

VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL SEÑOR MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA, EN EL AMPARO DIRECTO 9/2016

En sesión celebrada el 6 de septiembre de 2017, la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió un asunto que versaba sobre la interpretación de las excepciones a la regla de restitución inmediata contenidas en la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

En el caso, una madre reclamaba la restitución internacional de su hija, la cual fue sustraída ilegalmente de Estados Unidos de América por el padre. En *primera instancia se negó la restitución* de la menor a su país de origen al estimar que la niña se encontraba integrada a su nuevo medio familiar, y que su madre no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que la niña fue trasladada a México. El *tribunal de alzada revocó el fallo* y ordenó la restitución inmediata de la menor. Inconforme, el padre promovió juicio de amparo el cual fue atraído por esta Primera Sala.

La propuesta mayoritaria consistió en que la niña debía ser restituida a su país de origen, pues el padre sustractor no había acreditado ninguna de las excepciones a la regla de restitución inmediata. Si bien, comparto esta conclusión, difiero de la construcción argumentativa al evaluar las excepciones en el caso. Me explico:

No ejercicio efectivo del derecho de custodia

La sentencia concluyó que no se actualizaba la excepción relacionada con el *no ejercicio efectivo del derecho de custodia* de la madre respecto de su hija, ya que el progenitor, al ser el sustractor, tenía la carga de acreditar la excepción que alegaba. No obstante, no aportó ninguna prueba enderezada a demostrar que la madre al momento en que sustrajo a la niña de Estados Unidos de América no ejercía

efectivamente el derecho de custodia, resultaba inviable evaluar la excepción.

En principio consideró que la excepción contenida en el artículo 13 (a) de la Convención de la Haya,¹ contiene un supuesto similar al que establece en el artículo 3 (b) de la misma Convención,² pues en ambos preceptos se exige el ejercicio efectivo de la custodia y lo que cambia entre ambos preceptos es la carga de la prueba, pues mientras las excepciones del artículo 13 deben ser acreditadas por el sustractor, el requisito del artículo 3 lo debe mostrar el solicitante.³

En ese sentido, considero que el *ejercicio efectivo de la custodia* en el caso concreto, se encontraba relacionado con la detentación de hecho de la custodia, y no a si ésta se realizó adecuadamente.⁴ Así, las afirmaciones que hace el tribunal colegiado respecto al incumplimiento de los deberes de cuidado debían analizarse bajo los lineamientos del artículo 3 (b) de la Convención de la Haya y no en la excepción contenida en el 13 (a).

Oposición de la niña a ser restituida

La sentencia concluyó que no se cumplieron los requisitos de oposición de la menor a la restitución debido a que: a) la menor tenía 4 años por lo que no tenía la madurez suficiente; y b) la menor pudo haber sido aleccionada. Si bien comparto esta conclusión no estoy de acuerdo con la forma en la que se evalúa la objeción de la niña.

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 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

² Artículo 3. El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

(...)

b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

³ Puntos 73 y 74 del Informe Explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vera, de la Conferencia de la Haya en Derecho Internacional Privado. *The Chief Executive of the Department for Courts for R. v. P.*, Court of Appeal, New Zealand, 20 September 1999. [Referencia INCADAT HC/E/NZ 304]

⁴ Amparo directo en revisión 29/2016.

Considero que la excepción prevista en el artículo 13(2) no implica analizar de forma genérica cuál es la capacidad del menor para formarse una opinión madura *en general*; más bien, se trata de hacer una evaluación *específica* acerca de si el menor ha alcanzado un nivel de desarrollo en el cual, frente a la cuestión de si objeta regresar a su país de residencia, **aquél pueda otorgar una respuesta confiable que no dependa exclusivamente del instinto, sino que esté influenciada por un discernimiento maduro sobre las implicaciones de la decisión para su mejor interés en el corto, mediano y largo plazo.**⁵

En ese sentido, primero, se ha determinado que el juzgador sólo debe considerar las objeciones que vayan *más allá* de una mera preferencia o de un deseo ordinario;⁶ es decir, se debe tratar de una oposición consistente y sólida por parte del menor en contra del regreso a su país de residencia habitual.⁷

Ahora bien, *¿cómo debe evaluarse esta objeción?* El derecho comparado da cuenta de que no existe una edad fija para considerar válida la oposición de una niña o niño,⁸ sino que debe estudiarse en el caso cuál es el peso concreto que merece su opinión, en razón del grado de madurez del infante.⁹ En términos generales, se recomienda la opinión de un psicólogo infantil para determinar la seriedad de su oposición.¹⁰ En cualquier caso, diversos tribunales coinciden en que mientras más cerca se encuentra el menor de los 16 años, la probabilidad de madurez es mayor.¹¹

Por otra parte, es importante tomar en cuenta que las opiniones del menor probablemente estén influenciadas por alguno de los

⁵ Re T. (Abduction: Child's Objections to Return) [2000] 2 F.L.R. 192, Corte de Apelaciones, División Civil, Cortes Reales de Justicia, Reino Unido – Inglaterra y Gales, 18 de abril del 2000.

⁶ H.Z. v. State Central Authority [2006] Fam CA 466, INCADAT: HC/E/AU [876](#).

⁷ Blondin v. Dubois, 238 F.3d 153 (2d Cir. 2001) INCADAT cite: HC/E/USf [585](#)

⁸ Escobar v. Flores 183 Cal. App. 4th 737 (2010), [INCADAT cite: HC/E/USs [1026](#)]

⁹ 4 UF 223/98, Oberlandesgericht Düsseldorf, cita INCADAT: HC/E/DE [820](#).

¹⁰ Tribunal Federal Constitucional de Alemania, 2 BvR 1206/98, sentencia de 29 de octubre de 1998.

¹¹ 5P.1/2005 /bnm, Bundesgericht, II. Zivilabteilung (Tribunal Fédéral, 2ème Chambre Civile), [INCADAT cite: HC/E/CH [795](#)]; 5P.3/2007 /bnm, Bundesgericht, II. Zivilabteilung, [INCADAT cite: HC/E/CH [894](#)].

progenitores, y difícilmente serán del todo independientes. Así, debe distinguirse entre las objeciones que pueden ser resultado de una manipulación, y aquellas que no lo son.¹² Con todo, algunos tribunales han reconocido que es casi imposible que el menor esté libre de influencia, por lo que también es útil analizar si se trata de una influencia positiva o negativa para sus intereses.¹³

Asimismo, el peso específico que se le otorga a la objeción del menor también puede ser modulado según las peculiaridades de la relación entre el niño y sus progenitores; por ejemplo, tomando en cuenta si el menor ha compartido un largo período de tiempo con el sustractor, y si ha experimentado una desconexión total respecto del progenitor solicitante.¹⁴

Así, para discernir y examinar el peso de la voluntad del menor, podría ser de mayor utilidad evaluar lo siguientes aspectos específicos:¹⁵

- a. ¿La edad y el grado de madurez mental del menor son suficientes para tomar en cuenta su opinión?
- b. ¿Cuál es la perspectiva propia del menor de lo que son sus mejores intereses a corto, mediano y largo plazo?
- c. ¿En qué medida las razones para la objeción están basadas en la realidad, o el menor podría considerar razonablemente que están fundadas en la realidad?
- d. ¿En qué medida las opiniones del menor han estado sujetas a una influencia indebida?

¹² .1/2005 /bnm, Bundesgericht II. Zivilabteilung (Tribunal Fédéral, 2ème Chambre Civile), [Cita INCADAT: HC/E/CH 795]

¹³ Robinson v. Robinson, 983 F. Supp. 1339 (D. Colo. 1997) [Cita INCADAT: HC/E/USf 128].

¹⁴ CA Bordeaux, 19 janvier 2007, No 06/002739 [Cita INCADAT: HC/E/FR 947].

¹⁵ Estas cuestiones forman parte de una metodología más amplia elaborada por los tribunales ingleses para examinar de forma objetiva la oposición de un menor a la restitución. Ver: Re T. (Abduction: Child's Objections to Return) [2000] 2 F.L.R. 192, Corte de Apelaciones, División Civil, Cortes Reales de Justicia, Reino Unido – Inglaterra y Gales, 18 de abril del 2000.

- e. ¿En qué medida las objeciones se verán aplacadas con la restitución o con la separación del padre o madre que lo sustrajo?
- f. ¿En qué medida la opinión del menor coincide o se opone a otras consideraciones relevantes para el interés y bienestar del menor?

Bajo dicho estándar, considero que era esencial matizar el cuarto elemento de la sentencia sobre la opinión del menor porque se establecen reglas concluyentes que podrían menoscabar la discrecionalidad judicial con la que cuenta el juzgador si se actualiza alguna de las excepciones de la Convención. En efecto, nos parece que la objeción del menor no da lugar en automático a *negar* la restitución, sino que activa la facultad discrecional del juzgador para decidir si niega la restitución o no. En este **punto puede examinarse integralmente si las opiniones del menor se contraponen a otras consideraciones de bienestar o factores perjudiciales para los intereses de la niña o niño.**¹⁶ Así, no se trata de un modelo de decisión judicial rígido, sino de una decisión flexible por parte del juez en la que debe ponderar todas las circunstancias pertinentes.

MINISTRO

ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA.

¹⁶ Véase, por ejemplo: *Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody)* [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288 [Cita INCADAT: HC/E/UKe [937](#)].