

**UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA
FACULTAD DE HUMANIDADES
Programa de Doctorado: “Cuestiones actuales del
Derecho”**



**EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ Y LAS EXCEPCIONES
DEL ARTÍCULO 13 EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN
INTERNACIONAL DE MENORES. ESTUDIO A LA LUZ DE LA
TEORÍA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL**

Tesis Doctoral presentada por:

MARIA JOSE ARAUZ HENRIQUEZ

Directora:

Dra. YADIRA ALARCON PALACIO

Managua, Nicaragua, marzo de 2021

RESUMEN

La sustracción internacional de menores se constituye cuando una persona que generalmente son progenitores, sustrae de forma abrupta a un hijo o hija de su lugar de residencia habitual. Comprende el desarraigo en diferentes modalidades bien por sustracción de forma violenta o bien por retención en el país de refugio, sus efectos radican en el cambio del lugar de residencia, cultura, idioma, amistades y relación con otros familiares. La retención ilícita consiste en rebasar el tiempo de estadía para el cual se otorgó permiso al hijo en común, lo que conlleva al alejamiento de la víctima de su centro de vida. Tales circunstancias se agravan cuando existe conflicto entre los progenitores por separación o divorcio, las familias que normalmente se ven involucradas en estos procesos se caracterizan por ser de nacionalidades diferentes que constituyen el grupo de familias multicultural, esta realidad incide de forma directa al momento de la sustracción pues casi siempre se busca refugio en uno de los países de origen del progenitor sustractor. La solicitud de restitución internacional de menores, en el marco de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980, - en adelante CH de 1980- se solicita cuando el derecho de custodia o de visita se le violenta al progenitor no custodio del niño o niña, éste convenio tiene por finalidad el retorno inmediato del menor en protección del estatus quo del cual fue desarraigado. Los cambios de paradigmas que trajo aparejada la Convención de los Derechos del Niño, ameritan una revisión en los criterios de aplicación de los principios fundamentales que la caracterizan como el Interés Superior del Niño y autonomía progresiva, principios que son susceptibles de aplicarse en la práctica judicial en estos tipos de conflictos familiares transfronterizos.

Con la presente investigación se aborda la necesidad de observar si los principios que derivan de la Convención de los Derechos del niño se aplican de forma pertinente en los conflictos parentales con el fin de lograr la tutela efectiva en la aplicación de la CH de 1980 en cuanto a: sus conceptos, procedimientos, coordinaciones entre autoridades designadas en el ámbito administrativo como judicial y el alcance que estas tienen en las coordinaciones oportunas entre Estados involucrados. Se aborda de forma introductoria la relación con otros Convenios relativos a la protección de la niñez, así como el alcance sustantivo en cuanto al derecho de custodia, se estudia la estructura normativa de esta atribución derivada de la autoridad parental en las legislaciones centroamericanas, el estudio específico de la investigación se centra en el análisis de las excepciones establecidas en el artículo 12 y 13 de la Convención de La Haya, excepciones que una vez demostradas en el proceso dan lugar al no retorno del niño o niña sustraído o retenido. Producto de la investigación se clasifican las excepciones como excepciones atípicas del no retorno y las excepciones típicas contenidas en el artículo 13 de la CH 1980 reconocidas en la doctrina y normativa internacional. Por último y como resultante del estudio exhaustivo doctrinario y de tendencia jurisprudencial de Estados latinoamericanos se analiza el sistema de interpretación más adecuado en estos tipos de conflictos, a la luz de la teoría de protección integral, y desde una perspectiva infantocéntrica.

INTRODUCCIÓN

La investigación tiene por objeto fundamentar en función de la teoría de protección integral de la niñez los criterios de interpretación judicial para una correcta aplicación del principio de interés superior en las excepciones opuestas en los procesos de restitución internacionales de menores de 16 años edad. El análisis del contenido y alcance de la Convención de sustracción en cuanto a la generalidad de los conceptos, y el derecho sustantivo de custodia que se le violenta al progenitor, se estudia desde la perspectiva infanticéntrica analizando que derecho del niño o niña son violentados en este hecho y que derecho le son violentados a sus padres, así como el alcance del derecho de custodia, posterior a ello se hace un análisis de cada una de las excepciones contenidas en el artículo 13 del Convenio de la Haya, con especial énfasis en el análisis jurisdiccional de sentencias de países latinoamericanos que marcan tendencia al respecto como Argentina, Uruguay, Colombia, México, Costa Rica y así como la tendencia jurisdiccional nicaragüense, que imprimen la tendencia en la aplicación de ambos instrumentos internacionales objeto de estudio, la CH de 1980 y la Convención sobre los Derechos del niño. Permitiendo un análisis del sistema de interpretación que más se adecúa a la teoría moderna de protección integral en favor de la niñez. El enfoque del presente trabajo radica en el derecho de custodia que según la norma internacional ha sido violentado, en todo caso el derecho de visita se estudia en el análisis jurisdiccional pero su incidencia es menor o accesoria a las resultas del proceso principal.

La finalidad de la Convención de Sustracción es el retorno inmediato del niño o niña que fue víctima de sustracción, con el fin de restablecer el estatus quo violentado y evitar el apego, sin embargo, puede ser que, el retorno inmediato de este no se logre, como producto de la excepción que opusiera la persona sustractora según las circunstancias que rodean la relación fáctica del conflicto y que se encasillen en los artículos 12 o 13 de la CH de 1980. El artículo 20 de la Convención contiene otra excepción de naturaleza distinta a las anteriores, debido a que las circunstancias que deben de demostrarse se engloban en situaciones sociales o políticas del país de residencia del niño y en ese sentido no es objeto de estudio del presente trabajo.

Esta investigación hace un análisis a la teoría de protección irregular de niños vulnerables como antecedente de la teoría de protección integral, así como las transformaciones jurídicas internacionales que permitieron el tránsito de la humanización, en reconocimiento y trato de la niñez respecto a su dignidad y derechos como persona, con el fin de determinar los principios generales y específicos que conducen la actuación del Derecho de Familia en los conflictos familiares transfronterizos.

La operatividad de ambos instrumentos internacionales entra en acción una vez que se ha producido el hecho ilícito, sea en el momento de salida o bien en la retención ilícita de los menores de edad, al momento de retornar en fecha indicada y su planteamiento debe de adecuarse a la finalidad de la Convención de la Haya, sin perder la perspectiva humana que nos ofrece la Convención de los Derechos del niño, de forma tal que observar la práctica judicial en la medida que interpretamos ambos instrumentos internacionales en conjunto con la

normativa interna del Estado requerido nos brinda la pauta para analizar su correcta aplicación desde la nueva teoría.

El análisis doctrinal y jurisprudencial del comportamiento o tendencia latinoamericana se hace con el fin de identificar los indicadores o criterios de interpretación aplicables e idóneos de cara a los derechos del niño o niña. Se analiza el procedimiento administrativo y judicial en el proceso de sustracción en Nicaragua y la adecuación interna que algunos Estados partes han tenido que realizar para la aplicación del CH de 1980, con el ánimo de aplicar el proceso más expedito tal a como lo contempla el artículo 11 de la Convención. El estudio de las excepciones es la parte medular de la investigación haciendo un recorrido por cada una de ellas, que consiste en; el no ejercicio efectivo de la custodia por parte del progenitor solicitante de la restitución del niño o niña, el hecho de que el retorno del niño derive en afectación o grave riesgo para su integridad física o psicológica y por último pero no menos importante la opinión del niño o niña que exprese ante la autoridad judicial de forma vehemente que no quiere regresar, exponiendo sus razones desde su perspectiva, opinión que debe de ser valorado conforme a los criterios que la doctrina y práctica jurisdiccional nos brinde más allá del grado de madurez y la edad que este tiene al momento de su expresión.

En la actualidad esta temática de sustracción internacional presenta varios inconvenientes en su cumplimiento en cuanto a la dilación de los procesos, como uno de los más significativos, la adecuación del Derecho Interno de cada Estado Parte debido a la carencia de una ley especial que regule su aplicación, así como la forma de interpretación de las excepciones las que deben de interpretarse y aplicarse a la luz de la norma internacional y del derecho interno del Estado requerido o de refugio.

Este trabajo investigativo se desarrolla en tres capítulos, se estudia la transición de los Derechos de los niños y niñas pasando de la doctrina de protección irregular a la doctrina de protección integral desde la perspectiva humanista, identificando el reconocimiento de la dignidad y no discriminación con trato igualitario, que se plasman como pilares fundamentales de la Convención de los Derechos del Niño desde 1989, con especial énfasis en el principio rector del Interés Superior del niño, eje transversal de la teoría moderna de protección integral, así como el principio de autonomía progresiva en claro reconocimiento a las competencias singulares de la niñez en sus diferentes etapas de evolución o proceso volitivo.

La presente investigación se hizo con enfoque infocéntrico para observar la forma de evolución paulatina durante estos 40 años de la Convención de Sustracción Internacional y 30 años de la Convención de los Derechos del niño, con el fin de identificar las transformaciones internas de los Estados partes estudiados y la forma en que han protegido al niño o niña como sujeto de Derecho.

El fundamento jurídico y doctrinario se concentra en el antecedente internacional plasmado en los instrumentos internacionales y en la identificación de la protección general del colectivo familiar, hasta llegar a la Convención sobre los Derechos del Niño, en donde el tratamiento se plasma de forma individualizada para cada miembro menor de edad de la familia. Es decir, donde se reconoce la individualidad y dignidad de los hijos e hijas en el conjunto familiar.

En la segunda parte, se identifica la forma en que interactúan el principio del interés superior del niño en la Convención de sustracción internacional de menores, en cuanto a su finalidad y las excepciones contenidas en el artículo 13, para determinar el tratamiento procesal que se da a la persona menor de edad como sujeto de derecho en los procesos de Restitución internacional en la praxis jurisdiccional. Se aborda el alcance de la CH de 1980, en sus conceptos generales, la finalidad de la Convención que orienta la búsqueda del retorno inmediato de los niños y niñas sometidos a la sustracción o retención ilícita en abierta violación al derecho de custodia o de visitas de uno de los progenitores y las violaciones a los Derechos Humanos que se les violentan a los niños en estos conflictos.

Se analiza la lógica del momento histórico en que nace la CH de 1980, debido a la creciente demanda de los conflictos familiares internacionales derivados del hecho ilícito de la sustracción o retención ilícita en clara violación al derecho de custodia o visitas, y que desde la perspectiva adultista regula la Convención relacionada. En la segunda parte del capítulo se profundiza en el análisis de las excepciones establecidas en el artículo 12 y 13 de la Convención de Sustracción, en el artículo 12 se abordan requisitos de admisibilidad en cuanto al plazo para pedir la restitución internacional y de la forma en que se debe de evitar la integración del niño o niña al nuevo ambiente, en el entendido que, entre más rápido se resuelva, menos drástico será para este su retorno al país de residencia habitual.

En relación a las excepciones establecidas en el artículo 13 de la Convención de Sustracción, que comprende: “ 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 sido consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.” En este capítulo el análisis es de mayor profundidad en cuanto al alcance de la custodia y su ejercicio eficaz, condición que debe de demostrarse en el proceso para que prospere la solicitud de restitución, requiere previo un estudio de la terminología a aplicar relativa a custodia y su comparación con el alcance que dan a esta función en el CH de 1980, en este, se hace la aclaración de la diversidad de nomenclatura que existe a nivel latinoamericano, y la confusión que general al momento de accionar ante los tribunales correspondientes.

Se hace análisis comparativo de la práctica jurisdiccional de países que marcan la tendencia en la aplicación e interpretación de la normativa de la sustracción y los Derechos Humanos de los niños, lo que ha llevado a que algunos adecúen su régimen jurídico con nuevas leyes que den salida a la normativa macro de la CH de 1980, en ese sentido Uruguay cuenta con normativa específica para la aplicación de la Convención, así como con una vasta jurisprudencia en el tema, al igual que Argentina, que además cuenta con el Código Civil y Comercial de la Nación, de reciente entrada en vigencia y de manera específica la provincia de Córdoba aprobó una ley procesal de aplicación de la Convención y su práctica jurisprudencial en el tema es amplísima. En cuanto a México también cuenta con una buena práctica jurisprudencial desde la

aplicación humanista, desde la transformación de la Constitución Política y Colombia cuenta con un bloque de protección integral para la niñez que se conjuga de forma prodigiosa en las sentencias relativas a la sustracción o retención, en el área centroamericana se estudia el comportamiento de Costa Rica, debido a la alta demanda de restitución internacional con Nicaragua en reciprocidad de solicitudes de Nicaragua para con Costa Rica.

Siempre en el desarrollo del segundo capítulo se hace un análisis comparativo de la aplicación e interpretación de las excepciones contempladas en el artículo 13 de la Convención de Sustracción Internacional relativa al grave riesgo ubicada de forma específica en el artículo 13 (b), que en la práctica judicial marca la tendencia con argumentación relativa a la violencia de género o intrafamiliar en relación a la persona sustractora y en consecuencia la afectación al niño o niña involucrado en el conflicto. Tal tendencia ha dado origen a que la Oficina de Derecho Internacional Privado de la Haya conocida como HCCH, haya conformado una comisión especial de estudio, desde el año 2017, la que trabajó durante tres años, para la construcción de la Guía de Buenas Prácticas VI, del 2020 - GBP VI, relativa a la interpretación de este artículo específico y que con mayor detalle concluye mantiene su posición en relación a la forma de interpretación adultista, en cuanto a la forma de interpretación restrictiva que propone desde el inicio la HCCH., en la Guía en mención se observan mayores detalles circunstanciales que sostienen según su estudio la propuesta inicial.

En la parte conclusiva del segundo capítulo, se analiza el derecho de participación de los niños y niñas en cuanto al derecho que tienen estos a negarse a retornar al Estado de residencia habitual de donde fue desarraigado, este abordaje se hace desde la práctica jurisdiccional en la que se pone en práctica el principio de participación con el derecho a opinar y a ser escuchado, y el de la valoración de su expresión debiendo ser considerado el principio de autonomía progresiva de los niños o niñas en el reconocimiento de sus competencias singulares, según lo establecido en el artículo 5 de la Convención de los Derechos del niño. En análisis jurisdiccional de las diferentes sentencias se hace tomando en consideración la propuesta que hace la HCCH de interpretación restrictiva y la salida que dan las autoridades judiciales a la conjugación de normativas internacionales con el derecho interno del Estado requerido o el que esté conociendo del asunto.

La tercera parte se dedica al fundamento doctrinario de los tipos de interpretación, ofrece un planteo claro del alcance de los tipos de interpretación, se hace estudio de la GBP VI, desde la propuesta que continúan haciendo la Oficina de Derecho Internacional, con el fin de observar si la interpretación restrictiva responde a las demandas planteadas en las oposiciones que se presenten desde la aplicación del artículo 13 de la Convención de la Haya y si esta es coherente o acorde con los criterios aplicación desde el reconocimiento del niño como sujeto de Derechos. Con el objetivo de cambiar la perspectiva adultista y el sistema de interpretación que propone en la CH de 1980 y GBP VI, por un sistema que responda a los cambios de paradigma considerando el interés superior del niño mediante la interpretación sistemática o ponderada que deriva en trato digno e igualitario para la niñez según mandato de la CDN., es decir garantizar una interpretación desde la perspectiva infocéntrica, coincidente con la finalidad de la CH de 1980, pero con una óptica diferente.

Al final y como resultado de los análisis de los fundamentos doctrinarios, así como el estudio del comportamiento jurisdiccional, se hace una propuesta de revisión y de actualización de la Convención de la Haya en cuanto al derecho a proteger y al sujeto activo que debe proteger desde la finalidad de cada una de las Convenciones mencionadas y de los Derechos tutelados de la niñez en este conflicto transfronterizo de forma tal que, no se entienda que el hecho de oponerse con las excepciones antes mencionadas, y que el fallo de lugar a la excepción se interprete como que la finalidad del CH de 1980 haya fracasado, nada más lejos de la realidad si en los criterios de interpretación propuestos resulta que la justicia ha logrado proteger al niño o niña en relación a cualquier abuso de sus progenitores, sea que actúen como parte requirente o parte requerida.

El método de estudio que se apoya la presente, es analítico sintético, en la que se logra descomponer cada uno de sus componentes temáticos para integrarlos en el aterrizaje que debe hacer todo operador de justicia en la casuística que ofrece el conflicto transfronterizo, por ello, en el sistema de interpretación que se aplican, desde los hallazgos de la práctica jurisdiccional es el sistema sistemáticos y por ende ponderado cuando se visualiza conflicto entre principios de coparentalidad de los padres y el interés superior de los niños, que conlleva al análisis normativo existente de acuerdo a la temática a identificar.

Los resultados obtenidos para alcanzar los objetivos de la presente encuentran su fundamento en el análisis de los basamentos teóricos doctrinarios que dan pase a la transición del reconocimiento de los derechos de los niños y niñas, el análisis normativo internacional, el reconocimiento y transformación Constitucional de los Estados relacionados de mayor relevancia como Colombia, Argentina, Uruguay, México y Nicaragua y su aplicación en casos concretos desde la práctica jurisdiccional.

Se realizaron entrevista con prestigioso doctrinario de la hermenéutica jurídica, se estudiaron entrevistas en video, realizadas por expertos doctores en Derechos Humanos e Interpretación Jurídica como Miguel Carbonell y Manuel Atienza. Se escucharon ponencias internacionales del Representante latinoamericano de la HCCH, así como del Dr. Ricardo Pérez Manríquez, Robert Alexy, Marissa Herrera y Aida Kemelmajer.

Esta investigación hace un análisis exhaustivo y estratégico actualizado del conflicto transfronterizo generado por la sustracción o retención ilícita desde la perspectiva de los Derechos del Niño. Así mismo, previo análisis doctrinal y jurisdiccional de los criterios de interpretación se propone la aplicación del sistema de interpretación sistemática y ponderada adecuada a la perspectiva humanista de los niños y niñas, sin que ello implique desechar la finalidad del Convenio de la Haya de 1980.

Con todo lo analizado en cuanto a la aplicación e interpretación de las normativa internacional relacionada con el tema de la sustracción internacional, se propone a la oficina de Derecho Internacional Privado de la Haya, hacer una revisión de la norma I (b), 3 (a), 4 y 5, en todo lo relacionado al derecho de custodia y visitas, por depender o tener su fuente en la perspectiva adultista, ya que nueve años posteriores la Convención de los Derechos del Niño nace y reconoce a este su pleno ejercicio como sujeto de Derechos, de forma tal que, la actualización

debe de darse desde la propuesta que hace la Convención de los derechos del niño, por ser esta más moderna y adecuado a los Derechos conquistados por este grupo vulnerable.

Desarrollo

I.- Derechos de los niños, niñas y adolescentes, una visión de la transición de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de protección integral.

La protección de la familia como estructura base de la sociedad, ha requerido que el Estado como instrumento de protección le garantice su constitución, relación y permanencia en la sociedad, de ahí que mediante el derecho se ha garantizado su regulación en un primer momento dentro de la rama del Derecho Civil, ya que regula su comportamiento en la libertad de autonomía, en cuanto a la escogencia de la pareja con la que se constituye, así como, la regulación de las relaciones familiares que surgen entre la pareja como tal y de ésta para con los hijos e hijas. En algunos países como los de la región Centroamericana y Panamá el Derecho de Familia se ha desmembrado del Derecho Civil, sin perder los vínculos sustanciales que le unen a la fuente originaria, pues cada uno de los países cuenta con Códigos de Familia, a excepción de Guatemala, en algunos casos, los mismos contienen dentro de su estructura, normas sustantivas y adjetivas, además introducir en ellos los principios generales y especiales que la contienen.

Se podría decir que, el Derecho de Familia se encuentra en una etapa de transición en cuanto a su autonomía en el campo de la ciencia jurídica, puesto que, para algunos países, se sigue tutelando la institución de la familia a través de normativas de naturaleza civil. Sin embargo, más allá de la clasificación que se le otorgue, lo cierto es que ha merecido siempre de la protección del Estado a través de las Instituciones públicas, y por ende la regulación de sus relaciones a través de legisladores internacionales por medio de: instrumentos, declaraciones, tratados o convenios internacionales y en el reconocimiento de cada uno de los miembros de la familia, lo que ha dado lugar en los últimos cincuenta años que, los Estados transformen o adecuen su normativa interna.

En un segundo momento, la protección de la familia ha quedado a cargo del Derecho familiar, que pese haber alcanzado su autonomía en algunos países, no ha logrado permear en todas las latitudes del mundo.

Los antecedentes históricos de la doctrina de la situación irregular, específicamente en América, y en este sentido, debo referir que no existe, un punto de partida en específico en el que se pueda discernir el inicio de la doctrina de situación irregular, esto dado que los términos y la relevancia de niñez, adolescencia, infancia y persona, han sido una construcción constante que depende del contexto histórico social de cada país; sin embargo, al hacer una exploración por la historia, es posible confrontar que continuamente ha existido, como afirma: García (s.f) “una negación formal y sustancial del niño y el adolescente como sujetos de derechos”.(p 2).

Según el autor, la doctrina de la “situación irregular” es una cultura basada en la exclusión social reforzada y legitimada por la introducción de una dicotomía perversa en la que da origen al desarrollo de la mal llamada protección partiendo de la cultura “compasión-represión”.

En este contexto histórico, se desarrolla el cambio de una sociedad eminentemente rural a una sociedad crecientemente urbana, aunado a la incrementación de la población inmigrante que a su vez acarrió una de las mayores tasas de natalidad, esto entre los años 1820 y 1860; en este lapsus de tiempo, se dan una serie de conflictos de inmigración, pobreza, insalubridad, segregación, vandalismo, trabajo infantil. Este es el inicio de lo que representará el trasfondo de nuestra doctrina en estudio. Mucho tiene que ver este trasfondo social, en la doctrina de la situación irregular, dado que es en este entorno socio político en el que se empieza a institucionalizar la pobreza y dentro de esta condición, la situación irregular de algunos miembros de la sociedad, entre ellos, los niños.

De este momento, podemos encontrar las primeras manifestaciones de lo que sería el fundamento y la ya sentada doctrina de situación irregular, los niños estaban considerados como un riesgo social, cabe destacar que no eran todos los niños, “solo los niños en situaciones particulares”, pobres, abandonados, huérfanos y niños discapacitados, “menores” en abandono moral o material que necesitaban de la tutela del Estado, éste último adoptando medidas paternalista de protección, que no eran más que medidas de represión y control.

Es así como, el Estado en aras de “proteger” a la niñez vulnerable da origen a la doctrina de protección en situación irregular; en palabras de García Méndez, “...surge la necesidad profunda de rescatar a la infancia olvidada, también construyendo una nueva semántica de la inclusión”.

Esta doctrina de protección irregular no concebía al niño o niña como sujetos de derechos, sino como objetos de protección: el niño no gozaba de derechos, ni de condición jurídica en cuanto a reconocimiento de los derechos personalísimos y mucho menos de capacidad jurídica, la que era nula por el simple hecho de ser menor de edad, es decir que se les consideraban incapaces. La representación de estos era asumida completamente por los progenitores, delegada de manera especial en el padre y en su ausencia en la madre, y a falta de los dos, los tutores y en su defecto al Estado; lo que Herrera (2017) y Kemelmajer (2016), llaman una representación anulante, sin reconocimiento de los derechos humanos de los hijos.

Belloff (2017), hace una estructuración de las características de esta doctrina, que sintetiza de alguna manera, la forma de trato vivido por los NNA y que aún en muchas de las legislaciones y acciones cotidianas en las familias se mantiene como productos de factores socioeconómicos y culturales. Es así como nos aclara:

El sistema de situación irregular puede ser caracterizado mediante las siguientes nociones:

...Refleja criterios criminológicos propios del positivismo de fines del siglo pasado y principios de éste.
... derivando en la justicia de menores que justifican las reacciones estatales coactivas frente a los infractores, el segundo punto característico es el argumento de la tutela... generando que todos los derechos fundamentales de los que gozan los adultos no fueran reconocidos a los mismos. ... Y la función atribuida a los jueces como “buen padre de familia”, quien deja de

cumplir funciones de naturaleza jurisdiccional para cumplir funciones propias de las políticas sociales. (pp. 11 y 12).

Esta doctrina de protección desde la perspectiva irregular o de las transgresiones que cometía la niñez desprovista de la protección parental limitaba el principio de protección de los Estados ya que se canalizaba la misma, en las circunstancias adversas por las cuales la niñez vulnerable pasaba en diferentes escenarios, como el de la pobreza que causaba la necesidad de laborar a pequeñas edades, la de ausencia paterna que requería de la protección mediante orfanatos y la de la falta de conducción y vigilancia que conllevaba a que la niñez se encontrara envuelta en situaciones de infracción de la ley. Prieto (2012), señala en un análisis comparativo que hace de la aplicación de las doctrinas en mención en Costa Rica, expresa que la doctrina de situación irregular se encuentra elaborada desde la perspectiva adultocéntrica y que las instituciones del Estado brindaban atención desde la característica paternalista.

1.1.- Alcances de la Doctrina de protección integral, reconocimiento de los niños y niñas como sujetos de derechos. Tratados Internacionales.

La doctrina de protección integral que se instaura con la Convención sobre los Derechos del Niño, - en adelante- CDN, da origen a los derechos humanos del niño, es decir, el alcance de los derechos es para todo ser humano menor a 18 años de edad, estos derechos obligan tanto a la familia como grupo primario social y a la sociedad en general, sin embargo, en la propia definición de niño subyace la idea de un trato desigual por el simple hecho de ser menores de edad, por la sola condición, están ubicados dentro de la dicotomía de la capacidad e incapaz (o incapacidad) .

La CDN, nos orienta a reconocer a la niñez como sujetos activos de derechos y sus derechos humanos mediante la transversalización de los principios rectores de interés superior y de autonomía progresiva, contenidos respectivamente en los artículos del 3 al 6 de la mencionada convención. En la medida que los países han venido adecuando su normativa y aplicando la Convención, se han identificado limitantes derivadas de la propia convención como los factores locales que no permiten potencializar los alcances de los principios. En esta tesitura, han surgido observaciones generales tendientes a clarificar su contenido, de ahí que, en el año 2013, el Comité de los derechos del niño de Naciones Unidas planteara que el interés superior de la niñez puede concebirse como: derecho, principio y norma de procedimiento (Cardona, 2013), es decir, como garantías que deben de cumplirse para lograr su efectividad, desde las relaciones familiares, políticas públicas y régimen normativo interno. En relación al principio de autonomía progresiva, que tiene que ver con el reconocimiento de la dignidad en la singularidad de cada individuo, (Melendo,2013), la interpretación es intrínseca a la observancia del desarrollo de cada persona menor de edad y de igual manera su aplicación debe de darse desde la familia y las instituciones del Estado.

La doctrina de protección integral ha venido a transformar el derecho interno de los Estados firmantes de la CDN. Belloff (2017), además de realizar una clasificación de los países

latinoamericano que a la luz de esta doctrina han hecho una adecuación sustancial en su sistema jurídico, explica que, dichas adecuaciones consisten en la creación particularmente de un: Código integral de la niñez y la adolescencia, que contenga aspecto de protección, redefinición institucional, justicia de familia y penal o leyes específicas que consisten en Códigos de Familia, leyes de responsabilidad penal juvenil y leyes de organización institucional. (p.12). En otros Estados, como México en su artículo 4, Colombia artículo 44 y Nicaragua artículo 71, se observa que la Convención ha dado lugar para elevar a rango Constitucional la protección integral de la niñez y se contiene en el contenido de las Cartas Magnas.

Los Estados, además de implementar normativas en concordancia con los principios enunciados, implementan políticas públicas, adecuación de donde las leyes juegan un papel determinante al crear instituciones especializadas que, con trato sensibilizado puedan garantizar que los niños y niñas sean tratados como sujetos de derechos. No obstante, lo anterior, hace falta poner especial énfasis en la reeducación de la sociedad, en brindar a la familia programas de participación para que identifiquen las nuevas formas de relacionarse con sus hijos e hijas y capacitar a las autoridades judiciales con el fin de que logren adquirir las competencias necesarias para garantizar la tutela jurídica efectiva de estos.

La problemática que subyace a nivel institucional, particularmente en autoridades administrativas como judiciales, es la carencia de criterios uniformes que coadyuven con la administración de justicia, especialmente cuando se trata de aplicar principios que por su propia y especial naturaleza requieren de un ejercicio de ponderación pero que, sin la existencia de criterios normativos, fácilmente se convierten en actos de autoridad que carecen de objetividad. Tal insuficiencia plantea la necesidad de establecer criterios que puedan conducir o bien guiar a las autoridades en la toma de decisiones en procura de garantizar de forma objetiva y pertinente el interés superior de los niños y el reconocimiento como sujetos de Derechos; recordemos que esa es la esencia de la doctrina de la protección integral que proclama la CDN. De igual manera Cillero (s.f), expresa que se requiere un sistema de control en la aplicación del Convenio desde el ámbito Estatal en todas sus esferas y que aún es tarea pendiente.

El verdadero cambio de paradigma, obliga, no solo a concebir al niño o niña como sujeto de derecho sino a cambiar la forma de pensar y relacionarse con él, algunas veces desde los ámbitos familiares y otros desde el ámbito estatal-institucional, sólo así se podrán cumplir los principios rectores de la doctrina de protección integral. Sin duda que el Derecho de Familia juega un papel determinante en la búsqueda de este objetivo, la correcta interpretación de la normativa existente, de forma sistemática y ponderada disminuiría el grado de complejidad que experimentan las autoridades competentes en materia familiar, especialmente en los conflictos transfronterizos de sustracción y restitución de menores donde las autoridades tienen que coordinar la aplicación así como la efectividad de las medidas y decisiones que tomen a la luz de la pluralidad de régimen jurídico aplicable, tal como lo sostiene el representante de Latinoamérica para la oficina de Derecho Privado de La Haya, señor Ignacio Goicoechea (2014), quien en sus múltiples ponencias plantea la complejidad que enclaustran estos casos ante la convergencias de diferentes régimen jurídico.

Las niñas y niños, que se ven inmersos en la sustracción por parte de sus progenitores, son retenidos de manera ilícita, las relaciones parentales son anuladas de manera unilateral por parte de la persona sustractora que en el 89% son madres según se deriva del Informe 2019 Sustracción Internacional Nicaragua, en la gran mayoría de estos casos no les es tomado en cuenta a los niños y niñas su parecer al respecto, por el contrario, se les impone una decisión familiar arbitraria o abusiva de las atribuciones derivadas de la autoridad parental. Por las razones esgrimidas, se hace necesario garantizar en todos los casos de sustracción y restitución internacional de menores, los derechos humanos contenidos en la Convención y en ello las autoridades juegan un papel crucial para que los derechos de los sustraídos o retenidos ilícitamente cobren vida así lo expone Kemelmajer (2014), y su opinión sea valorada, para así garantizar su interés superior, de ahí la necesidad de que existan criterios normativos aplicables a la restitución internacional.

Es importante precisar que desde diversos instrumentos internacionales, algunos de soft law y otros de hard law, la tutela de los colectivos vulnerables como es el caso de los niños y las mujeres, ha sido un compromiso constante de los Estados, obligándose cuando son Estado parte a adecuar y proteger a la familia en su conjunto y así lo podemos observar en los diversos numerales 1, 7, 16 y 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en ella se encuentran principios del derecho en general, entre ellos el principio de dignidad, principio de igualdad de trato de todos los individuos, el principio de protección, no discriminación y el principio de libertad en cuanto se reconoce a todo ser humano el derecho a fundar una familia y disfrutar de iguales derechos en cuanto al matrimonio, desarrollo y disolución del mismo.

La normativa internacional ha protegido a los niños siempre desde la tutela a la familia, al matrimonio o a la mujer, es decir siempre se les considero una extensión de la familia o de los padres, de ahí que el mayor de los logros lo observemos en la CDN y la doctrina de la protección integral rompe con el paradigma anterior y otorgan al niño el carácter de verdadero sujeto de derecho, con el objetivo de que la interpretación y aplicación sea más que un preciosismo jurídico y se garantice su efectividad en los casos concretos.

En Nicaragua existe protección derivada para las diferentes formas de constitución de la familia, sea por matrimonio o unión de hecho; para los hijos en cuanto a la igualdad de trato; a grupos vulnerables mediante los programas y políticas públicas que garanticen la protección; a niños y niñas desde su concepción; a garantizar acogida o bien una familia mediante la adopción, y a brindar la protección debida a los miembros de la familia de la tercera edad. La Constitución Política de 1987 establece el marco de protección familiar en los artículos 70 al 79 relativo a los Derechos de Familia.

En dependencia del sistema jurídico de los Estados miembros el contenido de la Convención se puede realizar en la medida que las normas supra acogen o reconocen los Derechos Humanos de la niñez con el fin de brindar una adecuación interna jurídica y brindar la oportunidad de el surgimiento de leyes especiales o reformas a las existentes, todo dentro del marco del Derecho de Familia este reconocimiento lo encontramos plasmadas en la estructura Constitucional de Estados partes.

Recapitulando los principios sobre los cuales descansa la CDN encontramos los principios especiales que gozan de mayor popularidad sin hacer distinción de ninguno, por su correspondencia e interrelación, entre ellos se encuentran el interés superior del niño, no discriminación, el derecho a la vida, la sobrevivencia y el desarrollo, libertad de expresión y a ser escuchado.

Aguilar (2008), expone que, en su opinión, el principio de interés superior se trata de: “uno de los principios cardinales en materia de derechos del niño, niña y adolescente, entendiendo desde este momento que, de acuerdo a como lo establecen los estándares internacionales en particular el artículo I de la Convención sobre Derechos del Niño”.

Kielmanovich y Benavides (2008), expone que el principio del interés superior del menor es una herramienta necesaria para la solución de conflictos que involucran a los niños que por su naturaleza se mantiene en constante dinamismo, virtuoso y a la vez complejo, al parecer caracteriza al principio de forma sencilla que encierra en su opinión las dificultades que traen consigo la indeterminación del principio.

El interés superior del niño se constituye de tal suerte en una valiosa y esencial herramienta para la resolución de conflictos judiciales que pudiesen comprometer o afectar las personas, derechos e intereses de los menores, con una virtualidad y extensión que, a la par de encontrarse en permanente evolución, se vislumbra de una riqueza inmensurable y de una simultánea y paralela complejidad. (p. 23).

La aplicación del principio de interés superior por su esencia protectora, garantista y primordial en pro del reconocimiento de la niñez como sujetos de derechos implica la afirmación de éste como individuo con características singulares desde el seno del hogar y engendra compromisos que se centran en la familia a quien se le delega la difícil tarea de ejercitar las facultades dadas por la autoridad parental de una manera más participativa reconociendo en sus hijos e hijas a un sujeto de Derechos, el que tendrá que ser tomado en cuenta para lo que concierne a su desarrollo, implica una adecuación no una desconstrucción sino transformar los patrones de comportamientos de la relación parental, en la que el niño o niña tendrá participación activa en la familia, en la que deberá de formarse en estos cambios para pasar de un ejercicio parental anulante según lo establece (Herrera, 2017) y (Kemelmajer, 2015) deberá de ser participativa mediante la escucha del niño o niña, que con ello se garantiza el derecho a la libertad de expresión, a la democratización de las relaciones entre los miembros de la familia y al respeto del niño o niña como sujeto de Derecho, preparado en la familia, adquirirá las herramientas necesarias para poder participar en la sociedad y de esa manera el Estado deberá adecuar tanto las políticas públicas, instituciones públicas y las leyes que se requieran para garantizar el actual desde el interés superior del niño.

II. Marco Normativo General de la Sustracción Internacional de Menores

La Convención de sustracción internacional, nace como respuesta de los conflictos familiares transfronterizos y que en las últimas cuatro décadas por su creciente índice de incidencias ha motivado el estudio doctrinal y jurídico del comportamiento social y las incidencias en el seno familiar, especialmente para sus miembros menores de dieciséis años de edad.

El origen de la sustracción o retención ilícita es multi - causal, como puede ser todo conflicto familiar que muchas veces obedece a la inadecuada comunicación que existe entre la pareja, al abuso o manipulación de los hijos e hijas en el conflicto o bien se puede generar a por una mal entendida de parte de los progenitores en ejercicio de las funciones y atribuciones derivadas de la autoridad parental o patria potestad. Las motivaciones señaladas entre otros, derivan en que uno de los progenitores busque refugio en su país de origen llevando consigo al o a los hijos menores de edad. En consecuencia, se violenta el derecho de custodia o de visitas del otro progenitor.

La sustracción internacional de menores se presenta en la mayoría de los casos en aquellas familias que tienen constitución mixta o multicultural, que por razones de migración, desplazamientos, estudio o trabajo han formado familia con personas de distintas nacionalidades, los que una vez constituidos han establecido su lugar de residencia habitual en el país donde uno o ninguno de los miembros de la pareja no es originario, también existe la posibilidad que ambos progenitores sean de la misma nacionalidad pero que han establecido su lugar de residencia en un Estado distinto al de origen, sin embargo ese lugar de residencia habitual se identificará como el centro de vida para los hijos e hijas, desarrollando en ese entorno sus relaciones familiares, sociales y culturales en síntesis la identidad que encierra además de lo expresado idioma, costumbres y estilos de vida diferente al del país de donde sus progenitores sean originarios. Producto de la sustracción o retención ilícita y violenta el derecho de custodia o visitas del progenitor no custodio.

La finalidad del CH de 1980, se encuentra establecida en el artículo 1 que establece:

La finalidad del presente Convenio será la siguiente: a. Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; b. Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

En el contexto anterior en octubre de 1980, la oficina permanente de Derecho Internacional Privado, conocida como la HCCH de La Haya, brinda una respuesta al conflicto familiar que trasciende las fronteras, que se visualiza en exponencial crecida y regula mediante el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores conocido en el foro del Derecho Internacional Privado y Derecho de Civil o Familia como la Convención de la Haya de 1980, el que en los subsiguientes acápite profundizaré en cuanto a su alcance, contenido y excepciones.

Las excepciones contempladas en el artículo 13 de la Convención relacionada, establece 2 supuestos que originan la motivación para oponerse al retorno inmediato tal a como lo establece la finalidad y objeto de la CH de 1980 y entre ellos se encuentran, los incisos a y b debidamente estructurados, sin embargo, en el subsiguiente párrafo del artículo se identifica un tercer literal que aplica como otro motivo de excepción al retorno, de trascendental importancia porque elevan la participación activa del NNA al plano de igualdad , en la dignidad de su persona al garantizar el derecho a expresarse y a ser oído, para efectos del presente trabajo lo incorporaré como un tercer supuesto de excepción:

- a) La persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejerciera de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido, había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o
- b) Existe grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.
- c) “La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a otorgar la restitución 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”.

Existe una cuarta excepción en el contenido de la CH de 1980, ubicada en el artículo 20 que establece lo siguiente: “La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.”.

La excepción relacionada cobra especial aplicabilidad en el marco del mandato establecida en el artículo 12, el que contiene la orientación categórica de retorno inmediato del NNA observando los plazos de prescripción para la solicitud de restitución que establecido en tiempo deberá de procederse a la restitución con la salvedad de no hacerlo si se demuestra que el menor ha sido integrado a su nuevo ambiente. Al igual que las excepciones planteadas anteriormente la misma se abordará en el desarrollo individualizado que se merece en el presente estudio.

En el ámbito judicial la CH de 1980, no presenta un listado de funciones de las autoridades, sin embargo en materia procesal menciona: en el artículo 11 la necesidad de aplicar el proceso con carácter urgente o utilizar el más expedito, en el artículo 12 segundo párrafo la facultad discrecional de no retorno si no se cumplen los requisitos de admisibilidad para la presentación de la solicitud, el artículo 14 y 15 estipula la facultad de coordinar para pedir diligencias o certificaciones a las autoridades solicitantes relativo a la legislación y la certificación del estatus en que se encontraba en el país de residencia habitual y en el artículo 16 establece la prohibición de no decidir sobre custodia y los efectos que se podrían generar al respecto que se encuentran concretados en el artículo 17. Es importante observar que el procedimiento a aplicar en los casos de restitución internacional es el establecido en el país de refugio, en ese sentido resulta difícil para la Convención hacer una propuesta del mismo, aunque si recomienda considerar las advertencias anteriores con el fin de que la finalidad del Convenio se alcance. Para efectos de aclaración el procedimiento judicial nicaragüense se explicará en el desarrollo específico de las excepciones.

Enumeradas las excepciones del CH de 1980, se requiere de igual manera prestar especial atención a la prohibición que hacen a las autoridades judiciales, el artículo 16 del señalado en el instrumento público, en la segunda parte del párrafo que contiene la prohibición de no resolver sobre el fondo de la litis en lo relativo a la custodia, con el fin de evitar desvirtuar el objeto y alcance del convenio, es así que el artículo establece:

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 adonde haya sido trasladado el menor o donde está 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 del presente convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en virtud de éste Convenio.

Lo relevante, es la vinculación intrínseca que existe en las funciones derivadas de la autoridad parental, como aún se denomina en diferentes países, de la cual derivan atribuciones de los progenitores en pro del beneficio y desarrollo integral de sus hijas e hijos, siendo la sustracción como tal un hecho que involucra considerar si la decisión de la persona sustractora constituye o no un abuso de esas facultades, especialmente en el juicio intelectual que hace el juez cuando se oponen excepciones, en la praxis jurisdiccional no plasmar una decisión de fondo en cuanto al tema de la custodia, no implica que no se juzgue mentalmente en relación de la actuación de los progenitores en un hecho de sustracción. Tal a como lo expresa Herrera (2016), “la línea es muy delgada” al respecto.

De igual manera Forcada (2017), menciona la dificultad que existe con el alcance del ejercicio del derecho de custodia en relación al progenitor que no se encuentra en ejercicio y del derecho que tiene este último de participar en la decisión de cambio de residencia habitual, de tal manera que deberá de hacerse juicio y valorar el alcance de la normativa del país de residencia habitual, para observar si el progenitor no custodio no ha sido objeto de suspensión o pérdida de autoridad parental, hace mención el doctrinario que en los países anglosajones no se tiene claro el alcance de la autoridad parental o patria potestad.

... en países donde la patria potestad rige, en muchas ocasiones, sigue sin aplicarse de forma correcta el concepto de custodia en los supuestos de sustracción internacional de menores. Cuesta hacer entender en sistemas anglosajones, que un progenitor con solo derechos de visitas pero que comparte la patria potestad, debe de considerarse como un progenitor que ostenta derecho de custodia a los efectos de decidir el lugar de residencia habitual de los menores. (p. 71).

Por la relevancia del tema en el siguiente acápite se desarrolla el alcance de la autoridad parental, desde las atribuciones delegadas por la ley a los padres, en cuanto a su naturaleza y aplicación desde la perspectiva civilista que estamos acostumbrados a hacer y desde la perspectiva infanticéntrica que debe de adecuarse a la luz de la Convención de los Derechos del niño.

Para alcanzar la efectividad de la aplicación de la CH de 1980, la Oficina de Derecho Internacional Privado ofrece a los usuarios una serie de herramientas, con el ánimo de colaborar y facilitar a los Estados contratantes la aplicación de la normativa que contiene cada convenio, mediante el trabajo de expertos se redactan informes especiales que funcionan como documentos auxiliares de consulta para desentrañar el espíritu de la norma dada en su contexto histórico. En sustracción internacional de menores, se desarrolló informe explicativo redactada por la experta en la materia, conocido como Informe Pérez Vera (1982), coadyuvando para la correcta interpretación de la regulación.

También se han elaborado por comisiones de expertos, Guía de Buenas Prácticas, en adelante GBP que se subdividen en temas relativos a las funciones de la autoridad central, las medidas aplicables, de localización y de ejecución en esta materia, mediación y el alcance y forma de

interpretar el artículo 13.b de Grave Riesgo; de igual manera marcan la pauta para que los 98 Estados partes que confluyen en la aplicación del CH de 1980 tengan orientación universal del mismo. Las guías e informes buscan como unificar los criterios a nivel global y proponen estandarizar procedimientos dentro de la lógica de unificación y cooperación internacional, es decir, facilitar la aplicación a ser puentes y no obstáculos en la aplicación de los convenios logrando el acceso a la justicia de cara a la modernidad y en garantía de los derechos de las personas involucradas.

En relación a las excepciones se profundiza en el caracterización de las mismas y se identifica en la práctica jurisdiccional que existen excepciones atípicas debido al resultado de no retorno que genera la comprobación al demostrarse que el niño o niña se ha integrado al nuevo ambiente del lugar del Estado de refugio según lo establece el artículo 11 y 12 de la CH de 1980, y en lo que hace al contenido de la excepción 13 de la misma, se estudia, analiza y profundiza cada una de las circunstancias que estructura la normativa internacional. En lo que hace a que no ejercía efectivamente la custodia, previo análisis del alcance de la custodia estudiado en la región Centroamericana, el hecho de que retornar al lugar de residencia habitual implica grave riesgo para el niño o niña involucrado en el conflicto transfronterizo, se estudia la clasificación de violencia tanto para el niño conforme la Observación No. 13 del comité de los Derechos del niño sustentado con la clasificación doctrinaria de las lesiones que pueda vivir, así como la orientado recientemente por la HCCH en la Guía de Buenas Prácticas VI del 2020, y la última excepción contemplada en el artículo 13 de la Convención relativa a la negativa del niño o niña mediante su participación en el proceso.

Posterior se abordaron cada una de las excepciones establecidas en el artículo 13 del CH de 1980, en las que si bien es cierto nacen para protección del niño, una vez comprobado los argumentos de la parte que se opone al retorno, en algunos países del sur como Argentina y Uruguay demuestran una marcada tendencia a aplicar de forma literal y restrictiva la letra del Convenio de sustracción internacional, sin embargo, la sentencia icono de Uruguay, muestra un excelente ejemplo de cómo se puede interpretar de forma sistemática en favor de la niñez, sin que con ello se esté quebrantando la finalidad del CH de 1980. Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Familia del Primer Turno, DFA 0010-001875-2016, ministra redactora Dra. María Liliam Bendahan Silvera. En la misma se retorna a la niña a su lugar de residencia habitual pero no con la persona sospechosa de haber cometido supuestos actos de abuso, se garantiza la aplicación de las medidas de protección para la niña y la madre, de forma particular el país requirente – España – goza de un sistema de protección contra la violencia que hace propicia la protección que se requería garantizar.

El alcance de las excepciones establecidas en el artículo 13, fue objeto de estudio de sentencias en la que se establecía de forma relevante el actuar judicial en la interpretación de los derechos que cada una de las partes pretendía y de los derechos que los NNA, según el informe de la experta Pérez Vera (1982), hace la aclaración que, para mantener el objeto del CH de 1980, debe de hacerse una interpretación restrictiva de las excepciones. igual posturas mantienen Tagle (2011), Pérez (1982), Forcada (2011) y Goicoechea (2020), y en sí la interpretación del legislador internacional se refiere a que las excepciones deben de interpretarse literalmente.

Se logra determinar en el estudio de sentencias, en las que fueron analizadas las oposiciones de las 3 excepciones, cuando no se ejercía la custodia y aun así solicitaba la restitución internacional del niño o niña, cuando éste estaba incorporado al nuevo ambiente, al igual que donde se alega el grave riesgo al retorno del niño, excepción que se vincula con la violencia de género considerando que, estadísticamente las personas que más sustraen son las madres en un 85%, y la oposición del niño por medio de su expresión en el proceso. En todas las motivaciones de las sentencias se menciona el sistema de ponderación en algunos considerandos, no se observa una clara aplicación de los criterios que deben de considerarse para garantizar en la solución del conflicto de intereses que se genera en la oposición interpuesta como excepción., de forma tal, siempre que entren en choque de intereses de los adultos – progenitores- claramente protegidos en la redacción de la norma internacional en la CH de 1980, con los intereses de los niños y niñas establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, debe de aplicarse el sistema de interpretación ponderada que garantice la protección adecuada, bien sea, dando lugar a la restitución o bien no dando lugar a ella, de suerte tal que, mediante la argumentación y motivación que se le dé a la sentencia o fallo se estaría aplicando los instrumentos internacionales relacionados a favor de la niñez, y a la vez, se estaría respetando las obligaciones estatales adquiridas en el marco del Derecho Internacional privado.

El análisis de las sentencias se hace identificando de igual manera en cada una de las excepciones el derecho tutelado en favor de la niñez y no del adulto, pues se identifica de acuerdo a los argumentos y la relación con los derechos que se violentan a los niños en el conflicto familiar, el análisis se hace amparados en la CDN y en las Observaciones Generales No. 12, 13 y 14 que emite el Comité de los Derechos del Niño y presenta una propuesta desde la perspectiva infanticéntrica la que obliga a los Estados partes adecuar su normativa e interpretación de cara a la nueva teoría de protección integral que identifica y garantiza de forma primordial el interés superior del niño y el reconocimiento en su progreso crecimiento y madurez de su personalidad. Se identifican indicadores jurídicos y judiciales que sobrepasan los dos propuestos inicialmente en la CH de 1980 relativos al grado de madurez y la edad de los niños involucrados.

En este análisis se observa que el principio de interés superior del niño en casi todos los casos se contrapone al principio de co - parentabilidad de los progenitores en cuando a solicitud que la abordan como un derecho de ellos y no del hijo o hija en común. Garantizar en estos procesos la defensa independiente del niño o niña resulta elemental debido al choque de intereses entre progenitores, garantizar el sistema de interpretación ponderada como una propuesta que nace del desarrollo de la presente investigación, no es tarea fácil pues requiere proponer en la medida de lo pertinente e identificando en cada circunstancia propuesta, en la estructura de la norma la manera más adecuada de garantizar el mejor interés de los niños y niñas y no de los adultos.

III. El Interés Superior de la Niñez en el sistema de interpretación judicial de las Excepciones del artículo 13 de la Convención de la Haya de 1980 desde la perspectiva integral.

I. Interpretación Ponderada desde la perspectiva de la doctrina de desarrollo integral

La interpretación es un tema que se materializa en la forma de motivar jurídicamente, cuenta con diferentes criterios para hacerlo de forma correcta. Según la práctica jurisdiccional internacional, es la interpretación idónea cuando existe convergencia de intereses de las partes, y se requiere establecer una racionalidad de los valores que se encuentran en juego en cada uno de los principios, y una vez sopesado cada una de las circunstancias que se derivan del caso en concreto, se decide por aquel que brinde mayor beneficio a la persona vulnerable.

Este tipo de interpretación es considerada necesaria para resolver el conflicto que puede generarse entre los principios de derechos humanos de las personas que involucra el conflicto. La interpretación ponderada es pertinente desde la perspectiva humanista. Aunque algunos doctrinarios presentan objeciones por ubicarla en la corriente neo constitucional que flexibiliza la letra de la ley y que la vuelve vulnerable impidiendo garantizar la seguridad jurídica como principio, sin embargo, este tipo de interpretación es utilizada por Tribunales Internacionales que marcan tendencia a considerar en relación a los Derechos de los niños como una necesidad a tener en cuenta de forma prevalente y primordial.

Tomando como punto de partida la práctica jurisdiccional internacional se hace necesario identificar los criterios de aplicación en este tipo de interpretación. Según capítulos anteriores, se ha demostrado que los derechos humanos de los niños siempre son vulnerados, en la sustracción o retención ilícita, así como, en las excepciones opuestas por el sustractor que no demuestra en el proceso, generando dilaciones en los trámites que conducen a apegos en detrimento de la niñez, y por último y no menos importante, el hecho de que los tribunales de justicia, pudiendo hacer un mejor análisis de las pruebas de forma sistemática y ponderada, no lo hacen, y aplican de forma restrictiva el CH de 1980, en interés de la competencia jurisdiccional del Estado de residencia habitual y no interés de la niñez, lo que también deriva en violación a los derechos de los niños.

Según el avance de la presente investigación, en los casos de sustracción internacional se observa la identificación de varios derechos humanos de los niños violentados los cuales ya fueron ampliamente reflejados en el capítulo anterior, lo que viene a chocar con el principio de protección y corresponsabilidad que se da en el ejercicio de la autoridad parental de forma específica en el cuidado de la persona del niño o niña.

En entrevista realizada por el Dr. Carbonell al Dr. Cruz (2015), este, clasifica la forma de interpretar en el sistema Continental y explica que este sistema está íntimamente ligado con la teoría positivista que implica el adquirir conocimiento, estableciendo que la argumentación como tal está casi excluida y en consecuencia le falta práctica, contrario de lo que se observa en el sistema del Common law, que utiliza un sistema de aprendizaje práctico, mediante el estudio de la casuística, en la que se enseña a los estudiantes de derecho a usarlo mediante argumentos y criterios, en este sistema se confrontan sus opiniones contra otros estudiantes, es básicamente un derecho en acción. Lo importante que deriva de la entrevista realizada es que se dividen los sistemas y las características que los identifican, interesante observar la

carencia que se tiene en el sistema continental por la falta de práctica y quizás requeriría de forma inmediata revisar la curricula universitaria de pre y pos grado, especialmente por el auge que han tomado los derechos humanos en los últimos 30 años.

Retomando el tema, por su parte Atienza (2014), expresa que en el contexto de la globalización jurídica se ubica al Derecho fundamental como el Estatal y al Derecho Penal con la coacción, el Neoliberalismo como ideología tiene su origen en la irrupción de los Derechos Humanos y en consecuencia se genera un giro argumentativo, que deriva materialmente en motivar las decisiones.

El mismo autor expresa, que el giro argumentativo del derecho significa que, en lugar de pensar en el Derecho como un conjunto de normas, se debe de pensar en el Derecho como una actividad que trata de lograr ciertos fines y ciertos valores, es decir, dar razones argumentar. Lo expresado es coincidente con la ubicación que hace Cruz (2015), relacionada en párrafos anteriores, explicando que la cultura anglosajona ha sido la que aplica la manera argumentativa y que el giro argumentativo se habla más en el mundo latino, en España, Italia y América Latina.

Según Chávez-Fernández (2019), quien cita a Atienza, en la teoría estándar de la argumentación, tiene sus exponentes en Robert Alexy y Neil MacCormick, y expresan que estos en lugar de ver la lógica como oposición, debe de usarse criterios de razonabilidad práctica.

Asimismo, la ponderación como forma de interpretación es usada en la práctica cuando existen controversias entre principios fundamentales de las partes en el proceso, derivando en la necesidad de sopesar cuál de los principios pesa más, en relación a la proporcionalidad de la afectación en el otro, es así que, considerando que en Derecho de Familia, en los casos de sustracción los padres no necesariamente representan los derechos de sus hijos e hijas, sino los propios, aunque el derecho pretendido sea fundamentado a favor de los niños. Es decir, la argumentación inicial nace desde la perspectiva adultista y en relación al mejor interés de los derechos de la niñez, la decisión judicial requerirá de la ayuda de otras ciencias como la psicología y el trabajo social, que coadyuvan en presentar un panorama real y objetivo de las circunstancias que rodean la problemática familiar, que deriva en identificar los derechos que se violentan a la niñez involucrada.

Ahora bien, según la doctrina de protección integral que nace de la promulgación de la Convención sobre los Derechos del niño, y que orienta el cambio de paradigma en relación a los niños y niñas, ubica el respeto de estos como sujetos de derechos, debiendo reconocer, garantizar y proteger los derechos de la niñez como garantía de su trato preferencial y primordial. El interés superior del niño como principio rector de esta doctrina, marca el norte a seguir por parte de las autoridades para garantizar la protección adecuada del niño o niña sometida a estos conflictos. Nicolino (2021), lo expresa de la siguiente manera:

El interés superior del niño marca el norte hacia donde deben apuntar todas las medidas a tomar respecto a ellos a fin de proponer y proteger sus derechos y que logren el ejercicio autónomo y progresivo de estos de acuerdo con su capacidad progresiva respetando las distintas etapas d su desarrollo. (p.19).

Recordando lo indicado en el capítulo primero de esta investigación el Comité de los Derechos del niño ha trabajado observaciones generales brindando respuesta a los hallazgos y desafíos encontrados en los informes de cada Estado parte. Siendo una constante el indicador de indeterminación del principio del Interés Superior del niño, sin embargo, Cardona (2013), expone de forma expresa que este principio rector y transversal puede interpretarse como: Principio, derecho y norma de procedimiento.

En esa misma línea de interpretación los derechos contemplados en la CDN, en relación al trato igualitario y digno de los NNA, en los procesos con el fin de garantizar sus derechos humanos, es la interpretación argumentativa o ponderada, la que da razones en la proporcionalidad de las racionalización que haga el juzgador de cada situación o circunstancia valorada de forma objetiva, aplicando la interpretación ponderada, que da para analizar de forma sistemática las posibles soluciones que deben darse a los sujetos de derechos, con carácter primordial especialmente tomando en consideración el tratamiento procesal que se dé, garantizando la igualdad objetiva, considerando factores externos en el contexto socio-cultural en donde se ha desarrollado.

Criterios doctrinales

Los criterios de prevalencia y primacía se mantienen en la doctrina como una constante en el texto, entendido el mismo como una política pública a seguir por todas las instituciones, sean estas de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, así lo expresan Cillero (s.f), Simón (2013), Herrera (2016) y Sedano (2017). Sin embargo, no especifican como se debe de aplicar en la práctica o en los casos en concreto. Lo que deriva en una falta de control en el seguimiento de la aplicación de la CDN en cuanto al principio prevalente del interés superior del menor. Simón (2013), propone criterios de prioridad, garantía, información, integración e interpretación, los que deberán de valorarse para evitar el abuso de discrecionalidad de las autoridades judiciales en la aplicación del interés superior del niño, y referencia a las observaciones 12 y 14 que establecen el criterio de prioridad, de brindar la información debida y de una interpretación sistémica, lo que también es establecido por la Opinión Consultiva OC No. 17/ 2002.

Por su parte Kemelmajer (2014), propone criterios de dinamismo y flexibilidad, recomienda adecuar la norma a los tiempos actuales, al expresar que; “debiendo cobrar vigencia la letra de los textos”, expresando en su ponencia que; “son letras vivas de la ley”. Dicho en otras palabras, un Derecho de acción. Para instrumentar los criterios anteriores, según lo explica Carbonell (2017), el ministro Zaldívar, presidente de la Suprema Corte de la Nación de México, concretiza el test de proporcionalidad, en tres pautas, de compatibilidad con el bloque constitucional, idoneidad y racionalidad aplicando la medida adecuada al caso concreto.

Criterios normativos y la integración de la protección integral.

Los países que acogen la propuesta de la ley modelo que propone la Haya son: Uruguay y la provincia de Córdoba en Argentina, retoman la propuesta modificando internamente el régimen jurídico, por su parte República Dominicana, puso en vigencia un régimen procesal similar a la ley modelo, mediante Resolución de la Suprema Corte de Justicia No 480-2008 de

marzo del 2008, según lo explica Pérez (2011), España ha adecuado internamente su normativa brindando respuesta específica a la sustracción internacional.

Cabe señalar que, antes de la propuesta de la ley modelo, algunos países contaban con leyes que acogían los principios establecidos en la CDN, tal es el caso de Argentina con la Ley No. 26061, Ley de protección integral de los Derechos del niño, niña y adolescentes, promulgada el 21 de octubre de 2005, la que establece en el artículo 3, el principio de interés superior del niño y su condición a ser sujeto de derechos, a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta, en el literal d, del artículo en mención dispone los siguientes indicadores: edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, también el derecho a la escucha se desarrolla en el artículo 24 de la misma ley.

México por su parte cuenta con una Ley General de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes y Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a los niños, niñas y adolescentes., éste último fue aprobado en marzo de 2012. En el mismo se retoma la reforma realizada al artículo 4 Constitucional que incluye el interés superior del niño, niña y adolescente. Expone en su parte considerativa que las autoridades deben de tomar en consideración las características variables que se denotan en los NNA en los procesos, y para ello indica que debe considerarse: como primera característica el desarrollo cognitivo del niño, como segunda característica el desarrollo emocional y la tercera característica el desarrollo moral.

En el plano normativo existen Estados que han elevado a rango constitucional la protección de la niñez, en ese sentido a nivel latinoamericano se encuentra la Constitución Política colombiana del 12 de julio del 1992, reconoce los derechos del niño o niña, en la que se instaura el sistema constitucionalista, la garantía de los derechos de éstos considerando las normas internas especializadas, así como, los derechos consagrados en los instrumentos internacionales, quedando plasmado los mismos en el artículo 44 de la carta magna en mención, al igual que los principios de especial protección, interés superior del niño y el derecho preferente del interés de estos, por encima del interés adultista., indicadores que caracterizan de manera vehemente el bloque de Constitucionalidad con que resuelve la práctica jurisdiccional colombiana. De manera que, se podría afirmar que por imperio de ley y considerando el sistema de fuentes, la máxima se encuentra en la Constitución y leyes especiales derivadas de la misma, así como de los tratados internacionales que facultan a los administradores de justicia tener una vista panorámica muy clara del resguardo y protección que deben de aplicar en favor de la niñez. Alarcón (2011).

España mediante la Circular relativa a la Sustracción Internacional, que elaboró la Fiscalía establece como pilar básico en la sustracción internacional, descansa en el derecho que tiene la niñez a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, salvo que sea contrario a su interés, el principio de interés superior de igual manera se establece, así como, la primacía del papel de la familia frente a las autoridades públicas y el derecho a la opinión del niño en el procedimiento, especifica que si los padres viven en diferentes Estados, el niño tendrá derecho a relacionarse de forma periódica con ambos. El interés superior del niño se garantiza en la medida que se retorna al niño o niña a su lugar de residencia habitual, sin embargo, en la misma Circular, analiza las excepciones establecidas y expone que, el interés

superior del niño en caso concreto, ponderando las circunstancias concurrentes, y luego aclara que; “refleja con nitidez la tensión y equilibrio entre la formulación abstracta del interés del menor en supuestos de sustracción internacional y la decantación en el caso concreto”. p (18).

Ese mismo criterio de interpretación se observa en el artículo 3 segundo párrafo de la ley No. 18,895 de Uruguay - antes relacionada- denominada Restitución de personas menores de dieciséis años, trasladadas o retenidas ilícitamente. Se puede advertir que, en estas normas específicas relativas a la sustracción, no existen criterios o indicadores claros sobre la forma en que se debe sopesar los principios que se contrapongan en la controversia, sin embargo, se mantiene la finalidad del CH de 1980, manifestando que el interés superior del niño se encuentra en retornar y de igual manera impone la interpretación restrictiva en casos de excepciones.

En esa misma línea Costa Rica el 24 de septiembre del 2020, aprobó el nuevo Código Procesal de Familia, que tiene como innovación el establecimiento del procedimiento especial de restitución internacional de la persona menor de edad, lo que facilita la interpretación de acuerdo a los parámetros. En México cada Estado tiene su propio procedimiento, sin embargo, la Suprema Corte ha marcado pautas a seguir para toda la Federación, relativa a los plazos, forma de interpretar las excepciones y de la misma manera se encuentra regulado en Colombia. Así lo han sostenido en entrevistas realizadas los jueces de Enlace, México y Colombia quienes se encuentran en ejercicio de la jurisdicción.

En Nicaragua la Sustracción se encuentra contemplada en el artículo 71 de la Constitución Política, la restitución internacional se contempla en el artículo 20 del CFN , así como en el artículo 28 del Código de la niñez y adolescencia, que prohíbe que los niños y niñas sean trasladados o retenidos ilícitamente, en los artículos 9, 10 y 11 del CNA y 440 del CFN, establecen la obligación que tiene toda autoridad administrativa o judicial de resolver de acuerdo al principio de interés superior del niño. En relación al sistema de interpretación por imperio de ley debe de interpretarse con el modelo sistemático establecido en el artículo 7 del CFN, se cuenta con los principios procesales de libertad probatoria, flexibilidad, oficiosidad, y en cuanto a la valoración de la prueba se establece en el artículo 508 del CFN. Además, se establece que la carga de la prueba la tiene el que afirma y a los que se opongan a lo alegado, plasmado en el artículo 509.

Del mismo modo en el apartado de los principios especiales del proceso en familia, Nicaragua acoge la integralidad y establece la obligación de asumir e interpretar de acuerdo al interés superior del niño artículo 440, abordaje interdisciplinario para solución integral y efectivo artículo 441, Coordinación Institucional artículo 442, protección de derechos fundamentales artículo 443, escucha de los menores de edad en los procesos administrativos y judiciales artículo 448, respeto a la dignidad humana e igualdad de derechos artículo 449 y siempre como eje transversal la conciliación o soluciones colaborativas entre las partes artículo 450. El principio de ultrapetitividad, no está ubicado en la estructura de los principios, sin embargo, se encuentra contenido en el artículo 487 literal i, relativo a las Reglas del proceso común , principio de no re victimización de la niñez y la adolescencia establecido en el artículo 483 literales b y g , principio respeto a los derechos de convivencia familiar establecido en el artículo 278 , 282 y 283 ; y el principio de identidad cultural que se encuentra en el artículo 37 del

CFN; y artículos 8 y 13 del Código de la Niñez y Adolescencia. En el Protocolo de Aplicación de los Convenios relativos a la sustracción y restitución internacional se establecen los principios relacionados.

El Salvador emitió Ley de Protección Integral de Niñez y Adolescencia, Decreto No. 839, publicada en Diario Oficial 68, Tomo 383, de 16 abril de 2009, en la que establece principios que mandata la CDN, de manera más detallada, en relación al principio de Interés Superior del Niño, establece los criterios que se tomaran en consideración para ponderar este principio en situaciones concretas indicando los siguientes parámetros:

Artículo 12. ...Para ponderar el principio del interés superior en situaciones concretas, deben ser considerados de forma concurrente los elementos siguientes: a) La condición de sujeto de derechos y la no afectación del contenido esencial de los mismos; b) La opinión de la niña, niño o adolescente; c) Su condición como persona en las diferentes etapas de su desarrollo evolutivo; d) El bienestar espiritual, físico, psicológico, moral, material y social de la niña, niño o adolescente; e) El parecer del padre y madre o de quienes ejerzan la representación legal, según sea el caso; y f) la decisión que se tome deberá ser aquella que más derechos garantice o respete por mayor tiempo, y la que menos derechos restringe por el menor tiempo posible. La consideración de este principio es obligatoria para toda autoridad judicial, administrativa o particular.

En otros Estados como Chile, Venezuela, México, República Dominicana y Honduras, se han realizado ajustes mediante autos acordados, resoluciones, circulares o protocolos la aplicación del CH de 1980, que establecen delimitación de competencias, el procedimiento administrativo y judicial de la sustracción, ajustando así sus legislaciones de acuerdo a la competencia establecida en materia de familia.

CONCLUSIONES

1. La familia, como instituto social, ha gozado de protección en los tratados internacionales de derechos humanos y en ellos se han protegido derechos de los miembros de las familias. En este sentido se identifica: La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los artículos 1,7,16 y 25; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en los artículos 3 y 19 al consagrar el derecho a la protección de la familia; la Convención Americana de los Derechos Humanos, en los artículos 1,8,17,19 y 25 establece la protección brindada a este colectivo como tal, destaca la importancia integradora en aunar esfuerzos en el tema de la protección, incluyendo en la garantía y protección a la familia, sociedad y Estado; en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuando establece el derecho a la vida, a la libertad, igualdad, derecho a la maternidad y el derecho a ser escuchado en público, así como la garantía del estatus quo o nivel de vida adecuado.

2. La Convención Internacional de los Derechos del Niño (1989), el instrumento internacional más ratificado de la historia, constituye un cambio de paradigmas en la manera de concebir a la niñez y adolescencia; le singulariza y dignifica como persona y sujeto de derechos, mediante un catálogo de derechos humanos, estructurados a la medida de sus necesidades. Define la edad etaria del alcance de la norma internacional estableciendo su aplicación a toda persona menor de 18 años. Esta Convención descansa en cuatro grandes principios, que orientan a los Estados partes la reordenación de su Derecho interno. Tales principios son: El interés superior de la niñez y adolescencia, como eje fundamental y transversal que busca lo que mejor resulte a cada niño o adolescente en atención a su realidad e historia de vida; el principio de igualdad y no discriminación, que garantiza el trato igualitario de forma objetiva y un tratamiento digno, en los ámbitos público y privado; el principio de participación, también conocido como el derecho a ser oído, que relacionado con el principio de igualdad, refiere a tener participación activa en todo proceso que atañe a su vida, en atención su capacidad progresiva; y, el principio de supervivencia y desarrollo, que se materializa de acuerdo a los factores endógenos y exógenos del contexto en donde se desarrolla.
3. La Convención Internacional de los Derecho del Niño (1989), con 195 Estados partes, y la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de La Haya, de 1980, con 96 Estados partes, son importantes instrumentos de aplicación universal, que expresan un compromiso global de protección a la niñez.
4. Es así que el tema de la sustracción internacional, involucra y compromete a los Estados a adecuar su regulación interna en cuanto al tratamiento procesal expedito para evitar que los niños, niñas y adolescentes menores de 16 años sufran mayor daño al integrarse al nuevo entorno. La finalidad de Convención de sustracción es lograr el retorno inmediato para que se le reintegre a su centro de vida o estatus quo inmediatamente anterior a la sustracción o retención, sin embargo la Convención regula circunstancias excepcionales que se pueden invocar a la luz de los artículos 12, que tiene que ver con el plazo para solicitar la restitución y que el mismo haya transcurrido por más de un año, otro elemento a valorar es el hecho de que el solicitante haya consentido el traslado., el artículo 13 propone tres circunstancias, la primera que no se haya ejercido el derecho de custodia de forma efectiva por parte de la persona solicitante, que el hecho de retornar al lugar de residencia habitual constituya un grave riesgo y que este sea intolerable para el niño o niña y por ultimo regula la participación del niño o niña y brinda la oportunidad que este exprese su voluntad de no querer retornar a su centro de vida.
5. La HCCH recomienda que la interpretación, sea de forma restrictiva considerando que el interés del niño o niña se materializa con su retorno inmediato, este tipo de interpretación es opuesta a la interpretación que propone la teoría de protección integral que establece el sistema de ponderación en caso de conflicto de intereses que representen derechos y principios de las partes y de estos para con el derecho

del niño o niña. Y la interpretación sistemática compromete a la persona que administra justicia a interpretar y aplicar tanto la normativa interna, principios y tratados internacionales. Nicaragua establece que la interpretación que debe de aplicarse en asuntos de familia es la sistemática.

6. La activación de la Convención de Sustracción se desarrolla en la vía judicial cuando no se alcanzan acuerdos en sede administrativa, presentada la solicitud de restitución internacional se emplaza a la contraria para que conteste la demanda, teniendo la oportunidad de oponerse al retorno mediante la invocación de las excepciones establecidas en el artículo 13, se traba la litis civil o familiar según corresponda., la HCCH, propone que la interpretación que deba de aplicarse en casos de excepción sea la restrictiva, por ser la excepción y no la norma general, sin embargo a la luz de la Doctrina de protección integral de la niñez, este sistema de interpretación no concuerda con el sistema de interpretación de los Derechos Humanos de la niñez, establecidos en la Convención de los Derechos del Niño, que por su naturaleza deben de interpretarse desde la perspectiva de los derechos violentados en contra del niño o niña y no del adulto tal a como lo establece la CH de 1980, la que explica que, el interés superior del niño se garantiza cuando éste regrese a su lugar de residencia habitual. Por su parte la CDN establece que los niños y niñas son sujetos de derechos, que hay que garantizar mediante las medidas que se tomen de forma prevalente y primordial desde la perspectiva infocéntrica e integral, en ese sentido choca la propuesta de la HCCH, en la forma de interpretar, puesto que, si hay oposición debe de demostrarse dando o no lugar a la excepción desde una interpretación sistemática y ponderada, debiendo de interpretar que se cumple la máxima de interés superior del niño en el caso de que el niño o niña no retorne.
7. Las tres excepciones establecidas en el artículo 13 de la Convención de la Haya (1980), conforme a las cuales, y a solicitud de parte, la autoridad judicial puede declarar el no retorno del niño, niña o adolescente ilícitamente sustraído, o su permanencia en el país de retención, debe ser interpretada de manera restrictiva según el informe explicativo de la experta Pérez Vera, quien explica el espíritu de la norma. En este sentido, la autoridad judicial podrá declarar el no retorno o la permanencia, solo precedido de un acucioso estudio del caso que demuestre integrar alguna de las circunstancias que el mencionado artículo 13 establece: “a) la persona o institución no ejercía de forma efectiva la custodia en el momento del traslado, o había consentido el traslado o posteriormente aceptado el traslado o retención, b) existe grave riesgo de que la restitución del niño o niña lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de otra manera ponga al menor en una situación intolerable; y, c) cuando el niño o niña se opone a su retorno, resultando apropiado tener en cuenta su opinión.” En el análisis jurisdiccional que sustenta esta investigación se determina que de acuerdo a la casuística la interpretación que se haga debe de ser sistemática en cuanto a la estructura, es decir considerar la norma interna, los principios y el derecho internacional, y ponderada en la medida que la interpretación intelectual del juzgador haga el balance de los principios que se convergen en el proceso.

8. En el análisis de casos relativo a la aplicación de la CH de 1980, la interpretación sistemática y ponderada es la que los tribunales aplican para dar salida a los conflictos planteados, las sentencias analizadas de los Estados de Nicaragua, Colombia, Argentina, Uruguay, México y Costa Rica en la que, se identifica la tendencia de la excepción que más se opone, relativa al grave riesgo argumentando la violencia intrafamiliar y riesgo que corre los niños y niñas justo con la progenitora, en resguardo al derecho a la vida y su integridad, siendo estos derechos fundamentales consagrados en la CDN, compromete a los Estados a interpretar de forma actualizada, flexible y coherente a los intereses de resguardar los Derechos del niño o niña, según la doctrina de protección integral y de la cual yo suscribo para estos tipos de procesos por ser la que se ajusta al contexto actualidad responde a las necesidades de los niños y niñas como titulares del Derecho.
9. La excepción 13 b. del CH de 1980 fue estudiada doctrinalmente desde la perspectiva infanticéntrica, y desde las fuentes derivadas que brinda el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General No. 13, la que clasifica los tipos de violencia que puede sufrir el niño, niña u adolescente como víctima de la sustracción o retención ilícita. La investigación en este punto ameritó que se estudiase cada causal de violencia desde la clasificación que hace el inciso (b) del artículo en mención, identificando los motivos entramados que llevan al o la progenitora a cometer el hecho de sustracción o retención, la casuística devela la realidad que se vive por cada niño o niña que pasa por ese desarraigo de manera abrupta, que muchas veces conlleva la desparentalización de éste para con su otro progenitor y familiares extensivos. La interpretación jurisdiccional coadyuva a identificar la veracidad de lo argumentado versus la garantía del interés superior del niño o niña, la defensa independiente para éste es medular, por la naturaleza del conflicto que se ventila, la decisión que se tome tiene que nacer de la interpretación sistemática y ponderada por estar en riesgo la vida y la integridad física y psicológica de los menores de edad. En este caso es contundente que la interpretación restrictiva para estos casos no procede, pues se quedaría diminuta la decisión de la autoridad judicial. Teniendo el deber los Estados partes de la CDN de ajustar sus normativas para garantizar con prevalencia y primordialidad el desarrollo integral de los niños y niñas.
10. La interpretación ponderada ubicada dentro de la corriente neo-liberal o post-positivismo, responde a los desafíos que plantean los conflictos parentales transfronterizos en los que existe divergencia entre el derecho adultista de los progenitores y el derecho de la niñez, esta interpretación es aplicada con mayor frecuencia en los Tribunales Internacionales que auditarían el actuar interno de la justicia de los Estados partes, que aplicación la interpretación lineal o restrictiva apegada a la letra de la ley, tal como lo propone la HCCH. En los casos de sustracción internacional colisionan el principio de coparentalidad de los padres en el ejercicio de la Custodia y el principio de interés superior del niño, lo que deriva en controversias que motivan la oposición al retorno inmediato de los sustraído o

retenidos ilícitamente, haciendo uso la parte opositora de las excepciones establecidas en los artículos 12, 13 y 20 de la Convención de Sustracción. La propuesta de interpretación de HCCH, no se encuentra adecuada y en armonía con la doctrina de desarrollo integral del niño fundada en la Convención sobre los Derechos del Niño. El conflicto que genera la sustracción internacional en este escenario debe ser resuelto con la aplicación de la interpretación ponderada que otorga mayor valor a uno de los principios en este caso de los más vulnerables – la niñez - sin que con ello desvanezca las atribuciones de los progenitores, siendo interpretada desde la perspectiva infantocéntrica tal a como mandata la doctrina de protección integral, ya que los derechos involucrados pertenecen de forma directa al niño o niña. La oficina de Derecho Internacional Privado mantiene en la actualidad la misma postura según lo sugiere en la Guía de Buenas Prácticas VI (2020), protegiendo siempre a los adultos mediante posturas de criterios en favor de los progenitores y no de los derechos de la niñez, lo que entra en controversia con el compromiso que adquirieron los Estados partes de la CDN conforme lo mandatado en el artículo 4 que ordena que los Estados deben de decretar todas las medidas que sean necesarias para garantizar el mayor interés de los niños. Excepto algunos países como Nicaragua, Colombia y México que han adecuado su Constitución Política inclusiva en favor de la niñez y resguardando de forma prevalente y privilegia los derechos de estos.

11. En el artículo 13 (c) de la CH de 1980, garantiza el derecho a la participación del niño o niña en el proceso de sustracción, lo que constituye un antecedente significativo al derecho de ser oído que recoge posteriormente la CDN como uno de sus postulados, desde la perspectiva de la HCCH, los indicadores para valorar la expresión de los niños son el grado de madurez y la edad, estos se mantiene en la GBP VI, (2020) sin embargo, la doctrina, la normativa adecuada a la doctrina de protección integral así como, la tendencia jurisprudencial latinoamericana, han creado un conjunto de indicadores más allá de los dos antes mencionados, que amplían los parámetros de valoración desde los diferentes aspectos que incide en la vida del niño o niña, entre ellos se encuentran el sentido de pertinencia, realidad, factores endógenos y exógenos que inciden de manera directa en la expresión del niño o niña ante tribunales o autoridades administrativas. Por su parte el Comité sobre los Derechos del Niño en las observaciones 12 y 14, relativas a la escucha del niño y el interés superior presenta una guía de buenas prácticas que se debe de tomar en consideración para garantizar este derecho, parte de la información que se le tiene que dar al niño, la explicación del alcance de su participación y como esta será valorada en la sentencia. En el análisis jurisdiccional se observa la enunciación de la participación de estos de forma directa ante el judicial o de forma indirecta ante quien delega este para escucharle, sin embargo, en la motivación de la sentencia son pocas las que desarrollan la valoración más allá de los indicadores de edad y grado de madurez, lo que deriva en una motivación escasa a la luz de los Derechos humanos de los niños.

12. La HCCH, ha expresado desde el origen de la CH de 1980 hasta la actual GBP VI, que la interpretación a las excepciones que contempla el artículo 13 de la Convención sea interpretado de forma restrictiva, se demostró mediante esta investigación que la aplicación restrictiva en los derechos involucrados en la sustracción o retención, no obedece a los estándares de derechos humanos o a los cambios de la hermenéutica jurídica, tal a como lo expresa Jaramillo (2020), al referir que la interpretación restrictiva desde la perspectiva de los derechos humanos ha entrado en desuso, ya que, el análisis de los derechos humanos no pueden interpretarse como excepción sino que, desde la norma general y eso implica la actualización de la hermenéutica de forma tal que, debe de adecuarse a establecer la interpretación sistemática que involucre el análisis de todos los derechos contemplados en relación al conflicto y su juicio intelectual debe de dar una salida ponderada. La tendencia es los conflictos que involucra Derechos Humanos de la niñez debe ser interpretada desde el análisis de la casuista ponderando los derechos y principios en conflictos entre los progenitores y el derecho del niño o niña. Esta postura es sostenida por Carbonell, Atienza y Cruz, así como la tendencia jurisdiccional internacional la que motiva desde el análisis ponderado, Colombia, Costa Rica, Nicaragua y España. Criterio con el cual observo es el más adecuado a la perspectiva humanista, conforme lo establece la doctrina de protección integral que nace de la CDN, a los fines de conseguir una resolución que atienda al mejor interés de los niños y niñas y no a los intereses de las personas adultas. Coincidiendo con Kemelmajer (2014), cuando expone que: “los derechos humanos contenidos en la Convención y en ello las autoridades juegan un papel crucial para que los derechos de los sustraídos o retenidos ilícitamente cobren vida” esta postura también es sostenido por Bellof (2017).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abboud Castillo, N.L. (2016). *El cuidado Compartido. Especial referencia al Derecho nicaragüense. Tesis inédita de doctorado.* (Facultad de Derecho. Universidad de la Habana). Cuba.
- Abboud N. (2016). *Estudio introductorio al Código de Familia de Nicaragua, 1ra. Edición, Ed. Investigaciones y publicaciones jurídicas.* Universidad Centroamericana, Managua.
- Abboud N. (2017). *El acuerdo sobre cuidado personal de los/as hijos/as.* Temas de debate. Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. No. 79. mayo 2017.
- Acosta Betancourt, M.L. (2016). *De la Doctrina de la Situación Irregular a la Protección Integral: una aproximación crítica a los cambios en la orientación de la atención pública a la infancia y la adolescencia en Uruguay.* (Tesis inédita de Licenciatura). Universidad de la Republica, Uruguay.
- Alarcón Palacio, Y. (2011). *Constitucionalismo y Garantismo en los Derechos de la Infancia y la Adolescencia colombiana.* Universitas. (No. 122). 363-394. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n122/n122a13.pdf>

- Aráuz Henríquez M. (2016). *Informe de estadísticas aplicación Convenio de Sustracción Internacional*. Juez de Enlace. Corte Suprema de Justicia. Nicaragua.
- Asamblea General. (1989). *Convenio sobre los Derechos del Niño*. Resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989.
- Asamblea Legislativa de la República del Salvador. (2009). Decreto Legislativo No. 839 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Publicado en *La Gaceta Diario Oficial* No. 68, Tomo 383 de fecha 16 de abril de 2009.
- Asamblea Nacional. (1998). Ley No. 287. Código de la Niñez y la Adolescencia. Publicado en *La Gaceta Diario Oficial* No. 97. Del 27 de mayo de 1998. Nicaragua.
- Asamblea Nacional. (2011). Ley No. 761. Ley de Migración y Extranjería de Nicaragua. Publicado en *La Gaceta Diario Oficial* No. 125 y 126, del 6 y 7 de Julio de 2011.
- Asamblea Nacional. (2012). Decreto No. 31-2012 de la Ley No. 761. Ley de Migración y Extranjería de Nicaragua. Publicado en *La Gaceta Diario Oficial* No.184, 185 y 186, del 27 y 28 de septiembre y 01 de octubre de 2012.
- Asamblea Nacional. (2014). Constitución Política de la Republica de Nicaragua 1987, con sus reformas Incorporadas. Publicado en *La Gaceta Diario Oficial* No. 32, del 18 de febrero de 2014. Nicaragua.
- Asamblea Nacional. (2014). Ley No. 870. Código de Familia. Publicado en *La Gaceta Diario Oficial* No. 190 del 8 de octubre del 2014. Nicaragua.
- Atienza, M. (2014). *Una Filosofía del Derecho para el Mundo Latino Otra Vuelta a la Tuerca*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. (No.37), ISSN: 0214-8676. 299-318. España.
- Atienza, M. (2017). *Diálogo sobre Neoconstitucionalismo*. Entrevistado por Miguel Carbonell. Centro de Estudio Carbonell. Recuperado de: <https://youtu.be/290IshxeYlw>
- Bellof, M. (2017). *Modelo de Protección Integral de los Derechos del Niño y de la situación irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar*. Justicia y derechos del niño. No. 1. Chile.
- Benavidez, D. (2017). *De las Excepciones en los Proceso de Sustracción Internacional*. Diplomado de Restitución Internacional. Videoconferencia, presentado en el Instituto de Altos Estudios Judiciales, Aula Virtual, Managua, Nicaragua.
- Blanco, J. & Santacruz, R. (2012). *Sustracción InterParental de Menores: Una Forma de Violación de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescente*. Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencia Sociales, ISN 1794-600X, Vol. 5. (No.5), 191-205, Recuperado en: <file:///C:/Users/TOSHIBA/Downloads/Dialnet-SustraccionInterparentalDeMenores-5167635.pdf>
- Borrillo, D. (2017). *La Contractualización de los Vínculos de Familia*. Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. (79), 2. Buenos Aires, Argentina.

- Caamiña Domínguez, C. (2016). *El Interés Superior del Menor: La Integración en el nuevo ambiente*. Cuadernos de Derecho Transnacional. Vol. 8, No. 2, pp. 77-91. octubre 2016. ISSN: 1989-4570. Recuperado: www.uc3.es/cdt-
- Cantoral Domínguez, K., & López Muñoz, Z. (2018). *El Interés Superior del Niño como Principio rector de la Políticas Públicas en México: Función Justificativa y Directiva*. Revista Latinoamericana en Derechos Humanos. Vol. 29. (No. 1), Recuperado de: <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/10757/13448>
- Cañadas, M. (2018). *La Incidencia de la Violencia de Genero en la Sustracción Internacional de Menores*. Ponencia en VII Congreso del observatorio contra la violencia doméstica y de género. Recuperado en: <https://www.google.com>
- Castells, P. (2013). *El hijo de padres separados*. *Pediatría Integral*. Recuperado de: https://www.pediatraintegral.es/numeros_anteriores/publicación.
- Castro, M.A, Comunicación personal, 20 de junio de 2019.
- Carbonell, M. (Ed.). (2008). *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*. Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad. Quito, Ecuador. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/25613.pdf>
- Carbonell, M. (2017). *¿Qué es el test de proporcionalidad?* Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A. C. Recuperado de: <https://youtu.be/uUKclNvYFs>
- Carbonell, M. (2020). *Clase abierta: Teoría general de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A. C. Recuperado de: https://youtu.be/9npi_kIA-Ro
- Cardona, J., Comunicación Personal, 25 de octubre de 2019.
- Cardona, J. (2013). *El interés superior del niño, principio y fin del sistema de protección infantil*. Miembro del Comité de derechos del niño de la ONU. Conferencia. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=6RIIYOtOuK8>
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 18 de diciembre 2000. Recuperada de: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf
- Chávez- Fernández Postigo, J. (2019). *El enfoque argumentativo de Manuel Atienza y la teoría estándar, dos problemas y un ensayo de solución*. Problema anuario de filosofía y teoría del Derecho. (No.13). Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872019000100129&lng=es&nrm=iso
- Cillero, M. (s.f). *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado de: http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf
- Cillero, M. (s.f). *Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Principios*. Recuperado de: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/explotacion_sexual/Lectura4.Infancia.DD.pdf

Código civil y comercial de la Nación. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Presidencia de la Nación*. Argentina. Aprobado por ley 26.994 Promulgado según decreto 1795/2014. Infojus 2014.

Código de Familia de Costa Rica. Ley NO. 5476 del 21 de diciembre de 1973. Publicado en Alcance No. 20 *la Gaceta Diario Oficial*, No. 24 del 5 de febrero de 1974. www.tse.go.cr

Código de Familia de El Salvador. *Asamblea Legislativa de El Salvador*. Decreto No. 677. Publicado el 13 de diciembre de 1993. Diario Oficial No. 321. Última modificación con fecha 09 de febrero del 2017.

Código de la Familia de la República de Panamá. Ley No. 3, del 17 de mayo de 1994. Publicada en *la Gaceta Oficial* No. 22.591 del 1 de agosto de 1994. Congreso Nacional.

CONF/ ASAM (1989). *Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*. Reunión: cuarta conferencia. Del 15 de Julio de 1989. Uruguay.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. *Estadísticas del Convenio de La Haya sobre sustracción*. Reunión de Jueces de La Haya y Autoridades Centrales. México. 2011. Presentación María Mayela Celis Aguilar.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. *Proyecto de guía de buenas prácticas sobre el artículo 13 (1) (B) de la Convención de Sustracción de menores*. Recuperado de <https://assets.hcch.net/docs/13a63e16-fdf4-488b-9368-123c96cdcf67.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. No. 5. Niños y Niñas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-17/2002*, del 28 de agosto del 2002.

Corte Suprema de Justicia (2015). *Acuerdo de Corte Plena No. 107*. Circulares sobre el Código de Familia. 30 de octubre del 2015. Nicaragua.

Corte Suprema de Justicia. (2015) *Protocolo de actuaciones para la aplicación de las normas internacionales en materia de sustracción y restitución internacional de niños, niñas y adolescentes en el ámbito del Derecho de Familia*. Nicaragua.

Corte Suprema de Justicia. (2017). *Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas y grupos en condiciones de vulnerabilidad y el Protocolo de Actuación Judicial para casos de violencia de genero contra las mujeres*. Cumbre Iberoamericana. Acuerdo de Corte Plena 6 de noviembre 2015. Managua, Nicaragua.

Corte Suprema de Justicia de Nicaragua Sala Civil. Sentencia de las once y diez minutos de la mañana de veinticuatro de octubre de 2017.

Corte Suprema de Justicia de Colombia Sala de Casación Civil. *Sentencia STC9528-2017*, con fecha del 5 de julio del año 2017.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero 2017. Recuperada de: www.diputados.gob.mx › Leyes Federales de México

Cruz Barney, O. (2015). *El Constitucionalismo Mexicano en el Siglo XIX*. Entrevistado por Miguel Carbonell. Centro de Estudio Carbonell. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=ZcHwxchVy3k>

Cruz Parceró, J.A. (2013). *La Ponderación entre Derechos Fundamentales, comentario*. IJ-UNAM. Recuperado de: <https://youtu.be/afN-LWYbhgE>

Diccionario Hispanoamericano de Derecho Tomo I. (2008). Bogotá (21 ed.).

Diccionario Hispanoamericano de Derecho Tomo II. (2008). Bogotá (21 ed.).

Dreyzin de Klor, A. (2013). *Restitución Internacional de Niñas y Niños*. Derecho de visitas. San José C.R.: Ed. Jurídica Continental.

Fiscalía General del Estado España. Circular 6/2015, *Sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores*. Recuperado en: [www.cvca.es>upbads>2017/03>sustracción_internacional_menores](http://www.cvca.es/upbads/2017/03/sustraccion_internacional_menores)

Forcada, J. (2011). *Capítulo XIII Derecho del Niño a ser oído*. En Tenorio Godínez, L. & Tagle, G. (Coord.). (2011). *La Restitución Internacional de la Niñez*. México: Editorial Porrúa.

Forcada, J. (2017). *Comunicaciones Judiciales Directas y Cooperación Jurídica Internacional. Una propuesta de guía práctica española para casos específicos a la luz de los trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*. (Tesis inédita de doctorado) Universidad Nacional de Educación a Distancia. España. Recuperado: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=125557> http://espacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:ED-Pg-DeryCSoc-Fjforcada/FORCADA_MIRANDA_Franciscojavier_tesis.pdf

Foro Parlamentario por la Infancia de la República Argentina. (2012). *V Congreso Mundial por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*. San Juan. Recuperado: Vcongresoinfancia.sanjuan.gov.ar. Argentina.

García Méndez, E. (s.f). *La Legislación de Menores En América Latina: Una Doctrina en Situación Irregular*. Recuperado en: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/La_legislacion_de_menores.pdf

García Méndez, E. (1994). *Derecho de la Infancia- Adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral*. Ediciones Forum Pacis. Santa Fe de Bogotá, Colombia.

Goicoechea, I. (2008). *Derecho Procesal de Familia y Funcionamiento de Convenios Internacionales*. En Kielmanovich, J.L. & Benavidez, D. (Comps.). (2008). *Derecho Procesal de Familia*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental

Goicoechea, I. (2011). *Prologo: Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*. En Tenorio Godínez, L. & Tagle de Ferreyra, G. (Coords.). (2011). *La Restitución Internacional de la Niñez*. Argentina: Editorial Porrúa.

- Goicoechea, I. (2014). *Restitución Internacional de Menores*. I Congreso Centroamericano de Derecho de Familia. Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Costa Rica. INDACAT. Hague Conference. <http://www.indacat.com/index.cfm>
- Goicoechea, I. (2017). *Convención de Sustracción Internacional*. Ponencia presentada en el Instituto de Altos Estudios Judiciales, Aula Virtual, Managua, Nicaragua.
- González Martín, N. (2011). *Convivencia Paterno-Materno Filial en el Panorama Internacional: Un acercamiento en torno a la sustracción de menores, alienación parental y mediación familiar Internacional*. En *Alienación Parental*. Comisión Nacional de Derechos Humanos. ISBN: 978-607-8211-22-7. México.
- González Contró, M. (2013). *Derechos de niñas, niños y Adolescentes*. Instituto de Investigación Jurídica, Corte Suprema de Justicia de la Nación. México. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3567/29.pdf>
- González Tascon, M. (2019). *Medidas legislativas de prevención de la sustracción parental de menores*. En Monge Fernández A. *La Sustracción Internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*. Bosch editores. Barcelona. Recuperado: https://books.google.com.ni/books/about/La_sustracción_internacional_de_menores.html?id=mgeXDwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onep
- HCCH. (1980). *Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*; publicada el 25 de octubre de 1980, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fc5ac5.html>
- HCCH. (1996). *Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*; publicada el 19 de octubre de 1996, disponible en esta dirección: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/Instrumentos.nsf/d9e9b7b996023769062578b80075d821/8b5ae83ea7f5dc21062582ba00705116?OpenDocument#:~:text=%22%22Convenio%20de%20la%20Haya%20de,protecci%C3%B3n%20de%20los%20ni%C3%BIos%22%22>
- Herrera, M. (2015). *Manual de Derechos de las familias*. Abelardo Perrot. ISBN 978-950-202-680-0
- Herrera, M. (2016). *El interés superior del niño*. Doctora especialista en Temas de Familia. Docente Universitaria de la Universidad de Buenos Aires. Conferencia. Recuperado de UBA www.youtube.com
- Herrera, M. (2017). *Interpretación de la Teorías de Capacidad Progresiva, Ponderativa y Racionalidad en Materia de Familia*. Videoconferencia presentada en el Instituto de Altos Estudios Judiciales, Aula Virtual, Managua, Nicaragua.
- Jaramillo, J. I., Comunicación Personal, 26 de febrero de 2020.
- Juzgado Cuarto Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua. *Sentencia No 169*. De las dos y cuarenta y ocho minutos de la tarde de diecisiete de mayo de 2019. Nicaragua.

Juzgado de Distrito de Familia de Matagalpa, Circunscripción Norte, *Sentencia No. 075-2017* de la once y treinta y dos minutos de la mañana del veintidós de mayo de 2017.

Juzgado de Distrito de Familia del departamento de Matagalpa Circunscripción Norte. *Sentencia No. 350-2018*, de las nueve y quince minutos de la mañana de 14 de noviembre de 2018. Nicaragua.

Juzgado Segundo de Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua. *Sentencia No. 726-2014*, de las cuatro y veintidós minutos de la tarde de veintidós de octubre de 2014. Nicaragua.

Juzgado Décimo Segundo de Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua. *Sentencia No. 88-2018*, de las once y cuatro minutos de la mañana de dos de mayo de 2018. Nicaragua.

Juzgado Local Civil y de Familia por ministerio de ley, del municipio de El Sauce, departamento de León, Circunscripción de Occidente. *Sentencia No. 25-2019*, de las once y dos minutos de la mañana de 09 de mayo de 2019. Nicaragua.

Juzgado Local Civil y de Familia por ministerio de ley, del municipio de El Sauce, departamento de León, Circunscripción de Occidente. *Sentencia No. 08-2018*, de las cuatro y treinta y cinco minutos de la tarde de diecinueve de febrero de 2018. Nicaragua.

Juzgado Local Único de Palacaguina Departamento de Madriz de la Circunscripción Las Segovias. *Sentencia No. 12-2017* de las diez y veinte minutos de la mañana de dieciséis de mayo de 2017.

Juzgado Local Único del Municipio de San Isidro, departamento de Matagalpa, Circunscripción Norte. *Sentencia No.34-19* de las doce y treinta y tres minutos de la tarde de ocho de abril de 2019. Nicaragua.

Juzgado Primero de Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua. *Sentencia No. 150-2019* de las ocho y diecisiete minutos de la mañana de veintiséis de julio de 2019. Nicaragua.

Juzgado Sexto de Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua. *Sentencia No. 068-2017* de las ocho y cuatro minutos de la mañana de veinticuatro de marzo de 2017. Managua.

Juzgado Tercero de Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua. *Sentencia No. 123-2018* de las once y ocho minutos de la mañana de treinta y uno de mayo de 2019. Nicaragua.

Juzgado de Familia, de Niñez y Adolescencia. San José. *Sentencia No. 397-2017* de las catorce horas y cuarenta y dos minutos de veintiséis de octubre de 2017. Costa Rica.

Juzgado de Familia, de Niñez y Adolescencia. San José. *Sentencia No. 397-2017* de las catorce horas y cuarenta y dos minutos de veintiséis de octubre de 2017. Costa Rica.

Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia de San José Costa Rica. *Sentencia No. 379-2018* a las trece cero ocho minutos de dieciséis de agosto de 2018.

Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia de San José Costa Rica. *Sentencia No. 327-2018* a las trece y treinta y tres minutos de veintiséis de julio de 2018.

Kemelmajer, A.C. (2014). *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y Derecho de Familia*. XII Congreso Jurídico Nacional, Colegio de Abogados San José Costa Rica. Recuperado en: <https://www.youtube.com/watch?v=HeO9IMF1dAw>

Kemelmajer (2015). *Derechos de la Familia adolescencia y niñez una mirada crítica y contemporánea*. Argentina. Editorial: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. ISBN: 978-987-3720-05-5, recuperado en: <http://www.saij.gob.ar/derecho-familias-infancia-adolescencia-una-mirada-critica-contemporanea-version-actualizada-modificaciones-introducidas-codigo-civil-comercial-nacion-ministerio-justicia-derechos-humanos-nacion-lb000173-2015-07/123456789-0abc-defg-g37-1000blsorbil>

Kemelmajer, A.C. (2016). *Principio de Autonomía Progresiva*. Conferencia. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=iH5R9878Zmg>

Kielmanovich, J.L., & Benavides, D. (Comp.). (2008). *Derecho Procesal de Familia. Tras las premisas de su teoría general*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

La Haya. (2012). Oficina Permanente de la conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya. *Lineamientos emergentes, relativos al desarrollo de la red internacional de jueces de La Haya y de principios generales sobre comunicaciones judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las comunicaciones judiciales directas en casos específicos, en el contexto de la red internacional de Jueces de La Haya*. Julio 2012.

Lepin Molina, C. (2014). *Los Nuevos Principios del Derechos de Familia*. Revista Chilena de Derecho Privado. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000200001

Ley de Procedimiento para la aplicación de los convenios sobre restitución internacional de niños, niñas y adolescentes y régimen de visitas o contacto internacional. Ley No. 10419. Sancionada el 21 de diciembre de 2016. Publicada en B.O el 27 de enero de 2017. Córdoba Argentina.

Londoño Salazar, J., Comunicación Personal, 25 de octubre de 2019.

MacDonald, A. (2019, noviembre). *Reunión de experto en protección y restitución internacional de niños en la Corte Suprema*. Conferencia presentada por la Comisión Nacional de Acceso a Justicia, Argentina. Recuperada de: <https://youtu.be/CqHMMUkbPTA>

Melendo, T. (2010). *Persona, personalidad y libertad*. En *Metafísica y Persona*. Filosofía, conocimiento y vida. Enero-julio de 2010, núm. 3, versión impresa, ISSN: 2007-9669, Puebla, pp. 83-105; versión digital, ISSN: 1989-4996, Málaga; www.metyper.com

Melendo, T. (2013). *El ser humano: desarrollo y plenitud*. Madrid: Ediciones internacionales universitarias- Upaep, 2013, 398 pp., ISBN: 978-84-8469-318-5 Recuperado www.esposiblelaesperanza.com

Moro, M. (2017). *Defiende elaborar Protocolo de Actuación en los supuestos de Sustracción. Populares del Congreso*. Recuperado en: <http://www.gppopular.es/170314/moro-pp-defiende-elaborar-protocolo-actuación-los-supuestos-sustracción->

Muñiz Fernández, A. (2019). *Restitución del menor, declaración de ilicitud del traslado y competencia judicial internacional*. Comentario al auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 19 de abril de 2018. Cuaderno de Derecho Transnacional. Vol. 11, No.1, pp. 863-869. Recuperado: <https://doi.org/10.20318/edt.2019.4661>

Naciones Unidas (ONU), *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963)*, 23 abril 1963, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5bd791df4.html>

Nicolino, M. (2021). Restitución Internacional de Menores: Miradas dispares. En Grossman, C.P., Kemelmajer de Carlucci, A. & Herrera, M (Dirs.), *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Argentina: Abeledo Perrot.

Nicolino, M. (2021). Restitución Internacional de Niños Proyecto Familiar, Violencia contra la Mujer, Imposición Unilateral de Violencia. En Grossman, C.P., Kemelmajer de Carlucci, A. & Herrera, M (Dirs.), *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Argentina: Abeledo Perrot.

ONU: Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 noviembre 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577, p. 3, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/50ac92492.html>

ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N° 20 (2016): sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia*, 6 de diciembre 2016. (CRC/C/GC/20), disponible en esta dirección: <http://www.cideni.org/wp-content/uploads/2019/01/Compendio-de-Observaciones-Generales-del-Comite%CC%81-de-los-Derechos-del-Nin%CC%83o-CIDENI.pdf>

ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N° 13 (2011): Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, 18 de abril 2011. CRC/C/GC/13, disponible en esta dirección: <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, 29 mayo 2013, CRC /C/GC/14, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/51ef9aa14.html>

ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado*, 20 de Julio de 2009, CRC/C/GC/12, disponible en esta dirección: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532#:~:text=El%20art%C3%ADculo%2012%20de%20la,edad%20y%20madurez%20del%20ni%C3%BIo>.

ONU: *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer “La Cedaw”*, 18 de Diciembre de 1979, disponible en esta dirección: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

- ONU: Convenio de la Haya, *sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, 25 de octubre de 1980, disponible en esta dirección: https://www.oas.org/dil/esp/Convenio_de_la_Haya_sobre_los_Aspectos_Civiles_de_la_Sustraccion_Internacional_de_Menores.pdf
- Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem do Para"*, Brasil, 9 de junio 1994, disponible en esta dirección: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/Instrumentos.nsf/d9e9b7b996023769062578b80075d821/c3b3cb5276475fdc062573ec0057b452?OpenDocument>
- Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*, 22 noviembre 1969, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>
- Organización de los Estados Americanos (OEA), *Comisión Interamericana De Derechos Humanos, Resolución 26/2017*, 27 de Julio de 2017, disponible en esta dirección: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2017/26-17MC356-16-AR.pdf>
- Parlamento europeo. (2019). *Coordinadora para los derechos del niño*. Recuperado de: <http://www.europarl.europa.eu/at-your-service/es/be-heard/coordinator-on-children-rights/for-professionals>
- Planiol, M. & Riplet, G. (1997). *Sección Segunda: Patria Potestas*. Clásicos del Derecho: Derecho Civil. (Vol. 8, pp. 255-273). México: Editorial Mexicana, ISBN 968-6242-18-4.
- Pereyra Borisov, S. (2018). *La Responsabilidad Parental en la Protección, Formación y Desarrollo de los Hijos*. Universidad Nacional del Chaco Austral. Argentina.
- Pérez, L. (2017). *Restitución Parcial del Ejercicio de la Capacidad Jurídica y Establecimiento de apoyos en función de Asistencia: La inédita solución, para Cuba, del Tribunal Supremo que abre las puertas a la aplicación directa del Artículo 12 de la CDPC* (Comentarios a la Sentencia Nro. 752 del 30 de septiembre de 2016 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo)*. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. No. 79. mayo 2017.
- Pérez L. (2015). *Temas de derecho notarial, (con especial referencia al derecho nicaragüense)*. Editorial SENICSA, 1ª. Edición. Managua Nicaragua.
- Pérez, M. (2013). *El entorno familiar y los derechos de las niñas y los niños y los adolescentes. Una aproximación*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. No. 138. Septiembre – diciembre 2013 pp. 1151-1168. Recuperado. <http://biblio-juridicas.unam.mx>
- Pérez, M. (2017). *Comunicaciones Judiciales Directas: Ordenes Espejos*. Ponencia presentada en el Instituto de Altos Estudios Judiciales, Aula Virtual, Managua, Nicaragua.
- Pérez, P. E, Comunicación Personal, 25 de octubre de 2019.
- Pérez-Vera, E. (1982) *Informe Explicativo del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. Recuperado de: https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/2195_d_Informe_expl

icativo_del_Convenio_sobre_los_Aspectos_Civiles_de_la_Sustracci%C3%B3n_Internacio
nal_de_Menores.pdf.

Reig Fabado, I. (2018). *El traslado ilícito de menores en la Unión Europea. Retorno vs violencia familiar o doméstica*. Cuaderno de Derecho Transnacional. Vol. 10, No. 1, pp. 610 y 619. ISSN: 1989-4570- www.uc3m.es/edt-DOI:https://doi.org/1020318/cdt.2018.4142

Reig Fabado, I. (2019). *La Construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores*. Cuaderno de Derecho Transnacional. Vol. II, No. 1, pp. 877-888. ISSN: 1989-4570. Recuperado en: www.uc3m.es/edt-DOI:https://doi.org/1020318/edt.2019.4663

Revila, L. (2019). *La sustracción Internacional de Menores: Aspectos Teóricos Prácticos*. En Monge A. *La Sustracción Internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*. ISBN digital: 978-84-949922-0-9 Recuperado en: <https://books.google.com.ni/books?id=mgeXDn>

Sedano, J. (2016). *Niñez, Dignidad y Derechos Humanos en el Contexto Globalizado*. Conceptualizando el Principio del Interés Superior. Manuscrito en Preparación.

Sedano, J. (2017). *El principio de Interés Superior del Niño y su aplicación. El círculo virtuoso entre lo global y lo glocal*. Hacia el ámbito del Derecho Familiar. Colección de Derechos y Ciencias Sociales. Temas Selectos. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Universidad Autónoma de Morelos. ISBN: 978-607-9287-28-3

Sentencia de CIDH, 16 de noviembre de 2009. *Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*.

Sentencia de CIDH, 18 de septiembre de 2003. *Caso Bulacio Vs. Argentina*.

Sentencia de CIDH, 19 de noviembre de 1999. *Caso “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*.

Sentencia de CIDH, 24 de febrero de 2012. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*.

Simón, F. (2013). *Interés superior del menor: Técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*. (Tesis inédita de doctorado). Universidad de Salamanca. España.

Suprema Corte de Justicia de la Nación México. (2018). *Patria Potestad. Temas Selectos de Derecho Familiar*. Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis V. Serie LCKGF480. ISBN 978-607-468-857-1.

Tagle, G. (2011). *Capítulo XI Excepciones en el convenio de la Haya y la convención interamericana de Montevideo*. En Tenorio Godínez, L. & Tagle, G. (Coord.). (2011). *La Restitución Internacional de la Niñez*. México: Editorial Porrúa. (pp. 219-236).

Trejos, G., Ramírez, M., & Benavidez, D. (2010). *Derecho de la Familia*. Editorial Juricentro 1ª. Ed. Costa Rica.

Taleno, S.E., Comunicación Personal, 20 de junio de 2019.

- Taleno, S. (2021). *Interés Superior del Niño, Niña y Adolescentes en los Procesos de Justicia Familiar y Autonomía Progresiva*. En Corte Suprema de Justicia de Nicaragua. (Comp.). Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes desde el Enfoque Multidisciplinar. (pp.24- 31) Managua, Nicaragua.
- Tellechea Bergman, E. & Trecca, D. (2017). *Convenio Relativo a la Competencia, Ley Aplicable, Reconocimiento, Ejecución y Cooperación en Materia de Protección de Niños, Ley 18.535*. Revista uruguaya de Derecho Internacional Privado, ISSN: 1510-0960. (No.9), 147-189, Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6518895>
- Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno. Montevideo. IUE: 0002-031922/2016 Dictada el veintidós de diciembre de 2016. Ministra redactor: Dra. María Lilian Bendahan Silvera. Uruguay.
- Tribunal de Familia de Costa Rica. *Resolución No. 00112-2013*. 05 de febrero de 2013.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia dictada el 26 de noviembre del 2013. Recuperado de: Incadat: HC/E/LV 1234
- Tribunal Santa Fe Colegiado de instancia única de Familia No. 5, sentencia de veinte de octubre de 2017. pp 8-13
- Tribunal Supremo de los Estado Unidos, *Caso Abbot Vs Abbot*. 17 de mayo de 2010.
- Tribunal Supremo de Elecciones Normativas. (1998). Ley No. 7739. Código de la Niñez y Adolescencia. Publicado en *La Gaceta* No. 26 del 6 de febrero de 1998. Recuperado de: www.tse.go.cr
- Tomás, G., I. (s.f). *Mediación en Sustracción de Menores*, Escuela Judicial Española. Recuperada en:
- Ulloa, F. (2016). *Violencia Familiar y su impacto sobre el niño*. Revista Chilena de Pediatría. No. 4. Pp. 183-187. Recuperado en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rcp/ucp/u67n4/art.06.pdf>
- UNICEF: *Violencia doméstica contra la infancia*. Recuperado de: https://www.unicef.org/spanish/sowc07/docs/sowc07_panel2_1_sp.pdf
- UNICEF: *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*. Recuperado de: <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>
- Vilalta, A. E, (2017). *La mediación en sustracción internacional de menores conferencia en el marco del Día Europeo de la Mediación*. IDP. Revista de Internet, Derecho y Política. Núm. 24, mayo 2017. Pp.96-98. Universitat Oberta de Catalunya. E-ISSN: 1699-8154. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=78850913010>
- Villabella, C. (2016). *El Derecho Constitucional Familiar en Europa y América Latina*. Derecho Familiar Constitucional. Grupo Editorial Mariel S.C.

XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. (2008). *100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad*. (4 al 6 de marzo de 2008). Disponible en esta dirección: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

XVII Cumbre Judicial Iberoamericana. (2014). *Protocolo Iberoamericano Sobre Cooperación Judicial Internacional*, (2 al 4 de abril 2014), Disponible en esta dirección: <https://www.pj.gov.py/images/contenido/cumbre/protocolo-iberoamericano-coop-internac.pdf>