

VOTO CONCURRENTE FORMULA EL SEÑOR MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA EN EL JUICIO DE AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 4833/2016.

En sesión de 21 de junio de 2017, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que la condición migratoria ilegal de un progenitor no supone en sí misma un grave riesgo para los intereses del niño, de modo que no es una circunstancia que actualice la excepción a la restitución prevista en el artículo 13 inciso b), de la Convención de la Haya Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. En ese orden de ideas, los Ministros que integramos la Primera Sala decidimos confirmar la sentencia emitida por el tribunal colegiado y por lo tanto negar el amparo al quejoso.

A pesar del pleno respeto que me merecen las consideraciones de mis compañeros Ministros, considero que en el caso era innecesario examinar en abstracto si el carácter migratorio de uno de los progenitores genera un grave riesgo para un niño. A mi juicio, debimos de haber atendido a los precedentes de la Primera Sala conforme a los cuales las excepciones a la restitución deben ser probadas por quien sustrae al menor. En esa línea, esta Sala no debía actuar oficiosamente, en tanto le correspondía al padre probar la situación migratoria ilegal de la madre y, además, que esa calidad actualizaba un grave riesgo para el niño.

I. La opinión mayoritaria

En el caso, la madre de dos niñas otorgó al progenitor la guarda y custodia temporal de sus hijas mientras estaba de viaje, con la condición

de que recuperaría la custodia al regresar a Estados Unidos. Sin embargo, al volver fue informada de que el progenitor las había llevado a México. A petición de la madre, un juez ordenó la restitución inmediata de las niñas a su residencia habitual en Estados Unidos, pero el demandado se opuso argumentando —entre otras cosas— que la condición de indocumentada en la que se ubica la madre es una circunstancia que coloca en grave riesgo a las niñas, por lo que debe negarse la restitución.

En la resolución que emitimos, se estableció que la sola condición migratoria ilegal del progenitor solicitante de la restitución es insuficiente para negarla, atendiendo a dos razones:

En primer lugar, se indicó que la posible situación en que se ponga al menor a raíz del carácter migratorio de su madre no entraña la gravedad necesaria, pues no se coloca al infante en un peligro físico o psíquico o en una situación intolerable.

En segundo lugar, se anotó que una eventual situación de vulnerabilidad del solicitante de la restitución, derivada de su condición migratoria, tendría que ser planteada ante los jueces del lugar de residencia del menor para que se pondere si ello incide en la conveniencia de que la custodia sea ejercida por ese progenitor. Lo anterior, dado que las cuestiones de guarda y custodia corresponde resolverlas a las autoridades jurisdiccionales del país de residencia habitual.

De acuerdo con lo anterior, la resolución que adoptamos establece que la condición migratoria del solicitante de la restitución cuando no es residente legal en el país de residencia habitual del menor no es causa para actualizar una excepción extraordinaria a la restitución.

II. Razones del disenso

Como lo adelanté, coincido en que en el caso efectivamente procedía la restitución internacional de las niñas, pues se acreditó que su progenitor las sustrajo ilegalmente. Sin embargo, me parece inapropiado efectuar un estudio en abstracto de si la condición migratoria de una persona supone un grave riesgo para los intereses de un niño.

Desde mi punto de vista dicho estudio requeriría de hacer un examen material y no meramente formal, esto es, no tomando en cuenta exclusivamente la ausencia de los documentos migratorios requeridos y la condición ilegal resultante, sino examinando cuidadosamente el contexto y las circunstancias del progenitor solicitante, para determinar si suponen un peligro físico o psicológico para el menor. En esa medida, considero que dicha determinación es *contexto-dependiente*, y no puede reducirse a una observación formal sobre el carácter migratorio en el plano meramente legal.

En su lugar, como indiqué previamente, estimo que debían considerarse los precedentes de la Primera Sala en los que hemos

establecido que las excepciones a la restitución deben ser probadas por quien las alega.¹ Así, en consonancia con el propósito del Convenio de la Haya, cuando un niño es sustraído ilícitamente de su residencia habitual debe entenderse que su mejor interés se ubica en su inmediata restitución al ambiente del que fue sustraído, por lo que las excepciones deben ser acreditadas por quien se oponga a dicho estado de cosas. En ese sentido, era innecesario efectuar una interpretación del artículo 13, inciso b), de la Convención respecto al carácter migratorio de quien solicita la restitución, como se hace en la resolución.

Por lo tanto, dado que en el presente caso no se demostró la calidad de indocumentada de la madre, considero que fue inapropiado realizar el análisis de dicha excepción, pues implicaría actuar de oficio en un caso en que la carga de la prueba corresponde al progenitor que se opone a la restitución.

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

No obstante, coincidí con mis compañeros Ministros en confirmar la procedencia de la restitución internacional de las menores con su madre —quien reside en Estados Unidos—, aunque no en razón de que su calidad migratoria no actualice un riesgo, sino simplemente debido a que el padre no probó que se actualizara alguna excepción a la restitución inmediata. Es por ello que voté a favor del sentido, pero por consideraciones diversas.

MINISTRO

ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA

LA SECRETARIA DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA

LIC. MARÍA DE LOS ÁNGELES GUTIÉRREZ GATICA

AMIO/MOCS

