

VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL SEÑOR MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA, EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 1564/2015.

En sesión celebrada el dos de diciembre de dos mil quince, los Ministros de la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvimos un asunto que implicaba determinar si la existencia de un procedimiento penal por la comisión del delito de violencia familiar, es una circunstancia suficiente para que se actualice la excepción a la restitución internacional de un menor, consistente en que se le coloque en riesgo de daño físico o psíquico de ser restituido.

I. La opinión mayoritaria

Los Ministros de la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación coincidimos en que, partiendo del interés superior del menor que tutela a las niñas y los niños en asuntos en los que se involucren sus derechos, el Tribunal Colegiado estaba obligado a realizar cualquier interpretación que el caso exigiera para garantizar el mejor interés de los menores.

En este sentido, coincidimos en que el Tribunal Colegiado debió de haber ponderado si, a pesar del principio de presunción de inocencia, la mera existencia de una denuncia penal por la comisión de un delito era *suficiente* para que se actualice la excepción prevista por el artículo 13 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.¹

¹ **Artículo 13.** No obstante lo dispuesto en el Artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra

Al respecto, y partiendo de que la presunción de inocencia también se refleja en procedimientos del orden civil, establecimos que no es suficiente con la mera existencia de un procedimiento penal para concluir en automático que restituir a los menores con su padre los colocará en riesgo de un daño. Asimismo, toda vez que este supuesto es de carácter excepcional, señalamos que su actualización debe probarse fehacientemente.

En este orden de ideas, la resolución no desconoce que atendiendo al interés superior del menor el juzgador está obligado a tomar en consideración la existencia de un proceso penal, pero se precisó que ello debe hacerse ponderando el tipo de delito que se le imputa a quien solicita la restitución, y qué trascendencia podría tener que eventualmente se determine la culpabilidad del solicitante sobre los menores.

En este aspecto, la sentencia dispone que si bien el juzgador no puede decidir con base en una situación meramente hipotética, sí puede comunicar tal situación a la autoridad requirente, a fin de que al momento de la restitución se tomen las providencias necesarias para proteger de manera efectiva al menor.

que: a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro 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 su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones. Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente Artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.

Finalmente, respecto a que el Tribunal Colegiado estimó que la solicitud de restitución no estaba debidamente justificada, la resolución aprobada por la Primera Sala advierte que para que dicho requisito se cumpla es suficiente con explicar la causa de pedir, circunstancia que efectivamente ocurrió.

Ante tal panorama, la resolución revoca la sentencia recurrida y ordena la devolución de los autos al Tribunal Colegiado para que emita una nueva sentencia y determine si se actualiza el supuesto de excepción previsto por el artículo 13 de la Convención de la Haya, tomando en cuenta los lineamientos de la ejecutoria.

II. Razones del disenso.

En este asunto comparto el sentido de la resolución y parte de las consideraciones. Coincido en que la mera existencia de un proceso penal es insuficiente para determinar si los menores se encuentran en algún riesgo que actualice la excepción a la restitución del infante. Con todo, me parece que puede afirmarse exactamente lo mismo respecto del *tipo penal* del cual se trate: no es un elemento que permita acreditar un riesgo para el menor por sí mismo.

Sin embargo, en el estudio se acota que el juzgador debe ponderar el tipo delictivo que se imputa al padre del menor para determinar si existe un riesgo para el niño que impida su restitución inmediata. Por esa razón me veo en la necesidad formular el presente voto concurrente, a fin de explicar mis diferencias con el estudio del asunto.

VOTO CONCURRENTENTE EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 1564/2015

Desde mi punto de vista, es únicamente a través de una valoración integral de todo el material probatorio que el juzgador debe y puede determinar si las circunstancias del caso permiten concluir que la decisión de restituir al menor supone un riesgo para su integridad física o emocional.

En efecto, de conformidad con lo que establecimos en esta Primera Sala al resolver amparos directos en revisión 4465/2014 y 151/2015, el interés superior del menor se ubica generalmente en la restitución del niño al ambiente del que ha sido sustraído. Por tanto, quien se niegue a la restitución de un menor debe demostrar fehacientemente que se actualiza alguna de las excepciones previstas por la Convención de la Haya.

En esta lógica, así como la mera existencia de un proceso penal no ofrece ningún indicio *per sé* para determinar si los menores están en peligro físico o psíquico, nos parece que el tipo penal del que se trate también es insuficiente. Estimo que sólo a partir de la totalidad de las pruebas que obren o sean desahogadas en el proceso civil puede determinarse si se verifica o no un riesgo para los menores.

Asimismo, si consideramos desde esta instancia que la única prueba con base en la cual se negó la restitución es insuficiente *por sí misma* para demostrar que hay un riesgo para los menores —esto es, el proceso penal en contra del padre solicitante—, entonces los efectos deben acotarse para que, si el Tribunal Colegiado no encuentra otra prueba que acredite fehacientemente este riesgo, o no llega a dicha conclusión valorando la totalidad de las pruebas, ordene la restitución del menor. Ello, atendiendo a que de acuerdo con los

criterios de esta Primera Sala, el interés superior del niño se encuentra generalmente en su restitución inmediata.

A mi juicio, estas consideraciones debieron haber sido tomadas en cuenta en el estudio y resolución del asunto.

MINISTRO

ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA

EL SECRETARIO DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA

LIC. JUAN JOSÉ RUIZ CARREÓN

AMIO/MOCS