe, su hijo, en los Estados Unidos. De esta manera la corte de distrito por el Distrito Sur de Florida determinó que la petición del Bocquet había sido presentada en el plazo de un año, y por lo tanto a Ouzid le fue prohibido elevar la defensa de la adaptación al nuevo ambiente.

En 2004, en *Furnes v. Reeves*, 362 F.3d 702, 723 (11 th Cir. 2004) el Tribunal de Apelaciones del Circuito Elev-Enth EE.UU. se convirtió en el primer tribunal de apelación en aplicar la suspensión equitativa para la excepción de la adaptación del menor. En 2008, en *Duarte v Bardales*, 526 F.3d at 570, el Tribunal de Apelaciones de EE.UU. para el Noveno Circuito se unió al Undécimo Circuito se manifestó en el mismo sentido. FONTAINE, N., “Don’t Stope the Clock: Why Equitable Tolling Should not be Read into The Hague Convention on International Child Abduction”, *Boston College Law Review*, vol. 54, 2013.

⁹⁵ Incluso expresando la corte norteamericana que el “return remedy is not absolute”, lo cual se puede entender como que no hay una necesidad incondicional de la restitución, alegando, como decimos, la adaptación del menor en el país al cual fue traslado o retenido ilícitamente.

Y esto es cierto, así lo estipula la propia Convención, no obstante, tal y como expresamos en esta contribución, la excepción de no restituir no debe convertirse en la regla. Se niega, entonces la suspensión equitativa alegada por el progenitor perjudicado en torno al desconocimiento del lugar en donde se encontraba, en este caso, la niña sustraída. ROBINSON, K., “Left-Behind Parent is Out of Luck if Child Taken by Parent is Hidden”, *The Bureau of National Affairs, Snapshot, The United States Law Week*, March 11, 2014, p. 2.

artículo 12, párrafo segundo-, con el consiguiente peligro que contrae, como ya expresamos, el uso y sobre todo el abuso de las excepciones, como ya ha ocurrido con la excepción de grave riesgo -artículo 13, b- y que ha sido objeto de análisis continuo hasta la fecha⁹⁶ y la integración de instrumentos de Soft Law para poder hacer un buen manejo del contenido de la Convención de La Haya de 1980⁹⁷.

Este es el tema que realmente nos preocupa, siguiendo la experiencia con las alegaciones de otras excepciones como la violencia doméstica o el grave riesgo, ante, como decimos, un uso y sobre todo un abuso de la alegación invocada de integración al nuevo medio.

La idea que permea todos los argumentos esbozados en la decisión de la Corte Suprema norteamericana no es, asimismo, beneficiar al padre sustractor sino, y así lo queremos ver atendiendo el mandato de dicha convención internacional, potenciar el multimencionado interés superior del menor, en donde las posiciones e intereses tanto del padre sustractor como del padre perjudicado quedan, deben quedar, en un segundo plano.

La opinión de The National Center for Missing & Exploited Children o el International Social Services, como organismos especializados en la materia, es negativa con respecto a la decisión de la Corte Suprema norteamericana ya que no va con la idea principal de la propia convención en desalentar las sustracción parentales internacionales⁹⁸, quizás el único perfil más positivo sea las opiniones concurrentes de los Jueces Alito *et al.* que pudiera concebirse como guía a las cortes de distrito⁹⁹, sin perder de vista, igualmente, opiniones en contra¹⁰⁰.

⁹⁶ Traemos a colación el trabajo realizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de sus decisiones más recientes, en donde se expresa que “un ´efectivo´examen de cualquier alegación que pueda caer bajo las excepciones de los artículos 12, 13 y 20 –se refiere a la Convención de La Haya de 1980- es bienvenido”. BEAUMONT, P.; TRIMMINGS, K.; WALKER, L. and HOLLIDAY, J., “Child Abduction: Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64, January 2015, p. 48.

⁹⁷ Véase las Guías de Buenas Prácticas, hcch.net bajo la sección de sustracción internacional. http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=21

⁹⁸ ROBINSON, K., “Left-Behind Parent is Out of Luck if Child Taken by Parent is Hidden”, *The Bureau of National Affairs, Snapshot, The United States Law Week*, March 11, 2014, p. 3

⁹⁹ *Idem.*

¹⁰⁰ FONTAINE, N., “Don´t Stope the Clock: Why Equitable Tolling Should not be Read into The Hague Convention on International Child Abduction”, *Boston College Law Review*, vol. 54, 2013, pp. 2091-2126. Tal y como aparece explicado en esta contribución, los antecedentes previos a la sentencia de la corte suprema *Lozano v. Álvarez* lo tenemos en los tribunales de Apelación de los Circuitos Novena y Undécima de Estados Unidos aplicaron suspensión equitativa para retrasar el inicio de la limitación temporal; sin embargo, las Cortes de Apelaciones para el Primer y Segundo Circuitos de Estados Unidos rechazaron la solicitud de suspensión equitativa. La Suprema Corte confirma esta última decisión. la primera decisión a favor de la aplicación de la suspensión equitativa se dio con base a su adhesión a la tradición legal estadounidense de colocar los derechos de los padres de familia por delante de los derechos e intereses de los niños.

En el caso mexicano, el voto particular del Ministro Cossio permite dar luz al entendimiento certero y veraz del sentido y objetivo de la Convención de La Haya de 1980 al velar por el derecho del niño a no ser trasladado o retenido en un país distinto al de su residencia habitual, al lugar donde tiene su rutina.

Los redactores de la Convención concluyeron que, después de un año, si un niño está adaptado a su nuevo ambiente, un tribunal no podrá ordenar la restitución del menor. La idea proyectada es que el bienestar de un niño, adaptado y pasado un año, no debe utilizarse como castigo por la conducta del progenitor sustractor, incluso si eso significa que los beneficios del padre sustractor al trasladar o retener ilícitamente y esconderlo tendrá la posibilidad de litigar la disputa por la custodia en su tribunal nacional¹⁰¹.

En los Estados Unidos - donde los casos de La Haya implican principios del federalismo, el derecho de familia y el derecho internacional - las cortes estatales conservan la potestad exclusiva sobre la decisión de restituir a un menor adaptado¹⁰²; en México se perfila de la misma manera.

Al decir de Adair Dyer, el principio número uno de esta Convención de La Haya de 1980 es la protección y la seguridad del menor –a través de la cooperación- y ello mediante la actuación de forma expedita y a través de procedimientos simples¹⁰³, pero esto no se está haciendo en la práctica; los casos expuestos, tan solo por el lapso transcurrido, así lo indican.

La Corte en el caso de Lozano v. Montoya Álvarez refuerza el carácter internacional de esta práctica al eliminar reglas adicionales que los tribunales inferiores habían injertado en el texto del tratado y la aplicación de la ley federal. La resolución de la Corte sobre cuestiones sin validez legal y suspensión equitativa sugieren que las cuestiones sobre velocidad, seguridad y la disuasión son fundamentales para la Convención de La Haya de 1980, no como fines en sí mismos, sino en servicio del proyecto global más amplio que supone la protección del principio del interés superior del menor¹⁰⁴.

¹⁰¹ El Primer Circuito admitió en el caso Yaman que la preocupación de la corte de distrito que ordena la restitución de un menor adaptado "sería, en efecto, el reequilibrio compitiendo con las preocupaciones de política pública que ya estaban equilibrados por los redactores de la Convención". YAMAN, 730 F.3d at 16 n. 15 citado por ROSSI, E. A. and STARK, B., "Playing Salomon: Federalism, Equitable Discretion, and The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction", *Roger Williams University law Review*, vol. 19, Winter 2014, p. 149.

¹⁰² ROSSI, E. A. and STARK, B., "Playing Salomon: Federalism, Equitable Discretion, and The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction", *Roger Williams University law Review*, vol. 19, Winter 2014, p. 150.

¹⁰³ DYER, A., Jr., "Comentarios del Lic. Adair Dyer Jr. Sobre los principios del convenio respecto a la sustracción de menores para la Octava Conferencia Binacional sobre la sustracción de menores, San Diego, California, 17 de marzo de 2014", versión facilitada a los participantes.

¹⁰⁴ ESTIN, A. L., "The Hague Abduction Convention and The United States Supreme Court", *Family Law Quarterly*, 48, 2014, p. 251.

Definitivamente todos estos casos si hubieran sido manejados desde la prevención de la sustracción¹⁰⁵, o incluso la reubicación del menor -un proceso no muy conocido, que está regulado en las leyes domésticas o nacionales pero con consecuencias internacionales-, o desde una etapa incipiente de las diferencias entre los progenitores, a través de la mediación, estaríamos hablando de resultados tangencialmente diferentes y no sólo en el interés superior de los menores, fundamental y primario, sino en el de los progenitores que redundarán, sin lugar a dudas, en una manera más sana de comunicarse a largo plazo tal y como demandan las relaciones familiares que deben perdurar para toda la vida, influyendo positivamente en los hijos, en su desarrollo favorable físico y psíquico.

Un buen sistema perfilado o enfocado hacia la promoción de retornos voluntarios, hacia la consecución de acuerdos mediados, conllevaría una disminución de conflictos que derivaría, a su vez, en un número menor de situaciones que dan lugar a sustracciones. Si la misma ya se dio, invocamos una buena decisión judicial desde el conocimiento puntual y certero.

¹⁰⁵ A modo de ejemplo, véase la iniciativa desde la Unión Europea, <http://www.youtube.com/watch?v=ntAsNO4LOaQ&feature=youtu.be> así como https://e-justice.europa.eu/content_parental_child_abduction-309-en.do