

CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980

Avances y desafíos en materia de
restitución internacional
de niñas, niños y adolescentes

Gabriela Rodríguez Huerta
Sofía del Carmen Treviño Fernández
Coordinadoras



**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

ISBN 978-607-552-177-0

Primera edición: febrero de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Todos los artículos que la integran obtuvieron dictaminación positiva en doble ciego entre pares.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CAPÍTULO 6

Restitución o asilo: ¿disyuntiva entre obligaciones internacionales que protegen a la niñez en México?

Miguel Ángel Reyes Moncayo

Resumen

La protección de niñas, niños y adolescentes (NNA) es una prioridad para la comunidad internacional. Para ello, se han adoptado numerosos tratados e instrumentos internacionales que atienden su interés superior desde diferentes aristas. Una de éstas es la restitución inmediata de las NNA a su lugar de residencia habitual tras una sustracción o retención ilícitas; sin embargo, la prohibición de devolver a las NNA a lugares donde estén en riesgo su vida, seguridad y/o libertad es otro aspecto que debe considerarse. Las dos situaciones derivan de obligaciones internacionales del Estado mexicano, contienen postulados en apariencia opuestos, e involucran actores y operadores diferentes. Ante esa divergencia es necesaria una interpretación armónica de ambos marcos normativos. El presente trabajo busca brindar una guía hacia ese objetivo.

I. Introducción

Lya es una niña de seis años, nacida en el extranjero y que ha vivido toda su vida en su país. Tanto su padre como su madre son nacionales de ese Estado, y todas sus redes familiares se encuentran allá. Lya disfruta mucho asistir a la primaria pues, además de su excelente desempeño académico, toma clases de deportes y tiene muchos amigos. Aun cuando sus progenitores están divorciados desde hace cuatro años, Lya vive con su padre y mantiene convivencias frecuentes con su madre.

En un día como cualquier otro, su padre la despierta, le prepara el desayuno y salen de casa a la hora acostumbrada para ir al colegio. Lya nota que su padre lleva una maleta, pero no le da importancia. En vez de tomar el autobús de rutina, abordan un vehículo particular que no los lleva al colegio, sino al aeropuerto. A pesar de su corta edad, Lya sabe que la situación es extraña y empieza a llorar. Su padre le explica que todo está bien, y que se irán de vacaciones sorpresa a visitar a su tía paterna que vive en México.

Los días siguientes a su llegada a México, Lya escucha que su padre y su madre pelean por teléfono frecuentemente, y él le menciona a ella que jamás los volverá a ver. Lya siente miedo y tristeza. Las semanas pasan y Lya no puede comunicarse con su madre porque su padre se lo prohíbe. Además, casi no salen de casa.

Esta situación hipotética describe una sustracción internacional. Un traslado ilícito de un país a otro es potencialmente dañino para el niño o la niña involucrados, pues de manera súbita se le remueve del entorno en donde se desarrollaba y se le instala en otro que puede serle completamente ajeno. Para combatir ese fenómeno —que desafortunadamente ocurre con frecuencia— la comunidad internacional ha adoptado tratados internacionales. Los países que se vinculan a esos instrumentos se obligan

a que el niño o la niña sean devueltos de manera urgente al lugar de donde fueron sustraídos, con miras a restituirlos en el goce de sus derechos.

Regresando a nuestro caso hipotético, dos meses después de estar en México, el padre de Lya le explica que, por pertenecer a un grupo étnico y profesar una religión diferente, fue víctima de agresiones por parte de colectivos extremistas en su país de origen. Su padre presentó denuncias en su país pero, a pesar de ello, los ataques y la intimidación continuaron. Tres días antes de viajar a México, dos personas lo golpearon y amenazaron con quitarle la vida, mientras gritaban consignas racistas. El padre decidió huir con Lya a México, pues tiene mucho temor de que algo más grave pueda pasarles a ambos. El padre le explica que solicitó asilo en México para Lya y para él. Dos días después de esa charla, el padre es notificado por un actuario judicial de un procedimiento de restitución internacional, pues la madre está pidiendo que Lya regrese a su país.

El asilo es una institución jurídica de naturaleza pacífica, apolítica y con fines exclusivamente humanitarios que busca proteger a personas que salen de sus países de nacionalidad o de residencia habitual por causas particularmente graves. Al igual que ocurre con la restitución, la comunidad internacional ha adoptado tratados internacionales que protegen a las personas solicitantes de asilo. Uno de los principios elementales del derecho de los refugiados es la prohibición para devolver a la persona solicitante —de forma directa o indirecta— al lugar de donde viene huyendo, pues ello podría poner en riesgo su integridad física o, incluso, su vida.

El caso que se narra busca exponer el conflicto que puede surgir entre dos instituciones fuertemente arraigadas en el marco jurídico mexicano: la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, y el asilo. ¿Cuál debe seguirse? ¿Cómo puede cumplir el Estado mexicano su obligación de velar y cumplir con el principio del interés superior de la niñez? ¿Existe una solución general o debe atenderse casuísticamente?

El presente trabajo ofrecerá un panorama general sobre ambas figuras, exponiendo sus características, principios y regulación. Posteriormente, se expondrán tres casos de estudio, en los que tribunales de Canadá, Estados Unidos y Reino Unido han emitido resoluciones en controversias que confrontaron la restitución y el asilo. Finalmente, se ofrecerán algunos apuntes ante la posibilidad de que casos similares se presenten en México, tanto por su tradición de asilo como por fenómenos migratorios recientes.

Es importante considerar que este trabajo se enfoca en el niño, niña o adolescente (NNA) que pudieran estar inmersos en un conflicto entre la restitución y el asilo. Por ello, el marco jurídico relativo a la protección de este grupo merece una mención antes de adentrarnos en la restitución y el asilo.

La protección de las niñas, niños y adolescentes ha adquirido una notable importancia a nivel internacional y, como tal, se ha mantenido en constante evolución desde hace décadas.

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (AGONU) aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos [Resolución 217 A (III)]. Este documento, aun cuando se trate de *soft law*,¹ es clave porque reconoció por primera vez el conjunto de derechos humanos del que deben gozar todos los pueblos y naciones. De manera particular, su artículo 25(2) dispone que: "la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.

¹ "Desde la perspectiva de creación del Derecho, el término *soft law* es simplemente una descripción conveniente para una variedad de instrumentos no vinculantes legalmente, usados en las relaciones internacionales contemporáneas por Estados y organismos internacionales." (Evans, 2010, pp. 119-120). Existe un interesante criterio judicial sobre la aplicación del *soft law* en materia de derechos humanos en el marco jurídico mexicano. *Vid.* tesis: XXVII.3o.6 CS (10a.) "SOFT LAW". LOS CRITERIOS Y DIRECTRICES DESARROLLADOS POR ÓRGANOS INTERNACIONALES ENCARGADOS DE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SON ÚTILES PARA QUE LOS ESTADOS, EN LO INDIVIDUAL, GUÍEN LA PRÁCTICA Y MEJORAMIENTO DE SUS INSTITUCIONES ENCARGADAS DE VIGILAR, PROMOVER Y GARANTIZAR EL APEGO IRRESTRICTO A LOS DERECHOS HUMANOS. Marzo de 2015.

Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social."

Posteriormente, la AGONU adoptó la resolución 1386(IV) el 20 de noviembre de 1959, proclamando la Declaración de los Derechos del Niño.² La Declaración señala diez principios que, a su vez, contienen un catálogo de derechos de la niñez. Destaca que su preámbulo señala que: "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento", lo que evidencia un marcado enfoque tutelar.

El 20 de noviembre de 1989 se aprobó el texto de la Convención de los Derechos del Niño, primer instrumento jurídicamente vinculante en materia de derechos de la niñez. Es el tratado más ratificado de la historia³ y consta de 54 artículos que recopilan derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la niñez. Asimismo, establece un Comité encargado de vigilar su cumplimiento.

La principal aportación de la Convención es que reconoce que las niñas y niños son sujetos de derechos a partir de su carácter individual como persona —a diferencia del enfoque de protección por su falta de capacidad jurídica—, girando en torno a principios rectores como el interés superior de la niñez, la no discriminación, y la participación en la toma de decisiones que los afecten según su edad y madurez. La Convención se ha fortalecido con la adopción de tres protocolos facultativos: dos en el año 2000 (sobre participación en conflictos armados y sobre venta, prostitución y utilización en pornografía) y uno más en 2012 (procedimiento de comunicaciones para la presentación de quejas específicas ante el Comité de Derechos Humanos).

² Un antecedente inmediato de este instrumento es la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Sociedad de Naciones en 1924, que es considerada el primer documento que reconoce derechos específicos de la niñez.

³ 196 Estados parte al 20 de abril de 2020. Es notable que Estados Unidos firmó la Convención en 1995, pero no la ha ratificado.

El marco jurídico mexicano para la protección a la niñez también ha sido reforzado de manera notable en años recientes. Entre los pasos más destacables se encuentran, sin duda, la vinculación de México a la Convención sobre los Derechos del Niño⁴ y la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011,⁵ misma que permite que los derechos contenidos en ese tratado sean elevados a rango constitucional.

La incorporación de la protección a la niñez en el artículo 4o. constitucional amerita una mención aparte. Tras la declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de que 1979 sería el "Año Internacional del Niño", la protección de los derechos de la niñez se incorporó en dicho artículo el 18 de marzo de 1980⁶ y, posteriormente, se volvió a reformar el 7 de abril de 2000.⁷ Finalmente, tras la reforma del 12 de octubre de 2011, los tres párrafos del artículo 4o. se leen en la actualidad como sigue:

⁴ En México está en vigor desde el 21 de octubre de 1990. México también se ha vinculado a la Enmienda a la Convención, adoptada en Nueva York el 12 de diciembre de 1995; a su Protocolo Facultativo relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados y a su Protocolo Facultativo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía. El texto de todos los tratados y datos del trámite constitucional pueden consultarse en el buscador de tratados de la Secretaría de Relaciones Exteriores: «https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/consulta_nva.php» (fecha de consulta: 30 de abril de 2020).

⁵ Los aspectos más notables de la reforma son: 1) el concepto de "garantías individuales" se transforma a "derechos humanos"; 2) se reconoce el goce y protección de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales de los que sea parte el Estado mexicano; 3) la incorporación del principio *pro persona*, por lo que deberá adoptarse la interpretación o la norma más favorable para la persona involucrada; 4) la obligación de todas las autoridades para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, y 5) la obligación de investigar, sancionar y reparar violaciones a derechos humanos.

⁶ La reforma señalaba que: "es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La Ley determinará los apoyos a la protección de los menores de las instituciones públicas".

⁷ Esta reforma adicionó los siguientes tres párrafos: "Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de estos derechos. El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez."

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.⁸

Otro hito ocurrió el 4 de diciembre de 2014, fecha en que se publicó la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), la cual establece un marco regulatorio en los órdenes federal, estatal y municipal. La Ley igualmente reconoce a este sector de la población como titular de derechos, adoptando el enfoque más progresista en la materia. Asimismo, fortalece la capacidad institucional del Estado a través de la creación del Sistema Nacional de Protección Integral y de las procuradurías de protección a nivel estatal y federal.

Partiendo de lo anterior, será importante tener en cuenta que los enfoques indiferenciado y tutelar de la niñez han quedado rebasados, por lo que actualmente tenemos un enfoque de derechos, con la consecuente obligación del Estado de crear mecanismos adecuados que garanticen el acceso a tales derechos de manera progresiva e integral.⁹

⁸ El 6 de junio de 2019 se reformó el primer párrafo del artículo 4o., para señalar que: "la mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia". Dicha reforma tiene también un impacto, si bien indirecto, en la protección de la niñez.

⁹ Para conocer una visión del marco conceptual de la niñez y sus derechos fundamentales, con un enfoque particular en la sustracción, *Vid.* Colmenares Sánchez (2018, p. 29 y ss).

II. La restitución internacional de niñas, niños y adolescentes

Como se mencionó líneas arriba, la sustracción internacional es un fenómeno que pone en peligro a quienes la sufren y tiene el potencial de causarles graves daños físicos y psicológicos. El caso típico involucra a un padre y a una madre con posiciones opuestas, en el que uno de ellos es la parte sustractora y el otro la parte solicitante.

La sustracción implica que una persona (padre, madre o quien ejerza derechos de custodia de manera conjunta) traslada a un NNA del país donde tiene su residencia habitual, sin el consentimiento de la otra persona que ejerce la custodia, con el fin de asentarse en el nuevo país. Por otra parte, una retención ilícita implica que el traslado se realizó mediando acuerdo entre las partes sobre una temporalidad definida, pero el NNA ya no regresa al lugar de residencia habitual tras la expiración del periodo acordado.

Como puede observarse, el escenario "menos dañino" de una sustracción es que las niñas, niños y adolescentes, son separados súbitamente del entorno en donde vivían, desprendiéndolos de sus vínculos familiares, sociales y afectivos. Sin embargo, pueden presentarse situaciones más graves, en donde las víctimas viven permanentemente escondidas, en constante movilidad sin poderse asentar en alguna comunidad, con identidades y documentación falsas—incluyendo cambios de género— y sin acceso a educación u otros derechos básicos.

Con el fin de revertir esta situación, potencialmente gravosa para la niñez, la víctima debe ser restituida o retornada al lugar de residencia habitual en el menor tiempo posible. Para ello, la comunidad internacional ha adoptado tratados internacionales que buscan proteger a la niñez de los efectos perjudiciales que podría ocasionar un traslado o retención.

La *Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (en adelante, "la Convención de La Haya") fue adoptada el 24

de octubre de 1980, en el seno de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado. Actualmente, tiene 101 partes contratantes, incluyendo México, para quien está en vigor desde el 1.º de septiembre de 1991.¹⁰

México también es parte de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, adoptada en Montevideo, Uruguay, el 15 de julio de 1989. A la fecha, este tratado cuenta con 14 Estados parte y está en vigor para México desde el 4 de noviembre de 1994. No se abundará en este tratado, pues prácticamente la totalidad de los casos de restitución, entrantes y salientes de México, se tramitan conforme a la Convención de La Haya. Solo basta mencionar que, si bien existen algunas diferencias entre sus mecanismos de operación,¹¹ ambos tratados coinciden en el objetivo de combatir el traslado ilícito de niñas, niños y adolescentes, a través de un remedio expedito (*i.e.*, la inmediata restitución al lugar de residencia habitual) y no reconocerle consecuencias jurídicas a ese fenómeno.

El objetivo de la Convención de La Haya está expresamente señalado en el preámbulo, el cual es: "proteger al menor [...] de los efectos perjudiciales

¹⁰ La adhesión de nuevas partes contratantes no implica una entrada en vigor automática con todas las demás. De conformidad con el artículo 38 de la Convención de La Haya: "cualquier otro Estado podrá adherirse al Convenio [...] La adhesión tendrá efecto sólo para las relaciones entre el Estado que se adhiera y aquellos Estados contratantes que hayan declarado aceptar esta adhesión [...]". Con el fin de ampliar la red de protección a la niñez, en febrero de 2020 la Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior (autoridad central de México para fines de la Convención) detonó el proceso de aceptación de las adhesiones de los últimos ocho Estados que se vincularon al tratado: República de Filipinas, Estado Plurinacional de Bolivia, República Islámica de Pakistán, Jamaica, República Tunecina, República de Cuba, República Cooperativa de Guyana, Barbados. Siguiendo el periodo establecido en el artículo 38, la Convención entró en vigor entre México y esos países a partir del 1 de mayo de 2020. Es importante recordar que el primer párrafo del artículo 35 dispone que: "el presente Convenio sólo se aplicará entre los Estados contratantes en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados". La tabla completa de aceptación de adhesiones puede consultarse en el sitio especializado de la Conferencia de La Haya: «<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/publications1/?dtid=36&cid=24>» (fecha de consulta: 04 de mayo de 2020).

¹¹ *Cfr.*, por ejemplo, el plazo establecido en el artículo 11 de la Convención de La Haya para decidir el caso (seis semanas a partir de la fecha del inicio del procedimiento) con el señalado en el artículo 12 de la Convención Interamericana (8 días hábiles más sesenta días naturales).

que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual".

Para lograr este fin, el tratado señala en su artículo 1(a) y (b) que busca: "garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante", así como: "velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes" (HCCH, 1980). De forma más general, el tratado está diseñado para restablecer las cosas al estado en que se encontraban antes de la sustracción o retención ilícitas para disuadir la comisión de esos actos.

Dos de los elementos principales a considerar en un caso de restitución internacional se encuentran contenidos en los artículos 3 y 4 de la Convención. El primero de ellos se refiere a la ilicitud de la sustracción o de la retención, la cual ocurrirá:

- a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y
- 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. (HCCH, 1980, art. 3).

La Convención nos da un parámetro general sobre el concepto *derecho de custodia*, el cual "comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia" (HCCH, 1980, art. 5). Por otra parte, el artículo 4 indica que la Convención "se aplicará a todo menor [de 16 años] que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la

infracción de derechos de custodia". Sin embargo, el concepto de *residencia habitual* no se encuentra definido.

La guía que nos brinda el Informe Explicativo de la Convención sobre este último concepto es que se trata "del Estado en el que dichas relaciones [familiares] se desarrollaban antes del traslado" (Pérez-Vera, 1980, p. 17) y que "se entiende como un concepto de puro hecho que difiere en particular del concepto de domicilio." (Pérez-Vera, 1980, p. 9). Ante tal ambigüedad, podemos decir que se trata del lugar donde el niño o la niña realizaban sus actividades, con cierto grado de permanencia, el cual es independiente a que haya sido su país de origen o de nacionalidad. También puede entenderse como "el hogar inmediatamente antes de la remoción o retención, y factores potenciales a ser evaluados incluyen la ubicación de posesiones personales y mascotas, si el niño se encontraba matriculado en una escuela, y si el niño ha establecido relaciones en su nueva ubicación." (Loo, 2016, p. 616).

La regla general de la Convención de La Haya está contemplada en su artículo 12, mismo que dispone:

cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente [...] y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, **la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.** (Énfasis añadido).

Este remedio es sólo de naturaleza procesal, pues lo único que persigue es la devolución del NNA al Estado de residencia habitual, con el fin de que los tribunales de ese país determinen los derechos de las partes en conflicto. En otras palabras, la Convención de La Haya busca terminar rápidamente la situación creada por la sustracción o retención, con el fin de que las autoridades (judiciales o administrativas) de la residencia habitual puedan determinar de mejor manera los derechos familiares.

Debe tenerse en cuenta que los tribunales del país donde se resuelve la restitución no realizan determinaciones sustantivas del bienestar del niño a largo plazo, pues se encuentran impedidos de decidir "sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones... para la restitución del menor [...]." (HCCH, 1980, art. 16) La Convención de La Haya también señala que: "una decisión adoptada [...] sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia". (HCCH, 1980, art. 19).

Conforme a los artículos 2 y 11 del tratado, los Estados parte se obligan a actuar "con urgencia"¹² en procedimientos de esta naturaleza, por lo que las solicitudes deberán resolverse, idealmente, en un plazo de seis semanas a partir de que se hayan iniciado los procedimientos.

Por otra parte, la obligación general de restituir a un niño o niña, como toda regla, tiene algunas excepciones. Éstas, a su vez, constituyen defensas para la parte que se opone a la restitución, quien tiene la carga de acreditarlas.¹³ Las excepciones previstas por el tratado son:

1. Integración del menor: conforme al artículo 12, segundo párrafo del tratado: "la autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año [...] ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente." Esta excepción exige a la autoridad que decide la restitución que realice una valoración sobre

¹² "La obligación en cuestión tiene una doble vertiente: por una parte, la de utilizar los procedimientos más rápidos que existan en el propio sistema jurídico y, por otra parte, la de dar un tratamiento prioritario, en la medida de lo posible, a las demandas en cuestión." (Pérez-Vera, 1980, p. 30).

¹³ Tesis: II.3o.C.78 C (9a.) CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. CARGA DE LA PRUEBA DE QUIEN SE OPONE A LA RESTITUCIÓN DE UN MENOR. Marzo de 2010. Vid. también tesis: 1a./J. 6/2018 (10a.) SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. LAS EXCEPCIONES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 13 DEL CONVENIO DE LA HAYA NO SE ENCUENTRAN SUJETAS A ALGUNA CONDICIÓN TEMPORAL, PERO CORRESPONDE AL PADRE SUSTRACCIÓN PROBAR PLENAMENTE SU ACTUALIZACIÓN. Marzo de 2018.

la integración del niño o niña a su entorno, pues la devolución podría exponerlos a un segundo episodio de inestabilidad. Puede decirse que, si bien el paso del tiempo no extingue la obligación de retorno, sí la debilita; a la inversa, cobra fuerza el argumento de que el interés superior se ve privilegiado al no remover nuevamente al niño o niña de su entorno. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha señalado que las dilaciones en la localización o el procedimiento no son factores configuren esta excepción.¹⁴

2. No ejercicio efectivo del derecho de custodia: conforme al artículo 13(a) del tratado, no existe la obligación de restituir al niño o niña involucrada si "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". Conforme a criterios del Poder Judicial de la Federación (PJF), existe una presunción de que la persona solicitante ejercía este derecho, con la posibilidad de admitirse prueba en contrario.¹⁵ Igualmente:

La efectividad del ejercicio de ese derecho conferido por la ley, hace referencia a la situación real existente entre el niño y quienes deben custodiarlo, en el momento anterior al traslado o retención ilícitas, por las que se aprecie el interés de estos últimos por el menor, manifestado en las conductas necesarias para su desarrollo en general como su manutención, educación, asistencia en caso de enfermedad, convivencia, cuidados personales [...] lo cual se puede lograr viviendo bajo el mismo techo o, como en el caso de

¹⁴ Tesis: 1a./J. 7/2018 (10a.) SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. PARA QUE OPERE LA CAUSAL DE EXCEPCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 12 DEL CONVENIO DE LA HAYA ES INDISPENSABLE QUE HAYA TRANSCURRIDO MÁS DE UN AÑO ENTRE LA SUSTRACCIÓN Y LA SOLICITUD DE RESTITUCIÓN. Marzo de 2018.

¹⁵ Tesis: I.4o.C.225 C (9a.) CUSTODIA EFECTIVA DEL NIÑO. CONSTITUYE PRESUNCIÓN LEGAL IURIS TANTUM. Febrero de 2010.

padres separados, aunque se viva en distinto domicilio del menor. Por tanto, el concepto de custodia efectiva no está relacionado con la formalidad de contar con alguna declaración judicial de su existencia.¹⁶

3. Grave riesgo: la obligación de restituir también se extingue si se comprueba que: "existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable", atendiendo al contenido del artículo 13(b) del tratado. Esta es la excepción más invocada en el sistema judicial mexicano. El concepto de *grave riesgo* puede ser sujeto a múltiples interpretaciones; con el fin de promover una aplicación adecuada y uniforme de esta excepción a nivel mundial, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado publicó recientemente una *Guía de Buenas Prácticas* relacionada con esta excepción, misma que recopila información sobre su interpretación en diversas jurisdicciones (HCCH, 2020). Entre las situaciones de grave riesgo que dicha guía identifica como frecuentemente invocadas se encuentran el maltrato físico o violencia sexual contra el niño, violencia doméstica ejercida sobre la parte sustractora, la imposibilidad de mantener contacto con la parte sustractora si se ordena la restitución (e.g., por problemas migratorios), o condiciones deficientes de salud, educación o circunstancias adversas en el país de residencia habitual, entre otras.¹⁷ Es notable que la Guía no hace ninguna mención al asilo en su contenido.

¹⁶Tesis: I.4o.C.234 C (9a.) FALTA DE CUSTODIA EFECTIVA, COMO MOTIVO PARA NEGAR LA RESTITUCIÓN DE MENORES. CONCEPTO. Enero de 2010.

¹⁷ Con el fin de allegarse de elementos suficientes sobre esta excepción, las autoridades judiciales pueden recabar y valorar las pruebas que estimen convenientes, aun cuando no sean ofrecidas por las partes. Vid. tesis: II.3o.C.79 C (9a.) CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. EL JUEZ NATURAL PUEDE RECABAR OFICIOSAMENTE PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO DE SOLICITUD DE RESTITUCIÓN DE UN MENOR SI EXISTE LA PRESUNCIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN GRAVE RIESGO QUE LO EXPONE A UN PELIGRO FÍSICO O PSÍQUICO. Marzo de 2010.

4. Oposición del niño o niña: por otra parte, la restitución podrá ser negada si "el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones". (HCCH, art. 13, párr. 2). Esta excepción resulta congruente con la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual establece la obligación de los Estados de garantizar que el niño exprese su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, incluyendo la oportunidad de ser escuchados en procedimientos judiciales o administrativos.¹⁸ La Convención no establece parámetros para realizar esta actividad, pero la SCJN ha aportado claridad sobre este punto.¹⁹ También resulta destacable que el Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en casos que involucren Niñas, Niños y Adolescentes establece consideraciones útiles para que el juzgador dé cumplimiento a esta obligación (SCJN, 2014).
- a. Contravención a principios fundamentales: finalmente, el artículo 20 de la Convención establece que la restitución: "podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales". La doctrina reconoce que esta disposición solo se refiere a derechos que han sido incorporados al sistema jurídico del Estado que recibe la solicitud de restitución (Loo, 2016, p. 618). Esta excepción es muy poco invocada en la práctica.²⁰

¹⁸ El artículo 12 de la Convención señala lo siguiente: "1. Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional."

¹⁹ Tesis: 1a. CXXX/2017 (10a.) RESTITUCIÓN INTERNACIONAL. EN EL PROCEDIMIENTO SE DEBE EVALUAR LA OPINIÓN DEL MENOR SUSTRÁIDO O RETENIDO. Septiembre de 2017.

²⁰ Vid. la tesis: I.4o.C.241 C PERMANENCIA DE UN NIÑO DE CORTA EDAD CON LA MADRE. NO ES UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE PERMITA NEGAR SU RESTITUCIÓN. Enero de 2010. En dicho criterio se rechazó el argumento de que la inobservancia de ese supuesto derecho

Por otra parte, la Convención de La Haya prevé la designación de una: "Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio".^(C²¹) Actualmente, esta función recae en la Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior (DGPME) de la Secretaría de Relaciones Exteriores.²²

De conformidad con la práctica internacional, la autoridad central mexicana divide a los casos de restitución en entrantes y salientes. Los primeros se refieren a los casos en que la sustracción o retención ocurre en México, por lo que se recibe del exterior la solicitud correspondiente. En contraste, en los casos salientes la conducta ilícita ocurre en el exterior, por lo que México envía la petición correspondiente a sus homólogas extranjeras.

En los casos entrantes y una vez que recibe la solicitud de sus homólogas extranjeras, la DGPME verifica que se hayan aportado datos de la probable localización del niño o niña. De considerarlos insuficientes, puede realizar consultas con otras dependencias, entidades u organismos sobre la existencia de información que permita ubicar a las personas involucradas.

Una vez que se cuenta con un posible paradero, la solicitud se remite al Tribunal Superior de Justicia de la entidad federativa donde puede

contravendría principios fundamentales. La excepción prevista en el artículo 20 se menciona de forma general en las tesis: 1a. LXXI/2015 (10a.) SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. EXISTE UNA PRESUNCIÓN DE QUE EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR SUSTRÁIDO SE VE MAYORMENTE PROTEGIDO CON SU RESTITUCIÓN INMEDIATA AL PAÍS DE ORIGEN, febrero de 2015 y tesis 1a./J. 71/2019 (10a.): AMPARO DIRECTO. PROCEDE CONTRA LA RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE DECIDE EN FORMA DEFINITIVA SOBRE LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DE EDAD, SOLICITADA CONFORME A LA CONVENCIÓN EN LA MATERIA. Noviembre de 2019.

²¹ Convención de La Haya, artículo 6.

²² El 10 de agosto de 2001, mediante la publicación del Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exterior en el Diario Oficial de la Federación, esta función se trasladó a la entonces Dirección General de Protección y Asuntos Consulares. Tras las reformas al Reglamento Interior del 8 de enero de 2009, la función recae en la Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior. En adición a la designación de la DGPME, México designó autoridades centrales estatales a los Sistemas para el Desarrollo Integral de la Familia cada entidad federativa. La lista puede consultarse en: «<https://www.hcch.net/es/states/authorities/details3?aid=107>». Sobre la complejidad de que la DGPME funja como autoridad central, Vid. Oropeza Zorrilla, 2014, pp. 129-141.

encontrarse el niño o la niña, con el fin de que se desahogue el procedimiento de restitución. La remisión a una autoridad judicial es clave pues corresponde exclusivamente a una autoridad judicial mexicana resolver la procedencia de la restitución, lo que permite garantizar los derechos humanos de las personas involucradas, incluyendo las garantías de audiencia y de defensa, así como el interés superior de la niñez.²³

Para tener elementos suficientes que le permitan tomar una decisión, el juzgado familiar encargado del caso escuchará a todas las partes y analizará las pruebas que ellas pongan a su disposición. Tras valorar la evidencia aportada o la que recabe de oficio emitirá una sentencia. Dicha resolución puede ser revisada conforme a los recursos legales que prevé nuestro sistema jurídico (*i.e.*, recurso de apelación). Las partes tienen el derecho de solicitar la protección de la justicia federal si consideran que sufrieron una violación a sus derechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la Cancillería, como autoridad central, actúa en nombre del Estado mexicano para que éste cumpla sus obligaciones internacionales, por lo que en ningún caso se le debe considerar un representante de alguna de las partes involucradas.

Además de las disposiciones de la Convención de La Haya, el marco jurídico internacional en la materia incluye a la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual contiene una disposición dirigida a combatir el fenómeno de la sustracción al disponer que: "los Estados Parte adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero".²⁴

Si bien la Convención de La Haya es Ley Suprema de toda la Unión en términos del artículo 133 constitucional, no cuenta con legislación de

²³ Sobre la constitucionalidad de la Convención de La Haya, *Vid.* tesis: 1a. CCLXXXI/2013 (10a.) CONVENCION SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES. NO VULNERA EL DERECHO FUNDAMENTAL DE AUDIENCIA. Octubre de 2013.

²⁴ Convención de La Haya, artículo 11.

implementación específica a nivel nacional. Sin embargo, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA) establece algunas disposiciones de carácter general al señalar que:

Las leyes federales y de las entidades federativas contendrán disposiciones para prevenir y sancionar el traslado o retención ilícita de niñas, niños y adolescentes cuando se produzcan en violación de los derechos atribuidos individual o conjuntamente a las personas o instituciones que ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia, y preverán procedimientos expeditos para garantizar el ejercicio de esos derechos.

En los casos de traslados o retenciones ilícitas de niñas, niños y adolescentes fuera del territorio nacional, la persona interesada podrá presentar la solicitud de restitución respectiva ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, para que ésta lleve a cabo las acciones correspondientes en el marco de sus atribuciones, de conformidad con lo dispuesto en los instrumentos internacionales y demás disposiciones aplicables.

Cuando las autoridades de las entidades federativas tengan conocimiento de casos de niñas, niños y adolescentes de nacionalidad mexicana trasladados o retenidos de manera ilícita en el extranjero, se coordinarán con las autoridades federales competentes, conforme a las demás disposiciones aplicables, para su localización y restitución.

Cuando una niña, niño o adolescente sea trasladado o retenido ilícitamente en territorio nacional, o haya sido trasladado legalmente pero retenido ilícitamente, las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, estarán obligadas a coadyuvar en su localización, a través de los programas para la búsqueda, localización y recuperación, así como en la adopción de todas las medidas necesarias para prevenir que sufran mayores daños y en la sustanciación de los procedimientos de urgencia necesarios para garantizar su

restitución inmediata, cuando la misma resulte procedente conforme a los tratados internacionales en materia de sustracción de menores.²⁵

En sintonía con el párrafo primero del precepto citado, once entidades federativas (Baja California, Chihuahua, Coahuila, Durango, Estado de México, Guanajuato, Michoacán, Querétaro, Sinaloa, Yucatán y Zacatecas) han adoptado un procedimiento *ad hoc* para casos de restitución en sus respectivos códigos de procedimientos civiles, con algunas variantes entre sí.²⁶ De igual forma, tres entidades federativas (Ciudad de México, Estado de México y Nuevo León) han designado juzgados familiares especializados en esta materia, lo cual ha traído notables ventajas.²⁷

Finalmente, debe resaltarse que, de conformidad con lo señalado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: "en materia de sustracción y restitución de menores, la mejor forma de proteger su interés superior, es decretando su restitución inmediata, cuando proceda, y ceñirse a los supuestos de excepción ahí admitidos".²⁸ En ese sentido, se puede interpretar que el interés superior resulta mejor atendido a través del pronto retorno del niño o niña a su país de residencia

²⁵ Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), artículo 25. De igual forma, el artículo 116, fracción X de la Ley dispone que las autoridades federales y locales, de forma concurrente, deberán: "coadyuvar en la localización de niñas, niños y adolescentes sustraídos, trasladados o retenidos ilícitamente".

²⁶ Estas diferencias se presentan, principalmente, en los términos señalados para oponerse a la restitución, para dictar sentencia y para promover el recurso de apelación. El artículo 73 constitucional fue reformado el 15 de septiembre de 2017, a través de la adición de su fracción XXX, con lo que se faculta al Congreso de la Unión para expedir la legislación única en materia procesal civil y familiar. A pesar de que el artículo cuarto transitorio de dicha reforma señala un plazo de ciento ochenta días para expedirlo, al 30 de abril de 2020 sigue pendiente. El futuro Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares representa una oportunidad única para incluir un procedimiento específico de restitución internacional aplicable en todo el territorio nacional. Ello no sólo abonará a procedimientos homogéneos y expeditos, sino que también brindarán mayor certeza jurídica a todas las partes involucradas y facilitaría el cumplimiento de la Convención. Respecto a la propuesta de una ley general en materia de sustracción internacional de menores, *Vid.* Colmenares Sánchez (2018, p. 221 y ss).

²⁷ La jurisdicción concentrada incrementa la experiencia de las y los juzgadores involucrados, por lo que se reducen los tiempos de resolución, se reduce la posibilidad de criterios discordantes y se alcanza una mayor especialización técnica en la materia.

²⁸ Tesis: I.4o.C.253 C (9a.) SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO ESTÁ INMERSO EN LA CONVENCION INTERNACIONAL QUE LA REGULA. Enero de 2010.

habitual. Sin embargo, es particularmente relevante la frase *cuando proceda*, pues permite que un juez niegue el remedio para el que la Convención fue diseñada si se comprueba alguna de las excepciones arriba mencionadas.

III. El asilo

La migración es un fenómeno que ha existido siempre en la historia de la humanidad, y sus causas atienden a una multiplicidad de motivos. Sin embargo, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, los Estados decidieron tomar acciones decididas para atender a las personas desplazadas por los conflictos bélicos. De dicha iniciativa nace la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) por resolución de la Asamblea General de dicho organismo internacional, cuyo Estatuto señala que asumirá la función de protección internacional a las personas refugiadas [1950, Resolución 428(V)]. Una oficina regional del ACNUR se estableció en México en 1982, la cual opera hasta la fecha para ayudar al país a cumplir sus obligaciones internacionales en este ámbito.²⁹

Como primer apunte, es importante notar que, incluso en la literatura especializada, existe una confusión entre los conceptos de *asilo* y *refugio*, los cuales erróneamente se usan de forma indistinta:

[...] muy frecuentemente, el vocablo "asilo" se reserva para designar al sistema latinoamericano de asilo diplomático y territorial, reconocido a través de las convenciones latinoamericanas, y es menos utilizado en el contexto del Derecho Internacional de los Refugiados. En cambio, se utiliza el vocablo "refugio" para designar, por una parte, al sistema universal de protección a los refugiados basado en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los

²⁹ Vid. el "Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, (ACNUR) relativo al Establecimiento en México de un Representación de la Oficina del Alto Comisionado", del 5 de octubre de 1982. Disponible en: «https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/muestratratado_nva.sre?id_tratado=818&depositario=» (fecha de consulta: 20 de abril de 2020).

Refugiados y a su Protocolo de 1967, y, también, al estatuto o condición de refugiado, y, por otra, a la protección del Estado que tradicionalmente se conoce como asilo. El desorden lingüístico resultante podría eventualmente producir una pérdida en el vigor de los conceptos jurídicos, favoreciendo el debilitamiento de la protección de los refugiados (San Juan y Manly, 2004, p. 23).³⁰

Por ello, es importante hacer esta aclaración:

asilo es la institución a través de la cual un Estado otorga protección, en su territorio o en otro lugar bajo el control de algunos de sus órganos, a una persona que se lo solicita. Entre las categorías de personas que reciben protección de un Estado a través de esta institución están: 1) los asilados políticos, a quienes el Estado les otorga protección al ser perseguidos por motivos políticos (pueden ser asilados políticos territoriales o diplomáticos), y 2) los refugiados [...].(Ortega Velázquez, 2018, p. 709).

A la luz de lo anterior, podemos observar que la concepción latinoamericana del *asilo* y el sistema de protección de los refugiados protegen a personas por motivos diferentes, y que los orígenes, naturaleza, principios y procedimientos de ambas figuras son distintos entre sí. Desafortunadamente, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no escapó a dicha confusión.³¹ Por ello, aun cuando el uso del concepto *refugio* es común, deberá usarse el término *asilo*.³²

³⁰ Dicho trabajo brinda un análisis muy completo sobre las causas y consecuencias de este dualismo.

³¹ El 10 de junio de 2011 se reformó el segundo párrafo de este artículo, a fin de que se leyera: "En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones". Dadas las imprecisiones de dicho párrafo, el artículo nuevamente se reformó el 15 de agosto de 2016, cuyo texto se conserva en vigor hasta la fecha. Sobre la reforma realizada al artículo 11 en 2011, incluyendo la falta de comunicación entre las Comisiones de la Cámara de Diputados que redactaron la reforma y la entonces Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria en ese mismo año. *Vid.* Ricardo Sepúlveda señala que: "la ley secundaria se aprobó antes que la reforma constitucional y... entre ambas existen graves contradicciones, que plantean serios problemas de aplicación" (2011, p. 211).

³² Como se mencionó, la diferencia entre *asilo* y *refugio* sólo se observa en América Latina, región en la que se le ha dado a la primera figura una connotación política. En nuestro continente están en vigor cuatro tratados internacionales en esta materia, siendo México Estado contratante de todos: Con-

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza el 28 de julio de 1951, es el principal instrumento jurídico internacional en la materia (en adelante, "la Convención de Ginebra"). Este tratado busca proteger a toda persona que:

debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él [ACNUR, 1950, art. (A)(2)].³³

Si bien la Convención estableció un ámbito de aplicación temporal al referirse a los fundados temores fueran resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951, la persecución y el desplazamiento de personas continuaron por causas diversas. Por ello, a través del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados se eliminó toda limitación temporal.

vención sobre Asilo adoptada en La Habana, Cuba, el 20 de febrero de 1928; la Convención sobre Asilo Político, adoptada en Montevideo, Uruguay, el 26 de diciembre de 1933; la Convención sobre Asilo Territorial y la Convención sobre Asilo Diplomático, ambas adoptadas en Caracas, Venezuela, el 28 de marzo de 1954. Asimismo, se ha dicho que: "desde el derecho internacional público y la práctica de los Estados, se puede afirmar que el Estado concede la admisión y la protección mediante cinco modalidades distintas: a) a los asilados según el sistema latinoamericano, b) a los refugiados según el sistema universal, c) a las personas que caen bajo la definición de refugiado propuesta por la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, que amplía la definición del sistema universal, d) a las personas que corren riesgo de ser torturadas al ser devueltas con base en la prohibición contemplada en la Convención contra la Tortura e, implícitamente, en otros instrumentos, y e) por razones humanitarias, a otras personas. En todos estos casos jurídicamente nos encontramos frente a la institución del asilo, entendido como la protección que se brinda a un extranjero." (San Juan y Manly, 2004, p. 67).

³³ También se ha mencionado que "esta lista taxativa de motivos por los que una persona es considerada refugiada constituye quizás la piedra angular de las características que separan a un refugiado de un migrante económico, o bien de una persona que ha abandonado su país por cualquier causa, incluida un temor, pero que esté fuera de los supuestos establecidos en este apartado de la Convención de 1951." (Somohano, 2007, p. 76).

Una premisa importante del sistema es que el reconocimiento del estatus de refugiado no es una potestad discrecional del Estado, sino un derecho que debe ser reconocido. Como tal, existe una obligación de las autoridades del país que recibe a la persona de limitarse a declarar dicho estatus una vez corroborado que se trata de una persona con esa condición,³⁴ a menos de que se demuestre una causal de exclusión.³⁵

Dada la importancia del asilo, su marco jurídico no se circunscribe a la Convención especializada.³⁶ Resulta destacable que la Convención sobre los Derechos del Niño tiene una disposición específica, al respecto que señala:

Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatus de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes [ONU, 1989, art. 22(1)].

³⁴ La Corte Interamericana ha señalado que: "[d]e acuerdo con la Convención de 1951, una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado. Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo". Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C. No. 272, párr. 145. Declaraciones similares también se encuentran en Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 210, y Segovia, 2013, p. 373.

³⁵ Las cláusulas de exclusión se encuentran contenidas en las secciones D, E y F del artículo 1 de la Convención, y se refiere a las personas que reciban protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas para los Refugiados, a quienes las autoridades del país donde hayan fijado su residencia le reconozcan derechos y obligaciones inherente a la posesión de la nacionalidad de ese país, y a quienes hayan cometido ciertos crímenes internacionales.

³⁶ *Vid.*, por ejemplo, el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre o el artículo 22(7) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Ahora bien, como es común en todas las ramas y subramas del derecho, el derecho internacional de los refugiados descansa sobre principios básicos. Para fines de este trabajo el más importante es el principio de no devolución (*non-refoulement*), el cual está contenido en la Convención de Ginebra y señala: "Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas." [ACNUR, 1950, art. 33(1)].

Este principio, también incorporado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969),³⁷ deriva directamente de la naturaleza humanitaria de la figura. Se le reconoce como la piedra angular del derecho de asilo y resulta aplicable a cualquier conducta que resulte en la devolución, expulsión, deportación, retorno, extradición, el rechazo en frontera o la no admisión, cuando éstas pongan en riesgo a una persona refugiada (ACNUR, 2007, párrs. 5, 7). La observancia estricta de este principio es un medio para garantizar derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la libertad y a la integridad personal de la persona.³⁸

El principio también le resulta aplicable a las personas solicitantes del asilo, aun cuando no hayan sido reconocidas formalmente con esa categoría. Por ello, mientras la solicitud no haya sido negada de forma definitiva concluyendo el procedimiento, la persona solicitante tiene derecho a no ser devuelta.³⁹

³⁷ En el artículo 22(8): "**En ningún caso** el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas." (Énfasis añadido).

³⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado, OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 40. Rev. 1. 28 de febrero de 2000, párr. 32.

³⁹ "[...] el principio de no devolución se aplica no solo a los refugiados reconocidos, sino que también a aquellos a quienes no se les ha declarado formalmente su estatuto. El principio de no devolución es de particular importancia para los solicitantes de asilo. En el tanto en que tales personas pueden ser refugiadas, es un principio establecido en el derecho internacional de los refugiados que no deben

En el caso particular de niñas, niños y adolescentes, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el retorno a su país de origen sólo podrá realizarse si redunda en su interés superior, por lo que dicho retorno: "no entra en consideración si produce un 'riesgo razonable' de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del menor y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución" (CRC, 2005, párr. 84). También debe considerarse que la Corte Interamericana resolvió que:

de una interpretación de las disposiciones relativas al principio de no devolución... lleva a esta Corte a afirmar la vigencia del muy consolidado principio de no devolución en el caso de niñas y niños, de modo tal que cualquier decisión sobre su devolución al país de origen o a un tercer país seguro sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad (Corte IDH, opinión consultiva 21/14, párr. 242).

Existe un consenso de la importancia y trascendencia del principio de no devolución, al que se le ha reconocido el carácter de norma consuetudinaria (Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, *op. cit.*, párr. 151). o, incluso, *ius cogens* (San Juan y Manly, 2004, p. 51).⁴⁰ Por

ser devueltos o expulsados estando pendiente de una determinación final de su estatuto." (ACNUR, 2007, párr. 6). Asimismo, "[e]l principio de la prohibición de rechazo se aplica al solicitante de asilo como tutela prodrómica respecto del resultado del mecanismo; esto se explica con la circunstancia de que la Convención define como refugiado no a quien ha sido reconocido como tal, sino más bien a una persona que satisfaga las condiciones previstas a prescindir de la circunstancia de que haya sido (aún) formalmente reconocido como tal, de acuerdo con un procedimiento de derecho interno." (Flores *et al.*, 2009, p. 283).

⁴⁰ La conclusión quinta de la Declaración de Cartagena llama a: "reiterar la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de *ius cogens*". La doctrina ha mencionado que: "ha sido reconocid[o] por los hacedores del Derecho Internacional como fundamental e imperativ[o] en lo concerniente a refugiados. Este reconocimiento [o] convierte en in principio de *ius cogens* y, por ende, en una norma de Derecho Internacional con carácter vinculante." (Somohano, 2007, p. 85). Conforme al artículo 53 de la

ello, es incuestionable que este principio es obligatorio para todos los Estados y de naturaleza superior a las obligaciones adquiridas con la vinculación a tratados.

Existen iniciativas regionales que han contribuido a la protección internacional de los refugiados. Para México resulta de particular interés el instrumento de *soft law* conocido como *Declaración de Cartagena*, en donde se reconoció que la Convención de Ginebra se encontraba rebasada por la realidad.

El 22 de noviembre de 1984 los países de la región adoptaron la Declaración, en la que además de refrendar los principios fundamentales de la Convención de 1951, en su conclusión tercera se hace un llamado para que: "considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público", ampliando la definición de refugiado.

Por otra parte, nuestro país tiene una larga tradición al brindar protección a personas extranjeras que huyen de sus países por diversos motivos.⁴¹ A pesar de ello, la construcción del andamiaje jurídico para la protección de los refugiados en México es relativamente reciente.

Como un primer paso, necesariamente debe mencionarse la vinculación de nuestro país a la Convención de 1951 y a su Protocolo, lo cual ocurrió

Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, el *ius cogens* o norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior del mismo carácter. En contraste, otros autores sólo le reconocen al principio de no devolución el estatus de derecho internacional consuetudinario, aunque igualmente reconoce su inderogabilidad. (Flores, 2009, pp. 277, 282).

⁴¹ Para un estudio sobre la tradición mexicana del asilo, *Vid.* Somohano y Yankelevich, 2011.

hasta el año 2000.⁴² En el ámbito estrictamente doméstico, además del reconocimiento del goce de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en términos de su artículo 1o. la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que "toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo. El reconocimiento de la condición de refugiado y el otorgamiento de asilo político, se realizarán de conformidad con los tratados internacionales. La ley regulará sus procedencias y excepciones." (CPEUM, art. 11).

En cuanto a la legislación federal, los cuerpos normativos principales son la Ley de Migración; la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político (LRPCAP); y sus respectivos Reglamentos. La primera ley tiene un carácter y aplicación más general, en tanto que la segunda podría considerarse *lex specialis* en nuestra materia.⁴³

Para fines del presente trabajo sólo se resaltarán dos aspectos. Primero, que el artículo 13 de la LRPCAP no sólo contempla los supuestos de la condición de refugiado que prevé la Convención de Ginebra, sino que también incorpora la definición ampliada de la Declaración de Cartagena.⁴⁴ En segundo lugar, destaca que el artículo 6 de la LRPCAP recoge el principio de no devolución al señalar que:

⁴² Los datos sobre el trámite constitucional pueden consultarse en el buscador de tratados de la Secretaría de Relaciones Exteriores, disponible en: «https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/consulta_nva.php» (fecha de consulta: 02 de mayo de 2020).

⁴³ "La primera norma regula la movilidad internacional de personas en su sentido más amplio, la internación y estancia legal de extranjero en el país, su tránsito y parte del fenómeno de emigración; mientras que la segunda norma regula las obligaciones internacionales contraídas por México en materia de protección humanitaria." (Rea Granados, 2016, p. 380).

⁴⁴ Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político, artículo 13: "La condición de refugiado se reconocerá a todo extranjero que se encuentre en territorio nacional, bajo alguno de los siguientes supuestos: I. Que debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él; II. Que ha huido de su país de origen, porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente

ningún solicitante o refugiado podrá en modo alguno ser rechazado en frontera o devuelto de cualquier forma al territorio de otro país donde su vida peligre por los motivos señalados en el artículo 13 de esta Ley, o en donde existan razones fundadas para considerar que estaría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.⁴⁵

La LGDNNA también establece un marco jurídico especial para niñas, niños y adolescentes migrantes, referente a las medidas especiales de protección que las autoridades deben adoptar para garantizar los derechos de este grupo. El capítulo de la ley es reiterativo de la obligatoriedad de observar el interés superior de la niñez (LGDNNA, arts. 89-101). Destaca también que su artículo 96 reitera el principio de no devolución sin precisar excepción alguna, al disponer que:

está prohibido devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a una niña, niño o adolescente cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en peligro a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde pueda ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Considerando las anteriores premisas, resulta inconcuso que el principio de no devolución ha sido plenamente incorporado al marco jurídico mexicano, tanto en su aspecto general, como en su aplicación particular

el orden público, y III. Que debido a circunstancias que hayan surgido en su país de origen o como resultado de actividades realizadas, durante su estancia en territorio nacional, tenga fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, o su vida, seguridad o libertad pudieran ser amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público."

⁴⁵ La doctrina señala que no es suficiente que México incorpore en su ley esta obligación y que ésta sea congruente con los tratados internacionales, pues también se necesita formular políticas migratorias apegadas al derecho internacional de los refugiados y fortalecimiento institucional (Rea, 2016, p. 395).

a las niñas, niños y adolescentes. Por ello, retornar a una persona en contravención a este principio no sólo la expondría a una situación gravosa, sino que también contravendría numerosas normas jurídicas domésticas e internacionales.

IV. Perspectiva comparada

Como puede observarse en los apartados anteriores, existe una aparente colisión entre la restitución y el asilo, pues persiguen fines que se perfilan opuestos (retorno *versus* permanencia). Incluso podría pensarse que la primera línea de batalla en esta colisión la libran las autoridades que intervienen en cada procedimiento, pues sus atribuciones y obligaciones legales divergen, y persiguen el cumplimiento de diferentes obligaciones internacionales. Además, ninguno de los dos marcos jurídicos contiene alguna disposición expresa respecto a su posible supremacía frente al otro, por lo que ambos coexisten de forma paralela y deben interpretarse de forma armónica. La doctrina ha mencionado que:

Los retos más difíciles en el contexto del asilo involucran formular un caso de persecución que las autoridades reconozcan, y tomar en cuenta los intereses familiares del niño apropiadamente. Las controversias sobre sustracción, en contraste, se enfocan directamente en el contexto familiar y generalmente priorizan los derechos y reclamos de los padres, en tanto que las y los menores involucrados son actores relativamente menores (Laquer Estin, 2016, p. 797).

Las cortes de algunos países ya han afrontado esta situación y, a través de sus respectivas resoluciones, ofrecen una guía orientadora sobre las implicaciones que tendrían criterios en uno u otro sentido. A continuación, se exponen tres casos de estudio, mismos que pueden consultarse en la Base de Datos sobre Sustracción Internacional de Menores (INCADAT, por sus siglas en inglés) de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.

a. Canadá

El caso *A.M.R.I. vs. K.E.R.*⁴⁶ fue resuelto el 2 de febrero de 2011 por la Corte de Apelaciones de Ontario. En dicho caso se decidieron, por primera vez, los derechos de las partes en un caso de restitución conforme a la Convención de La Haya, cuando la niña involucrada ya había sido aceptada en Canadá como refugiada al amparo de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

En diciembre de 2008, una niña de doce años viajó de Cancún a Toronto, con el fin de visitar a su padre y su tía paterna. Conforme a un acuerdo elevado a sentencia judicial en México, la madre tenía la guarda y custodia de la niña, en tanto que el padre tenía derecho de visitas y fue obligado a pagar pensión alimenticia. Con el consentimiento de la madre para una visita de duración limitada, la niña viajó a Canadá para visitar a su padre, en compañía de su abuela materna y un tío. Durante la visita, la niña y la abuela manifestaron al padre que la primera sufría maltrato físico y psicológico por parte de la madre. Por ello, la niña no regresó a México conforme a lo planeado, sino que permaneció en Toronto con el padre, la tía paterna y la pareja del mismo sexo de esta última.

En los primeros meses de 2009, con representación legal proporcionada por el Estado, la niña comenzó los trámites de solicitud de asilo, sin que la madre fuera notificada del procedimiento (como es usual en estos casos). En mayo de 2010, la autoridad canadiense reconoció a la niña la condición de refugiada debido al maltrato sufrido; sin embargo, al poco tiempo le negaron al padre la condición de refugiado. Él trasladó su residencia a Noruega, en tanto que la niña permaneció en Canadá con sus tías. Tras 18 meses de vivir en Toronto, en julio de 2010 la madre presentó una solicitud de restitución a México al amparo de la Convención de La Haya.

⁴⁶ El caso está disponible en «<https://www.incatat.com/es/case/1067>» (fecha de consulta, 15 de marzo de 2020).

En el procedimiento de restitución, sólo el padre fue nombrado demandado. Las tías no fueron nombradas y se les negó su solicitud a participar en el procedimiento, aun cuando la niña vivía con ellas y habían solicitado su custodia. La niña tampoco participó en el procedimiento ni se le designó representante legal. En septiembre de 2010, una corte familiar consideró que la niña había sido retenida ilícitamente en Ontario y ordenó el retorno inmediato de la niña. Un mes después, a sus casi 14 años, la niña fue retirada de su escuela con apoyo policiaco y entregada a la madre, con quien retornó a México. La niña se opuso a la ejecución de la sentencia, y ni el padre ni las tías fueron informadas de la ejecución.

El padre promovió una apelación; para el momento en que ésta se resolvió, la niña había retornado a vivir con sus tías en Canadá tras haber huido del hogar materno en México.

El tribunal debió resolver varios puntos de litigio, como el aparente conflicto entre una ley federal y una provincial. Como un primer punto, la Corte resolvió que, interpretada adecuadamente y aplicando los principios de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,⁴⁷ la Convención de La Haya contempla el respeto y cumplimiento del principio de no devolución al prever las excepciones de grave riesgo y de contravención a principios fundamentales (*A.M.R.I. v. K.E.R.*, párr. 68).

La Corte consideró que en los principios fundamentales sobre la protección de derechos humanos de Canadá se encuentra la no devolución,

⁴⁷ Con independencia de que México sea Estado parte de este tratado y de que sus disposiciones sean consideradas derecho consuetudinario, el Poder Judicial de la Federación ha producido criterios relacionados con las reglas de interpretación de tratados contenidas en el convenio. *Vid.*, por ejemplo, tesis PC.I.A. J/102 A (10a.) TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE. REGLAS PARA LA INTERPRETACIÓN DE SUS DISPOSICIONES CONFORME A LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, CON RELACIÓN AL PROCEDIMIENTO DE VERIFICACIÓN DE ORIGEN DEL BIEN, marzo de 2017, o tesis 2a. CLXXI/2002 TRATADOS INTERNACIONALES. SU INTERPRETACIÓN POR ESTA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL TENOR DE LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 31 Y 32 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DEL 14 DE FEBRERO DE 1975). Diciembre de 2002.

por lo que podría aplicar la excepción de artículo 20 de la Convención de La Haya. Igualmente, señaló que al otorgar un peso apropiado a las consideraciones de la agencia administrativa que resolvió la solicitud de asilo, el principio de no devolución se respeta al activarse el artículo 13(b). (*A.M.R.I. v. K.E.R.*, párr. 71).

Sobre este último punto, la Corte reconoció que las decisiones del *Immigration and Refugee Board* (IRB) canadiense tienen un alto grado de deferencia por parte de las cortes de ese país, dado su nivel de especialización, experiencia y análisis de evidencia que considera confiable (*A.M.R.I. v. K.E.R.*, párr. 72). No obstante, lo anterior, toda vez que los padres que promueven la restitución no participan en el procedimiento de asilo, se observó un potencial abuso de las determinaciones de la agencia administrativa por parte del padre sustractor, con el fin de adquirir una ventaja en un proceso de restitución o, incluso, de custodia (*A.M.R.I. v. K.E.R.*, párr. 73). Por ese motivo, resolvió que:

cuando un niño ha sido reconocido como un refugiado conforme a la Convención [de Ginebra], surge una presunción refutable de que hay un riesgo de persecución si se ordena el retorno del niño o niña a su país de residencia habitual. Este riesgo de persecución en el contexto migratorio claramente implica el tipo de daño contemplado en el artículo 13(b) de la Convención de La Haya (*A.M.R.I. v. K.E.R.*, párr. 76).

Igualmente, consideró que "no debería imponerse al niño con estatus de refugiado la carga de convencer al juez que han cambiado las condiciones que llevaron al otorgamiento de la protección de refugiado." (*A.M.R.I. v. K.E.R.*, párr. 78).

El tribunal de segunda instancia consideró que el *a quo* había errado en su decisión de ordenar el retorno de la niña por las consideraciones siguientes: *a)* no tomó en consideración la determinación del IRB que otorgaba el estatus de refugiado, a pesar de tener conocimiento de ella (párr. 91); *b)* al no considerar dicha determinación, tampoco analizó correctamente

las excepciones al retorno obligatorio de la niña conforme a la Convención de La Haya, contenidas en los artículos 13(b) y 20 (párrs. 92 y 93);⁴⁸ y c) no realizó la escucha de la niña (párrs. 118 y ss). Por esas razones, se ordenó el regreso del caso al juez de primera instancia, con instrucciones precisas para realizar una nueva audiencia considerando todos los puntos anteriores.

b. Estados Unidos

Por lo que hace a nuestro país vecino, el caso *Sanchez vs. R.G.L.*,⁴⁹ resulta merecedor de estudiarse en este trabajo. El caso fue decidido el 1o. de agosto de 2014 por la Corte de Apelaciones para el Quinto Circuito.

El caso involucra a tres niños nacidos en México, quienes vivían con su madre y el novio de ella en Ciudad Juárez, Chihuahua. En junio de 2012, los tíos maternos de los niños los llevaron a El Paso, Texas sin consentimiento de la madre. Tras la insistencia de la madre sobre su retorno, en julio de ese año la tía llevó a los niños al puente internacional Córdova-Américas (el cual une a ambas ciudades fronterizas) e instruyó a los niños a cruzar a México, donde su madre los esperaba. Sin embargo, mientras los niños caminaban hacia territorio mexicano, se presentaron ante personal del Departamento de Seguridad Interna (*Department of Homeland Security* o DHS) estadounidense y manifestaron temor de regresar a México por el novio de su madre quien, además de maltratarlos, estaba involucrado con bandas de crimen organizado.

El DHS consideró a los menores como niños migrantes no acompañados con un miedo creíble de regresar a México y, conforme a sus procedimientos, otorgó la custodia la Oficina de Reasentamiento de Refugiados (*Office*

⁴⁸ De igual forma, la Corte de Apelaciones concluyó que no se habían analizado las excepciones de integración del menor y de la oposición de la niña al retorno.

⁴⁹ El caso está disponible en: «<https://www.incatat.com/es/case/1288>» (fecha de consulta: 18 de marzo de 2020).

of Refugee Resettlement u ORR), entidad federal encargada de brindar asistencia a refugiados. ORR conservó la custodia legal de los niños y los puso bajo el cuidado físico de una organización de la sociedad civil; esta última los colocó bajo el cuidado de una familia de acogida. En virtud de su estatus migratorio se abrió un procedimiento de remoción de territorio estadounidense; los niños recibieron representación legal otorgada por ORR, y la defensa incluyó la presentación de diversos alivios migratorios, incluyendo una solicitud de asilo.

Tras casi un año de que los niños habían salido de México, la madre presentó una solicitud de restitución al amparo de la Convención de La Haya, demandando a los tíos, (quienes no respondieron la demanda) y a la organización civil (quien sí intervino, pero sin fijar una posición legal). La Corte de Distrito solicitó la intervención de ORR en juicio, atendiendo a la custodia legal de los niños. En agosto de 2013, aun cuando reconoció las dificultades de tener un procedimiento de asilo en curso, la Corte de Distrito privilegió el principio de urgencia y ordenó el retorno a México por considerar que existía una retención ilícita y que ninguna de las excepciones convencionales resultaba aplicable.

La ejecución de la sentencia fue suspendida tras la presentación de la apelación. Al poco tiempo después de que ésta se presentó, la oficina de Servicios de Ciudadanía e Inmigración de los Estados Unidos (*United States Citizenship and Immigration Services*) otorgó el asilo a los niños. En febrero de 2014, la Corte de Apelaciones reenvió el caso a la Corte de Distrito para considerar si el otorgamiento de asilo constituía una excepción de grave riesgo al retorno de los niños. En una primera solicitud de reconsideración (*rehearing*), la Corte de Apelaciones resolvió aspectos jurisdiccionales del caso. Los niños solicitaron a la Corte de Apelaciones una revisión *en banc*.⁵⁰

⁵⁰ Una sesión judicial *en banc* es aquella en que todos los jueces que integran el tribunal (o un *quorum* participan) (Garner, 2009, pp. 606 y 1513).

Tras considerar que la omisión de nombrar a personas clave (*e.g.*, a alguna agencia del gobierno de los Estados Unidos o a la familia de acogida) como demandados no viciaba la solicitud de restitución y reconocer el principio de no devolución (*Sanchez vs. R.G.L.*, p. 510), la Corte de Apelaciones negó el argumento de los niños, relativo a que el otorgamiento del asilo debía revocarse como requisito para conceder el retorno conforme a la Convención de La Haya. De manera particular, se estableció lo siguiente:

[...] el otorgamiento discrecional del asilo es vinculante sólo para el Procurador General o el Secretario de Seguridad Interna [...]. No se ha aportado evidencia para sostener el argumento de que el otorgamiento discrecional de asilo otorga un derecho a permanecer en el país a pesar de órdenes judiciales bajo la Convención [de La Haya]. El otorgamiento de asilo no sustituye la ejecución de la orden de una Corte de Distrito de que los niños deben regresar con su madre, toda vez que esa orden no afecta las responsabilidades del Procurador General o del Secretario de Seguridad Interna conforme a la [legislación migratoria]. El otorgamiento de asilo a los niños, sin embargo, es relevante para saber si las excepciones de la Convención de La Haya deben aplicar (p. 510).

La Corte de Apelaciones reconoció que existe una convergencia entre una solicitud de asilo y la excepción de grave riesgo, pues ambas versan sobre el nivel de riesgo a que se expondría un niño o niña de ordenarse su retorno al país de residencia habitual (p. 510). A pesar de sus similitudes, el tribunal determinó que los hallazgos de miedo fundado de persecución para otorgar el asilo no son determinantes para acreditar la excepción de grave riesgo de la Convención de La Haya. Por ello, el juzgado que conozca de una solicitud de restitución debe llegar a la conclusión, de forma independiente, de que existe un daño potencial a los niños, con base en la evidencia que las partes ofrezcan (*Sanchez vs. R.G.L.*, p. 510). En otras palabras, consideró que el otorgamiento de asilo no vincula a un juez ni le retira la facultad de realizar una determinación por separado en un proceso de restitución.

Por las consideraciones anteriores, la Corte de Apelaciones resolvió reenviar el caso a la Corte de Distrito, con instrucciones precisas de llamar a juicio al gobierno de Estados Unidos, de nombrar un guardián *ad litem* a los niños⁵¹ y de considerar si el otorgamiento de asilo, así como el material probatorio y valoraciones realizadas para este fin que no haya sido previamente valorado, se relaciona con las excepciones de grave riesgo [artículo 13(b)] o de contravención a principios fundamentales (artículo 20).

Finalmente, hizo un llamado al gobierno de Estados Unidos a cumplir su obligación convencional de adoptar las medidas necesarias para "incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor", en términos del artículo 7, inciso f) de la Convención de La Haya, particularmente por el tiempo que transcurrió entre la retención y el inicio del procedimiento (p. 511).⁵²

c. Reino Unido

El caso FE vs. YE⁵³ es un caso resuelto por la *High Court of Justice Family Division* del Reino Unido el 25 de agosto de 2017. Involucra a un hombre y a una mujer, ambos de nacionalidad israelí y de origen árabe, específicamente beduinos. Se casaron en 1993 y tuvieron cuatro hijos: un hombre de 22 años, una mujer de 20 y gemelos (niño y niña) de siete años al momento de la decisión. El padre formuló una solicitud de restitución internacional buscando el retorno de los gemelos a Israel.

⁵¹ La Corte rechazó el argumento de que los niños debían tener derecho a participar en el juicio, pues consideró que la designación de un guardián *ad litem* era suficiente para hacer valer sus intereses. (Sanchez vs. R.G.L., p. 508-509).

⁵² En opinión disidente, el Juez Harold R. DeMoss Jr. señaló que se debió confirmar la sentencia de la Corte de Distrito que ordenaba el retorno de los niños a México. En su opinión, no existe ninguna fuente de derecho que establezca que el otorgamiento de asilo necesariamente impide el retorno de un niño conforme a la Convención de La Haya. Para él, la Corte de Distrito sí realizó un análisis exhaustivo de las excepciones al retorno de los niños, incluyendo la escucha de los dos niños de mayor edad.

⁵³ El caso está disponible en: «<https://www.incatat.com/es/case/1433>» (fecha de consulta: 25 de marzo de 2020).

La madre argumentó haber sido víctima de violencia ejercida por su propia familia; alegó que la violencia hacia la mujer es un rasgo cultural de su comunidad y describió a detalle la violencia de la que tanto ella como sus hermanas eran víctimas (incluyendo el asesinato de una de ellas cometido por un hermano).

La madre había viajado a Canadá en 2012, en donde solicitó asilo y recibió una negativa, por lo que retornó voluntariamente a Israel en 2014. La familia vivió en ese país hasta junio de 2016, año en que la madre y los gemelos fueron de vacaciones a Tailandia. En julio de ese año, en lugar de retornar a Israel, viajaron al Reino Unido, en donde la madre solicitó asilo para ella y los niños. Tras intentos fallidos del padre para convencer a la madre de retornar, presentó una solicitud de restitución al amparo de la Convención de La Haya en enero de 2017.

La solicitud de asilo fue negada por el Ministerio del Interior (*Home Secretary*) del Reino Unido. Sin embargo, dicha autoridad argumentó que en tanto la solicitud se encontrara pendiente de resolver (entendiéndose esto como una solicitud que aún no agota todos los medios de impugnación), existía un impedimento para ejecutar una orden de retorno al amparo de la Convención de La Haya.

Uno de los primeros puntos que reconoció la Corte fue que el agotamiento de todos los medios de impugnación en un procedimiento de asilo lleva varios meses, lo cual es incompatible con el principio de urgencia establecido en el artículo 11 de la Convención de La Haya (FE vs. YE, párr. 3). Posteriormente, realizó un estudio de la Convención de Ginebra, destacando la trascendencia del principio de no devolución; agregó que si una persona solicitante de asilo fuera devuelta al lugar de persecución mientras su solicitud está pendiente y, si se resolviera en su favor, el riesgo de continuar persecución se materializaría, con consecuencias posiblemente irreversibles (párr. 7). La Corte argumentó que:

Obviamente, la dilación en la justicia es un aspecto malo con independencia de la materia de la controversia, pero es especialmente

mala si la controversia se relaciona con un niño. Por ello, las disposiciones de la [Convención de La Haya] que mandatan la urgencia no son sorprendentes. Pero la inobservancia de ese mandato difícilmente impone el tipo de riesgos que podrían surgir si el principio de no devolución se violenta. Habrá molestias temporales, en definitiva, pero son de naturaleza remediable y pueden ser mitigadas con convivencias o contacto mientras se resuelve [...] (párr. 16).

Tras señalar lo anterior, la Corte dispuso que cuando una solicitud de asilo se resuelva favorablemente, es "imposible" que una corte ordene el retorno de un niño o niña al amparo de la Convención de La Haya. Indicó que es igualmente imposible que una orden de retorno se ejecute mientras la solicitud de asilo está pendiente de resolución. En su opinión, es inconcebible que los creadores de la Convención de la Haya hayan buscado privilegiar una orden de retorno en contravención directa a la piedra angular del derecho internacional de los refugiados (párr. 17). Posteriormente, el tribunal señaló que el fundamento idóneo para negar una orden de retorno en esas circunstancias era el artículo 20 de la Convención de la Haya (párr. 18).

A continuación, la Corte hizo un razonamiento sobre los medios de impugnación. Señala que, si la solicitud de asilo ha sido negada, es deseable que una orden de restitución no se ejecute hasta que el plazo para presentar la apelación haya transcurrido. En caso de que se presente la apelación, la orden de retorno podría ser suspendida. Sin embargo, si esa apelación es negada y existen medios de impugnación para combatir dicha negativa, la corte familiar que resolverá la solicitud de restitución tiene discreción para evaluar las posibilidades de éxito del recurso antes de decidir si ejecuta la orden de restitución o mantiene la suspensión (párr. 19). En otras palabras, en opinión de la Corte, la obligación de no ejecutar una orden de restitución sólo se extiende hasta el primer medio de impugnación de una solicitud de asilo. Sin embargo, es clara al señalar que un proceso conforme a la Convención de La Haya se debe suspender mientras la solicitud de asilo se resuelve (párr. 25).

V. Apuntes para México

Como se mencionó líneas arriba, México tiene una larga tradición de asilo para personas que han encontrado en nuestro territorio un lugar seguro. De conformidad con el *Boletín Estadístico de Solicitantes de Asilo en México* más reciente —publicado por la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR)— de enero a septiembre de 2018 se presentaron 17,116 solicitudes de la condición de refugiado en México. De éstas, 3,637 corresponden a personas entre 0 y 14 años (SEGOB, 2018). Por otra parte, en el corte mensual que publica en su página electrónica, la Comisión reporta que tan sólo de enero a abril de 2020 se han presentado 3,822 solicitudes de niñas, niños y adolescentes (COMAR, 2020).

Los flujos migratorios han cambiado conforme el paso del tiempo, pero desde finales de 2018 la presencia de personas migrantes en nuestro país ha cobrado notoriedad en la opinión pública con las denominadas *caravanas* o *éxodos migrantes* provenientes de Centroamérica —principalmente, Honduras—. Quienes las integran abandonan su país por motivos diversos, entre los cuales se encuentran algunos que las harían acreedoras de protección internacional (como el miedo fundado de persecución o las situaciones de violencia generalizada). Se ha mencionado que las *caravanas*:

no son una forma nueva de movimientos migratorios; lo que es nuevo es el flujo y la modalidad de organización: sin liderazgos únicos, agrupaciones de entre 15 y 30 personas que son células que se unen al gran contingente, y en donde algunas de sus motivaciones son evitar el pago del traficante o coyote, ir más seguras durante el viaje, y recibir apoyo y alimentos por lo menos durante el trayecto (CNDHDF, 2019).

Este fenómeno migratorio parece reflejarse en un aumento en las solicitudes entrantes de restitución internacional que ha recibido la Secretaría de Relaciones Exteriores provenientes de Honduras. De conformidad

con la información que obra en la DGPME, en 2017 se recibieron tres solicitudes de restitución provenientes de ese país. Para 2018, las solicitudes aumentaron a nueve. En 2019, la cifra creció a 17 solicitudes.

Con independencia de las *caravanas*, las cifras de solicitudes de asilo en favor de niñas, niños y adolescentes son considerables, por lo que no debe sorprender que cada vez se presenten más solicitudes de restitución de NNA migrantes, particularmente, aquellos con la condición de refugiados.

Un primer reto para las autoridades mexicanas involucradas en un proceso de restitución es localizar a las y los niños migrantes quienes, con frecuencia, permanecen en constante movimiento por el territorio nacional, lo que dificulta que exista un registro de su ubicación. Igualmente, muchas de las personas tienen como objetivo final llegar a Estados Unidos, razón por la que los niños no son matriculados en ninguna institución escolar.

Es indudable que un juzgado familiar que deba resolver una solicitud de restitución que involucre a un NNA solicitante de asilo deberá observar el principio del interés superior de la niñez. Este principio, a pesar de estar reconocido en el marco jurídico nacional e internacional, no encuentra una definición universal ni mucho menos una aplicación concreta a todos los casos. Sin embargo, es indudable que dicho interés debe entenderse como una herramienta de ponderación entre dos derechos en aparente conflicto.⁵⁴

El Poder Judicial de la Federación ha considerado que existen directrices generales de carácter procesal que guían la actuación de los juzgadores para la debida ejecución de la Convención de La Haya, entre las que

⁵⁴ El interés superior se entiende como un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento. Asimismo, el Comité señala como elementos a considerar la opinión del niño; su identidad; la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; el cuidado, protección y seguridad del niño; su situación de vulnerabilidad, su derecho a la salud y su derecho a la educación. (CRC, Op. G. 14, 2013).

se encuentran "que se observen los principios en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales".⁵⁵

Es indudable que el asilo es reconocido como parte del *corpus* de los derechos humanos.⁵⁶ Basta con leer el primer párrafo preambular de la Convención de Ginebra para notar que se basa en el principio de que las personas, sin distinción alguna, deben gozar de los derechos y libertades fundamentales, como se reconoce en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos (Flores, 2009, pp. 276-277). Asimismo, debe recordarse que el asilo implica la salida de una persona de su país de origen o de residencia para salvaguardar su derecho a la vida, la libertad o la integridad física, "que son la base de la esfera jurídica inherente a todo ser humano." (Segovia, 2013, p. 367).

Conforme a lo expuesto en el presente trabajo se puede concluir que —a diferencia de los criterios emitidos en Canadá y Estados Unidos— la observancia del principio de no devolución es vinculante para todos los órganos del Estado mexicano, atendiendo al contenido de la Convención de Ginebra y a su Protocolo (ACNUR, 1950, párr. 9). No sólo los tratados internacionales son claros al respecto, sino también la legislación mexicana que recoge sus principios. Por ello, cuando un caso de restitución involucre a una niña, niño o adolescente con la condición de refugiado, la restitución válidamente podría negarse.

⁵⁵ Tesis: III.2o.C.67 C (10a.) CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. DIRECTRICES GENERALES DE CARÁCTER PROCESAL QUE DEBEN OBSERVARSE POR LOS JUECES EN LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. Marzo de 2017.

⁵⁶ "[H]oy se encuentra allanado el camino hacia la consagración del derecho de asilo como un derecho individual, en tanto se encuentra reconocido en diversos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos [...]." (San Juan y Marly, 2004, p. 56). "Si bien la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados... y su Protocolo... no constituyeron en su origen tratados de derechos humanos en *stricto sensu*, no es posible ignorar que su objeto principal consiste en proteger los derechos humanos de las personas cuando dicha protección no está disponible en sus países de origen. Asimismo, es pertinente resaltar la interacción que estos instrumentos desempeñan con los regímenes de protección de los derechos humanos." (Corte IDH, opinión consultiva 25/18, párr. 41).

Lo anterior no implica que los sistemas de La Haya y Ginebra se opongan o que sean mutuamente excluyentes. Por el contrario, están plenamente armonizados, ya que una excepción basada en el principio de no devolución, en tanto se trata del marco jurídico aplicable a la condición de los refugiados, claramente activaría las excepciones previstas en los artículos 13(b) y 20.

De estas dos excepciones, es mucho más claro que si un NNA huye de su país por temores fundados de persecución o por amenazas, el retorno podría exponerlo a un grave riesgo de peligro físico o psíquico, o bien a una situación intolerable, en términos del artículo 13(b).

Por otro lado, el Informe Explicativo señala que: "para poder denegar el retorno del menor invocando [el artículo 20] la autoridad en cuestión debe comprobar no sólo la existencia de una contradicción sino también el hecho de que los principios protectores de los derechos humanos prohíben el retorno solicitado." (Pérez-Vera, 1980, p. 8). El mismo Informe también señala que esta excepción:

no se refiere a los desarrollos alcanzados en el plano internacional; muy al contrario, sólo se refiere a los principios admitidos en el derecho del Estado requerido, ya sea por vía del derecho internacional general o convencional, ya sea por vía legislativa interna. En consecuencia, para poder denegar un retorno sobre la base de [esta excepción], será preciso que los principios fundamentales en la materia aceptados por el Estado requerido no lo permitan (p. 34).

Como se expuso en el apartado III, la protección de los refugiados y el principio de no devolución están plenamente incorporados al orden jurídico mexicano. Asimismo, aun interpretando la excepción del artículo 20 de forma estricta, la mención a los derechos humanos debe indicarnos que los mismos merecen una consideración particular al analizar las excepciones al retorno, incluyendo la excepción de grave riesgo (Estin, 2016, p. 818).

Por lo anterior, se coincide con el criterio de las cortes del Reino Unido y se concluye que existe un impedimento para ordenar el retorno de un NNA al amparo de la Convención de La Haya si se ha reconocido la condición de refugiado e, incluso, si la solicitud de reconocimiento aún no es definitiva. De seguir el criterio usado en Canadá y Estados Unidos se corre el riesgo de que el juzgado de lo familiar invada competencias exclusivas de la COMAR al evaluar la situación imperante en el país de residencia habitual. El tema se tornaría más delicado si ambas autoridades llegan a conclusiones opuestas.

A la luz de lo expuesto en el presente trabajo, con el propósito de atender de mejor manera el interés superior de la niñez y evitar la vulneración de derechos fundamentales, se presentan propuestas de acciones que pueden implementarse:

a. Intercambio de información entre todas las autoridades involucradas

La aplicación de las normas relativas a la restitución y al asilo está dividida entre diversas autoridades mexicanas. Cada una de ellas tiene atribuciones específicas y no necesariamente estarían enteradas de aquello que escapa de sus atribuciones. Por ejemplo, la COMAR podría desconocer que se encuentra en trámite una solicitud de restitución internacional; en otro ejemplo, si la parte que se opone a la restitución no comparece a juicio a pesar de haber sido debidamente emplazada, el juzgado de lo familiar podría ignorar que existe un trámite de reconocimiento de la condición de refugiado.

Por ello, es sumamente conveniente que la autoridad que conozca la existencia de un caso que involucre tanto restitución como asilo lo informe a las otras autoridades clave que pudieran estar involucradas en ambos procedimientos. En términos de la Convención de La Haya, la Autoridad Central tiene la facultad de promover la colaboración entre autoridades competentes. Igualmente puede, de manera directa o a través la institución competente, prevenir que el niño sufra mayores daños —con

posibilidad de que se adopten medidas provisionales— e intercambiar información relativa a la situación social del menor.

En tal virtud, si bien nada impide una comunicación directa entre las autoridades involucradas, la DGPME —en su calidad de Autoridad Central mexicana— puede fungir como punto de contacto central entre autoridades clave que intervienen en ambos procedimientos (juzgado familiar, COMAR, Instituto Nacional de Migración, procuradurías de protección, instituciones coadyuvantes en la ejecución de órdenes de restitución y autoridades que resuelven las impugnaciones relacionadas con la negativa al reconocimiento de la condición de refugiado). Lo anterior permitirá un intercambio de información ágil, que redundará en que cada autoridad tenga los elementos necesarios para la toma de decisiones y se reduzca el riesgo de vulnerar los derechos del niño o niña involucrada.

b. Suspensión de procedimientos de restitución (o su ejecución) hasta en tanto se resuelve la condición de refugiado

Cuando una persona tiene formalmente reconocida la condición de refugiada, la negativa de una solicitud de restitución con fundamento en el principio de no devolución resulta sencillo. Sin embargo, líneas arriba se mencionó que el principio de no devolución protege también a las personas a quienes no se les ha declarado formalmente su estatuto. En esta situación, una preocupación natural de los juzgados familiares es negar la solicitud de restitución y que, en un momento posterior, la COMAR resuelva desfavorablemente la solicitud de reconocimiento de la condición del refugiado.

Debe recordarse que el artículo 18 del Convenio de La Haya dispone que sus disposiciones "no limitarán las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento". Por ello, la autoridad judicial estaría facultada para suspender

el procedimiento de restitución hasta en tanto se resuelva en definitiva la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado. En caso de que ya se haya ordenado el retorno, el mismo también debería suspenderse.

Si hay alguna disposición de la Convención de La Haya que parecería oponerse a ello es el principio de urgencia. Debe considerarse que la COMAR cuenta con 45 días hábiles para resolver la solicitud, con posibilidad de ampliación por un periodo igual.⁵⁷ En caso de resolución negativa, se procede al recurso de revisión, el cual podrá interponerse en un plazo de 15 días hábiles (LRPCAP, artículo 25) y resolverse hasta en tres meses (Ley Federal de Procedimiento Administrativo, artículo 17). Posteriormente, podrá agotarse el juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa,⁵⁸ el juicio de amparo⁵⁹ y, en algunos casos, el amparo en revisión.⁶⁰

Sin embargo, el principio de urgencia no prevalece sobre los derechos humanos fundamentales.⁶¹ Asimismo, al negar la restitución en otro caso tramitado al amparo de la Convención de La Haya, las cortes del Reino Unido reconocieron que "la Convención no tiene como principio que los niños sean puestos en un serio riesgo de daño o en situaciones intolerables... [los] niños no deberían ser expuestos a sufrir sólo por cumplir el objetivo general de disuadir el mal que causa la sustracción a nivel mundial."⁶²

⁵⁷ Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político (LRPCAP), artículo 24; Reglamento de la LRPCAP, artículos 45 y 47. Tan solo el primer periodo ya excede las seis semanas previstas en la Convención de La Haya.

⁵⁸ Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, artículo 2o.; Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, artículo 3, fracción XII.

⁵⁹ Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículos 107 y 170.

⁶⁰ *Ibid.*, artículo 81.

⁶¹ *A.M.R.I. vs. K.E.R.*, párr. 125. Asimismo: "el daño potencial que puede resultar de la inobservancia del principio de celeridad es de naturaleza y escala completamente diferente a aquél que puede surgir de la inobservancia del principio de no devolución". *FE v. YE*, *op. cit.*, párr. 16.

⁶² *Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody)*, párr. 45 y 54, disponible en: «<https://www.incadat.com/en/case/937>» (fecha de consulta: 25 de abril de 2020).

Por ello, si bien no se descarta la posibilidad de un abuso del marco jurídico en materia de protección a refugiados ni de los múltiples medios de impugnación previstos en la ley, de no esperar la definitividad de la resolución sobre el reconocimiento de la condición de refugiado se podrían ocasionar perjuicios irreversibles.

c. Ordenar medidas provisionales para mitigar el tiempo de espera

Derivado de lo expuesto en la propuesta anterior, el juzgado de lo familiar puede ordenar las medidas que considere necesarias para reducir el impacto que pueda tener la espera de la resolución de la condición de refugiado. Debe recordarse el impedimento general de resolver el fondo del asunto, por lo que las medidas dictadas serían de naturaleza estrictamente provisional.

La autoridad judicial podrá evaluar las medidas que resulten más adecuadas según el contexto. Sin embargo, resultan de particular importancia —si las circunstancias lo permiten y no exponen al niño o niña a un perjuicio mayor— un régimen de visitas o convivencias con el progenitor que solicita el retorno, con miras a evitar el desapego y privilegiando el principio de unidad familiar. Éstas podrán ser supervisadas si el juzgado advierte un riesgo de fuga de la parte que solicita el retorno. Además, pueden ordenarse medidas adicionales como el levantamiento de alertas migratorias para impedir salida del niño o niña, o la entrega de documentos de viaje para el resguardo del juzgado.

Si bien la institucionalización no se considera una medida viable, podría resultar idóneo el ordenamiento de visitas de seguimiento a cargo de los Sistemas para el Desarrollo Integral de la Familia, con el fin de corroborar la integridad del NNA y que sus derechos se garanticen de forma integral.

d. Dar vista a las Procuradurías de Protección

En relación con el punto anterior, cabe reiterar que los Sistemas para el Desarrollo Integral de las Familias no sólo son autoridades centrales estatales en el marco de la Convención de La Haya, sino que también son instituciones clave para la protección de la niñez.

Las Procuradurías de Protección a NNA desempeñan un papel fundamental, pues en términos de la LGDNNA están facultadas para determinar las acciones necesarias que permitan restituir los derechos vulnerados en cada caso, así como para coordinar el trabajo institucional para ese fin.

Si bien sus determinaciones no son vinculantes para el poder judicial, su alto nivel de especialización y profesionalización las convierte en aliadas para establecer una ruta que salvaguarde de mejor manera el interés superior. Resulta particularmente útil su atribución de "elaborar, bajo el principio del interés superior de la niñez, un diagnóstico sobre la situación de vulneración y un plan de restitución de derechos, que incluya las propuestas de medidas para su protección" (LGDNNA, artículo 123, fracción IV).

Además, las Procuradurías de Protección cuentan con equipos multidisciplinarios que determinan las medidas de protección especial que puedan requerirse en cada caso. Estos equipos emiten opiniones especializadas y proponen soluciones desde distintas áreas de manera integral para atender de mejor manera el interés superior de la niñez.⁶³

No menos importante, las Procuradurías de Protección también pueden representar, proteger y defender legalmente a niñas, niños y adolescentes no acompañados tanto en procesos de restitución como de asilo. Esta

⁶³ Para conocer más sobre la elaboración del diagnóstico de derechos vulnerados o restringidos y del plan de restitución de derechos, *Vid.* DIF-UNICEF, 2016.

dualidad difícilmente se encontrará en alguna otra autoridad mexicana, y resulta incluso más importante tratándose de NNA no acompañados.

e. Dar vista a COMAR

Cuando se tenga conocimiento de que se tramitan en paralelo una solicitud de restitución y una de asilo, es muy importante que dé vista a la COMAR en el procedimiento, con la posibilidad de que manifieste lo que considere conveniente en el procedimiento.

Lo anterior representaría algunas ventajas: 1) permitirían al juzgado familiar allegarse de mayores elementos para determinar la suspensión del procedimiento y las medidas provisionales más adecuadas; 2) fomentar el intercambio de información con COMAR, con miras a que esta institución también se allegue de elementos adicionales para resolver, sobre todo considerando que la parte que solicita la restitución no participa en la tramitación de la solicitud ante la Comisión; 3) exhortar a la COMAR a resolver de forma prioritaria las solicitudes que involucren a niñas, niños y adolescentes, con el fin de reducir los tiempos de espera, y 4) reducir la posibilidad de abuso del sistema de protección de los refugiados.

Es importante también reconocer que la COMAR afronta grandes retos de capacidad operativa y presupuestal (Asylum Access, 2020, 9 de enero). Por ello, es indispensable que el Estado mexicano fortalezca a esta institución fundamental en la protección de los derechos humanos.

VI. Conclusiones

La protección de las niñas, niños y adolescentes es un aspecto clave del derecho que permea en sus distintas ramas. Si bien cada una de ellas tiene diversos postulados, todas convergen en que este sector de la población es sujeto de derechos y en que todas las autoridades están obligadas a la protección de su interés superior.

Podría pensarse, en principio, que los regímenes jurídicos de la restitución internacional y el asilo se contraponen; sin embargo, al analizarlos es evidente que ambos buscan proteger a personas de riesgos mayores. En ese sentido, los dos regímenes convergen y se armonizan a través de la observancia de los principios fundamentales de derechos humanos, así como del interés superior de la niñez.

Precisamente, en atención a este principio es que debe reconocerse la prevalencia del principio de no devolución ante la obligación general de retornar a un NNA sustraído o retenido ilícitamente. Ello no implica que el marco jurídico de la sustracción internacional esté subordinado, sino que ante la convergencia de solicitudes de restitución y de reconocimiento de la condición de refugiados se activan excepciones previstas en el propio marco jurídico especializado (*i.e.*, la Convención de La Haya).

Desafortunadamente, es común que en los conflictos de naturaleza familiar los padres y madres antepongan sus intereses (y rencores hacia su contraparte) a ese interés superior de sus hijos. Por ello, las autoridades encargadas de la impartición de justicia deben ser particularmente cuidadosas en valorar todos los elementos e implicaciones posibles de su decisión, sobre todo en aquellos casos en que los intereses de las partes divergen.

Sin embargo, la tarea no es exclusiva de nuestras juezas y jueces. Si todas las y los participantes en conflictos como los narrados —entiéndase autoridades administrativas, litigantes privados y los mismos progenitores— reconocen la importancia de adoptar decisiones que resulten más favorables para la niñez, se alcanzarán mejores soluciones y evitaremos poner a este sector de la población en riesgos, dilemas y demás situaciones indeseables.

VII. Fuentes

ACNUR (2007), *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el*

Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. «<https://www.refworld.org/es/docid/4a8124522.html>»

AGNU (1948), *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Resolución 217 A(III), Ginebra, ONU.

AGNU (1950), Resolución 428(V), Asamblea General de las Naciones Unidas, 14 de diciembre de 1950, Ginebra, ONU.

Asylum Access (2020, 9 de enero), "Cifras nuevas de la COMAR demuestran que hay más de 13.000 solicitantes de asilo esperando decisiones desde 2018", Ciudad de México, «<https://bit.ly/3pYq9jX>» (fecha de consulta: 03 de mayo de 2020).

Colmenares Sánchez, B. (2018), *La Restitución Internacional de Menores como Crisis Familiar y su Tratamiento en México*, México, Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México.

CRC (2005), *Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, 1 de septiembre de 2005, Comité de los Derechos del Niño, Ginebra, ONU.

CRC (2013), *Observación general No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, Comité de los Derechos del Niño, 29 de mayo de 2013, Ginebra, ONU.

COMAR (2020), Estadística abril 2020. Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados. «<https://bit.ly/39eMeos>» (fecha de consulta: 12 de mayo de 2020).

CDHDF (2019), *Protocolo para la atención humanitaria de emergencia a personas migrantes y/o sujetas de protección internacional en la*

Ciudad de México. *Albergues o campamentos temporales*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. «<https://bit.ly/3fxnZTA>» (fecha de consulta: 27 de abril de 2020).

DIF-UNICEF (2016), *Guía Práctica para la Protección y Restitución de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*. Procedimiento, México, UNICEF. «<https://uni.cf/379IEJK>».

DIF-UNICEF (2016), *Guía Práctica para la Protección y Restitución de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*. *Caja de Herramientas*, México, UNICEF. «<https://uni.cf/3mcn4L2>».

Evans, Malcolm D. (2010), *International Law*, 4a. ed., Oxford, Oxford University Press.

Garner, B. (2009), *Black's Law Dictionary*, 9a. ed., Estados Unidos, West Publishing.

Pérez-Vera, E. (1980), *Explanatory Report of the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*. vol. III. «<https://bit.ly/3fhKOL1>» [versión en español: Informe explicativo del Convenio HCCH sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores].

Flores, M., et al., (2009), *Diccionario de Derechos Humanos. Cultura de los derechos en la era de la globalización*, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

HCCH (1980), *Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, Países Bajos, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado-HCCH. «<https://bit.ly/3kOASd6>».

HCCH (2020), Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, *1980 Child Abduction Convention, Guide to Good Practice*,

Part VI, Article 13(1)(b), 2020. El texto se encuentra disponible en inglés y francés en el siguiente vínculo electrónico: «<https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6740>» (fecha de consulta: 30 de abril de 2020).

Estin, A. L. (2016), "Protecting Child Welfare in Abduction and Asylum Proceedings", en *North Carolina Journal of International Law*, núm. 41, núm. 4, 2016, p. 797.

Loo, H. "In the Child's Best Interests: Examining International Child Abduction, Adoption, and Asylum", en *Chicago Journal of International Law*, vol. 17, núm. 2, pp. 606-616.

Oropeza Zorrilla, M. C., (2014), "Niñez y adolescencia sin fronteras: los dilemas de la protección consular a la infancia", en *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 101, pp. 129-141.

Ortega Velázquez, E. (2018), "Niños, niñas y adolescentes solicitantes de asilo en México: una crítica a los defectos del procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLX, núm. 152.

Rea Granados, S. (2016), "Retos actuales en la implementación de la ley sobre refugiados y protección complementaria en México: identificación, admisión y acceso al procedimiento de asilo", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI.

San Juan, C. y Manly, M. (2004), *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina, Análisis crítico del dualismo "asilo-refugio" a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Costa Rica, Alto Comisionado de las Naciones Unidas.

Sepúlveda, R., (2011), "Análisis sobre los aspectos de la reforma constitucional relacionados con el ámbito internacional (asilo y refugio)",

en Carbonell Sánchez, M. y Salazar Ugarte, P. (coord.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

Segovia, T. N. J. L., (2013), "Artículo 13. Derecho al asilo/refugio: un derecho humano plenamente exigible en México", en Ferrer Mac-Gregor, E. et al., *Derechos Humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, t.I, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.

Somohano Silva, K. (2007), "El derecho internacional de los Refugiados: alcance y evolución", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 57, núm. 248, pp. 69-96.

Somohano Silva, K., y Yankelevich, P., coord. (2011), *El refugio en México*, México, Secretaría de Gobernación.

SEGOB-COMAR (2018). *Boletín Estadístico de Solicitantes de Asilo en México*. Unidad de Política Migratoria-Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados Subsecretaría de Derechos Humanos, Migración y Población-Segob. «<https://bit.ly/2J98wNN>».

SCJN (2014), *Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en caso de que involucren a Niñas, Niños y Adolescentes*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. «<https://bit.ly/2KFuyrY>».

Otros

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) (México).

Corte IDH (2014), *Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, OC-21/14.

Corte IDH (2017), *Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos*, OC-23/17.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", 22 Noviembre 1969, «<https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>».

ONU (1989), Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 Noviembre 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577.

La movilidad humana presenta una serie de retos que requieren de la cooperación internacional entre los Estados, así como de reglas comunes y homogéneas. En el caso de la sustracción de menores de edad, la normativa y la práctica internacionales proveen al juzgador y a las autoridades involucradas de criterios, principios y estándares que deberán ser tomados en cuenta en el caso concreto. Desde una perspectiva de derechos humanos, en particular, destaca la aplicación del interés superior de la niñez como principio rector tanto del ámbito internacional como derivado de un mandato constitucional.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desarrollado un importante cuerpo de jurisprudencia sobre la interpretación del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, principal instrumento jurídico que aborda el fenómeno de sustracción y restitución internacional de niñas, niños y adolescentes. Este libro reúne una serie de artículos que, por un lado, analizan los criterios de la Suprema Corte en la materia y, por el otro, nos anuncian problemas y desafíos pendientes para la protección efectiva del interés superior de la infancia ante la movilidad humana internacional. Esta obra será de especial utilidad para juezas y jueces, operadores judiciales y autoridades en contacto con el sistema de protección de la infancia, así como del público interesado en general, y debe leerse de la mano del cuaderno de jurisprudencia sobre *Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes* publicado también por este Alto Tribunal.

