

VOTO CONCURRENTE QUE FORMULA EL SEÑOR MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA, EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 6293/2016

En sesión celebrada el 24 de mayo de 2017, la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió un asunto que versaba sobre la restitución internacional de dos menores de edad.

En específico, se planteó a esta Primera Sala resolver cuáles son los elementos que deben de ser evaluados en los casos en que se alegan como excepciones a la regla de restitución inmediata, a saber: la oposición del menor a la restitución y la actualización de un grave riesgo, contenidas en el inciso b) del artículo 13 de la Convención de la Haya.¹

Si bien comparto la propuesta de la mayoría, esto es, que se acreditó la excepción a la regla de restitución inmediata, difiero de la interpretación de la “situación de riesgo cuando se separan a los hermanos” y de la “oposición del menor”; así como su aplicación al caso concreto. Para exponer lo anterior, indicaré brevemente los antecedentes del asunto, las consideraciones de la mayoría y, finalmente, mis razones de disenso.

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:

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.

I. Contexto del asunto

En este asunto un padre reclamó la restitución internacional de sus menores hijos (dos varones que nacieron en 2002 y 2008), los cuales fueron sustraídos ilegalmente de Alicante, España por la madre.

En primera instancia, cuando los niños tenían 13 y 7 años, se negó la restitución, porque la Juez consideró que se actualizaba la oposición de los menores a su restitución contenida en el inciso b) del artículo 13 de la Convención de la Haya.

En contra de dicha determinación, el progenitor promovió juicio de amparo en el que alegó la incorrecta interpretación y acreditación de la excepción a la regla de restitución inmediata, porque consideró que la opinión de los menores, respecto de su retorno o no, debía ser evaluada en función de su edad y madurez.

El Tribunal Colegiado negó el amparo al considerar acreditada la excepción a la regla de restitución inmediata. El órgano colegiado concluyó que respecto del niño mayor —quien contaba con 14 años cuando se emitió sentencia— debía tomarse como determinante su oposición de regresar a España, debido a su edad y madurez al tomar esta decisión; y respecto al niño menor —quien contaba con 8 años cuando se emitió la sentencia— indicó que a pesar de no tomarse en cuenta su oposición a la restitución debido a su edad, la separación de su hermano y de su madre, sí le causaría un daño muy grave a su integridad emocional de ordenarse la restitución.

El progenitor interpuso recurso de revisión argumentando que el riesgo a que se refiere el artículo 13 de la Convención de la Haya, no puede ser indeterminado, hipotético o de carácter general, sino que es necesario que existan indicios que soporten esa presunción. Así, no se advierte que el retorno de sus hijos los exponga a un grave riesgo.

VOTO CONCURRENTENTE EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 6293/2016.

La cuestión que debía resolver esta Sala consistía en determinar si fue correcta la interpretación del órgano colegiado de las excepciones a la regla de restitución inmediata, contenidas en el artículo 13 de la Convención de la Haya, consistentes en: la oposición del menor a ser restituido y la actualización del grave riesgo derivado de separar a los hermanos.

II. La opinión mayoritaria.

La mayoría de los Ministros concluyó que se acreditó la excepción a la regla de restitución inmediata, sólo respecto a la oposición de los menores y no respecto al grave riesgo derivado de separar a los hermanos. Esta determinación se fundamentó en la siguiente interpretación del grave riesgo y de la oposición del menor en el caso concreto:

Interpretación de la excepción de *riesgo*. La sentencia determinó que en términos de la Convención de La Haya, el *riesgo* alegado debe ser serio, real, actual y directo y deberá estar plenamente probado.

Esta Primera Sala explicó que el requisito de *seriedad del riesgo* se concreta en la calificación de los hechos o situaciones de los que se alega se desprende el riesgo; siendo entonces que tales hechos o situaciones deben ser susceptibles de calificarse como serios y/o preocupantes. Por su parte, la *realidad del riesgo*, es la relación lógica entre el hecho o situación alegados como generadores del riesgo y la probabilidad de ocurrencia de las consecuencias lesivas [que se quiere evitar que ocurran o se repitan] al alegar el riesgo. Por lo que hace al requisito de *actualidad del riesgo*, se determinó que este se refiere a la exigencia de demostrar que las consecuencias lesivas [que se quiere evitar que ocurran o se repitan] acaecerán de manera inminente. Finalmente, a la cualidad de que el riesgo sea *directo*, consisten en que las consecuencias lesivas [que se quiere evitar que ocurran o se repitan] deben afectar directamente a la niña o niño cuya restitución se quiere evitar.

VOTO CONCURRENTENTE EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 6293/2016.

Con tales elementos, la sentencia concluyó que la interpretación del órgano colegiado consistente en que: *separar a los menores actualizaba una situación de riesgo, suficiente para negar la restitución*, era incorrecta, porque la restitución en sí misma puede generar un impacto en la estabilidad e integridad psicológica de un menor sustraído ilícitamente, pero una interpretación que justifique la existencia de un riesgo exclusivamente con el hecho mismo de la restitución al lugar de residencia habitual, desnaturalizaría el propio objeto y fin del Convenio.

Así, se consideró que en el caso no se acreditó un riesgo serio, real, actual y directo que pueda poner en un grave peligro físico o psíquico a los menores.

Interpretación de la oposición de los menores a ser restituidos.

La sentencia adujo que de acuerdo los amparos directos en revisión 903/2014 y 4102/2015, cuando un menor se oponga válidamente a su propia restitución, dicha opinión debe ser valorada por las autoridades judiciales de manera rigurosa y en el marco de la totalidad de los hechos y pruebas que obren en el expediente.

Para llevar a cabo dicha evaluación, la mayoría de los Ministros consideró necesario verificar los siguientes pasos: (i) identificar la edad y grado de madurez; (ii) analizar si por algún medio los menores ha manifestado su deseo de permanecer en el país; (iii) analizar si el citado deseo fue expresado libremente por el menor sin algún tipo de manipulación; y (iv) de resultar que en efecto la niña o el niño, han expresado, sin manipulación alguna, su deseo de permanecer en el país, verificar si dicha permanencia podría resultar nociva.

Al evaluar el caso concreto bajo los lineamientos antes expuestos, la sentencia concluyó que los menores sí contaban con la edad y madurez suficientes para manifestar su opinión sobre no querer regresar a España al

VOTO CONCURRENTENTE EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 6293/2016.

lado de su padre; que esta opinión no se encontraba manipulada y que del contenido del material probatorio no se advierte efecto nocivo alguno derivado de la permanencia de los dos niños en México.

En conclusión, esta Primera Sala determinó que en el caso no se acreditó la alegada excepción de riesgo, pero que sí **se actualizaba la excepción de oposición de los dos niños a ser restituidos**, por lo que debía subsistir la determinación de negar el amparo al padre.

III. Razones del disenso.

Aunque estoy a favor de que en el caso se acreditó la excepción a la regla de restitución inmediata, difiero de la evaluación de la situación de riesgo que enfrentarían los menores de ordenarse la restitución de uno sólo de ellos y del análisis de la oposición de los niños. Me explico:

1. Excepción de riesgo. Comparto la interpretación de que el riesgo debe ser serio, real, actual y directo y debe estar plenamente probado. Por lo tanto, es cierto que no cualquier afectación ni cualquier medida de riesgo justifica negar la restitución.

Sin embargo, consideró que no puede excluirse de manera genérica un escenario que se considere actualiza una situación de riesgo, sino que el juzgador debe evaluar si dicha circunstancia efectivamente es equiparable a una “situación intolerable” que actualice un riesgo serio, real, actual y directo.

En razón de ello, la separación que puede producirse entre hermanos, al avalarse la restitución de uno de ellos y no respecto del otro, no puede ser excluida *per se* sino que el juzgador debe evaluar si dicho contexto generaría una situación *intolerable* para el bienestar de los

VOTO CONCURRENTENTE EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 6293/2016.

menores, derivada del quebrantamiento del lazo emocional que se *presume* tienen los hermanos.

Al respecto, esta Primera Sala, al resolver el *amparo directo en revisión 5669/2015* estableció que existe la presunción de los lazos emocionales que existe entre los hermanos. En el derecho comparado, en el caso ***Re T. (Abduction: Child's Objections to Return) [2000] 2 F.L.R. 192***, el Tribunal de apelaciones atendió a la voluntad de una hermana mayor (11 años) de no ser restituida, y con esa base se negó la restitución de la hermana menor (7 años) en razón del riesgo de separarlas. Puntualmente, se consideró que las hermanas habían vivido días difíciles juntas y que la hermana menor dependía emocionalmente de su hermana más grande en buena medida, por lo que la decisión de separarlas equivaldría a una situación "*intolerable*".² Asimismo, en el caso ***RG 98-17902***, el Tribunal de Casación de Francia, concluyó que se podría producir un grave riesgo de daño al avalar la separación de los hermanos.³

En ese sentido, considero que en el caso era viable evaluar si la separación de los hermanos podía desencadenar un evento **muy grave, al punto de intolerable que justificará que la excepción de grave riesgo.**

2. Oposición de los menores a ser restituidos. En mi opinión es posible elaborar un modelo específico para discernir cuál es la voluntad del menor y el peso que debe dársele. En este sentido, la excepción prevista en el artículo 13(2)(b) de la Convención de la Haya, 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**

² Re T. (Abduction: Child's Objections to Return) [2000] 2 F.L.R. 192 INCADAT: HC/E/UKe 270.

³ Cass. Civ 1ère, 22 juin 1999, No de RG 98-17902. INCADAT: HC/E/FR 498.

VOTO CONCURRENTENTE EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 6293/2016.

sobre las implicaciones de la decisión para su mejor interés en el corto, mediano y largo plazo.⁴

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;⁵ 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.⁶

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,⁷ sino que debe estudiarse en el caso cuál es el peso concreto que merece su opinión, en razón del grado de madurez del infante.⁸ En términos generales, se recomienda la opinión de un psicólogo infantil para determinar la seriedad de su oposición.⁹ 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.¹⁰

Por otra parte, es importante tomar en cuenta que las opiniones del menor probablemente estén influenciadas por alguno de los 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.¹¹ Con todo, algunos tribunales han reconocido que es casi imposible que el menor esté libre de influencia, por lo que también es útil

⁴ 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.

⁵ H.Z. v. State Central Authority [2006] Fam CA 466, INCADAT: HC/E/AU [876](#).

⁶ Blondin v. Dubois, 238 F.3d 153 (2d Cir. 2001) INCADAT cite: HC/E/USf 585]

⁷ Escobar v. Flores 183 Cal. App. 4th 737 (2010), [INCADAT cite: HC/E/USs 1026]

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

⁹ Tribunal Federal Constitucional de Alemania, 2 BvR 1206/98, sentencia de 29 de octubre de 1998.

¹⁰ 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](#).

¹¹ .1/2005 /bnm, Bundesgericht II. Zivilabteilung (Tribunal Fédéral, 2ème Chambre Civile), [Cita INCADAT: HC/E/CH 795]

VOTO CONCURRENTENTE EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 6293/2016.

analizar si se trata de una influencia positiva o negativa para sus intereses.¹²

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.¹³

Así, para discernir y examinar el peso de la voluntad del menor, podría ser de mayor utilidad evaluar lo siguientes aspectos específicos:¹⁴

- 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?
- e. ¿En qué medida las objeciones se verán aplacadas con la restitución o con la separación del padre o madre que lo sustrajo?

¹² Robinson v. Robinson, 983 F. Supp. 1339 (D. Colo. 1997) [Cita INCADAT: HC/E/USf 128].

¹³ CA Bordeaux, 19 janvier 2007, No 06/002739 [Cita INCADAT: HC/E/FR 947].

¹⁴ 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.

**VOTO CONCURRENTENTE EN EL
AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 6293/2016.**

- 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, consideró que no es la opinión del menor de 7 años lo que impide su restitución, sino el hecho que ello implicaría separarlo de su hermano, actualizándose así la excepción de grave riesgo contenida en el inciso b) del artículo 13 de la Convención de la Haya. Por tanto, comparto el sentido de la propuesta pero me aparto de las consideraciones, en los términos de lo que he manifestado.

MINISTRO

ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA.

AMIO/LNNR