

**AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN
6927/2018.
QUEJOSO Y RECURRENTE: *****.**

**PONENTE: MINISTRA NORMA LUCÍA PIÑA HERNÁNDEZ
SECRETARIA: LAURA PATRICIA ROMÁN SILVA**

En atención a lo dispuesto en el artículo 73, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, así como en la jurisprudencia de rubro: **“PROYECTOS DE RESOLUCIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, SÓLO DEBEN PUBLICARSE AQUELLOS EN LOS QUE SE ANALICE LA CONSTITUCIONALIDAD O LA CONVENCIONALIDAD DE UNA NORMA GENERAL, O BIEN, SE REALICE LA INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL O DE UN TRATADO INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.”**, a continuación se hace público el fragmento del proyecto de sentencia del Amparo Directo en Revisión **6927/2018** en el cual se realiza el estudio de constitucionalidad respectivo:

“(…)

30. **SÉPTIMO. Estudio.** Los agravios del recurso de revisión son **infundados.**

31. En principio, conviene dejar establecido que esta Primera Sala, al examinar este caso, tendrá en cuenta el imperativo que impone el artículo 79, fracción II, de la Ley de Amparo, para suplir la deficiencia de la queja en toda su amplitud, de ser necesario, en beneficio del menor de edad cuya restitución se solicita, por lo que el análisis del asunto no estará supeditado al estricto planteamiento de los conceptos de violación. Lo anterior, con apoyo en la jurisprudencia 1a./J. 191/2005

(9a.), de título: **“MENORES DE EDAD O INCAPACES. PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA, EN TODA SU AMPLITUD, SIN QUE OBSTE LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS CUESTIONADOS NI EL CARÁCTER DEL PROMOVENTE”**¹.

32. Asimismo, antes de discernir sobre los concretos temas de constitucionalidad y convencionalidad que dan materia a esta resolución, es necesario establecer el marco normativo siguiente:

33. Interés Superior del Menor. El carácter prevalente de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es un mandato expreso de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Así se reconoce en su artículo 4, donde se establece que en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus

¹ Cuyo texto es el siguiente: “La suplencia de la queja es una institución cuya observancia deben respetar los Jueces y Magistrados Federales; suplencia que debe ser total, es decir, no se limita a una sola instancia, ni a conceptos de violación y agravios, pues el alcance de la misma comprende desde el escrito inicial de demanda de garantías, hasta el periodo de ejecución de la sentencia en caso de concederse el amparo. Dicha suplencia opera invariablemente cuando esté de por medio, directa o indirectamente, la afectación de la esfera jurídica de un menor de edad o de un incapaz, sin que para ello sea determinante la naturaleza de los derechos familiares que estén en controversia o el carácter de quién o quiénes promuevan el juicio de amparo o, en su caso, el recurso de revisión, ello atendiendo a la circunstancia de que el interés jurídico en las controversias susceptibles de afectar a la familia y en especial a menores e incapaces, no corresponde exclusivamente a los padres, sino a la sociedad, quien tiene interés en que la situación de los hijos quede definida para asegurar la protección del interés superior del menor de edad o del incapaz. Se afirma lo anterior, considerando la teleología de las normas referidas a la suplencia de la queja, a los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como a los compromisos internacionales suscritos por el Estado mexicano, que buscan proteger en toda su amplitud los intereses de menores de edad e incapaces, aplicando siempre en su beneficio la suplencia de la deficiencia de la queja, la que debe operar desde la demanda (el escrito) hasta la ejecución de sentencia, incluyendo omisiones en la demanda, insuficiencia de conceptos de violación y de agravios, recabación oficiosa de pruebas, esto es, en todos los actos que integran el desarrollo del juicio, para con ello lograr el bienestar del menor de edad o del incapaz.” Datos de localización; Época: Novena Época; Tesis: Jurisprudencia: Materia: constitucional; Instancia: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXIII, Mayo de 2006, página 167.

derechos². Esta norma constitucional es el fundamento del denominado principio del *interés superior del menor*.

34. Ese principio también se recoge expresamente en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño³, que dispone que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

35. La doctrina de esta Suprema Corte ha sido prolija en establecer que la Constitución y los tratados internacionales, exigen un trato diferente, especial y prioritario de los derechos de los niños, cuyo ejercicio debe asegurarse a través de una protección intensa y reforzada. Por ello es que el interés superior del menor debe prevalecer en cualquier contienda judicial donde se vean involucrados sus

² “Art. 4o.- El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

[...]

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

[...]”

³ “Artículo 3°.-

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

[...]”

derechos⁴. Incluso, este Tribunal ha hecho énfasis en la importancia de este principio en la interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los derechos del niño.⁵

36. El interés superior de los niños, niñas y adolescentes, comprende diferentes dimensiones normativas: primero, funciona como pauta interpretativa aplicable a las normas y actos que tengan injerencia respecto de sus derechos⁶; y segundo, como principio jurídico rector que

⁴ Esta Suprema Corte ha desarrollado criterios relativos al alcance de la protección de los menores en los procesos jurisdiccionales derivada del interés superior del niño, entre los que se destacan los siguientes: *(i)* la interpretación sistemática respecto de cualquier norma jurídica cuando tenga que aplicarse o pueda afectar los intereses de algún menor. “INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL” [Tesis: 1a./J. 18/2014 (10a.), localizable en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, página: 406]; *(ii)* cuando se trate de medidas legislativas o administrativas que afecten derechos de los menores deberá realizarse un escrutinio mucho más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida en cuestión “MENORES DE DIECIOCHO AÑOS. EL ANÁLISIS DE UNA REGULACIÓN RESPECTO DE ELLOS DEBE HACERSE ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR Y A LA PRIORIDAD DE LA INFANCIA.” [Tesis: P. XLV/2008, localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta tomo XXVII, Junio de 2008, página 712. Acción de inconstitucionalidad 11/2005]; *(iii)* el juzgador está obligado a valorar todos los elementos de prueba que obren en el expediente así como a recabar de oficio el material probatorio necesario, en todos aquellos procedimientos que directa o indirectamente trascienden los derechos de los menores: “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. PARA PRESERVARLO, EL JUZGADOR ESTÁ FACULTADO PARA RECABAR Y DESAHOGAR DE OFICIO LAS PRUEBAS QUE CONSIDERE NECESARIAS.” [Tesis: 1a./J. 30/2013 (10a.), localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1, página: 401] y “JUICIOS DE GUARDA Y CUSTODIA. DE ACUERDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DEBE VALORARSE LA TOTALIDAD DEL MATERIAL PROBATORIO QUE OBRA EN AUTOS”. [Tesis: 1a. XVI/2011, localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXXIII, febrero de 2011, página 616]; y *(iv)* que tratándose de menores de edad procede la suplencia de la queja en toda su amplitud, sin que obste la naturaleza de los derechos cuestionados ni el carácter del promovente. “MENORES DE EDAD O INCAPACES. PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA, EN TODA SU AMPLITUD, SIN QUE OBSTE LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS CUESTIONADOS NI EL CARÁCTER DEL PROMOVENTE.” [Tesis: 1a./J. 191/2005. Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta tomo XXIII, mayo de 2006 página 167].

⁵ Véanse las siguientes tesis: “INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO.” [Tesis: 1a. CXLI/2007. Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta tomo XXVI, julio de 2007 página 265], “MENORES DE DIECIOCHO AÑOS. EL ANÁLISIS DE UNA REGULACIÓN RESPECTO DE ELLOS DEBE HACERSE ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR Y A LA PRIORIDAD DE LA INFANCIA.” [Tesis: P. XLV/2008. Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta tomo XXVII, junio de 2008 página 712].

⁶ Al respecto, véanse la tesis: “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU FUNCIÓN NORMATIVA COMO PAUTA INTERPRETATIVA PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS POR INCOMPATIBILIDAD EN EL EJERCICIO CONJUNTO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS.” [Tesis aislada 1a. CXXIII/2012 (10). Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro IX, junio de 2012, Tomo 1, página 259].

exige una máxima e integral protección de los derechos cuya titularidad corresponda a un menor de edad, y que hayan de dirimirse en los casos concretos.⁷

37. El interés superior del menor, en su esencia, entraña que las actuaciones y decisiones que se adoptan en torno a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, deben buscar siempre *su mayor beneficio*; y dicho interés superior *no puede establecerse con carácter general y de forma abstracta*, en tanto las relaciones familiares son extraordinariamente complejas y variadas, en ese sentido, el juez debe valorar las especiales circunstancias que concurren en cada situación para determinar qué es lo mejor para el menor involucrado.

38. Así pues, para esta Primera Sala, el principio de interés superior otorga a la niñez y a la adolescencia un trato preferente, con la finalidad de garantizar su desarrollo armónico e integral (físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social) y el ejercicio pleno de sus derechos. Sin embargo, su significado material, por regla general, únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso, incluso, en muchas ocasiones, dependerá de cada niño o adolescente en particular, acorde con su condición personal.

⁷ Véanse las tesis: "INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU FUNCIÓN NORMATIVA COMO PRINCIPIO JURÍDICO PROTECTOR." [Tesis aislada 1a. CXXII/2012 (10ª). Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro IX, junio de 2012, Tomo 1, página 260] Ver, en un sentido similar, la tesis: "MENORES DE DIECIOCHO AÑOS. EL ANÁLISIS DE UNA REGULACIÓN RESPECTO DE ELLOS DEBE HACERSE ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR Y A LA PRIORIDAD DE LA INFANCIA." [Tesis P. XLV/2008. Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXVII, junio de 2008, página 712].

39. **Restitución internacional de menores.** En torno a ella, esta Sala ha sostenido en múltiples precedentes, que la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptada el veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, constituye un importante esfuerzo de cooperación de la comunidad internacional para proteger a los menores de edad de los efectos perjudiciales que puede ocasionarles *un traslado o una retención ilícitos* en el plano internacional; acuerdo de cooperación jurídica en el que se establecen derechos y deberes mutuos de los Estados contratantes para el logro de una finalidad toral: luchar contra las sustracciones internacionales de menores, *bajo la premisa de que esas conductas constituyen atentados graves a diversos derechos de los menores de edad y son contrarias a su interés superior.*

40. Las disposiciones del aludido Convenio convergen en la consecución de los dos objetivos esenciales establecidos en su artículo 1º, a saber: **(i)** garantizar la restitución inmediata de los menores que hubieren sido trasladados o retenidos de manera ilícita, restableciendo el *statu quo* en que se encontraban en su lugar de residencia habitual en el Estado requirente, antes de ser vulnerado por la vía de hecho; y con lo anterior, **(ii)** velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados parte del Convenio.

41. Las dos situaciones de hecho de que se ocupan las disposiciones del Convenio, suponen la situación fáctica del traslado de un menor de

edad fuera de su entorno habitual, en el que estaba bajo la responsabilidad y cuidado de persona o personas físicas o de persona jurídica que ejercían efectivamente sobre él un derecho legítimo de custodia, llevándolo del territorio de un Estado al de otro.

42. Cuando ese traslado se realiza *sin el consentimiento* de la persona física o jurídica que ejerce en forma efectiva un derecho de custodia respecto del menor, privándola de ese ejercicio, se estará ante la hipótesis de un traslado ilícito, para efectos de la aplicación material del Convenio, a fin de lograr su restitución.

43. Cuando dicho traslado se realiza *con el consentimiento* de la persona que ejerce efectivamente un derecho de custodia para que el menor salga de su residencia habitual por un tiempo determinado, pero estando el menor en el territorio de otro Estado, *quien lo trasladó se niega a regresarlo a su lugar de residencia habitual, violentando los términos de la autorización o acuerdo para su estancia en el extranjero*, tal situación se erige como una retención ilícita, que también hace posible la aplicación material de la Convención para obtener la restitución del menor a su residencia habitual. Según el informe explicativo de la Convención, elaborado por doña Elisa Pérez-Vera con motivo de la conclusión de los trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la retención ilícita generalmente se produce *por un ejercicio abusivo del derecho de visita*, cuando el progenitor que lleva al menor para una estancia en el extranjero basada

en ese derecho, se niega a devolverlo al que ejerce la custodia en la residencia habitual del menor⁸.

44. Por tanto, ya sea por la actualización de un *traslado ilícito* o por la configuración de una *retención ilícita*, se pone en marcha la operatividad del Convenio para el cumplimiento de sus objetivos ya referidos: 1) la restitución inmediata del menor a su entorno habitual, y 2) el respeto de los derechos de custodia o de visita que se ven afectados con tales conductas.

45. Ahora bien, sobre la base de que el ámbito de protección que se propuso la Convención, como se ha mencionado, está regido por una finalidad primordial: proteger a los menores de los efectos dañosos que les produce una sustracción ilícita (ya sea por un traslado o una retención), pues ésta implica romper con su equilibrio vital, extraerlos de su entorno familiar y social alterando sus condiciones de vida y obligándolos a insertarse en contextos distintos, lo que puede repercutir negativamente en su bienestar físico y emocional, esta Primera Sala ha advertido que la Convención lleva implícita, como regla general, **la presunción de que el interés superior del menor está en que sea restituido en forma inmediata a su residencia habitual, procurando evitar o revertir esas posibles afectaciones.**

46. Además, **la restitución inmediata busca** desincentivar las conductas de sustracción ilícita, privando de efectos prácticos y jurídicos

⁸ De acuerdo con el artículo 5 de la Convención, el derecho de visita comprende el derecho de llevar al menor, **por un periodo de tiempo limitado**, a otro lugar diferente a aquél en que tiene su residencia habitual.

las acciones que emprendiera el sustractor para legalizar su acción ante las autoridades del Estado en el que se refugia, devolviendo al menor al lugar de su residencia habitual y restableciendo su *status quo* previo a la sustracción, no sólo para velar por que los derechos de custodia y visita vigentes en uno de los Estados parte se respeten en los demás, sino para que, en caso de conflicto, sea en el lugar de la residencia habitual del menor donde sean decididos de fondo y en definitiva los derechos de custodia.

47. El criterio de esta Sala al respecto se confirma en las tesis de rubros: **“SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. EL SISTEMA PREVISTO POR EL CONVENIO DE LA HAYA BUSCA PROTEGER AL MENOR DE LOS EFECTOS PERJUDICIALES QUE GENERA ESTE TIPO DE CONDUCTAS”**⁹ y **“SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. EXISTE UNA PRESUNCIÓN DE QUE EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR SUSTRÁIDO**

⁹ De texto: “El Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores fue adoptado el 25 de octubre de 1980, en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, y constituye un importante esfuerzo de la comunidad internacional para la protección de los menores de edad, de los efectos perjudiciales que puede ocasionar un traslado o retención ilícita en el plano internacional, al establecer procedimientos que permiten garantizar su restitución inmediata al Estado en el que tengan su residencia habitual. Así, es claro que el mencionado Convenio se erige como un instrumento para garantizar la tutela del interés del menor y el ejercicio efectivo del derecho de custodia. En este sentido, los Estados que participaron en la creación del Convenio advirtieron que aquellas personas que cometen esta acción de trasladar o retener ilícitamente a un menor, generalmente buscan que su acción sea legalizada por las autoridades competentes del Estado en el que se refugian, por lo que consideraron que un medio eficaz para disuadirlos consistía en que sus acciones se vieran privadas de toda consecuencia práctica y jurídica. En consecuencia, como se desprende de la redacción de su artículo 1, el Convenio de La Haya consagra entre sus objetivos el restablecimiento del statu quo, mediante la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita al país en donde residían; es decir, regresándolos a su entorno habitual donde se deberá decidir respecto a los derechos de custodia, en términos de lo establecido en el artículo 8 del Convenio”. Época: Décima Época; Registro: 2008499; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II; Materia(s): Constitucional, Civil; Tesis: 1a. LXX/2015 (10a.); Página: 1417.

SE VE MAYORMENTE PROTEGIDO CON SU RESTITUCIÓN INMEDIATA AL PAÍS DE ORIGEN”¹⁰.

48. **Excepciones a la restitución inmediata.** Ahora, *también tomando en cuenta el interés superior del menor con eje rector de sus normas*, la Convención **admitió excepciones** a la regla general de restitución inmediata de los menores sustraídos, tomando en cuenta que podría haber casos en que se justificara **negar la restitución** de éstos, ya sea por causas inherentes a la persona de los menores o relacionadas con su entorno más próximo¹¹, que evidentemente implicaban la protección más adecuada de dicho interés superior.

¹⁰ De texto: “Como se desprende del preámbulo del propio Convenio de La Haya, el principio de interés superior del menor tiene una “importancia primordial” en todas las cuestiones relativas a la custodia, y entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye este interés superior del menor, **se encuentra su derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente en perjuicio de su integridad física y psicológica**. En consecuencia, es claro que es el principio de interés superior del menor el que inspira toda la regulación de sustracción de menores y constituye un parámetro para su aplicación. Tomando esto en consideración, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el principio general previsto por el Convenio de La Haya, en el sentido de que las autoridades del Estado receptor deben asegurar la restitución inmediata del menor sustraído, es acorde con el principio de interés superior del menor previsto en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en diversos tratados internacionales firmados y ratificados por nuestro país. Lo anterior, **pues existe una presunción de que este interés superior de los menores involucrados se ve mayormente protegido y beneficiado mediante el restablecimiento de la situación previa al acto de sustracción**, es decir, mediante la restitución inmediata del menor en cuestión, salvo que quede plenamente demostrada -por parte de la persona que se opone a la restitución- una de las causales extraordinarias señaladas en los artículos 12, 13 y 20 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en cuyo caso es evidente que el derecho de un menor a no ser desplazado de su residencia habitual deberá ceder frente a su derecho a no ser sujeto a mayores afectaciones en su integridad física y psicológica, en atención al propio principio de interés superior del menor”. Época: Décima Época; Registro: 2008500; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II; Materia(s): Constitucional, Civil; Tesis: 1a. LXXI/2015 (10a.); Página: 1418.

¹¹ El párrafo 25 del informe explicativo de la Convención, elaborado por doña Elisa Pérez-Vera, señala: “*Por tanto es legítimo sostener que los dos objetivos del Convenio - uno preventivo, el otro destinado a lograr la reintegración inmediata del niño a su entorno de vida habitual - responden en su conjunto a una concepción determinada del “interés superior del menor”. No obstante, incluso desde la óptica elegida, era preciso admitir que el traslado de un niño puede a veces estar justificado por razones objetivas relacionadas con su persona o con el entorno que le era más próximo. Por ello el Convenio reconoce ciertas excepciones a la obligación general asumida por los Estados de garantizar el retorno inmediato de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita. En la mayoría de los supuestos, tales excepciones no son más que manifestaciones concretas del principio demasiado impreciso que proclama que el interés del menor es el criterio vector en la materia*”.

49. Respecto de las excepciones a la restitución internacional de menores, esta Primera Sala ha sostenido que para no hacer nugatorios los objetivos de la Convención, aquéllas deben interpretarse y aplicarse en forma estricta, como cuestiones extraordinarias, por ende, deben quedar plenamente demostradas; esto se ilustra en la tesis de rubro: **“SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. LAS EXCEPCIONES A LA RESTITUCIÓN INMEDIATA PREVISTAS EN EL CONVENIO DE LA HAYA DEBEN SER INTERPRETADAS DE MANERA ESTRICTA Y APLICADAS DE FORMA EXTRAORDINARIA”**¹².

¹² Tesis cuyo texto dice: No obstante que la restitución inmediata del menor constituye la regla general para la protección de los menores sustraídos, esta Primera Sala advierte que todo el sistema previsto por el Convenio de La Haya tiene como eje rector el principio del interés superior del menor, por lo que resultó necesario admitir que el traslado de un niño puede en ocasiones estar justificado por razones objetivas relacionadas con su persona o con el entorno que le era más próximo. Por tanto, el propio Convenio reconoce ciertas excepciones extraordinarias a la obligación general asumida por los Estados contratantes de garantizar el retorno inmediato de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita. Sin embargo, el margen de discrecionalidad que corresponde a la autoridad competente del Estado receptor para resolver la solicitud de sustracción debe quedar reducido a su mínima expresión debido a la obligación que sobre ella recae en la labor de determinación del interés superior del menor. Así, se ha dicho que el interés superior del menor debe girar en principio en torno a su inmediata restitución, a menos que quede plenamente demostrada alguna de las excepciones extraordinarias que se señalan en el propio Convenio, las cuales deben ser interpretadas por los operadores jurídicos de la forma más restringida para garantizar su correcta aplicación y no hacer nugatorios los objetivos del Convenio”. Época: Décima Época; Registro: 2008419; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II; Materia(s): Constitucional, Civil; Tesis: 1a. XXXVII/2015 (10a.); Página: 1420.

Además, así se corrobora del informe explicativo de la Convención, a que se ha venido haciendo referencia, que en su párrafo 34, señala: *“Para acabar con las consideraciones sobre los problemas abordados en este apartado, parece necesario subrayar que las excepciones, de los tres tipos examinados, al retorno del menor deben ser aplicadas como tales. Esto implica **ante todo que deben ser interpretadas de forma restrictiva si se quiere evitar que el Convenio se convierta en papel mojado**. En efecto, el Convenio descansa en su totalidad en el rechazo unánime del fenómeno de los traslados ilícitos de menores y en la convicción de que el mejor método de combatirlos, a escala internacional, consiste en no reconocerles consecuencias jurídicas. La puesta en práctica de este método exige que los Estados firmantes del Convenio estén convencidos de que pertenecen, a pesar de sus diferencias, a una única comunidad jurídica en el seno de la cual las autoridades de cada Estado reconocen que las autoridades de uno de ellos - las de la residencia habitual del niño- son en principio las que están mejor situadas para decidir, con justicia, sobre los derechos de custodia y de visita. Por tanto, una invocación sistemática de las excepciones mencionadas, al sustituir la jurisdicción de la residencia del menor por la jurisdicción elegida por el secuestrador, hará que se derrumbe todo el edificio convencional al vaciarlo del espíritu de confianza mutua que lo ha inspirado.*

50. Las excepciones a la restitución de los menores sustraídos que reconoce el Convenio de La Haya, se encuentran previstas en los artículos 12, 13 y 20 de ese instrumento.

51. Aquí interesa destacar, porque es sobre ellas que subsiste la materia de la litis constitucional, únicamente las previstas en el artículo **13, inciso a) y en su penúltimo párrafo**; precepto que nuevamente se transcribe:

“Artículo 13

No obstante lo dispuesto en el Artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido **no está obligada a ordenar la restitución del menor si** la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

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

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

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”.

52. Sobre las excepciones contenidas en el artículo 13 de la Convención, esta Sala ha observado que, a diferencia de la prevista en el artículo 12 respecto de la integración del menor al nuevo ambiente, dichas excepciones no están sujetas a una condición de temporalidad y se pueden oponer en el procedimiento de restitución sin importar que

ésta no se hubiere solicitado fuera del plazo de un año a que ocurrió el traslado o se actualizó la retención ilícitos; pero, se ha dicho, corresponde al sustractor la carga de acreditarlas¹³.

53. En el caso, como se precisó en el apartado de antecedentes, la sentencia de apelación reclamada en el juicio de amparo confirmó la negativa de la restitución solicitada, estimando actualizadas **dos excepciones**: 1) la prevista en el inciso a) del artículo 13 transcrito, sosteniéndose que el solicitante consintió que el menor fuere trasladado y que permaneciera en *********; y 2) que el menor se opuso a ser restituido. Mientras que, la sentencia de amparo aquí recurrida quedó exclusivamente sustentada, para estimar legal el fallo reclamado, en que se actualizó *la oposición del menor a la restitución*, en términos del penúltimo párrafo de ese artículo de la Convención.

¹³ **“SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. LAS EXCEPCIONES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 13 DEL CONVENIO DE LA HAYA NO SE ENCUENTRAN SUJETAS A NINGUNA CONDICIÓN TEMPORAL, PERO CORRESPONDE AL PADRE SUSTRACTOR PROBAR PLENAMENTE SU ACTUALIZACIÓN.** Un grupo de excepciones extraordinarias a la regla general de restitución inmediata podemos encontrarlo en el artículo 13 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en donde se establecen las siguientes hipótesis, a saber: (i) si la persona que se opone a la restitución demuestra que la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia o posteriormente aceptó el traslado o retención; (ii) si la persona que se opone a la restitución demuestra que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o lo ponga en una situación intolerable; o (iii) si se comprueba que el propio menor se opone a la restitución. Al respecto, se considera importante destacar que, a diferencia de aquella establecida en el artículo 12, estas excepciones no se encuentran sujetas a una condición temporal de ningún tipo, por lo que pueden ser alegadas en cualquier momento del procedimiento de restitución. Sin embargo, al igual que sucede con la causal relativa a la integración al nuevo entorno familiar, esta Primera Sala considera que se trata de excepciones claramente extraordinarias y que la carga de la prueba para demostrar plenamente su actualización recae exclusivamente en quien se opone a la restitución del menor, pues existe una presunción de que el interés superior del menor es protegido mediante la restitución a su lugar de origen. Datos de localización: Época: Décima Época; Registro: 2016310; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 52, Marzo de 2018, Tomo I; Materia(s): Constitucional, Civil; Tesis: 1a./J. 6/2018 (10a.); Página: 807..

54. **Excepción de oposición del menor a la restitución inmediata.**

55. El primer tema de constitucionalidad y convencionalidad que se impone dilucidar en esta resolución, es el relativo a **la interpretación del artículo 13, penúltimo párrafo, del Convenio de La Haya**, en cuanto hace a la intelección del vocablo “**oposición**” o la frase “**el propio menor se opone**”, a efecto de dilucidar si como lo sostiene el recurrente, ello implica la exigencia de que el menor *se manifieste clara y expresamente* en contra de que se le traslade a su lugar de origen (residencia habitual), que *rechace en forma manifiesta* la idea de ser restituido; o si, como se consideró en el caso, ello se puede actualizar o configurar de manifestaciones del menor en el sentido de *mostrar conformidad o expresar su deseo de querer permanecer con el sustractor* en el lugar en que reside en el Estado requerido.

56. Asimismo, la interpretación de ese artículo y, en concreto, de esa porción normativa, se solicita a efecto de que, sobre la base de que la oposición del menor de edad a ser restituido no es vinculante *per se*, sino que conforme a la propia norma debe ponderarse teniendo en cuenta la edad y madurez del menor, *se determine si la “oposición” de un niño de cinco años puede ser efectiva y acogerse*, considerando que a esa edad puede tener plena conciencia de su situación para decidir sobre la restitución, *o si ello no es posible, precisamente por razón de esa corta edad.*

57. Interpretación que se pide se realice a partir de una correcta intelección del principio del interés superior del menor en materia de

restitución internacional de menores, y acorde con el artículo 4º constitucional y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

58. Parámetro de análisis. En relación con *el derecho de los menores de edad a ser escuchados y expresar su opinión libremente* en los asuntos jurisdiccionales en que se ventilan cuestiones que atañen directamente a sus derechos fundamentales, la jurisprudencia de esta Primera Sala ha destacado que ese derecho se encuentra reconocido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴, e implícitamente en el artículo 4º de nuestra Constitución; y que comprende dos elementos: 1) *que los niños sean escuchados*; y 2) *que sus opiniones sean tomadas en cuenta, en función de su edad y madurez*; asimismo, se ha precisado que se trata de un derecho fundamental de naturaleza instrumental (procesal) que brinda a los menores una protección que permite su actuación en los procesos jurisdiccionales donde se involucren directamente sus derechos sustanciales, a efecto de que no se encuentren en desventaja por su condición especial, por lo que se erige como una formalidad esencial en esos procedimientos.¹⁵

¹⁴ Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño **que esté en condiciones de formarse un juicio propio** el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

¹⁵ Jurisprudencia de rubro: “DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA. REGULACIÓN, CONTENIDO Y NATURALEZA JURÍDICA”. Datos de localización: Época: Décima Época; Registro: 2013781; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 40, Marzo de 2017, Tomo I; Materia(s): Constitucional; Tesis: 1a./J. 11/2017 (10a.); Página: 345.

59. No obstante, también se ha señalado que si bien el ejercicio de ese derecho, es decir, la viabilidad de la participación de los menores en los procedimientos jurisdiccionales que les atañen, debe ser la regla general, es factible que haya excepciones, pues podrá haber casos en que el interés superior del menor se proteja de mejor manera evitando su intervención en la controversia respectiva, de ahí que su participación **siempre debe estar sujeta a una valoración por parte del juzgador**, que tome en cuenta la particular condición y situación del menor, para decidir, de manera fundada y motivada, que no tendrá lugar el ejercicio de ese derecho procesal. Así se sostuvo por esta Sala en la jurisprudencia 1a./J.12/2015 (10a.), de rubro: **“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA INVOLUCRA UNA VALORACIÓN DE PARTE DEL JUEZ”**¹⁶.

¹⁶ De texto: “El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece el derecho de los menores de edad a participar efectivamente en los procedimientos jurisdiccionales que los afectan y a dar su opinión de tal modo que pueda tener influencia en el contexto de la toma de decisión judicial que resuelva sobre su vida y sus derechos. Sin embargo, su participación no constituye una regla irrestricta, pues asumir tal rigidez implicaría dejar de lado las condiciones específicas que rodean a los niños en casos particulares, lo que podría ir en detrimento de su interés superior. En este sentido, tanto al evaluar de oficio la participación de los menores de edad como al analizar la conveniencia de la admisión de su declaración o testimonio ofertada por las partes, el juez debe evitar la práctica desmedida o desconsiderada del derecho, lo que podría acontecer si sus derechos no forman parte de la litis del asunto, si el menor ha manifestado su deseo de no intervenir o hacerlo a través de sus representantes, si se pretende entrevistarlos más veces de las necesarias, o si de cualquier manera pudiera ponerse en riesgo su integridad física o psíquica. Ahora bien, esta sujeción a valoración judicial de la participación de los menores de edad en los procedimientos jurisdiccionales no debe ser jamás leída como una barrera de entrada, sino como el mecanismo que da cauce a su derecho. La premisa para el juzgador debe ser procurar el mayor acceso del niño, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Por ende, la excepción debe estar debidamente fundada y motivada, previendo que dicha decisión puede ser impugnada y remitida a un nuevo examen jurídico por los tribunales de alzada y los jueces de amparo.” Datos de localización: Época: Décima Época; Registro: 2009010; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 18, Mayo de 2015, Tomo I; Materia(s): Constitucional, Civil; Tesis: 1a./J. 12/2015 (10a.); Página: 383.

60. Esta Sala también ha señalado en sus precedentes que *el condicionamiento* establecido por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a que el ejercicio de ese derecho del menor de edad y la valoración de su opinión en los procesos jurisdiccionales que involucren una decisión que pueda afectar su esfera jurídica, deba hacerse **en función de su edad y madurez**, se sustenta en la premisa ontológica de que el niño como sujeto de derechos, dada su condición de menor edad, *se encuentra en el desarrollo de su autonomía*, la cual va adquiriendo *en forma progresiva* en la medida que atraviesa sus etapas de crecimiento físico, mental, emocional, etcétera, hasta alcanzar legalmente la mayoría de edad, momento en el que se le considera con la autonomía plena para ejercer por sí mismo todos sus derechos; mientras esto último sucede, se estima que el menor de edad requiere de una protección reforzada por parte de quienes tienen a su cargo el ejercicio de la patria potestad y de las instituciones del Estado, que en lo que al caso interesa, implica ponderar sus opiniones precisamente tomando en cuenta el grado de desarrollo de esa autonomía, atento a su edad cronológica y a su madurez mental.

61. Así pues, **la opinión** de los menores de edad en los procesos jurisdiccionales que les conciernan, por una parte, entraña para ellos el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia; y por otra, es un elemento relevante para la decisión que deba adoptar el juzgador en torno a sus derechos. Pero siempre, lo anterior deberá atender *a su edad y a su grado de madurez*, pues la clave para que el menor de edad tenga intervención en el proceso y su opinión pueda ser atendida, está en que conforme a esos factores, **tenga la aptitud para formarse su propio juicio**, entendiéndose, sea capaz de formarse su propia opinión de las

cosas que le rodean y de los contextos más próximos en que se encuentra, que le permita, en su caso, tomar decisiones en cuanto a su persona, o expresar sus ideas y su sentir en relación con las situaciones vinculadas a su existencia, en suma, que tenga una comprensión básica de aquello sobre lo que se manifiesta.

62. Y es por lo anterior que esta Sala también ha establecido en sus criterios que la intervención de los menores en los procesos **no puede determinarse en función de una regla fija que atienda sólo a la edad cronológica**, pues para ello también incide la madurez conforme a la cual podrá tener un juicio o criterio propio, que es específica y distintas en cada niño. Así se advierte de la jurisprudencia 1a./J. 13/2015 (10a.), de rubro: **“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. EL DERECHO DE LOS MENORES A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA NO PUEDE ESTAR PREDETERMINADO POR UNA REGLA FIJA EN RAZÓN DE SU EDAD”**.¹⁷

63. Sobre el particular, conviene destacar lo dicho por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General No. 12, que interpreta el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto al

¹⁷ De conformidad con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los menores de edad tienen derecho de expresar libremente su opinión en todos los asuntos que los afectan. Ahora bien, su participación en un procedimiento jurisdiccional no puede estar determinada por una regla fija en razón de su edad, ni aun cuando esté prevista en ley. Atendiendo al principio de autonomía progresiva, la edad biológica no guarda necesaria correlación con la madurez y la posibilidad de formarse un juicio o criterio propio. De ahí que no puede partirse de parámetros cronológicos específicos para establecer una generalización de cuándo los menores de edad deben participar en procedimientos jurisdiccionales, pues es el juzgador quien deberá tomar en consideración las condiciones específicas del niño o niña, así como su interés superior, para acordar su intervención, siempre con una actitud orientada a favorecer la eficacia de su derecho de participación”. Datos de localización: Época: Décima Época; Registro: 2009009; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 18, Mayo de 2015, Tomo I; Materia(s): Constitucional, Civil; Tesis: 1a./J. 13/2015 (10a.); Página: 382.

derecho que aquí se analiza, y concretamente en cuanto a la escucha del menor atendiendo **a su capacidad para formarse un juicio propio**, respecto de la cual, señaló que ello debe evaluarse a partir de la premisa de que el niño *tiene capacidad para expresar sus opiniones*, que no es dable *imponer un límite de edad* para restringir ese derecho, y son admisibles las formas no verbales de comunicación (el juego, la expresión corporal y facial, dibujo, pintura, etcétera), que no es exigible que el niño tenga información exhaustiva sobre todos los aspectos del asunto que le afecta, pero sí debe tener una comprensión suficiente del problema de que se trate, para que pueda formarse y expresar una opinión al respecto; ello, según se advierte de la siguiente parte de dicha Observación General:

"(...) ii) "Que esté en condiciones de formarse un juicio propio"

20. Los Estados partes deben garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño "que esté en condiciones de formarse un juicio propio". Estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad.

21. El Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. A ese respecto, el Comité subraya lo siguiente:

- En primer lugar, en sus recomendaciones a raíz del día de debate general sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia celebrado en 2004, el Comité subrayó que el concepto del niño como portador de derechos está "firmemente asentado en la vida diaria del niño" desde las primeras etapas. Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por

consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.

- En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto.

- En tercer lugar, los Estados partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por ejemplo, los niños con discapacidades deben tener disponibles y poder utilizar los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. También debe hacerse un esfuerzo por reconocer el derecho a la expresión de opiniones para los niños pertenecientes a minorías, niños indígenas y migrantes y otros niños que no hablen el idioma mayoritario.

- Por último, los Estados partes deben ser conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho, especialmente en casos en que los niños sean muy pequeños o en que el niño haya sido víctima de delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato. Los Estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño.

64. En el mismo tenor, El Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren Niñas, Niños y Adolescentes, editado por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, *sugiere u orienta* en el sentido de que, para la evaluación de la participación de los menores en procedimientos jurisdiccionales y de la opinión que estos viertan en los mismos, ha de tenerse en cuenta que el desarrollo de los niños se da a través de etapas caracterizadas por el logro de habilidades cognitivas, determinadas características emocionales y una particular concepción de la moral (la concepción de lo que está bien y lo que está mal); y dado que ese desarrollo no es igual en todos los niños, su edad

cronológica no necesariamente se corresponde con la madurez del niño; al respecto señala:

“(...) La obtención de las habilidades se va logrando de manera progresiva, lo que supone que según la etapa en la que se encuentre el niño, le será posible llevar a cabo ciertas operaciones mentales y tendrá determinadas características emocionales, y le será imposible realizar o tener otras.

(...)

Las habilidades cognitivas y las características emocionales y morales son de carácter estructural, es decir, no están sujetas a la voluntad de la persona (no son modificables), sino que se encuentran asociadas a su nivel de desarrollo.

Es importante tener presente que **si bien el nivel de desarrollo determina las capacidades que un niño puede desplegar, no es lo mismo que la edad cronológica. Ésta no necesariamente es coincidente con el nivel de desarrollo, de ahí que no deba ser el criterio a partir del cual determinar el posible nivel de desarrollo de una persona menor de edad.**

El nivel de desarrollo de un niño y las capacidades que puede desplegar en un momento determinado dependen de múltiples factores como congénitos, neurofisiológicos, biológicos, de aprendizaje, de contextos de desarrollo, de personalidad, de acceso a la educación y estimulación adecuados, entre otros, **lo que hace imposible que el nivel de desarrollo de un niño corresponda a su edad cronológica.**

Debe tomarse en cuenta que cuando un niño es víctima, una de las consecuencias que sufre es el fenómeno psicológico conocido como “regresión” en el desarrollo, lo que supone que el niño vuelve a una etapa de desarrollo anterior, comportándose como más pequeño. De esta forma, el nivel de desarrollo de una persona menor no sólo está determinado por múltiples aspectos de su contexto, sino también por la situación emocional en que se encuentra.

De acuerdo a lo anterior, **las capacidades cognitivas que puede desplegar un niño no se desprenden de su edad cronológica.** Es conveniente vincularse con él y de la interacción determinar qué información y qué habilidades puede utilizar, no recurriendo a la variable edad pues en la mayor parte de los casos no coincide con el desarrollo mental del niño (...).”

(Lo destacado con negritas es de esta Sala).

65. De manera que si el ejercicio del derecho de los menores a emitir su opinión en un proceso jurisdiccional en que se diluciden cuestiones

que involucren sus propios derechos y a que esa opinión sea tomada en cuenta, **depende de los factores de edad y madurez**, *pero no es posible establecer una correspondencia necesaria entre la edad y el grado de desarrollo madurativo del menor*, ello implicará una evaluación casuística de cada niño y de sus circunstancias, ponderando, entre otras cosas, su edad, su desarrollo físico e intelectual, sus habilidades cognitivas, su estado emocional, su experiencia de vida, su entorno, la información que posee sobre las cosas respecto de las cuales opina, etcétera; aspectos que lo determinan en el desarrollo progresivo de su autonomía, y dan pauta a la formación de sus opiniones sobre la realidad que vive.

66. Por ello, ponderando las cuestiones destacadas hasta aquí, esta Primera Sala ha formado jurisprudencia con la finalidad de coadyuvar al mejor ejercicio del derecho de los menores de edad a opinar en los procedimientos jurisdiccionales que versen sobre sus derechos, estableciendo lineamientos prácticos que los juzgadores deben atender para escucharlos, como puede verse en la tesis 1a./J. 12/2017 (10a.) de título **“DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA. LINEAMIENTOS PARA SU EJERCICIO”**¹⁸.

¹⁸ De texto; “Las niñas y los niños, como titulares de derechos humanos, ejercen sus derechos progresivamente, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía, lo que se denomina “adquisición progresiva de la autonomía de los niños”, lo cual conlleva que actúen durante su primera infancia por conducto de otras personas -idealmente, de sus familiares-. Así, el derecho de las niñas y los niños a participar en procedimientos jurisdiccionales que puedan afectar su esfera jurídica se ejerce, también, progresivamente, sin que su ejercicio dependa de una edad que pueda predeterminarse en una regla fija, incluso de índole legal, ni aplicarse en forma generalizada a todos los menores de edad, sino que el grado de autonomía debe analizarse en cada caso. Ahora bien, la participación de los niños en procedimientos jurisdiccionales reviste una doble finalidad, pues, al reconocerlos como sujetos de derecho, logra el efectivo ejercicio de sus derechos y, a la vez, se permite que el juzgador se allegue de todos los elementos que necesite para forjar su convicción respecto de un determinado asunto, lo que resulta fundamental para una debida tutela del interés superior de la infancia. En este sentido, los lineamientos que deben observarse para la participación

67. Así, de la necesaria ponderación de esos factores de edad y grado de madurez del menor de edad, deriva la consideración de que su opinión **no es indefectiblemente vinculante** en el proceso en el que interviene¹⁹ de manera que tenga que ser acogida en la decisión del

de niñas y niños dentro de cualquier procedimiento jurisdiccional que pueda afectar su esfera jurídica son: (1) para la admisión de la prueba debe considerarse que: (a) la edad biológica de los niños no es el criterio determinante para llegar a una decisión respecto a su participación dentro de un procedimiento jurisdiccional, sino su madurez, es decir, su capacidad de comprender el asunto, sus consecuencias y de formarse un juicio o criterio propio; (b) debe evitarse la práctica desconsiderada del ejercicio de este derecho; y, (c) debe evitarse entrevistar a los niños en más ocasiones de las necesarias; (2) para preparar la entrevista en la que participarán, se requiere que sean informados en un lenguaje accesible y amigable sobre el procedimiento y su derecho a participar, y que se garantice que su participación es voluntaria; (3) para el desahogo de la prueba, la declaración o testimonio del niño debe llevarse a cabo en una diligencia seguida en forma de entrevista o conversación, la cual debe cumplir con los siguientes requisitos: (a) es conveniente que previamente a la entrevista el juzgador se reúna con un especialista en temas de niñez, ya sea psiquiatra o psicólogo, para aclarar los términos de lo que se pretende conversar con el niño, para que a éste le resulte más sencillo de comprender y continuar la conversación; (b) la entrevista debe desarrollarse, en la medida de lo posible, en un lugar que no represente un ambiente hostil para los intereses del niño, esto es, donde pueda sentirse respetado y seguro para expresar libremente sus opiniones; (c) además de estar presentes el juzgador o funcionario que tome la decisión, durante la diligencia deben comparecer el especialista en temas de niñez que se haya reunido con el juzgador y, siempre que el niño lo solicite o se estime conveniente para proteger su superior interés, una persona de su confianza, siempre que ello no genere un conflicto de intereses; (d) en la medida de lo posible, debe registrarse la declaración o testimonio de las niñas y niños íntegramente, ya sea mediante la transcripción de toda la diligencia o con los medios tecnológicos al alcance del juzgado o tribunal que permitan el registro del audio; (4) los niños deben intervenir directamente en las entrevistas, sin que ello implique que no puedan tener representación durante el juicio, la cual recaerá en quienes legalmente estén llamados a ejercerla, salvo que se genere un conflicto de intereses, en cuyo caso debe analizarse la necesidad de nombrar un tutor interino; y (5) debe consultarse a los niños sobre la confidencialidad de sus declaraciones, aunque la decisión final sea del juzgador, para evitarles algún conflicto que pueda afectar su salud mental o, en general, su bienestar. Finalmente, es importante enfatizar que en cada una de estas medidas siempre debe tenerse en cuenta el interés superior de la infancia por lo que no debe adoptarse alguna determinación que implique perjuicio para los niños, más allá de los efectos normales inherentes a su participación dentro del procedimiento jurisdiccional". Época: Décima Época; Registro: 2013952; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 40, Marzo de 2017, Tomo I; Materia(s): Constitucional; Tesis: 1a./J. 12/2017 (10a.); Página: 288.

¹⁹ INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU OPINIÓN EN UN PROCESO JURISDICCIONAL QUE LE AFECTE NO TIENE FUERZA VINCULANTE PARA EL ÓRGANO QUE CONOCE DEL ASUNTO. De la interpretación de los artículos 4o., párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se concluye que el interés superior del menor implica el derecho de éste a expresar su opinión, la cual será tomada en cuenta en todos los asuntos que le afecten, sin que lo anterior signifique que deba acatarse indefectiblemente lo expresado por él en los procesos jurisdiccionales que puedan afectarle, es decir, no tiene fuerza vinculante para el órgano jurisdiccional que conoce del asunto, ya que, en aras de su protección integral, el juzgador debe ponderar todas las circunstancias del caso -con inclusión de la opinión del menor-, para emitir una resolución armónica y respetuosa de sus derechos humanos, en concordancia con el principio citado". Datos de localización: Época: Décima Época; Registro: 2008642; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de

juzgador, precisamente porque no debe perderse de vista la premisa de que, mientras el menor no haya alcanzado la plenitud de la autonomía de su voluntad, sigue vigente la obligación del Estado, particularmente, de la autoridad jurisdiccional, de otorgar una protección reforzada a sus derechos, que le obliga a decidir la situación jurídica del menor conforme a lo que objetivamente resulte más benéfico para él, en función de su interés superior, aun cuando ello no coincida en todos los casos con la opinión expresada por éste.

68. Incluso, esta Sala ha precisado que en la valoración de las opiniones del menor de edad en un procedimiento jurisdiccional, el juzgador debe tener especial cuidado en advertir *si éstas pudieren estar manipuladas o alienadas* por intervención indebida de las personas bajo cuyo cuidado se encuentra, a efecto de que juzgue dicha opinión atendiendo a ello, además tomando en cuenta el cúmulo de material probatorio aportado al juicio, a fin de que realice una verdadera protección de los derechos del menor conforme a su interés superior.²⁰

la Federación; Libro 16, Marzo de 2015, Tomo II; Materia(s): Constitucional; Tesis: 1a. CVI/2015 (10a.); Página: 1100.

²⁰ INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. LA OPINIÓN DE UN MENOR EXPRESADA EN UN PROCESO JURISDICCIONAL DEBE SER CUIDADOSAMENTE VALORADA A FIN DE EVITAR QUE SEA MANIPULADA. De la interpretación de los artículos 4o., párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se desprende la obligación del Estado de velar por el principio del interés superior del menor, garantizando de manera plena el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que puedan afectarle, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. En ese sentido, el juzgador deberá ser especialmente cuidadoso al valorar tanto la opinión del menor como el resto del material probatorio en los asuntos que dirimen aspectos que afectan los derechos de menores, ya que en ocasiones éstos expresan una opinión que puede estar manipulada o alienada y podrían vulnerarse con suma facilidad los derechos del menor que precisamente se pretenden proteger, por lo que debe analizarse en conjunto tanto lo expresado por el menor, así como las demás circunstancias que se presenten en el caso". Datos de localización: Época: Décima Época; Registro: 2008641; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 16, Marzo de 2015, Tomo II; Materia(s): Constitucional; Tesis: 1a. CVII/2015 (10a.); Página: 1100.

69. Ahora bien, **tratándose de la escucha de la opinión de un menor de edad en un procedimiento de restitución internacional**, y en concreto, **tratándose de la manifestación de su oposición a ser restituido al lugar de su residencia habitual**, el anterior marco normativo y jurisprudencial sobre el derecho de los menores de edad a opinar en los asuntos que les conciernen y a que su opinión se tome en cuenta, *cobra plena observancia*, pues inclusive, como se ha señalado, el artículo 13, penúltimo párrafo del Convenio de La Haya autoriza al juez a negar la restitución si comprueba que el menor se opone a ella, “*cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones*”.

70. Es decir, esa norma especial que regula ese supuesto de excepción, igual que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, parte de la premisa *del reconocimiento* del derecho del menor de edad a expresar su opinión en relación con su propia restitución, pero también, necesariamente, *condiciona* la valoración de esa opinión, a que se pondere atendiendo a los factores de edad y grado de madurez del menor, pues sólo de ese modo será posible que la decisión sobre la actualización o no de la excepción a la restitución, realmente opere en el mayor beneficio del menor, conforme a su interés superior.

71. Debe decirse que con lo anterior, la Convención no deja de lado sus objetivos y el postulado toral de su constitución, que como se ha visto, es pugnar por *la restitución inmediata* de los menores sustraídos en condiciones de traslado o retención ilícitos, bajo la presunción de que su interés superior está en el pronto restablecimiento de su *statu quo* en

el lugar de su residencia habitual, y que allí, en todo caso, radique la jurisdicción para resolver cualquier conflicto sobre su guarda y custodia definitiva.

72. Sólo que, aun bajo esas exigencias, los Estados parte convinieron en que, *por excepción*, los fines del tratado tendrían que ceder y admitir que no podría ordenarse la restitución, si quedare plenamente demostrado **que el menor no quiere regresar a su residencia habitual**, y que esta decisión emana genuinamente de la autonomía progresiva de su voluntad, además, que de acuerdo a las circunstancias que rodeen el caso, se estime adecuado tomarla en cuenta por no advertirse un perjuicio para el menor con su decisión. En ese sentido nos ilustra el informe explicativo del tratado al referir:

*“(...) 30. Además, el Convenio admite asimismo que la opinión del menor respecto a la cuestión esencial de su retorno o no retorno pueda ser decisiva si, en opinión de las autoridades competentes, ha alcanzado una edad y una madurez suficientes. **Por esta vía, el Convenio brinda a los menores la posibilidad de convertirse en intérpretes de su propio interés.** Es obvio que esta disposición puede llegar a ser peligrosa si su aplicación se traduce en interrogatorios directos a jóvenes que pueden, ciertamente, tener conciencia clara de la situación pero que pueden asimismo sufrir daños psíquicos graves si piensan que se les ha obligado a elegir entre sus dos progenitores. No obstante, una disposición de esa naturaleza era indispensable dado que el ámbito de aplicación del Convenio *ratione personae* se extiende a los menores hasta el decimosexto cumpleaños; y es que, hay que reconocer que sería difícilmente aceptable el retorno de un joven, por ejemplo de quince años, contra su voluntad. Por lo demás, en este punto concreto, los esfuerzos hechos para ponerse de acuerdo respecto a una edad mínima a partir de la cual la opinión del niño podría ser tomada en consideración han fracasado, ya que todas las cifras tenían un cierto carácter artificial, por no decir arbitrario; en consecuencia, se ha entendido que era preferible dejar la aplicación de esta cláusula al mejor juicio de las autoridades competentes.*”

73. Así pues, en el contexto normativo de la Convención, esta excepción a la restitución inmediata basada en la oposición del menor, *no deja de tener las características de ser un supuesto extraordinario, de interpretación y aplicación estricta, y que debe quedar plenamente demostrado*, lo cual exigiría que se cumpla lo antes referido, esto es, **(i)** que el menor se niegue a ser restituido; **(ii)** que una ponderación de su edad y nivel de madurez permite advertir que su oposición es una genuina manifestación de su voluntad conforme a su autonomía progresiva; y **(iii)** que las demás circunstancias del caso permitan sostener que esa decisión no se vislumbra perjudicial para el menor y claramente contraria a su interés superior; pues si se satisfacen tales condiciones, quedaría plenamente desvirtuada la presunción esencial de la Convención de que el interés superior del menor sustraído está en su restitución inmediata a su residencia habitual antes de la sustracción.

74. **Con base en lo expuesto hasta aquí**, se está en condiciones de responder a la cuestión planteada por el recurrente, en relación con la interpretación que debe darse al artículo 13, penúltimo párrafo del Convenio, en dos aspectos: 1) en cuanto hace a la “oposición” del menor, a efecto de establecer si el supuesto de excepción relativo exige para su actualización *que el menor de edad se manifieste expresa y claramente “en contra” de su restitución, que en forma manifiesta rechace la idea de ser restituido*; o bien, si es factible que la oposición se pueda tener por existente, *a partir de manifestaciones del menor en el sentido de querer permanecer en el lugar de refugio viviendo con la persona del sustractor*; y 2) si una interpretación adecuada de la norma en cuestión, permite sostener que un menor de cinco años, por su corta

edad, no puede tener plena conciencia de su situación y de lo que implica su decisión sobre la restitución, por ende, *que no es viable que pueda operar una “oposición” de un niño de esa edad, que sea eficaz en los términos de ese precepto.*

75. **La forma de expresión de la oposición del menor.**

76. En primer término se atiende al aspecto señalado en el punto 1), en torno al cual, a juicio de esta Sala, es válido estimar actualizada **la oposición** del menor tanto si éste se manifiesta expresamente en el sentido de ***negarse, rechazar o estar en contra*** de su restitución, como cuando lo hace en el sentido de expresar ***sus deseos, preferencias o interés de querer permanecer*** en el lugar en que reside en el Estado de refugio; pues cualquiera que sea el tenor en que expresa su opinión, lo relevante es que sus manifestaciones resulten aptas para estimar fehacientemente acreditado, que el menor no quiere regresar con el solicitante de la restitución, al lugar considerado su residencia habitual, y que quiere quedarse en el lugar de refugio.

77. En efecto, el menor sustraído puede expresar su opinión manifestándose abiertamente **en contra** de su restitución, con señalamientos expresos *en sentido negativo*, y generalmente, ello lo hará refiriendo las razones por las que no quiere regresar al lugar de su residencia habitual o por las que no quiere vivir con el solicitante; y en tal caso, sería patente que se opone a ser restituido.

78. Sin embargo, también puede ser que la opinión del menor sea en el sentido de manifestar **que quiere permanecer** donde se encuentra viviendo con el sustractor, y que exprese las razones por las que

prefiere desarrollar su vida en dicho lugar; y en este supuesto, aun cuando el menor no señale *una negativa expresa* a ser restituido y no manifieste razones para justificar *por qué no quiere regresar* a su residencia habitual, lo cierto es que, si expone en forma clara su deseo de quedarse donde está y refiere el porqué, ello implicará necesariamente que no quiere regresar.

79. Debe tenerse en cuenta que la *oposición a la restitución* entraña **una elección** por parte del menor de edad, pues con motivo de la sustracción queda colocado en una posición en la que **sólo tiene dos opciones** para efectos del procedimiento: ser restituido o quedarse en el lugar de refugio; de manera que si al expresar su opinión en el procedimiento jurisdiccional se manifiesta en uno u otro sentido, es decir, *declarando su negativa a regresar o revelando su deseo de quedarse donde está*, en ambos casos es válido entender que existe oposición a la restitución.

80. Ahora bien, no puede desconocerse que la realidad puede ofrecer múltiples contenidos y matices en las declaraciones u opiniones de los menores en el procedimiento de restitución, precisamente dependiendo de su edad y grado de madurez, que les permite cada vez una mayor comprensión de su contexto, de modo que no siempre se está ante el supuesto dividido que aquí se plantea, *relativo a que el menor diga querer quedarse, pero no manifieste una negativa expresa a su restitución*; habrá casos en que el menor claramente exprese no querer regresar a su residencia habitual con el solicitante y al mismo tiempo señalar su deseo de querer quedarse con el sustractor y dé razones de lo uno y de lo otro; o habrá casos en que, el menor manifieste

contradictoriamente querer regresar y querer quedarse, o no ser claro en si tiene o no una elección y, por tanto, hacer manifestaciones en ambos sentidos, refiriendo razones positivas y negativas sobre su estadía en la residencia habitual o en el lugar de refugio; incluso, podrá ser que el menor sólo exprese una negativa o bien, el deseo de querer quedarse, sin exponer razones que justifiquen su manifestación.

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

82. De ahí la importancia de que los jueces, cuando escuchen a los menores, tengan la sensibilidad y la diligencia necesaria para dirigir la conversación con ellos de manera en que, *sin invadir esa libre elección o influir de algún modo en sus opiniones*, y evidentemente atendiendo a la edad y nivel de desarrollo del menor previamente diagnosticado en una valoración psicológica, sí aborden de manera suficiente y puntual, con objetividad, los aspectos importantes del asunto que puedan realmente permitirles conocer el pensar y el sentir de aquéllos respecto de su situación, y particularmente, en cuanto a si tienen una decisión o una preferencia definida sobre el lugar donde quieren estar y las razones de ello.

83. Lo anterior es exigible, porque si bien es cierto que la oposición del menor como excepción a la restitución inmediata, tiene carácter extraordinario, es de interpretación y aplicación estricta y debe quedar plenamente acreditada; y en cuanto a esto último, como lo ha sostenido esta Sala, **la carga de la prueba asiste al sustractor**²¹; también es cierto que, *el sustractor cumple con esa carga probatoria al solicitar al juez que sea escuchada la opinión del menor al respecto*, pero es el juzgador, como director del procedimiento y de la diligencia en la que interviene el menor a efecto de exponer su opinión, quien debe procurar que esa diligencia **sea eficaz**, primero, ordenando la previa valoración psicológica del menor de edad, que le permita decidir si se dan las condiciones necesarias para que el menor tenga intervención en la diligencia por no ser ello contrario a su interés superior, cualquiera que sea la conclusión que se obtenga de ella, y segundo, porque es el juez quien tiene a su cargo dirigir la plática con el menor de edad y encaminarla al logro de su objetivo, que siempre debe ser indagar y obtener del niño su libre opinión sobre los aspectos relevantes de su situación con motivo de la sustracción y eventual restitución.

84. Incluso, esta Sala ha advertido que la carga probatoria que asiste al sustractor para acreditar fehacientemente las excepciones a la restitución, obedece a que existe la presunción de que el interés superior del menor será protegido mediante la restitución inmediata a su lugar de origen. Sin embargo, ello no debe ser leído por los jueces

²¹ Jurisprudencia 1a./J. 6/2018 (10a.) de rubro: “**SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. LAS EXCEPCIONES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 13 DEL CONVENIO DE LA HAYA NO SE ENCUESTRAN SUJETAS A ALGUNA CONDICIÓN TEMPORAL, PERO CORRESPONDE AL PADRE SUSTRACTOR PROBAR PLENAMENTE SU ACTUALIZACIÓN**”, cuyo texto quedó citado en esta resolución a pie de página 23.

*como una renuncia a sus facultades probatorias y a la posibilidad de dictar medidas para mejor proveer en aras de descubrir la verdad y proteger el interés superior del menor, pero sí debe existir claridad respecto de a quién corresponde demostrar las excepciones a la regla general de restitución inmediata*²².

85. En similar sentido se pronunció esta Sala en la resolución del amparo directo en revisión 4102/2015²³, también en materia de restitución internacional de menores, donde se sostuvo que la falta de desahogo de una prueba pericial psicológica al menor de edad involucrado, en forma previa a la diligencia en que fue escuchado, sí debió ser ordenada por el juez, a efecto de contar con elementos para valorar adecuadamente la opinión del niño y, en su caso, conocer si pudo existir manipulación; esto, porque el hecho de que la carga probatoria de las excepciones recaiga en el sustractor, no debe verse como un impedimento del juzgador para que, en suplencia de queja en favor del interés superior del menor, esté facultado para ordenar la práctica, repetición o ampliación de cualquier diligencia probatoria que estime conducente e indispensable para dictar su resolución conforme al mayor beneficio del menor.

86. Cuanto más que, se reitera, tratándose de esta excepción a la restitución –la oposición del menor– resulta evidente que por su naturaleza, que atañe a la manifestación de voluntad que realice el

²² Véase el párrafo 81 de la resolución del Amparo Directo 29/2016, en materia de restitución internacional de menores, resuelto por esta Sala el quince de febrero de dos mil diecisiete, por unanimidad de cuatro votos, bajo la ponencia del señor Ministro José Ramón Cossío Díaz.

²³ Resuelto por la Sala el diez de febrero de dos mil dieciséis, por unanimidad de cinco votos, bajo la ponencia del señor Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

menor ante el juez, la parte sustractora, interesada en su acreditación, cumple su carga probatoria *con solicitar* que se escuche la opinión del menor de edad, pero es en el juez en quien recae el deber de dirigir el desahogo de la prueba en forma eficaz, a fin de lograr que el menor exponga su opinión en la forma más competente posible; es por ello que el artículo 13 de la Convención, en su penúltimo párrafo, señala expresamente que **la comprobación** de que el menor se opone a su restitución, **corresponde hacerla a la autoridad** (judicial o administrativa) que ha de decidir sobre la suerte de la solicitud de restitución; y por ello, el juez no tiene más limitaciones en el desahogo de esa prueba para indagar de la manera más exhaustiva posible el punto de vista y voluntad del menor, que las que estrictamente deriven en su protección y en su interés superior.

87. Por tanto, retomando el punto de discusión en este recurso, se llega al convencimiento de que **no asiste razón al recurrente** en cuanto postula que *la interpretación correcta del artículo 13, penúltimo párrafo, de la Convención*, debe ser en el sentido de que es exigible que el menor se manifieste expresamente en contra de su restitución; puesto que, como es explico, respecto de las manifestaciones del menor de edad, ya sea que se expresen en un sentido negativo respecto de su retorno a su lugar de residencia habitual o en un sentido positivo respecto de su permanencia en el lugar de refugio, lo que el juzgador debe advertir es que se trate de manifestaciones claramente suficientes y aptas para establecer **cuál es la elección del menor**, para decidir si hay o no una “oposición”.

88. En este punto es relevante insistir en la importancia de que el juzgador advierta si la opinión del menor efectivamente corresponde a su propio juicio o criterio, es decir, comprobar que **está libre de manipulación o alienación**, y en su caso, ponderando las influencias naturales que surgen de la convivencia entre el menor y sus progenitores; esto, para efectos de su valoración²⁴.

89. Asimismo, cabe precisar que esta Sala, al resolver el amparo directo en revisión 4102/2015, consideró que tratándose de la excepción a la restitución internacional de menores *relativa a la oposición del menor*, los jueces deben tener especial cuidado en valorar las manifestaciones del menor conforme a las circunstancias del caso, *pues cuando el niño es separado de uno de sus progenitores mediante una sustracción y pierde todo contacto con uno de ellos por un tiempo prolongado, es natural que presente más apego por el progenitor con quien convive y por ello manifieste querer permanecer a su lado, pues es evidente que debido a la distancia y a la falta de contacto, el*

²⁴ En la Observación General No. 12 del Comité de los Derechos del Niño, se señala:

iii) "El derecho de expresar su opinión libremente"

22. El niño tiene el "derecho de expresar su opinión libremente". "Libremente" significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. "Libremente" significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas. "Libremente" es además una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva "propia" del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás.

23. Los Estados partes deben garantizar unas condiciones para expresar opiniones en que se tenga en cuenta la situación individual y social del niño y un entorno en que el niño se sienta respetado y seguro cuando exprese libremente sus opiniones.

24. El Comité hace hincapié en que el niño no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, en particular cuando se investiguen acontecimientos dañinos. El proceso de "escuchar" a un niño es difícil y puede causar efectos traumáticos en el niño.

25. La realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. El niño también debe estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones. El derecho a la información es fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño."

progenitor solicitante de la restitución tendrá una clara desventaja en la preferencia del menor respecto del sustractor, por ello, en tal caso, se impone al juez, no sólo ponderar si la opinión del menor conforme a su edad y grado de madurez, está sustentada en la comprensión de la problemática existente para efectos de emitir su opinión conforme a un juicio propio, sino además, verificar que la opinión del menor no se encuentre manipulada por el sustractor, para lo cual, es idónea la práctica de una prueba pericial psicológica.

90. En el entendido que, el hecho de que la oposición a la restitución implique una elección por parte del menor, *no significa que la decisión sobre la procedencia o no de la restitución recaiga en el menor de edad*, pues en ese sentido, como quedó asentado con antelación, la oposición del menor todavía tendrá que ser debidamente valorada de acuerdo con su edad y grado de madurez y descartando su manipulación; pero además, el juez tendrá que ponderar las circunstancias del caso, para determinar si atender a la oposición, resulta acorde con el interés superior del menor, por no advertirse algún perjuicio para él con su permanencia en el lugar de refugio.

91. En cuanto a esto último, vale mencionar que esta Sala, en la resolución del amparo directo en revisión 6293/2016²⁵ y en la del Amparo Directo 9/2016²⁶, sugirió un esquema de análisis de dicha excepción a la restitución, en los términos siguientes:

²⁵ Fallado en sesión de veinticuatro de mayo de dos mil diecisiete, por mayoría de tres votos, bajo la ponencia del señor Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

²⁶ Fallado en sesión de seis de septiembre de dos mil diecisiete, por mayoría de tres votos, bajo la ponencia del señor Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

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

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

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

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

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

92. En conclusión, para establecer si existe o no una “oposición” del menor de edad a ser restituido, cuando tal excepción se opone en el procedimiento, *no es dable exigir el empleo de un lenguaje que contenga determinadas expresiones, en un sentido negativo respecto de su restitución*, por más que pueda pensarse que esa clase de expresiones no dejarían duda sobre su negativa, pues lo que se debe ponderar es si las manifestaciones del menor, en forma clara y suficiente, permiten concluir *que no quiere ser devuelto a su residencia habitual*. Esto, se insiste, al margen de la valoración que esa oposición deba tener en cada caso, conforme a las directrices apuntadas.

93. **La edad del menor para la eficacia de su oposición.**

94. Enseguida se da respuesta al segundo aspecto de la litis materia de este recurso de revisión, consistente en determinar *si un menor de cinco años de edad, puede o no, manifestar una oposición que sea eficaz* en términos del artículo 13, penúltimo párrafo, de la Convención, para ser tomada en cuenta en la decisión sobre su restitución; toda vez que, en opinión del recurrente, un niño de esa edad no puede tener conciencia de su situación y de lo que implica su decisión sobre la restitución, por tanto, no podría ubicarse en el supuesto de dicha norma.

95. La conclusión de esta Primera Sala al respecto, es en el sentido de que **no es dable negar a un menor de cinco años de edad**, sólo con base en ese factor –su edad-, la posibilidad de manifestar una oposición eficaz en cuanto a su restitución.

96. Como se explicó en el marco normativo expuesto en párrafos precedentes, tanto el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, como el artículo 13, penúltimo párrafo del Convenio de La Haya, reconocen el derecho del niño a expresar su opinión en el asunto que le concierne; y ambas normas convencionales, obligan a tomar en cuenta su opinión, atendiendo a que ello sea apropiado **conforme a su edad y madurez**. Y hemos dicho que esto último se sustenta en la premisa básica de que el niño es sujeto de derechos, pero dada su condición especial, debe entenderse que la autonomía de su voluntad se desarrolla en forma progresiva en la medida en que va superando

las etapas propias de su crecimiento físico y psíquico, hasta alcanzar la mayoría de edad.

97. Por tanto, respecto de sus opiniones, y particularmente cuando éstas son expresadas en un proceso jurisdiccional donde se dirimen cuestiones que afectan directamente sus derechos; la valoración sobre la eficacia de su opinión en el asunto, dependerá de que, sobre aquello respecto de lo cual se manifiesta, **el niño tenga la capacidad de formarse un juicio o criterio propio**, *dentro de su condición especial*, de manera que su opinión, en la medida de lo posible, se advierta libre (no manipulada) y emanada de su autonomía progresiva.

98. Ahora bien, es cierto que en esa capacidad del menor de edad de formarse su propio juicio sobre las cosas o situaciones humanas que le rodean, *depende* de su edad y de su grado de madurez; y aquí, pareciera que volvemos al mismo punto de partida; sin embargo, debe reiterarse lo ya sostenido por esta Sala en su jurisprudencia en el sentido de que, para admitir la participación de un menor de edad en un proceso jurisdiccional a efecto de que manifieste su opinión en el asunto que le incumbe, y que esa opinión pueda ser tomada en cuenta, **no es válido atender sólo a su edad cronológica, pues este factor es inescindible de su grado de madurez y/o desarrollo evolutivo**; *por lo que no es dable establecer reglas fijas imponiendo una edad determinada para el ejercicio de ese derecho*.

99. Se ha dicho que conforme con el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren Niñas, Niños y Adolescentes, editado por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación,

que ha de decirse, su elaboración contó con la participación de expertos en las disciplinas involucradas, entre ellas, la psicología; las etapas de desarrollo propias de la infancia y la adolescencia, se caracterizan por la adquisición de habilidades cognitivas, características emocionales y conceptos morales; y tal desarrollo evolutivo, que determina la madurez mental y emocional, *no es igual en todos los niños*, de manera que no hay una necesaria correlación entre la edad y la madurez del niño, *de ahí que la edad, per se, no puede ser un criterio válido para negar la posibilidad de que un niño pueda expresar su opinión sobre un tema determinado, inherente a su propia persona.*

100. Aquí conviene recordar también lo dicho por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General No. 12 ya referida, en el sentido de que, la opinión de todo niño se debe evaluar partiendo de la premisa básica de que *el niño tiene capacidad para expresar opiniones, y no es dable imponer un límite de edad para restringir ese derecho, pues el niño no tiene que probar primero que tiene esa capacidad;* incluso, deben tener cabida cualquier forma de expresión no verbal mediante la cual un niño pequeño pueda dar a conocer su capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.

101. Asimismo, es importante mencionar que, conforme a la Observación General No. 7 del Comité de los Derechos del Niño, los menores de hasta **ocho años de edad**, se consideran ubicados *en la primera infancia*, la cual, se dijo, se caracteriza por las notas siguientes:

6. Características de la primera infancia. La primera infancia es un período esencial para la realización de los derechos del niño, como se explica a continuación:

- a) Los niños pequeños atraviesan el período de más rápido crecimiento y cambio de todo su ciclo vital, en términos de maduración del cuerpo y sistema nervioso, de movilidad creciente, de capacidad de comunicación y aptitudes intelectuales, y de rápidos cambios de intereses y aptitudes.
- b) Los niños pequeños crean vínculos emocionales fuertes con sus padres u otros cuidadores, de los que necesitan recibir cuidado, atención, orientación y protección, que se ofrezcan de maneras que sean respetuosas con su individualidad y con sus capacidades cada vez mayores.
- c) Los niños pequeños establecen importantes relaciones con niños de su misma edad, así como con niños más jóvenes y mayores. Mediante estas relaciones aprenden a negociar y coordinar actividades comunes, a resolver conflictos, a respetar acuerdos y a responsabilizarse de otros niños.
- d) Los niños pequeños captan activamente las dimensiones físicas, sociales y culturales del mundo en que viven, aprendiendo progresivamente de sus actividades y de sus interacciones con otras personas, ya sean niños o adultos.
- e) Los primeros años de los niños pequeños son la base de su salud física y mental, de su seguridad emocional, de su identidad cultural y personal y del desarrollo de sus aptitudes.
- f) Las experiencias de crecimiento y desarrollo de los niños pequeños varían de acuerdo con su naturaleza individual, sexo, condiciones de vida, organización familiar, estructuras de atención y sistemas educativos.
- g) Las experiencias de crecimiento y desarrollo de los niños pequeños están poderosamente influidas por creencias culturales acerca de cuáles son sus necesidades y trato idóneo y acerca de la función activa que desempeñan en la familia y la comunidad.

102. Y en torno a los derechos de los menores a opinar en los asuntos que les conciernen durante su primera infancia, dicha Observación General señala:

14. Respeto a las opiniones y sentimientos de los niños pequeños.
El artículo 12 establece que el niño tiene derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten y a que ésta se tenga debidamente en cuenta.

Este derecho refuerza la condición del niño pequeño como participante activo en la promoción, protección y supervisión de sus derechos.

Con frecuencia se hace caso omiso de la capacidad de acción del niño pequeño, como participante en la familia, comunidad y sociedad, o se rechaza por inapropiada en razón de su edad e inmadurez. En muchos países y regiones, las creencias tradicionales han hecho

hincapié en la necesidad que los niños pequeños tienen de capacitación y socialización.

Los niños han sido considerados poco desarrollados, carentes incluso de la capacidad básica para la comprensión, la comunicación y la adopción de decisiones. Han carecido de poder dentro de sus familias, y a menudo han sido mudos e invisibles en la sociedad. **El Comité desea reafirmar que el artículo 12 se aplica tanto a los niños pequeños como a los de más edad.**

Como portadores de derechos, incluso los niños más pequeños tienen derecho a expresar sus opiniones, que deberían “tenerse debidamente en cuenta en función de la edad y madurez del niño” (art. 12.1). **Los niños pequeños son extremadamente sensibles a su entorno y adquieren con rapidez comprensión de las personas, lugares y rutinas que forman parte de sus vidas, además de conciencia de su propia y única identidad.**

Pueden hacer elecciones y comunicar sus sentimientos, ideas y deseos de múltiples formas, mucho antes de que puedan comunicarse mediante las convenciones del lenguaje hablado o escrito. A este respecto:

a) El Comité alienta a los Estados Partes a adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar que el concepto de niño como portador de derechos, con libertad para expresar opiniones y derecho a que se le consulten cuestiones que le afectan, se haga realidad desde las primeras etapas de una forma ajustada a la capacidad del niño, a su interés superior y a su derecho a ser protegido de experiencias nocivas.

b) El derecho a expresar opiniones y sentimientos debe estar firmemente asentado en la vida diaria del niño en el hogar (en particular, si procede, en la familia ampliada) y en su comunidad; en toda la gama de servicios de atención de la salud, cuidado y educación en la primera infancia, así como en los procedimientos judiciales; y en el desarrollo de políticas y servicios, en particular mediante la investigación y consultas.

c) Los Estados Partes deberán adoptar todas las medidas adecuadas para promover la participación activa de padres, profesionales y autoridades responsables en la creación de oportunidades para los niños pequeños a fin de que ejerciten de forma creciente sus derechos en sus actividades diarias en todos los entornos pertinentes, entre otras cosas mediante la enseñanza de los conocimientos necesarios. Para lograr el derecho a la participación es preciso que los adultos adopten una actitud centrada en el niño, escuchen a los niños pequeños y respeten su dignidad y sus puntos de vista individuales.

También es necesario que los adultos hagan gala de paciencia y creatividad adaptando sus expectativas a los intereses del niño pequeño, a sus niveles de comprensión y a sus formas de comunicación preferidas”.

103. Ahora bien, es cierto que tratándose de una excepción a la restitución internacional de menores, podría pensarse que por la gravedad del asunto de que se trata y sus implicaciones, y partiendo de la base de la existencia de un contexto de sustracción ilícita respecto del cual la comunidad internacional quiso sumar esfuerzos y coordinarse para luchar contra esa clase de conductas y entender que el interés superior del menor está en su restitución inmediata, en tal caso, la oposición del menor a la restitución exigiría también que su opinión fuere más que la manifestación de un querer simple sobre el lugar de su residencia, que pudiere estar determinado sólo por su condición emocional del momento, es decir, exigir que la oposición del niño tuviera cierta gravedad y consistencia, por emanar de una reflexión más profunda del menor tanto sobre sus condiciones de vida pasada en el lugar de su residencia habitual y sus circunstancias actuales en el país de refugio, como en las posibles implicaciones favorecedoras o desfavorecedoras de su restitución a su lugar de origen.

104. Y en ese sentido, es dable admitir que, ***entre mayor edad tiene el menor***, es posible que su desarrollo psíquico y emocional le permita realizar una elección cada vez más razonada y más sustentada en cuanto al lugar en que quiere seguir desarrollando su vida, por ende, en cuanto a su oposición o no, a ser restituido.

105. Sin embargo, debe reiterarse **la imposibilidad de establecer, como una regla fija, que un menor de cierta edad, ubicado en la primera infancia (en el caso, cinco años), no pueda tener la capacidad de emitir una opinión sobre su restitución.**

106. Esto, porque como se indicó, el desarrollo cognitivo no se corresponde necesariamente con la edad; y, por otra parte, la consistencia o gravedad de la opinión de un niño pequeño debe juzgarse teniendo en cuenta tanto su madurez psíquica y emocional, como sus específicas circunstancias, y en tal sentido, *no puede afirmarse como una regla general, que un niño de cinco años no tenga la capacidad de tener una comprensión básica de la situación en que se encuentra*, pues de inicio, la experiencia indica que un niño de esa edad, sabe y comprende, por lo menos, que ya no está en su lugar de residencia habitual, que viajó a otro país, que está viviendo en otro lugar, que no tiene contacto con uno de sus progenitores (o con la persona que lo cuidaba), o si lo hay, percibe que la convivencia ya no se da de la misma forma y/o con la misma frecuencia, sabe que está conociendo personas nuevas, que ha dejado de ver a las que antes conocía, que ya no va a la misma escuela, que donde está se habla un idioma diferente, etcétera; y muy probablemente el menor ha formulado preguntas sobre las causas de esos cambios y ha recibido respuestas, cualesquiera que éstas sean, por lo que con base en ello es capaz de expresarse sobre las emociones que le producen todos esos cambios, si le gustan o no y porqué, si extraña su vida anterior, los sentimientos que tiene por cada uno de su progenitores, si quiere regresar a vivir a su anterior residencia o si quiere quedarse en su nueva vida, etcétera; de modo que no puede negarse que un niño de cinco años puede tener *la comprensión necesaria* de que está viviendo una situación de vida nueva y si ésta le satisface o no, así como las emociones y sentimientos que vive al respecto.

107. Pero además, es necesario advertir que el niño **tiene derecho a ser informado** de su situación; y en el contexto de un procedimiento de restitución, es deber del juzgador proporcionar al niño esa información en lo que al proceso concierne, explicándole, acorde a su edad y grado de comprensión, de la forma más completa y objetiva posible, cuál es su situación y por lo menos las implicaciones más básicas de la decisión que se impone tomar en el procedimiento y que podrán impactar en su vida, en un lenguaje sencillo y apropiado para él; esto, como se ha señalado, a través de la una correcta y eficaz dirección de la diligencia en que el niño se presenta para ser escuchado, previa valoración psicológica de éste, de modo que el menor realmente exprese su sentir y sus pensamientos al respecto.

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

109. Por ende, **tampoco asiste razón al recurrente** en cuanto a que, *la correcta interpretación del artículo 13, penúltimo párrafo, de la Convención, deba ser en el sentido de excluir la opinión de un menor de cinco años*, por considerar que a esa edad no puede tener la

capacidad de comprender su situación y las implicaciones de su elección sobre la restitución, por tanto, que no pueda existir válidamente una oposición a ser restituido.

110. **En el caso**, debe recordarse que en la sentencia de apelación, el tribunal de alzada responsable desestimó los agravios del solicitante respecto a la legalidad de la diligencia procesal en que se escuchó al menor, así como los relativos a la valoración de la opinión del menor; y en la demanda de amparo, el solicitante ya no formuló concepto de violación para controvertir esa parte de la sentencia, razón por la cual el órgano de amparo, en principio, consideró que lo resuelto por el tribunal de apelación debía seguir rigiendo el sentido del fallo. No obstante, *adicionalmente, indicó que dada la trascendencia de las manifestaciones del niño, se evidenciaba que al momento de la diligencia contaba con edad y madurez suficientes para expresar su opinión respecto a su sentir y su entorno, de la cual se obtenía claramente su deseo de permanecer en esa ciudad (*****) junto a su madre.*

111. En ese sentido, no habiendo prosperado los argumentos del recurrente en materia de constitucionalidad, en cuanto propuso que un menor de cinco años, por razón de su edad, no es apto para formular una oposición en cuanto a su restitución, y que tal oposición exigiría que se realizara una manifestación expresa en contra o en claro rechazo a su restitución, y no expresiones en el sentido de querer permanecer en su lugar de refugio; debe estimarse entonces que la valoración que hizo el tribunal colegiado confirmando la actualización de la excepción,

conciernen a un aspecto de legalidad, que ya no correspondería reexaminar en este recurso de revisión.

112. Cuanto más que, ni en suplencia de queja, se advierte que hubiere habido alguna vulneración al interés superior del menor que esta Sala tuviere que reparar; pues en el caso, en forma previa a que el menor fuera escuchado en el procedimiento, **se le realizó una valoración psicológica** en la que, además de la entrevista clínica con el experto, se le aplicaron varias pruebas proyectivas; examen que arrojó que *el niño es apto para ser escuchado en el procedimiento* y que, incluso manifestó ante el especialista que sí quería hablar con el juez; al respecto, el psicólogo concluyó:

“(...) De acuerdo a la entrevista y las pruebas aplicadas a (...) se puede señalar lo siguiente:

- Que actualmente el nivel de maduración cognitiva inferida de la entrevista, de su capacidad expresiva y la calidad de su argumento, así como de las pruebas gráficas indican que es posible obtener información relevante a través de su discurso y que este se muestra bien orientado en su medio, que capaz (sic) de diferenciar de entre la fantasía y la realidad como para informar sobre sus condiciones de vida, opiniones, etc., y de contextualizar a quien le escucha, por tanto se le considera apto para participar en el proceso en el que es solicitado y para dar a conocer su opinión.*
- De igual modo se le ha informado sobre dicha solicitud de que participe y dé a conocer su opinión frente a un juez y este además de mostrarse dispuesto, expresa su deseo de hacerlo, indicando sólo la condición de que esto se realice al día siguiente del momento en que se lleva a cabo este estudio.*
- Que no se encuentra en este momento indicadores de perturbación emocional u otros conflictos significativos”.*

113. En la diligencia en que se escuchó al menor, según se asienta en el acta respectiva, estuvieron presentes ambos padres; y ninguno de

ellos advirtió alguna situación irregular que pudiere incidir en la opinión del menor, ni el solicitante se dolió de que allí se hubiere asentado algo que no hubiere dicho el niño.

114. Sobre la conversación con el niño, se asentó lo siguiente:

*“...dice estar bien, que cuanta (sic) con cinco años de edad; que cumple años el doce de abril; que no sabe por qué está aquí en este juzgado; **a quien el Juez le explica el porqué está aquí;** quien manifiesta que primero vivía en un lugar que se llamaba ***** y luego se fueron a ***** (sic) y después se vinieron a *****; que su papá le dijo que se viniera a *****; que en ***** vivía con sus papás; que tiene familia pero viven en otros países y sus papás nacieron aquí en *****; que su papá no le ha dicho que se regrese a *****; que su papá le dijo a él y a su mamá que se vinieran a *****; que ellos le pidieron permiso; que cuando se fueron al Aeropuerto se separaron que él se fue a ***** y ellos a *****; **que a él le gustaría estar aquí porque aquí tiene más amigos; aquí tiene Tía; más familia y allá no; que él quiere vivir con su mamá en *****;** que su mamá se porta bien con él, que lo regaña poquito cuando hace travesuras, quien dice que hace pocas; que su mamá no lo trajo a la fuerza a *****; que su mamá no lo engañó para traerlo a *****; que él sabía que no iba a regresar a ***** , pero su papá no; que su papá se porta bien con él; que su papá hacia llorar a su mamá, que no sabe por qué; que con su papá ha hablado por teléfono como unas diez veces, que su papá no le preguntaba cuando se iba a regresar; que cuando llegó a ***** seguía hablando con él, que desde su llegada a ***** sí ha visto a su papá...”*

115. Como se observa, si bien es cierto que en la diligencia no se redactó de manera textual -como debió hacerse- cuáles fueron las palabras exactas del menor a efecto de poder conocerlas en su forma directa, y tampoco se videograbó a fin de poder apreciar el mensaje

comunicativo integral del niño en todas sus expresiones, tanto de su lenguaje verbal como corporal; sino que, se observa que fue una entrevista muy probablemente dirigida a base de preguntas específicas que formuló el juzgador, a las cuáles el niño respondió manifestando su sentir y las razones de ello, y sus respuestas fueron redactadas por el correspondiente servidor público del órgano jurisdiccional refiriendo su contenido; lo cierto es que, de ellas sí puede advertirse una clara manifestación del menor, *en el sentido de querer permanecer en ***** con su mamá*, lo cual justificó diciendo que allí tiene más amigos y más familia, que en ***** no tiene; de manera que, era viable estimar, como lo hicieron las autoridades de instancia y el órgano de amparo, que ello significaba una oposición del menor a ser devuelto a su lugar de residencia habitual.

116. Por cuanto a la edad y madurez del niño, ha de advertirse que el juzgador actuó sobre la base de la opinión del psicólogo que valoró al menor en forma previa a la entrevista, que fue en el sentido de que el niño tiene un nivel de maduración cognitiva adecuado, que tiene capacidad de expresarse y calidad de argumento, que está bien orientado en su medio y que puede diferenciar la fantasía de la realidad, siendo capaz de contextualizar a quien lo escucha, por lo que era posible obtener de él información relevante sobre sus condiciones de vida y sus opiniones, además de que es un niño psicológica y emocionalmente sano, sin conflictos significativos.

117. Asimismo, es de advertirse que de lo manifestado por el menor en la valoración psicológica al experto, se advierte que el niño describió a su familia y a sus padres con expresiones positivas; de igual modo, de

sus manifestaciones ante el juez, se advierte que el niño tiene vínculos afectivos con ambos progenitores, aun cuando se advierta un mayor apego hacia la persona de su madre, lo cual es natural y comprensible si se tiene en cuenta que, según lo informan las constancias de autos, el menor siempre ha estado bajo el cuidado de su madre en mayor medida, pues ella cuidaba de él mientras vivió en ***** y sigue haciéndolo en ***** , por lo que en modo alguno se advierte algún rasgo que sugiera que las expresiones sobre su deseo de querer permanecer en ***** , pudieren estar manipuladas o alienadas en relación con la percepción sobre su padre, con el cual, incluso convive con frecuencia a través del uso de la tecnología y las visitas que el padre realiza al lugar donde ahora vive.

118. Por otra parte, no se advierte algún dato notorio o relevante que indique que de permanecer el menor en ***** , al lado de su madre, ello pueda resultar en su perjuicio, por el contrario, lo que se obtiene del examen de los autos, es que el niño se encuentra contento en dicha ciudad, porque allí tiene primos con los cuales convive, y demás personas de su familia extendida, que tiene una convivencia estrecha con su madre, que va a la escuela y tiene diversas actividades extra curriculares, y que mantiene una relación de comunicación con su papá.

119. De manera que si el juez, en el ámbito de sus atribuciones, estimó que la manifestación del deseo del niño de querer permanecer en ***** viviendo con su mamá, entrañaba una oposición que ponderada con las demás circunstancias del caso, le conducía a estimar actualizada la excepción a la restitución; y ello fue corroborado tanto en la alzada como por el órgano colegiado en la sentencia de amparo, en

un estricto plano de legalidad, y esta Sala no advierte alguna vulneración a los derechos del menor conforme a su interés superior que tuviere que corregir en suplencia de queja, no es dable entonces revertir esa valoración, se reitera, *porque no se observa en forma notoria, que pudiera ser disconforme con los aspectos de interpretación directa del artículo 13, penúltimo párrafo, de la Convención, establecidos en este recurso.*

120. No obstante que la subsistencia de esa excepción a la restitución sea suficiente para sostener el sentido de la sentencia de amparo aquí impugnada, **se estima pertinente señalar que**, aun en el supuesto hipotético de que esta Sala llegara considerar, como lo propone el recurrente, que lo manifestado por el menor de edad no sea suficiente para estimar existente *una auténtica oposición a su restitución*. Ello no conduciría a revertir el sentido de la sentencia de amparo, toda vez que, en atención al interés superior del menor y la celeridad que debe tener la resolución final de un procedimiento de restitución, esta Sala estaría constreñida a advertir que **la diversa excepción a la restitución** en la que se sustentó la sentencia de apelación reclamada, *relativa a que el padre consintió o aceptó la permanencia del menor en ******, **sí está demostrada.**

121. Y en tal circunstancia, es preciso referir que, si bien el tribunal colegiado no analizó los conceptos de violación que en materia de constitucionalidad formuló el quejoso para cuestionar que se hubiere acreditado esa excepción, esta Sala advierte que al respecto no le asiste razón, según se explica enseguida.

122. La excepción prevista en el artículo 13, inciso a), de la Convención, basada en el consentimiento o aceptación del traslado o retención, por parte del solicitante.

123. Como se apuntó en el apartado de antecedentes, el quejoso sostuvo en su demanda de amparo, básicamente, que no se había hecho **una correcta interpretación** de ese precepto, en la porción normativa que dice: “*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 (...).*”

124. Y en cuanto a la interpretación de esa parte del precepto, sostuvo que el consentimiento a que allí se alude, **no puede ser tácito**, sino que **debe ser expreso**; por tanto, que no era dable pretender acreditar esa excepción a la restitución, infiriendo dicho consentimiento a base de presunciones humanas, pues se trataba de desvirtuar la presunción toral de la Convención de que el interés superior del menor sustraído está en su inmediata restitución.

125. No asiste razón en la postura que asumió el quejoso en torno a la *interpretación* de ese artículo convencional.

126. De inicio, debe decirse que en el caso, no hay discusión y así lo reitera el quejoso en su demanda de amparo, en el sentido de que **el traslado** del menor de ***** a ***** *no fue ilícito*, pues se realizó con su pleno consentimiento, incluso, él enfatiza que no solicitó la restitución bajo la hipótesis de traslado ilícito, sino que, lo que adujo

fue la existencia de una “retención ilícita”, porque la autorización que dio para que la madre trajera al menor a *****, obedeció a que venían de vacaciones.

127. Por su parte, la madre alegó que ni el traslado ni la permanencia del niño en ***** son ilícitos, y en cuanto a la segunda, afirmó que era del pleno conocimiento y consentimiento del padre, que ella y el niño venían a dicha ciudad, con la intención de que el niño estudiara allí, es decir, que vinieron a radicar a *****.

128. Las autoridades de instancia, primero el juez de origen, y luego confirmado por la Sala de apelación, consideraron que se acreditó que existió consentimiento del solicitante para que el menor permaneciera en ***** con su madre; esto, porque del cúmulo de conversaciones que hubo entre las partes a través de la aplicación digital denominada “Whatsapp” exhibidas en forma impresa por la madre, así como de pruebas documentales, fotografías y testimoniales desahogadas en el juicio, se constataba que el padre enviaba dinero a la madre, pagaba su servicio telefónico, además que autorizó que el niño fuera inscrito en un colegio de la ciudad.

129. Precisado lo anterior, esta Sala se ocupa de responder si el consentimiento del solicitante, a que alude el artículo 13, inciso a), del Convenio de La Haya, es susceptible de tenerse por acreditado en forma tácita o si es exigible que se trate de un consentimiento expreso, para que pueda operar esa excepción a la restitución.

130. Al respecto, es dable señalar que la Convención no se ocupa de regular en modo alguno la forma de los actos jurídicos que pudieren

estar implícitos en sus preceptos; de modo que para ello es dable acudir a la doctrina jurídica civil, en la que, partiendo de la posibilidad de que el consentimiento pueda quedar manifiesto de distintas formas, admite una clasificación de los acuerdos de voluntades, distinguiéndolos en: *consensuales, formales y solemnes*.

131. Los actos jurídicos *consensuales* son aquellos para cuya validez, no se requiere formalidad alguna; los *formales*, en cambio, son aquellos que, para ser válidos, la voluntad o el consentimiento deben constar por escrito; y los *solemnes*, son aquellos actos en los que debe observarse una formalidad especial y por escrito, otorgándose ante funcionario determinado, bajo sanción de inexistencia si no se cumple (por ejemplo, el matrimonio).²⁷

132. Los Códigos Civiles, por regla general disponen que el consentimiento puede ser expreso o tácito; el primero, supone que la voluntad se manifiesta en forma verbal, por escrito, por medios electrónicos, ópticos, por cualquier otra tecnología o por signos inequívocos; y el segundo, es aquél consentimiento que resulta de hechos o actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto que, por disposición de la ley o por convenio, la voluntad se hubiere tenido que manifestar expresamente²⁸.

²⁷ Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de derecho civil, tomo I, introducción, personas y familia*. 26 ed. México: Porrúa, 1995, páginas 138-139.

²⁸ Por ejemplo, el Código Civil Federal dispone:

(REFORMADO, D.O.F. 29 DE MAYO DE 2000) (REPUBLICADO, G.O. 30 DE MAYO DE 2000)

ARTÍCULO 1,803.- El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente:

I.- Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y

II.- El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente”.

133. Ahora bien, debe entenderse que la excepción a la restitución a que se alude, relativa al *consentimiento o aceptación del solicitante a la “retención” del menor*, entiéndase, a la *permanencia* del menor en el lugar de refugio a que fue llevado por el presunto sustractor, **encuentra su justificación objetiva** en el hecho de que, para el menor, la sustracción representa un quebranto en su estabilidad familiar y de vida, pues como se ha dicho, se le extrae de su entorno cotidiano, se le aleja de sus relaciones familiares y sociales, posiblemente de vínculos afectivos (con amigos, maestros, etcétera), de los ambientes y actividades a que está acostumbrado; y al mismo tiempo, **se le somete a un proceso de adaptación a un nuevo lugar de residencia**, en el que ha de empezar a generar nuevas relaciones y a realizar nuevas actividades, para insertarse en un nuevo ambiente, con todas las implicaciones físicas y psicoemocionales que ello conlleva.

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

El Código Civil de *****, señala:

ART. 1687.- El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos que por la Ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

abandonar su residencia, las actividades y en general la forma de vida a la que válidamente se ha acomodado en el país de refugio; lo que entraña una revictimización para él, pues su estabilidad vital queda al arbitrio del solicitante, quien podría perturbarla a voluntad, pese a que previamente la consintió.

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

136. Sobre este punto, también nos ilustra el informe explicativo de la Convención, en la parte que señala:

“(…) Por una parte, el artículo 13a reconoce que las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido **no están obligadas a ordenar el retorno del menor cuando el demandante**, con anterioridad al traslado supuestamente ilícito, no ejercía de forma efectiva la custodia que ahora invoca **o cuando dio su conformidad posteriormente a que se produjera la acción que ahora denuncia**. Por consiguiente, se trata de situaciones en las que, o las condiciones previas al traslado no

comportaban alguno de los elementos esenciales de las relaciones que el Convenio pretende proteger (el del ejercicio efectivo de la custodia), **o el comportamiento posterior del progenitor desposeído muestra una aceptación de la nueva situación creada, lo que la hace más difícilmente impugnabile.**

Las excepciones recogidas en la letra a responden a que **la conducta del presunto titular del derecho de custodia permite dudar de la existencia de un traslado o de una retención ilícitos, según el Convenio.**

(...)

Por otra parte, **la conducta del titular del derecho puede asimismo alterar la calificación de la acción del "secuestrador" en el caso de que hubiese dado su consentimiento o aprobación con posterioridad al traslado, al que se ahora (sic) opone.** Esta precisión hizo posible la supresión de toda referencia al ejercicio de "buena fe" del derecho de custodia, **con lo que se evitó que el Convenio pueda ser utilizado como instrumento de un posible "regateo" entre las partes.**

137. De manera que, el hecho de que las excepciones a la restitución sean de interpretación y de aplicación estricta, no entraña que, en el caso de la que aquí se estudia, su acreditación deba restringirse a la prueba de la existencia de un acto jurídico en el que el consentimiento del padre se haya manifestado de manera expresa, pues tratándose de la expresión del consentimiento en lo que ve a la permanencia del menor en el lugar de refugio, el propio contexto haría difícil que ésta se verificara en una forma expresa, no habiendo razón jurídica para excluir la posibilidad del consentimiento tácito; se reitera, pues lo relevante es que la prueba en sí misma genere la suficiente convicción para tenerlo por demostrado.

138. De manera que no asiste razón al recurrente en cuanto a la interpretación que propone respecto del artículo 13, inciso a) del Convenio.

139. Sentado lo anterior, debe decirse que, en principio, es cierto que los actos que las autoridades jurisdiccionales de instancia estimaron acreditados para efectos de hacer derivar de ellos la presunción de que el solicitante consintió la permanencia o retención del menor en *********, relativos a que: el padre enviaba dinero a la madre para sufragar gastos necesarios, que pagaba el servicio de telefonía de ésta, y que autorizó que el niño fuera inscrito en un colegio de la ciudad, *por sí mismos*, no serían aptos para considerar justificada la existencia del consentimiento en la permanencia, pues siempre puede argumentarse, como de hecho lo hace el recurrente, que esas conductas obedecen al cumplimiento de los deberes alimentarios para con el menor de edad y al interés del padre de que el menor no se vea perjudicado mientras los progenitores sostienen un conflicto en relación con su lugar de residencia, para efectos del ejercicio de su custodia.

140. En otras palabras, el cumplimiento de deberes alimentarios o la realización de conductas en favor del desarrollo del menor de edad, no pueden llevar implícito, *per se*, que existe conformidad o consentimiento sobre el lugar de residencia del menor, en el contexto de un procedimiento de restitución internacional.

141. **Sin embargo**, de pruebas aportadas en el juicio por la madre del menor, así como de manifestaciones y actuaciones invocadas por los padres en el sumario (las relativas al juicio de divorcio ********* que constituye un hecho notorio para esta Sala pues conoció del recurso de revisión *********, interpuesto por el mismo recurrente contra la sentencia dictada en el diverso juicio de amparo directo ********* relacionado con el juicio de amparo del que deriva la sentencia aquí

impugnada, de las cuales, algunas constancias también se exhibieron en copia certificada en el procedimiento de restitución), y particularmente del cúmulo de conversaciones que tuvieron el solicitante y la madre del niño a través de aplicaciones digitales desde el mismo momento en que se verificó el traslado y hasta el mes de marzo de dos mil diecisiete ya estando en trámite en México el procedimiento de restitución, así como de las conversaciones del solicitante con las hermanas de la madre, quienes también testificaron en el procedimiento, se colige con la suficiente claridad, *que la madre y el menor vinieron a radicar por tiempo indefinido a *****, con el consentimiento del padre.*

142. En efecto, en respeto a la privacidad de las comunicaciones habidas entre las partes, y del padre con las hermanas de la madre, esta Sala únicamente señalará que de ellas se advierte, que en el año dos mil quince, los progenitores del menor de edad involucrado vivieron una fuerte crisis matrimonial, al parecer, derivado de que la madre descubrió que el padre sostenía una relación extramarital de cierto tiempo (se dice, de por lo menos dos años); y fue en tal contexto que decidieron una separación material y convinieron en que la madre y el niño vendrían a *****, donde vive la familia extendida de ambos, para que ella pudiera recuperarse emocionalmente y estuvieren en aptitud de decidir el futuro de su relación matrimonial.

143. Pero al parecer, a ciertos días de que la madre y el menor vinieran a México, ella viajó a ***** y dice haber encontrado, en el propio departamento, elementos que le confirmaron que el padre continuaba con la relación extramarital y que la tercera persona visitaba el domicilio

en el que habitaban, lo que se entiende la llevó a solicitar el divorcio en México.

144. De manera que pierde credibilidad el dicho del solicitante en el sentido que él autorizó el traslado del niño sólo para que viniera de vacaciones, pues incluso, es de hacerse notar que la madre y el menor viajaron de ***** a *****, el veintiséis de agosto de dos mil dieciséis, en pleno inicio del ciclo escolar tanto en México como en *****; y en forma inmediata se gestionó el ingreso del niño a un colegio en la ciudad de *****.

145. Por otra parte, crean convicción a esta Sala, para tener por cierto que la venida de la madre y el niño a México no fue por una temporalidad limitada a cierto tiempo o a cierta fecha, o para realizar una finalidad específica (como el venir sólo de vacaciones), el hecho de que una de las hermanas de la madre, que recibió a ésta y al niño en su casa a su llegada, constantemente señalaba al quejoso en sus conversaciones que no se preocupara pues su hermana y el niño estarían bien, y lo importante era que la distancia los ayudara a sanar para tomar decisiones, incluso, en los primeros días de la llegada, cuestionó al ahora recurrente *si él iba a mantener a su hermana y al niño*, o como le iban a hacer ellos para sus necesidades económicas, a lo que el quejoso confirmó que tendrían su apoyo para todo lo que se necesitara.

146. Asimismo, de las diversas conversaciones se advierte que la madre mantenía informado al quejoso de todas las actividades del menor e inclusive las de ella misma, entre ellas, destaca el momento en que le informó que localizó una vivienda para arrendar, a la que se

mudarían ella y el niño; advirtiéndose la complacencia del quejoso al respecto. También se constata que el padre mantiene comunicación frecuente con el niño y viaja a ***** para verlo.

147. Por último, es importante mencionar que de tales comunicaciones se advierte que el padre permanentemente ha insistido en la reconciliación de la pareja y en que ambos vuelvan a residir juntos con su hijo en *****, y la madre dice no querer ya esa reconciliación. Inclusive, y es necesario decirlo, el padre ha ofrecido a la madre renunciar al procedimiento de restitución si ella y el niño regresan con él a aquel país.

148. En ese contexto, esta Sala considera que en el caso, no sólo el traslado, *sino también la permanencia del niño*, **no pueden considerarse ilícitos** para que tenga operatividad el Convenio de La Haya, pues las circunstancias en que se verificó el primero y se realiza la segunda, fueron una situación creada a partir de la decisión de los padres de separarse materialmente, y de que la madre viajara con el niño a México *sin que se conviniera un tiempo limitado o determinado para ello*, situación en la que es dable apreciar de un modo distinto hechos tales como que el padre envíe dinero a la madre para los gastos del menor o incluso de ella, y que el padre haya autorizado su ingreso a un colegio.

149. De ahí que sea dable estimar que *la adaptación del niño a una nueva vida en ******, cualesquiera que haya sido la motivación del padre para acceder a ella, no está teñida de la ilicitud propia de una retención indebida, por ende, **la estabilidad de vida que el niño tiene**

en su nueva residencia en *****, cobra la mayor relevancia en el caso a efecto de ser protegida con la excepción a la restitución como la condición que opera en favor de su interés superior, pues de ser perturbada con su pretendido retorno a los ***** podría re victimizársele, cuando, como se apuntó, no es aceptable que se utilice la protección de la Convención como un instrumento de regateo entre los progenitores para arreglar conflictos entre ellos, pues el sujeto de principal interés en materia de restitución internacional es el propio menor de edad; de ahí que se concluya que en el caso, *sí se acreditó la excepción a la restitución en estudio.*

150. En diverso aspecto, no pasa inadvertido que el recurrente se duele en su segundo agravio del recurso de revisión, que ni las autoridades de instancia ni el tribunal colegiado, tuvieron en cuenta *que la custodia definitiva de su hijo le fue otorgada por un juez estadounidense*, pese a que el tribunal colegiado conocía la existencia de dicha resolución, pues se invocó en el procedimiento y se le hizo saber que había sido exhibida en el juicio de divorcio ***** , que resultaba un hecho notorio pues el colegiado también conocía del diverso juicio de amparo directo ***** promovido por él, contra una resolución dictada en ese otro proceso.

151. Cabe precisar que el procedimiento en el que el quejoso obtuvo dicha sentencia en materia de custodia, se promovió por él ante un Juzgado Familiar del ***** , el veinticuatro de octubre de dos mil dieciséis (tres días después de que contestó a la demanda de divorcio formulada por su cónyuge en México) y la resolución que le otorgó la

custodia del niño se emitió el cinco de enero de dos mil diecisiete; siendo que el menor llegó a México el veintiséis de agosto de dos mil dieciséis.

152. En torno a ello, sólo debe señalarse que la Convención tiene como propósito que a través de la restitución inmediata del menor se restablezca la situación que imperaba en el Estado requirente en torno al ejercicio efectivo del derecho de custodia, antes de que se verificara el traslado o la retención ilícitos; pero dicha Convención no se adoptó por los Estados contratantes, *ni para decidir de fondo controversias sobre quién debe o a quién corresponde el ejercicio definitivo de la custodia, ni para hacer respetar un derecho de custodia fuera de un contexto de traslado o retención ilícitos.*

153. En efecto, en la resolución del amparo directo 8/2017²⁹, se precisó que el Convenio tiene como objetivo que se respete el derecho de custodia existente y en los términos en que se ejercía *antes* de que por una vía de hecho –el traslado o retención ilícitos del menor- se interrumpiera ese ejercicio. Pero no es su finalidad resolver de fondo el problema de la atribución del derecho de custodia; cualquier disputa que pudieren tener los progenitores (o inclusive terceros) sobre el ejercicio de la custodia del menor, *ajena a un contexto de traslado o retención ilícitos*, escapa al control previsto por dicho ordenamiento convencional.

154. Se dijo que los artículos 16 y 19 del Convenio³⁰ confirman lo anterior, en tanto que el primero prohíbe a las autoridades judiciales o

²⁹ Resuelto en sesión de once de abril de dos mil dieciocho por unanimidad de cinco votos.

³⁰ "Artículo 16

administrativas del Estado requerido, *decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia*, sino hasta que concluya el procedimiento de restitución y en éste se hubiere negado la misma, o bien, hasta que hubiere transcurrido un lapso razonable sin que se hubiere formulado una solicitud de restitución con base en el propio Convenio; el segundo, en tanto establece que una decisión adoptada en virtud de la Convención sobre la restitución del menor *no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia*.

155. De igual modo, se precisó que no es propósito de la Convención ***ejecutar resoluciones*** que hubieren establecido un derecho de custodia a favor de alguno de los progenitores, en procedimientos iniciados *con posterioridad a que se verificó el traslado de un menor* de un Estado contratante al territorio de otro Estado contratante.

156. Ello, porque el ordenamiento busca mediante la restitución inmediata, *restablecer la situación existente* respecto del ejercicio de la custodia en la residencia habitual del menor, ante el hecho de la ilicitud de un traslado o una retención, por ser éste el hecho que daña al menor y la conducta de los sustractores que se propone desincentivar, mas dicho Convenio no se previó como un medio para hacer posible el

Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el Artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Contratante donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones de la presente Convención para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de esta Convención”.

“Artículo 19

Una decisión adoptada en virtud de la presente Convención sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia”.

cumplimiento de decisiones judiciales o administrativas sobre la asignación de la custodia, *posteriores al hecho del traslado*.

157. El artículo 17 de dicho ordenamiento³¹ permiten colegir lo anterior, en tanto señala que el hecho de que se hubiere dictado una resolución relativa a la custodia (se entiende, otorgando su ejercicio al presunto sustractor después del traslado o retención ilícitos) en el Estado requerido o susceptible de ser reconocida por éste, *no puede justificar la negativa a restituir al menor conforme a la Convención*, ello, se reitera, porque el ordenamiento tiene como finalidad corregir la situación reprobable de ejecución de traslados o retenciones ilícitos que violentan el ejercicio de la custodia que se desarrollaba en su lugar de residencia habitual y ocasionan afectaciones al menor de edad, de modo que no permite que, per se, la posterior emisión de una resolución sobre el derecho de custodia que favorezca al presunto sustractor, consolide tal situación ilícita e impida la aplicación de sus disposiciones.

158. De modo que por igualdad de razón, se consideró que el que se haya dictado una resolución en el Estado requirente o en cualquier otro, susceptible de ser reconocida en el Estado requerido, en la que se hubiere otorgado la custodia del menor al progenitor que no lo tiene consigo, *con posterioridad* a que se verificó el traslado o retención que se dicen ilícitos, **tal resolución no puede ser la causa para ordenar una restitución en el ámbito de aplicación del Convenio**, pues la

³¹ "Artículo 17

El solo hecho de que una decisión relativa a la custodia haya sido dictada o sea susceptible de ser reconocida en el Estado requerido, no podrá justificar la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en la presente Convención, pero las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en cuenta los motivos de dicha decisión al aplicar la presente Convención".

adopción de una decisión de restitución conforme al mismo, *sólo debe estar determinada por el derecho de custodia existente en la residencia habitual del menor, en el momento del traslado o retención.*

159. Por tanto, cualquier resolución *posterior* sobre el fondo del derecho de custodia, se torna ajena a la protección del instrumento; y, en consecuencia, *su ejecución* resulta extraña al procedimiento de restitución internacional de menores bajo el amparo de la Convención referida.

160. Se señaló que ello se constataba de la orientación que brinda el informe explicativo sobre el texto de la Convención que, en lo que interesa resaltar, al referirse a los objetivos del Convenio establecidos en su artículo 1º, se señala:

“(...) En un último esfuerzo de clarificación de los objetivos convencionales, cabe subrayar que, de conformidad especialmente con lo dispuesto en su artículo primero, el Convenio no pretende resolver el problema de la atribución del derecho de custodia. En este punto, el principio no explícito sobre el que descansa el Convenio es que el debate respecto al fondo del asunto, es decir el derecho de custodia impugnado, si se produce, deberá iniciarse ante las autoridades competentes del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes del traslado, tanto si éste ha tenido lugar antes de que se dictara una resolución respecto a la custodia -situación en la que el derecho de custodia violado se ejercía ex lege- como si el desplazamiento se ha producido incumpliendo una resolución preexistente (...).”

161. Y al hacer alusión a la naturaleza del Convenio como instrumento autónomo de cooperación internacional entre autoridades para evitar los traslados internacionales y las retenciones de menores, realizados en forma ilícita, procurando la obtención de su retorno inmediato al lugar

de su residencia habitual y el respeto a los derechos de custodia y de visita existentes en uno de los Estados contratantes; la autora del aludido informe precisa:

*“(...) 36. Esta caracterización del Convenio puede realizarse también a través de un planteamiento negativo. Así, se puede comprobar ante todo que no se trata de un convenio relativo a la ley aplicable a la custodia de los menores. En efecto, las referencias relativas al derecho del Estado de la residencia habitual del menor, tienen un alcance limitado, dado que el derecho en cuestión sólo se tiene en cuenta para establecer el carácter ilícito del traslado (por ejemplo, en el artículo 3). En segundo lugar, **el Convenio tampoco es un tratado sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de custodia.** Tal opción fue descartada con plena conciencia, tras haber sido largamente debatida en el seno de la primera reunión de la Comisión especial. Y es que, **dadas las consecuencias que el reconocimiento de una resolución extranjera tiene sobre el fondo de la controversia, esta institución está normalmente rodeada de garantías y excepciones que pueden alargar el procedimiento.** (...)”*

“38. Basado, como está, en el concepto de cooperación entre autoridades, con el fin de alcanzar unos objetivos precisos, el Convenio es autónomo respecto a los convenios existentes en materia de protección de menores o relativos al derecho de custodia. Así pues, una de las primeras decisiones tomadas por la Comisión especial consistió en orientar sus trabajos en el sentido de un convenio independiente más que en elaborar un protocolo al Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961 sobre la competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores. Bajo este mismo punto de vista, tampoco podía limitarse a los modelos propuestos por los convenios relativos al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de custodia, incluido el modelo propuesto en el Convenio del Consejo de Europa ¹⁷

*39. Tal autonomía no significa que las disposiciones pretendan resolver todos los problemas que plantean las sustracciones internacionales de menores. Muy al contrario, en la medida en que los objetivos del Convenio, aun siendo ambiciosos, tienen un alcance muy concreto, el problema de fondo del derecho de custodia se sitúa fuera de su ámbito de aplicación. **Por lo tanto, el Convenio está condenado a coexistir inevitablemente con las normas relativas a la ley aplicable y al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones extranjeras de cada Estado contratante, con independencia de que su origen sea interno o convencional (...)**”*

162. De manera que, dicho informe deja claro que la Convención no se propuso entre sus fines, servir de instrumento para hacer cumplir decisiones jurisdiccionales o de alguna otra índole en materia de custodia, ajenas a un evento de sustracción ilícita de un menor de su entorno habitual, posteriores al traslado o retención aducidos. Por tanto, para ello, se tendrá que acudir a las vías que al efecto se prevean en el derecho interno de fuente nacional o internacional, en el Estado dónde se pretenda obtener la ejecución de una resolución dictada por la jurisdicción de otro Estado.

163. En suma, quedan desestimado los agravios del recurrente en relación con la interpretación directa del artículo 13, inciso a) y penúltimo párrafo, de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en relación con el interés superior del menor previsto en el artículo 4º constitucional; en la inteligencia que se ha corroborado que en la especie sí se acreditaron las excepciones a la restitución internacional de menores previstas en esos dispositivos, consistentes en la existencia de consentimiento o aceptación del solicitante en la permanencia del niño en México, y la oposición del menor a la restitución; y se ha descartado que la resolución judicial extranjera con que cuenta el solicitante en materia de custodia pueda ser determinante para decidir el procedimiento de origen.