

**SOLICITUD DE EJERCICIO DE LA
FACULTAD DE ATRACCIÓN 128/2009
SOLICITANTE: MINISTRO ARTURO
ZALDÍVAR LELO DE LARREA.**

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MINISTRO ARTURO
ZALDIVAR LELO DE LARREA, Y AL QUE SE ADHIERE LA
MINISTRA OLGA MARÍA SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA
VILLEGAS, RELATIVO A LAS CONSIDERACIONES
SUSTENTADAS EN LA SOLICITUD DE EJERCICIO DE LA
FACULTAD DE ATRACCIÓN 128/2009**

En sesión de tres de marzo de dos mil diez, la mayoría de los señores ministros de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvieron la solicitud de ejercicio de la facultad de atracción 128/2009, en el sentido de no ejercerla.

Conforme a la mayoría, el asunto respecto del cual se solicitaba se ejerciese la facultad de atracción no cumplía con los requisitos de importancia y trascendencia. Lo anterior en virtud de que la materia del asunto consistía en determinar la legalidad o ilegalidad de un sobreseimiento dictado por un juez federal, lo que –a su juicio- no satisface los requisitos de importancia y trascendencia. Aunado a lo anterior, la mayoría señaló que un juicio no puede ser procedente cuando los derechos de un menor se encuentran

involucrados, y no serlo cuando una persona adulta sea quien recurra, pues ello implicaría relativizar las reglas de procedencia del juicio de garantías.

A pesar del pleno respeto a la opinión de la mayoría, expresamos nuestra discrepancia por las siguientes razones.

Derivado de esta cuestión, si esta Primera Sala hubiera decidido ejercer la facultad de atracción, se hubiera visto en la necesidad de pronunciarse, entre muchas otras cuestiones que consideramos relevantes, sobre:

- La relevancia de la edad del menor para efectos de determinar la posibilidad de exceptuar el respeto a la garantía de audiencia, sustituyéndola a través de un tercero imparcial en el caso del procedimiento de restitución.
- La posibilidad de dotar al menor de una defensa jurídica imparcial y especializada cuando, como en el caso, exista un conflicto de intereses entre los padres. En relación con lo anterior, hubiera tenido que determinar qué tan factible resulta declarar un conflicto familiar en estado de cosa juzgada sin que el menor hubiera ejercido su garantía de audiencia.
- El impacto que en el proceso podría tener la doble nacionalidad que ostenta la menor.

- Si en atención al interés superior del menor, el tiempo transcurrido en una residencia debe tomarse en cuenta como una variante para exceptuar la obligación de restitución del menor a su antigua residencia, de acuerdo a la excepción prevista en el artículo 12 del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Ilegal de Menores.

Asimismo, como se señaló en su momento, la definición de estas cuestiones no resulta anecdótica. De acuerdo a las estadísticas registradas por la Secretaría de Relaciones Exteriores, de 2004 a 2009 se tienen registradas 1063 solicitudes de restitución de menores. Por esta razón, los efectos de la sentencia que hubiera dictado esta Primera Sala hubieran podido trascender del caso específico.

A juicio de la mayoría, el hecho de que la resolución controvertida tenga su origen en un acto de ejecución de sentencia de un juicio de amparo conlleva, necesaria e ineludiblemente, la aplicabilidad de la fracción II, del artículo 73 de la Ley de Amparo. Sin embargo, disentimos de dicha determinación y consideramos que la aplicabilidad directa de esa norma solo es *a priori*, por los siguientes motivos.

Bien sabido es que las reglas procesales del juicio de amparo pueden encontrar excepciones no contenidas en el texto de dicha ley, principalmente cuando en un caso particular éstas se

encuentran en pugna con un principio constitucional. Atendiendo a lo anterior, consideramos que en este caso particular –sin realizar un estudio sobre el fondo- la causal de improcedencia invocada podría conllevar la violación de la garantía de audiencia consagrada en los artículos 14 y 16 constitucionales, en perjuicio de un tercero ajeno a juicio cuya sentencia se pretende ejecutar.

La garantía de audiencia implica que en todo proceso jurisdiccional que un sujeto resienta una afectación en su esfera jurídica –en sentido amplio–, éste debe de contar con la posibilidad de manifestar y defender libremente su propio interés. Lo anterior, es aplicable en todos los procedimientos jurisdiccionales y para todo individuo que se encuentre en los Estados Unidos Mexicanos, conforme a una interpretación sistemática de los artículos 1º, 14 y 16 constitucionales.

Por otra parte, el reconocimiento del interés superior de la niñez, como principio básico del orden jurídico mexicano, implica la obligación del Estado, en su totalidad, de considerar a los niños como entes con plena personalidad e intereses particulares, independientes y, en ocasiones, incluso divergentes de los de sus padres. Así, aunque la capacidad jurídica de los niños se encuentra limitada por su menor edad, el reconocimiento de su plena personalidad y la persecución de su interés superior puede conllevar la necesidad de que sus intereses sean representados en juicio por una persona distinta de su padre o su madre, más si

dichos progenitores sostienen posturas opuestas y excluyentes en el proceso.

Las consideraciones particulares del caso podrían configurar una excepción a la aplicabilidad de la norma contenida en el artículo 73, fracción II, de la Ley de Amparo, ya que se está en presencia de un tercero extraño a juicio, que resintió los efectos de la sentencia ajena sin haber tenido la posibilidad de expresar y defender su propio interés.

Por último, contrario a lo que parece expresar la opinión de la mayoría, el hecho de que el punto medular de un juicio que pudiera conocer esta Sala, haciendo uso de su facultad de atracción, versaré sobre la procedencia del juicio de garantías no es en sí mismo un motivo suficiente para descalificarle *a priori* por no satisfacer los requisitos constitucionales de importancia y trascendencia que esta facultad requiere.

La teleología del juicio de amparo es la de un control de constitucionalidad de los actos de autoridad que permita la plena defensa y prevalencia de los derecho fundamentales consagrados en la Constitución. Por tanto, la procedencia del juicio debe ser la regla general y las excepciones a la misma deben de encontrar sustento en el texto constitucional y no implicar una merma en los derechos de los ciudadanos. Si el amparo es el principal medio de

**SOLICITUD DE EJERCICIO DE LA FACULTAD DE ATRACCIÓN
128/2009**

defensa del ciudadano, su improcedencia no es una cuestión menor.

MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA

**MINISTRA OLGA MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ CORDERO
DE GARCÍA VILLEGAS**

JMYG