



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE DOCTORADO

Aplicación del Interés Superior para el Caso de Niños, Niñas y Adolescentes no Acompañados y Solicitantes de Asilo en México

Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho

Sergio Alejandro Rea Granados

Directora:
Dra. Maricruz Gómez de la Torre Vargas

Santiago de Chile, marzo de 2021

Tabla de contenido

AGRADECIMIENTOS.....	6
ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN.....	8
1. Interés superior del niño, estado del arte y planteamiento del problema	8
2. Objeto de estudio: Cualificación y restricciones.....	19
3. Hipótesis.....	28
4. Metodología	29
5. Relevancia	32
CAPÍTULO I	34
MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE LOS NNA Y LOS REFUGIADOS*	34
Introducción.....	34
1. Instrumentos Internacionales sobre los Derechos del Niño	36
1.1. Convención sobre los Derechos del Niño	54
1.2. Otros tratados relevantes de la infancia.....	58
2. Instrumentos Internacionales sobre los Refugiados.....	62
2.1. Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.....	64
2.2. Protocolo de 1967	73
2.3. Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984.....	75
3. Evolución Normativa	80
3.1. Compatibilidad del Derecho Internacional de los Niños y el Derecho Internacional de los Refugiados.....	82
3.2. Interés Superior del Niño y el Derecho Internacional de los Refugiados	85
CAPÍTULO II	91
APROXIMACIONES SOBRE EL INTERÉS SUPERIOR EN RELACIÓN CON LOS NNA NO ACOMPAÑADOS QUE REQUIEREN PROTECCIÓN INTERNACIONAL	91
Introducción.....	91
1. Teorías sobre el Interés Superior del Niño	92
1.1. Intervención del Estado	94
1.2. Mínima Intervención Estatal.....	97
1.3. Doctrina de John Eekelaar	101
1.4. Auto Determinismo	103
1.5. Corriente Garantista	107
1.6. Criterios establecidos	112
2. Soft Law	119
2.1. Comité sobre Derechos del Niño	122
2.2. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados.....	137

CAPÍTULO III	146
Jurisprudencia Internacional en materia de Derechos Humanos sobre el Interés Superior del Niño	146
Introducción.....	146
1. Corte Interamericana de Derechos Humanos	150
1.1. Diferencias entre competencia contenciosa y consultiva	151
1.2. Casos contenciosos.....	152
1.3. Opiniones consultivas.....	191
2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	204
CAPÍTULO IV	218
CRITERIOS DEL INTERÉS SUPERIOR EN RELACIÓN CON NNA NO ACOMPAÑADOS Y SOLICITANTES DE ASILO EN MÉXICO	218
Introducción.....	218
1. El ISN de NNA no acompañados con necesidad de protección internacional en México.....	221
1.1. Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional de los Refugiados en México	222
1.2. Reconocimiento del ISN en la legislación mexicana	227
2. Jurisprudencia Mexicana.....	239
2.1. Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	245
2.2. Tribunales Federales.....	263
3. Medidas para Proteger a los NNA no acompañados en México	266
CONCLUSIONES	285
BIBLIOGRAFÍA	296

**“No soñar con la paz mundial es un delito
contra la Humanidad”**

Rigoberta Menchú, Nobel de la Paz 1992.

Dedico este trabajo a todos los niños, niñas y adolescentes no acompañados que son obligados a huir de sus países de origen; y en particular a aquellos y aquellas en México, para quienes espero encuentren en él un lugar en el mundo.

AGRADECIMIENTOS

Quiero expresar mi profundo agradecimiento a toda mi familia, quien siempre ha estado conmigo. A mi madre, por ser mi ejemplo e inspiración constante; a mi padre, por estar a mi lado en todo momento de manera incondicional; a mi hermano menor, quien –no obstante– ha sido mi maestro de superación personal; a mi hermana, mi amiga de la vida; y a mi siempre recordada abuela, por su amor inmarcesible. A Pelonchas, por estar siempre conmigo y apoyarme en cualquier situación; y también, a mi familia chilena por hacerme sentir parte de ella.

Un especial y sincero agradecimiento a mi profesora y tutora, Dra. Maricruz Gómez de la Torre Vargas, por creer en mí y apoyarme en este proyecto profesional, a pesar de múltiples adversidades que enfrenté en el camino.

También quiero agradecer a los profesores y las profesoras de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, especialmente a: Sofía Correa Sutil, Pablo Ruiz-Tagle Vial, Ana María Moure Pino, Francisco Soto Barrientos, Juan Pablo Mañalich Raffo y a Rafael Mauricio Plaza Reveco.

Agradecer al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en particular a la Dra. Mónica González Contró, por el apoyo y la oportunidad de hacer una estancia doctoral.

Asimismo, a mis compañeros y compañeras del Programa de Doctorado de dicha Facultad y a mis profesores y profesoras de grado en la Universidad Iberoamericana y de posgrado en la Universidad de Melbourne, quienes me inspiraron para dedicarme a los derechos humanos y a favor de las personas refugiadas.

Agradezco, también, a mis amigos y amigas de la vida; y, finalmente, a la Agencia de la Organización de Naciones Unidas para los Refugiados, por darme la oportunidad de proteger e integrar a las personas desplazadas, entre ellas, a los niños, niñas y adolescentes refugiados.

ABREVIATURAS

ACNUR	Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CDN	Convención sobre Derechos del Niño
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIREFCA	Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos
CNDH	Comisión Nacional de Derechos Humanos
COMAR	Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados
Comité DN	Comité de Derechos del Niño
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DIF	Sistemas Nacionales o Estatales para el Desarrollo Integral de la Familia
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DIP	Derecho Internacional Público
DIR	Derecho Internacional de los Refugiados
ECOSOC	Consejo Económico y Social de Naciones Unidas
INM	Instituto Nacional de Migración
ISN	Interés Superior del Niño
Ley General DNNA	Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes
NNA	Niños, Niñas y Adolescentes
OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de Naciones Unidas
OPI	Oficial de Protección a la Infancia
Procuraduría de Protección	Procuraduría Federal/Estatal de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
Tribunal Europeo DH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
UNRRA	Administración de las Naciones Unidas de Socorro y Reconstrucción

INTRODUCCIÓN

1. Interés superior del niño, estado del arte y planteamiento del problema

En la actualidad se observan fenómenos migratorios mixtos que implican el desplazamiento masivo de personas migrantes, solicitantes de asilo, refugiados y víctimas de trata de personas, entre otros.¹ Estos flujos migratorios mixtos,² que tienen lugar en todo el mundo, son además fenómenos críticos desde un punto de vista humanitario, pues las personas que participan en estos desplazamientos son más propensas a sufrir privaciones, discriminación y violaciones de sus derechos humanos; y por tal razón, el análisis del fenómeno en su dimensión jurídica precisa consideraciones especiales e individualizadas.³

Diversos informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”)⁴ y el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante “ACNUR”)⁵ han puesto de manifiesto la trascendencia de las migraciones mixtas, entre las cuales se incluyen ciertos grupos humanos que se encuentran en una situación especialmente vulnerables,⁶ uno de estos son: los niños, niñas y adolescentes (en adelante “NNA”), entre los que también se encuentran los no acompañados y que requieren protección internacional.

En efecto, debido a la desmedrada situación de los NNA en el mundo, en el plano internacional, “la Convención sobre Derechos del Niño de 1989 (en adelante “CDN”)⁷ se

¹ Organización Internacional para las Migraciones (OIM), *Migración Irregular y los Flujos Migratorios Mixtos: Enfoque de la OIM*, MC/INF/297, 2009, p. 1.

² En los flujos migratorios mixtos, se encuentran personas migrantes y personas refugiadas. Una de las distinciones más comunes es que las personas migrantes pueden regresar a sus países de origen, las personas refugiadas no pueden ser devueltos porque su vida, libertad y seguridad están en riesgo.

³ *Idem*.

⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe sobre el derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 54/13, 2013, p. 26.

⁵ United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Refugee protection and mixed migration flows: a 10-point plan of action*, UNHCR, 2007, pp. 1-2.

⁶ La OIM define las migraciones mixtas como movimientos de población complejos, que incluyen a: migrantes económicos, otros migrantes, víctimas de trata, refugiados, solicitantes de asilo y menores refugiados.

OIM, *op. cit.*, p. 1.

⁷ ONU: Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 noviembre 1989, Serie de Tratados de Naciones Unidas, vol. 1577. Aprobada y abierta a firma y ratificación por la Asamblea

erigió como una síntesis de normas en parte provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general, pero enfocada en principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculados a la infancia y a la adolescencia. La CDN concibe a los NNA no sólo como sujetos de medidas de protección y asistencia, sino como titulares de derechos propios y, por lo tanto, con la capacidad y el deber de participar en los asuntos que les afecten.”⁸

Entre los derechos que la CDN incorpora para brindar protección a los NNA, encontramos los siguientes: el derecho intrínseco a la vida, a la supervivencia y el desarrollo; el derecho a la participación; a la no discriminación y el que constituye el objeto material de esta investigación: el de interés superior del niño(a) (en adelante “ISN”).

El ISN es claramente uno de los pilares fundamentales de la CDN, el cual goza de reconocimiento universal y a *grosso modo* otorga a los NNA la prerrogativa de que su interés sea considerado de manera preferente, y que tal consideración prevalezca en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como privada. De igual forma, incluye la adopción de medidas a favor de la infancia y de la adolescencia realizadas por el gobierno, el parlamento, la judicatura e instituciones privadas de bienestar social.⁹ Así, todos los órganos del Estado deben considerar el ISN en todas y cada una de las decisiones y medidas que adopten y que involucren a los NNA.¹⁰

El problema que importa el ISN no es su reconocimiento nacional e internacional, sino su aplicación e interpretación por parte del Estado. Dicho de otra forma, el gran inconveniente del ISN como concepto jurídico¹¹ es que la norma internacional en que se reconoce no establece con precisión su sentido o alcance. Así las cosas, el ISN responde a un concepto jurídico de aquellos que la doctrina identifica como indeterminados o, más

General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990.

⁸ Rea Granados, Sergio Alejandro, “Evolución del Derecho Internacional sobre la Infancia”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 29, Bogotá, 2016, pp. 150-151.

⁹ Comité DN, *Observación General No. 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44) CRC/GC/2003/5*, 2003, p. 5.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Para efectos de esta tesis, consideramos al ISN como concepto y no sólo como principio, para ir acorde a la interpretación del Comité DN, quien señala que le da tres dimensiones. Es decir, un derecho sustantivo, un principio jurídico y una norma de procedimiento. Lo anterior, para no limitar el alcance y la aplicación del ISN. Comité DN, *Observación General No. 14, Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, 2013, CRC /C/GC/14, párr. 6 y 7.

precisamente, de contenidos indeterminados: aquellos en que la norma jurídica define el supuesto de hecho a través de conceptos abstractos que sólo cabe concretar en su aplicación práctica, bien porque la norma se refiere a una realidad cuyos límites no pueden ser bien precisados en su enunciado, ya que no admite una cuantificación o determinación rigurosa;¹² o bien, porque el(la) legislador(a) ha decidido consciente y voluntariamente no acotarlos de manera definitiva para, así, permitir soluciones ajustadas a los casos concretos.¹³

Frente al problema que supone el ISN en cuanto concepto jurídico indeterminado, la doctrina internacional y los organismos internacionales no se han quedado de brazos cruzados y ha propuesto algunas directrices encaminadas a proveer de contenidos al ISN; y que, además, han apuntado a determinar el nivel jerárquico o prevalencia con respecto a otros derechos.¹⁴ Lamentablemente, estos esfuerzos no han pasado de la enunciación teórica y en términos generales de un enfoque tridimensional que, a falta de una real caracterización jurídica entiende el ISN a la vez como principio, derecho y norma de procedimiento, postura adoptada por el Comité de Derechos del Niño (en adelante “Comité DN”) en su Observación General No. 14.¹⁵

Sin perjuicio de tal enfoque práctico, lo cierto es que la entidad del problema de la caracterización jurídica del ISN como concepto indeterminado es puesta de relieve por el propio Comité DN que ha advertido que la indeterminación o flexibilidad interpretativa del ISN puede dejar margen para la manipulación, pues ha sido utilizado abusivamente por Estados y otras autoridades estatales para justificar políticas de dudosa sujeción a la naturaleza y sentido de este concepto jurídico.¹⁶

Por tal razón, la aplicación del ISN sin ser acorde a los estándares internacionales resulta ser un problema jurídico que aún no ha sido resuelto. Sobre todo, en el caso de uno de los grupos que se sitúan en mayor vulnerabilidad, es decir, en los NNA no acompañados

¹² García de Enterría y Fernández T.R. *Curso de derecho administrativo* (15ª ed.), Navarra, Thomson Civitas, 2011, p. 481.

¹³ Parejo, Alfonso L., *Lecciones de derecho administrativo* (5ª ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 279. Véase especialmente, Ara Pinilla, I., “Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXI, 2004, pp. 107-123.

¹⁴ Freedman, Diego, “Funciones normativas del interés superior del niño”, en: *Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global*, núm. 4, 2007, Buenos Aires, p. 4.

¹⁵ Comité DN, *Observación General No. 14*, op. cit.,

¹⁶ *Ibid.*, párr. 39-40.

y que requieren la protección internacional, a quienes se les deja a un lado el pleno disfrute de todos sus derechos consagrados en la CDN, además de aquellos reconocidos en otras normas de derechos humanos relacionadas con otras situaciones o requerimientos específicos.¹⁷ Tan es así que, acudiendo en ayuda, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante “DIDH”) ha debido enarbolar ciertos principios y derechos –como el derecho a la igualdad y a la no discriminación¹⁸ y los principios de indivisibilidad¹⁹ y de desarrollo progresivo,²⁰ entre otros– para arrojar alguna luz en el oscuro dilema sobre los límites y contenidos del ISN. Y más aún, cuando se integra a la ecuación el caso particular de los NNA no acompañadas y solicitan la condición de refugiado, la protección de los derechos de los(de las) niños(as) también abarca a todos aquellos derechos y principios contenidos en el *corpus iuris* internacional de protección de la infancia y de la adolescencia.²¹

Efectivamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) ha señalado que “para interpretar las obligaciones del Estado en relación con NNA, además de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

¹⁷ Comité DN, *Observación General No. 5, op. cit.*, p. 17.

¹⁸ El goce de los derechos humanos corresponde a todos, sin distinción de raza, color, sexo, clase social, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra naturaleza. 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, núm. 14, párr. 69 y 193.

¹⁹ El pleno goce de los derechos humanos se encuentra unidos, ya que ellos forman una sola construcción, pues no podría realizarse el ideal del ser humano libre y seguro sino se encuentran también ejercidos sus otros derechos. Por lo tanto, si se realiza o se viola un derecho, impactará en los otros derechos, más allá si existe una relación de dependencia inmediata entre ellos. Vázquez, Luis Daniel y Sandra Serrano. “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad apuntes para su aplicación práctica” Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coord.). en: *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2011, pp. 135-159.

²⁰ La progresividad implica tanto gradualidad como progreso. La primera se refiere a que la efectividad de los derechos no va a lograrse de una vez y para siempre, sino que se trata de un proceso que supone definir a corto, mediano o largo plazo. El progreso garantiza que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. *Idem*.

²¹ Pacto de San Salvador, Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Declaración de Derechos del Niño, Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, entre los más relevantes. Rea Granados, Sergio Alejandro, “Evolución del Derecho...*op. cit.*”, p. 170.

(en adelante “CADH”) “considera importante acudir, por referencia, a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección y derechos de la niñez,”²² incluyendo aquellas aplicables a los refugiados, como la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1961.²³ Esto es así porque, de forma similar a lo sucedido con el DIDH, desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Refugiados (en adelante “DIR”) también existen derechos y principios que pueden ser considerados para determinar parámetros del ISN respecto de NNA no acompañados que requieren protección internacional, entre los cuales cabe mencionar: el principio a la no devolución,²⁴ el derecho a la no sanción por entrada irregular,²⁵ y el derecho al acceso al procedimiento de asilo sin impedimento alguno.²⁶

²² CIDH, Informe núm. 41/99, *Caso 11,491, Menores detenidos vs Honduras*, 1999, párr. 72.

²³ Convención de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada el 28 de Julio de 1951 en Ginebra, Suiza, y que entró en vigor 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43 Serie de Tratados de Naciones Unidas, No. 2545, vol. 189. Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, adopción en Nueva York, 31 de enero de 1967, citado en: Rea Granados, “Evolución...op. cit., p. 175.

²⁴ Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Artículo 33. Prohibición de expulsión y de devolución ("*refoulement*") 1. 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. 2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

²⁵ Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Artículo 31. Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio. 1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales. 2. Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país.

²⁶ Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Artículo 16. Acceso a los tribunales 1. En el territorio de los Estados Contratantes, todo refugiado tendrá libre acceso a los tribunales de justicia. 2. En el Estado Contratante donde tenga su residencia habitual, todo refugiado recibirá el mismo trato que un nacional en cuanto al acceso a los tribunales, incluso la asistencia judicial y la exención de la *cautio iudicatum solvi*. 3. En los Estados Contratantes distintos de aquel en que tenga su residencia habitual, y en cuanto a las cuestiones a que se refiere el párrafo 2, todo refugiado recibirá el mismo trato que un nacional del país en el cual tenga su residencia habitual.

En los esfuerzos de comprensión de este concepto central del Derecho Internacional²⁷ es importante tomar en cuenta la manera en que los tribunales internacionales de Derechos Humanos han interpretado el ISN. Al respecto, la Corte IDH y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “Tribunal Europeo DH”) han tenido ocasión de pronunciarse sobre lo que podrían ser los esbozos de una línea jurisprudencial en materias relevantes, pero sólo conexas al ISN²⁸ en el plano del DIDH. En efecto, en este sentido, la Corte IDH, por ejemplo, ha puesto de relieve que –como sistema normativo de protección– el DIDH impone ciertos criterios normativos.²⁹

Si bien la jurisprudencia de tribunales nacionales por regla general contribuye a conocer el sentido y alcance de ciertas nociones y conceptos jurídicos; no es menos cierto que a veces también puede contribuir a oscurecerlos. Pero cuando, además, se habla de la jurisprudencia de tribunales internacionales es sumamente importante considerar el ámbito jurisdiccional en que tales pronunciamientos se efectúan, ya que sus resoluciones derivan de la interpretación de tratados internacionales en materia específicas. De esta forma, cuando se trate de Derechos Humanos, por ejemplo, serán los fallos de los tribunales respectivos los que –subsumiendo los hechos específicos y acreditados en las categorías jurídicas genéricas relevantes contenidas en los tratados internacionales– podrán actualizar y desentrañar, para el caso concreto, el sentido y alcance específico de la cláusula o precepto estimado resolutorio de la litis.

Se trata aquel, evidentemente, de un proceso hermenéutico casuístico que en el mejor de los escenarios resulta útil en el caso concreto; pero en lo absoluto exento del riesgo de ignorancia, preterición o inoperatividad de la norma decisorio-litis; o peor aún, de su atropello o abuso ya por exceso o defecto.

Con las prevenciones críticas de los dos párrafos precedentes, los fallos de tribunales internacionales sí contribuyen a desentrañar el sentido y alcance de alguno de los preceptos

²⁷ Bala, Nicolas, “The best interests of the child in the post-modern era: a central but paradoxical concept”, revised version of paper presented at *Law Society of Upper Canada Special Lectures 2000: Family Law, Colloquium on Best Interest of the Child*, Toronto, 2009, p. 11.

²⁸ Tribunal Europeo DH, Caso *Kuric y otros vs. Eslovenia*, Sentencia No. 26828/06, de 26 de junio de 2012. Corte IDH, Caso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado de Bolivia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia del 25 noviembre de 2013, serie C, núm. 272, pp. 1-91.

²⁹ Corte IDH, Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú (sentencia de fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia del 6 de febrero de 2001, serie C, núm. 74, 2002, párr. 88.

contenidos en los tratados sobre la materia de su jurisdicción; y, así, configuran ciertas guías o direcciones para que las normas nacionales se ajusten a aquellas directrices internacionales y no se sigan cometiendo violaciones a los derechos humanos en el futuro.³⁰ Sobre todo cuando el Comité DN ha señalado que el objetivo del concepto del ISN es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño.³¹

Lo que importa resaltar aquí es que la labor jurisprudencial internacional se desarrolla dentro de unos límites jurisdiccionales acotados, determinados por los tratados internacionales que la legitiman, como los que configuran los actuales sistemas orgánicos de Derechos Humanos; pero, en el caso del Derecho Internacional de los Derechos del Niño y del DIR -que consagran derechos específicos y preferentes en favor de sus sujetos- el mero transvase de criterios desde un sistema normativo a otro constituye un riesgo adicional y específico *per se* que amerita ser analizado en este trabajo de investigación.

Ante las limitaciones, incertezas y riesgos del quehacer jurisprudencial, la inquietud por ajustar la aplicación del ISN en relación con los NNA no acompañados y con indicios de protección internacional por el Estado, en particular no ha escapado -ciertamente- a la fértil y variada elucubración de la doctrina.

En efecto, ISABEL LÁZARO GONZÁLEZ por ejemplo afirma que “el ISN debe necesariamente tener una configuración genérica y abierta, que permita su aplicación a diversas situaciones sociales que se presenten.”³² Buena parte de la doctrina ha señalado que en el caso particular de este concepto, se trata de un concepto empleado e interpretado a la manera de un “cheque en blanco”; y que por ello, con él, muchas veces se han justificado todo tipo de arbitrariedades en el ámbito público estatal.³³ En este sentido, por ejemplo,

³⁰ Caballero Ochoa, José Luis. “Comentario sobre artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución (cláusula de interpretación conforme al principio de *pro persona*)”, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa y *et al.* (coord.), en: *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana I*, México, SCJN, UNAM y Fundación Konrad Adenauer, 2013, p. 81.

³¹ Comité DN, *Observación General No. 14, op. cit.*, párr. 4.

³² Lázaro González, Isabel, *Los menores en el derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, p. 107.

³³ Beloff, Mary, “Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en la Argentina”, Alberto Bovino, Christian Curtis y *et al.* (comps.), en: *La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos en el ámbito interno: balance y perspectivas*, editorial El Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 290. Véase también De la Iglesia Monje, M.I. “Examen de la

CILLERO BRUÑOL afirma que “el ISN es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones de carácter jurídico, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico.”³⁴ Para quienes adhieren a esta postura, la solución pasaría por encontrar alguna manera de determinar en forma clara y precisa que el ISN responda o se ajuste al sentido y alcance (contenido) de la norma internacional, que ha brindado directrices que no permite márgenes de abuso en la aplicación del estándar jurídico así determinado.³⁵

En cómo hacerlo hay variadas posturas. Por ejemplo, parte de la doctrina representada por GOLDSTEIN³⁶ y FREEMAN³⁷ propone una mínima intervención estatal para determinar el ISN. Para otra, en cuyas filas se cuenta EEKELAAR, la determinación del ISN se propone como un modelo de auto determinismo dinámico en el cual el papel del niño es protagónico; y ya no se trata de un adulto tomando decisiones en función de circunstancias consideradas “socialmente óptimas.” Según este autor, el NNA debe ser situado en un ambiente seguro, en el que pueda tener un número importante de influencias; y, en la medida que crezca, se le ha de animar a intervenir en las decisiones que le afectan.³⁸ Una tercera postura doctrinaria, incluso, sostiene la visión del ISN como un concepto garantista, que promueve la satisfacción de todos los derechos posibles de acuerdo con la CDN.³⁹ Aún más, otros como RIVERO HERNÁNDEZ, postulan que la determinación del ISN exige simplemente criterios de

jurisprudencia más reciente del principio general del interés del menor: Su progresiva evolución e importancia”, en: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 745, 2014, pp. 2459-2479.

³⁴ Cillero Bruñol, Miguel, “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en: *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, García Méndez, E. y Beloff M. (comp.) 3ª ed., Temis-Depalma, Bogotá, 2004, p. 87.

³⁵ De Dinechin, Philippe, *Los utópicos derechos del niño*, Escaparate Ediciones, Concepción, Chile, 2009, pp. 23-24. Ballestrem, Sophie, “La Convención sobre Derechos del Niño y la administración de justicia de menores”, en: *Crónica de la asociación internacional de magistrados de la juventud y de la familia*, vol. 6, núm. 1, 1997, pp. 24-25.

³⁶ Goldstein, J., “¿En el interés superior de quién?”, (GilmoPinto trad.), Mary Beloff (comps.), en: *Derecho, infancia y familia*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2002, p. 115.

³⁷ Freeman, M.D.A. “Freedom and the welfare state: child - reading, parental autonomy and state intervention”, in: *Journal of Social Welfare Law*, num. 70, 1983, pp. 70-91.

³⁸ Eekelaar, John, “The role of dynamic self-determinism”, in: *The best interest of the child: reconciling culture and human rights*, Oxford University Press, Oxford, 1994, pp. 42-61.

³⁹ Cillero Bruñol, Miguel. *op. cit.*, pp. 86-87.

razonabilidad, alcanzables mediante procedimientos o medios para encontrar una solución razonable y justa entre varias opciones.⁴⁰

Sin embargo, si la indeterminación conceptual aparece –a primera vista– como una desventaja evidente para una parte de los comentaristas; otra parte de ellos argumenta que los conceptos jurídicos indeterminados son importantes y necesarios porque ayudarían a conservar vigente el derecho ante la nueva casuística que la realidad aporta continuamente,⁴¹ bajo esta óptica el concepto jurídico exhibiría una conveniente “elasticidad” o “plasticidad” para responder ante la mutable realidad fáctica.

Consecuencialmente, sobre la cláusula general del ISN ciertos autores(as)⁴² han señalado que su falta de precisión podría –en verdad– considerarse una ventaja jurídica, ya que el ISN al ser un concepto abierto traducido en una cláusula genérica parece ser el método más efectivo de protección de derechos de los niños, pues la rigidez de una cláusula puede dejar afuera diversas situaciones imprevistas en el momento de la aplicación del concepto.

Emparentada con aquella, esta vertiente doctrinal postula que el de ISN tendrían una función jurídica creadora –por oposición a una de mera aplicación– la que estaría radicada en el(la) intérprete y/o implementador(a) de los textos jurídicos.⁴³ Por su parte, ROCA TRIAS menciona que “otros sistemas que provocan o pueden provocar una rigidez peligrosa, ya que una construcción jurídica que tenga como base la previsión de todas y cada una de las situaciones en que puede encontrarse el menor, es peligrosa, en tanto que pueda dejar fuera situaciones impensables en el momento en que se redacte la norma.”⁴⁴

Esta posición que, en principio, resulta muy afin a la función que se espera del ISN, al carácter amplio de su alcance, a su estructura bajo la forma de una cláusula abierta y a la elasticidad necesaria para acoger contenidos progresivamente tiene, sin embargo, el

⁴⁰ Rivero Hernández, Francisco, *El interés del menor*, (2ª ed.), Editorial Dykinson, Madrid, 2007, p. 267, citado en: Rea Granados, “Evolución... *op. cit.*”, p. 152.

⁴¹ Del Real Alcalá, José Alberto, “Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional. El caso del término “nacionalidades” como concepto jurídico indeterminado” en: *Derechos y Libertades*, núm. 11, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2002, p. 336.

⁴² Cantwell, Nigel, “La genèse de l’*intérêt supérieur de l’enfant* dans la Convention relative aux droits de l’enfant”, dans: *Journal du Droit des Jeunes*, núm. 303, 2011, pp. 22-25. y Lázaro González, Isabel, *op. cit.*, p. 107.

⁴³ Ara Pinilla, Ignacio, *op. cit.*, p. 109.

⁴⁴ Roca Trias, Encarna, *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 217 y ss.

inconveniente de acercarnos peligrosamente al problema que no sea ajustada a los estándares internacionales.

Mientras para una parte de la doctrina el(la) operador(a) jurídico(a) tiene –en aquella coyuntura– un margen para interpretar o aplicar el sentido y alcance de un concepto jurídico indeterminado; para otra, menos optimista, esta noción no sólo impide toda interpretación uniforme sino que, además, permitiría que las resoluciones basadas en él no satisfagan siquiera las exigencias de seguridad y certeza jurídicas,⁴⁵ siendo éstas –como son– requisitos esenciales de toda solución interpretativa propia de un Estado de Derecho,⁴⁶ y, a la vez, pilares básicos sobre los que descansa la ciencia jurídica actual.⁴⁷

Por su parte, RICCARDO GUASTINI ha señalado que “la interpretación “en concreto” reduce (en relación con uno u otro caso concreto) la indeterminación de las normas.”⁴⁸

En el caso particular de la discrecionalidad atribuida al ISN, el enfoque de MORENO TORRES la entiende como “la libertad de elección entre alternativas igualmente justas”,⁴⁹ un enfoque que se ajusta bien a la posibilidad de emplear *corpus* no excluyentes, sino de protección complementaria de los derechos de un NNA (*e.gr.* DIDH y CDN). Sin embargo, al no existir límites reconocidos a esta discrecionalidad, la actividad de los(las) operadores(as) jurídicos puede devenir en inaplicabilidad de cualquiera de los marcos normativos relevantes, decisiones contrarias a la finalidad del concepto y reñidas con su supuesta preeminencia, o exóticas a contenidos esperables (situación no necesariamente ilegítima) ya sea producto de ignorancia, de falta de calificación o en el peor de los casos, por voluntad infundada o mero capricho del(de la) operador(a) jurídico(a). En este mismo sentido, CASSAGNE argumenta que, “por la falta de límites a la facultad discrecional, la actuación de la autoridad puede ser contraria a la justicia, la razón o la ley”,⁵⁰ añadiendo

⁴⁵ Cillero Bruñol, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño”, *op. cit.*, p. 80.

⁴⁶ Moderne, Franck, *Principios generales del derecho público*, Alejandro Vergara Blanco (comp. y trad.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 225.

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ Guastini, Riccardo, “Interpretación y construcción jurídica”, en: *Isonomía*, núm. 43, 2015, p. 25.

⁴⁹ Moreno-Torres Sánchez, J., *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menor español*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p. 41.

⁵⁰ Cassagne, Juan Carlos, *El principio de la legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, pp. 195-197.

nosotros que lo infringido en este caso –al decidir sobre el ISN– son obligaciones internacionales.

Para ese autor, *prima facie*, “la discrecionalidad aparece cuando el ordenamiento jurídico otorga al operador –sea el(la) juez(a), administrador(a) u otro(a)–, un margen de independencia (hermenéutica u operacional) para elegir entre actuar o no, para decidir uno u otro curso de acción, para hacer una u otra cosa o hacerla de una u otra manera. Esto es, determinando el alcance y/o la forma de su conducta *vis a vis* el imperativo de la norma (en nuestro caso, de concepto fundamental sobre los derechos del niño). En esta coyuntura el órgano puede decidir según su leal saber y entender si debe o no actuar; y, en su caso, qué medidas adoptará.”⁵¹

No cabe dudar de las buenas intenciones que subyacen a las aproximaciones al aplicar e interpretar el ISN conforme a la norma internacional por las autoridades de un Estado responden, por una parte, a que la aplicación e interpretación del concepto se ajuste a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Por otra, que la tutela efectiva de los derechos del niño se refuerce por la vía de reducir al máximo el ámbito de discrecionalidad de las autoridades llamadas a aplicarlo.

Lamentablemente, los esfuerzos interpretativos –ya institucionales, ya doctrinarios– por fijar sentido y alcance únicos al ISN no han sido efectivos, al favorecer indirectamente lecturas restrictivas que han servido de escabel a decisiones gubernativas desafortunadas. Para entender este argumento basta citar el caso *Atala Riffo vs Chile*. Fallo emblemático en el que la Corte IDH señaló que el Estado chileno no había aplicado el ISN de conformidad con el sentido y alcance de las obligaciones internacionales.⁵² En esta tesitura, la doctrina

⁵¹ Dromi, José Roberto, *Derecho administrativo económico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 467.

⁵² Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (sentencia de fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia de 21 de noviembre de 2012, serie C, núm. 254, párr. 146.

La Corte IDH concluyó que si bien la sentencia de la Corte Suprema de Chile y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas, no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las niñas (supra párr. 121, 131 y 139) y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión (supra párr. 118, 119, 125, 130, 140 y 145), por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala. Por tanto, la Corte declara que el Estado vulneró el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

puede aportar para que las autoridades que aplican el ISN sean ajustadas a las obligaciones internacionales y, así también, evitar decisiones contrarias a la norma internacional.

En este contexto, el Comité de DN ha señalado que no basta la sola referencia al ISN por parte del Estado para justificar una decisión que afecte a un NNA, sino que ella misma debe ajustarse a las necesidades de protección de aquel conforme al Derecho Internacional.⁵³ Lo anterior es particularmente importante cuando se trata de NNA no acompañados solicitantes de la condición de refugiado, quienes requieren indagaciones específicas⁵⁴ y una evaluación clara y a fondo de su situación de vulnerabilidad,⁵⁵ derechos y necesidades especiales de protección,⁵⁶ entre otros factores, tal como lo establece el DIR.⁵⁷

En resumen, el problema jurídico que abordará nuestra investigación es la falta de congruencia entre el ideal normativo internacional del interés de los NNA no acompañados y con indicios de protección internacional y, la tutela efectiva de los derechos de los niños a cargo del Estado mexicano responsable de implementarlo. Dicho de otra forma, la brecha gnoseológica que esta investigación se propone contribuir a cerrar consiste en determinar si la aplicación actual del ISN con respecto a los NNA no acompañados y solicitantes de asilo, en los escenarios de México, se ajusta a las directrices internacionales sobre el derecho de los niños establecido por el Derecho Internacional.

2. Objeto de estudio: Cualificación y restricciones

El apartado precedente introdujo nuestros tópicos de una manera amplia, el ISN en relación con los NNA no acompañados, solicitantes de asilo. Pero, además, refirió el estado

⁵³ *Ibid.*, p. 9.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 32.

⁵⁵ Algunos niños y niñas podrían requerir el trabajo de intérpretes en caso de no hablar el idioma del país de asilo, o bien, podrían requerir la asistencia de trabajadores sociales o especialistas temas de estrés postraumáticos o en abusos sexuales, entre otros. ACNUR, *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, ACNUR, Ginebra, 2008, p. 54.

⁵⁶ Los niños no acompañados o separados necesitan recibir cuidado temporal hasta que se encuentre una solución duradera. Sin embargo, dicho cuidado debe basarse en el interés superior del niño.

Ibid., p. 34.

⁵⁷ *Idem.*

del arte en cuanto a su caracterización jurídica; e identificó el problema o la brecha de conocimiento que constituirá el objeto general de estudio de esta investigación: la aplicación del ISN de conformidad con los estándares internacionales para cumplir con las obligaciones internacionales. Todo ello, motivado por las implicancias prácticas que, en caso de no hacerlo, tiene un impacto en la vida real y jurídica del grupo poblacional de nuestro estudio; que obliga a preguntarnos si la aplicación actual del ISN en relación con NNA no acompañados y solicitantes de la condición de refugiado por las autoridades mexicanas se ajusta a los estándares internacionales.

En este apartado circunscribiremos el objeto de estudio a un nivel científicamente manejable, relevante, preciso y vigente a través de ciertas cualificaciones que imponen, por una parte, la viabilidad jurídica del proyecto de investigación (calificación de enfoque, alcance normativo y material); y por otra, ciertas limitaciones (ámbito personal y territorial) del objeto de estudio. Cada una se desarrolla en detalle en el apartado de metodología y tienen su respectivo correlato en la propuesta de índice de contenidos.

Para delimitar de esa manera el objeto de esta investigación, la primera cualificación necesaria es una de enfoque normativo. Esto es, una que reenvía a los diversos niveles – actualmente identificados por los(las) operadores(as) y la doctrina– de aproximarse al ISN. A este respecto, visualizar y entender el ISN en la forma avanzada por el Comité DN⁵⁸ en una triple dimensión: no sólo como principio jurídico,⁵⁹ sino también como un derecho sustantivo⁶⁰ y una norma de procedimiento,⁶¹ resume adecuadamente las perspectivas normativas más comunes y si se quiere, también, más accesibles al entendimiento común.

⁵⁸ Comité DN, *Observación General, No. 14, op. cit.*

⁵⁹ Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

⁶⁰ Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general.

⁶¹ Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho.

Un enfoque tripartito, en consecuencia, no resulta apropiado desde la perspectiva dogmática; y al contrario, sí lo es enfocar el análisis exclusivamente al nivel de ISN como principio jurídico por tres motivos fundamentales y evidentes. En primer término, porque tanto los derechos como las normas de procedimiento pueden reconducirse a niveles superiores de análisis (ambos niveles son informados por principios); en segundo lugar, porque es precisamente el carácter abierto y general de los principios normativos lo que —en extremo— da origen a que, en muchas ocasiones, la aplicación no sea ajustada a los estándares internacionales; y, por último, porque un enfoque o perspectiva singular no sólo se ajusta mejor a la radicalidad del problema; sino que también coadyuva mejor a la consecución de los objetivos buscados (identificación de los estándares internacionales propuestos por la doctrina y los organismos internacionales para erradicar el abuso y la arbitrariedad en el uso del ISN en casos que afecten a NNA no acompañantes y solicitantes de la condición de refugiado).

Como vimos al plantear el problema, a pesar de las diferencias teóricas de grado entre las posturas doctrinales que han atendido el problema de la aplicación del ISN (y que varían desde la necesidad de especificación total de sus contenidos y límites, pasando por mayores o menores grados de elasticidad en su determinación, hasta la apertura total del concepto) la única coincidencia entre todas ellas es su cualidad superior, esto es, que el Estado está obligado a tomar en consideración primordial el principio en todas las medidas que conciernan a los niños, niñas y adolescentes; agregando nosotros que ello también debería incluir a quienes no estén acompañados y que, además, requieran protección internacional.

Ello se funda en que, para el ACNUR, los NNA no acompañados que requieren protección internacional, son quienes, mayormente, sufren vulneración en sus derechos humanos por ser víctimas de persecución y porque, además, viajan sin la compañía de un adulto.⁶² En efecto, una diferencia de los NNA, en general, y aquellos no acompañados que son solicitantes de la condición de refugiado es que los segundos se encuentran más expuestos a que las decisiones de los(as) operadores(as) jurídicos, quienes en muchas ocasiones aplican el ISN sin que las misma sean ajustada a los estándares internacionales a

⁶² ACNUR, *Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo*, Ginebra, 1999, p. 16.
Executive Committee of the Programme of the United Nations High Commissioner for Refugees, *Conclusion No. 107 (LVIII) 'Children at risk'*, g (viii), 2007.

favor de la niñez. Además, en el caso concreto, resulta particularmente grave si se toma en cuenta que ni la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, ni su Protocolo de 1967 señalan –expresamente– cómo debe aplicarse el ISN a favor de los NNA no acompañados merecedores de la condición de refugiado.

Atendida entonces la relevancia social de este fenómeno, la investigación que se propone es relevante a la doctrina para determinar si el ISN en relación con los NNA no acompañados solicitantes de la condición de refugiado en México se aplican conforme a los estándares internacionales. En efecto, nuestra investigación recaerá precisamente en uno de aquellos grupos, en cuanto a la población de estudio acotada: el de los NNA no acompañados y solicitantes de la condición de refugiado.

Las razones para circunscribir nuestro objeto de estudio no radica sólo en las preocupaciones de dichos organismos internacionales en cuanto a que los NNA no acompañados y solicitantes de la condición de refugiado resultan expuestos o puedan ser víctimas de violación de sus derechos humanos desde la perspectiva general del DIDH; sino que, además, aquellos NNA no acompañados y con indicios de protección internacional–el grupo de estudio que nos interesa– se sitúa en una condición más vulnerable por su incapacidad para acceder al procedimiento de asilo e incluso no ser identificados siquiera por las autoridades como potenciales solicitantes de asilo. Esto también implica que no puedan acceder a los registros ni puedan solicitar u obtener documentos de identidad y/o viaje apropiados, o no puedan solicitar la localización de su familia o invocar su derecho a no devolución, ya en desventaja –frente a nacionales, por ejemplo– para acceder a sistemas apropiados de tutela o asesoramiento jurídico.⁶³

Pero, junto con innovar en el sujeto específico de estudio, la investigación también lo hace en el doble alcance normativo de su análisis, lo que constituye la segunda cualificación de su objeto, ya que los NNA solicitantes de la condición de refugiados no acompañados no sólo requieren la protección de ciertos derechos y la aplicación –a su respecto– de conceptos reconocidos por el DIDH, sino también por el DIR. En efecto, algunos de los principios y derechos reconocidos por estas ramas del Derecho y que serán pertinentes al estudio son: el

⁶³ *Idem.*

principio pro persona,⁶⁴ el principio de no devolución,⁶⁵ y el derecho a la no sanción por entrada irregular⁶⁶ en el ámbito del DIR; mientras que otros derechos fundamentales en el ámbito de los NNA incluyen, *inter alia*, el de proteger a los(las) niños(as) de abusos, de persecución, de explotación, de trato negligente y el de resguardar todos aquellos que aseguran el bienestar de su desarrollo físico e intelectual y, muy especialmente para efectos de esta pesquisa, el derecho a que se les reconozca el estatus de refugiado.

Se adelantó que el problema del ISN no es su reconocimiento a nivel nacional por los Estados que han ratificado la CDN, como en el caso de México⁶⁷, sino que –como se ha explicado– al ser un concepto jurídico de límites difusos, contenido ambiguo, proclive a múltiples interpretaciones en su aplicación por los(las) operadores(as) jurídicos; lo que trae aparejado como resultado un amplio margen de discrecionalidad operativa –no indeseable *per se*– que, sin embargo, puesto a prueba en casos límite ya simplemente sucumbe a presiones políticas u otras igualmente extrajurídicas; o, sirve de pretexto meramente formal para encubrir abusos interpretativos y arbitrariedades dirigidas a justificar medidas o decisiones apartadas de los estándares internacionales de protección a los NNA no acompañados solicitantes de la condición de refugiado.

En efecto, las autoridades responsables mexicanas de resolver casos que atañen a NNA no acompañados y solicitantes de la condición de refugiado disponen de un margen de discrecionalidad bastante amplio para interpretar o aplicar este concepto, y hasta hoy no disponen de normas jurídicas internas ajustadas a los *corpus* relevantes (DIR y DIDH, aplicables específicamente a dichas personas) que permitan eliminar o al menos reducir el riesgo de ir en contra de la norma internacional. A falta de ellos, algunos como WALTER y MANLY han señalado que “el deber de cooperación internacional con los refugiados

⁶⁴ Principio que señala que se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, Abregú, Martín y Curtis Christian (comps.) en: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163.

⁶⁵ Ver nota 21.

⁶⁶ Ver nota 22.

⁶⁷ El 21 de septiembre de 1990, México ratificó la Convención sobre Derechos del Niño, la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991.

constituye una fuente de restricciones a la discrecionalidad estatal, conformándose para los Estados una exigencia de racionalidad para sus respuestas a los requerimientos de la comunidad internacional con el objeto de atender las necesidades de protección de los derechos humanos de los refugiados, el cual también incluye a los NNA”,⁶⁸ parámetro sumamente relevante cuando son víctimas de persecución en su país de origen.

En este punto se engarza la tercera y última de las cualificaciones que a nuestro juicio circunscribe apropiadamente, de manera viable y clara, el que será el objeto de nuestra investigación: los estándares internacionales sobre el interés superior de NNA no acompañados y que son solicitantes de la condición de refugiado.

Plantear el problema jurídico de la falta de aplicación de los estándares internacionales por las autoridades mexicanas –un principio normativo inserto en una cláusula o fórmula general de las características ya indicadas– no obsta a tener que hacer frente también, en el nivel operativo o real, ya que la implementación puede afectar directamente los derechos de los niños reconocidos por el Derecho Internacional. En este sentido, CANTWELL afirma que “la indeterminación de una noción jurídica permite dejar cierto margen dado que su significado e implicancia puede variar según el caso y el contexto.”⁶⁹ Y, por su parte, RAVETLLAT y PINOCHET dejan en claro que “el problema que puede llegar a plantear una interpretación personal o subjetiva de una cláusula abierta como el interés superior, es que puede provocar desviaciones notables sobre aquello que la conciencia social considera aceptable en un momento determinado del tiempo.”⁷⁰

Una aplicación del ISN de esas características, entonces, bien puede dejar fuera derechos particulares que son indispensables para la infancia y la adolescencia que requiera protección internacional. Éste, desafortunadamente, no es el único problema que acarrea cuando no se aplica el ISN a los estándares internacionales, sino que también podría poner

⁶⁸ Gianelli Dublanc, María Laura, Manly, Mark *et al.* *El asilo y protección internacional de los refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*. Leonardo Franco (coord.) Siglo XXI Editores Argentina y ACNUR, Argentina, 2003, pp. 49-50.

⁶⁹ Cantwell, Nigel, *op. cit.*, p. 22.

⁷⁰ Ravetllat Ballesté, I y Pinochet Olave, R., “Interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el Derecho Civil Chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, núm. 3, 2015, p. 918.

en mayor situación de vulnerabilidad a los NNA no acompañados que requieran protección internacional.

Para ilustrar la aplicación del ISN en relación con NNA no acompañados y que solicitan la condición de refugiado se requiere que la autoridad señale los factores, motivos y/o derechos relevantes que deben ser tomados en cuenta, tales como: la identificación de soluciones duraderas,⁷¹ medidas de cuidado temporal para el caso de niños no acompañados o separados⁷² que se encuentren en situaciones excepcionales, o bien, las necesidades de protección en caso de retorno a su país de origen.

Otro ejemplo de las consecuencias de no ajustar el ISN en relación con nuestro grupo de estudio con los estándares internacionales es que el Estado, en la mayoría de las ocasiones, invoca este concepto sin realizar una indagación profunda sobre el contenido de éste ni, mucho menos, sobre los derechos específicos relacionados con las personas refugiadas.

En efecto, además de lo señalado, hay quienes sostienen que el carácter abierto de cláusulas internacionales como las del ISN minan la subsistencia del Estado de Derecho al privar, perturbar y/o amenazar la seguridad y certeza jurídicas.⁷³ Otros, en cambio, apuntan a problemas de legalidad, en que el(la) operador(a) jurídico(a) encargado(a) de adjudicar (interpretar y aplicar) un caso concreto debe, en el proceso, hacerlo en base a argumentos en línea con el sentido y alcance de las normas jurídicas a favor de la infancia y de la adolescencia, pero además ir más allá de lo que proveen dichas normas, como en el caso de

⁷¹ De acuerdo con el ACNUR las soluciones duraderas son aquellas que logran poner fin al ciclo del desplazamiento y que permite a que las personas desplazadas reanudar una vida normal en un entorno seguro. La comunidad internacional tiene la responsabilidad compartida de encontrar soluciones duraderas a los refugiados. Existen tres distintas soluciones duraderas: la repatriación voluntaria, la integración local y el reasentamiento.

ACNUR, *Manual de reasentamiento*, ACNUR, Ginebra, 2004, pp. 9-10.

⁷² Sobre este tema el Comité DN, en su *Observación General No. 6*, define a los niños y niñas no acompañados como aquellas “personas menores de edad que están separadas de ambos progenitores y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad”.

Se entiende por "niños no acompañados" (llamados también "menores no acompañados") de acuerdo con la definición del artículo 1 de la Convención, los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad.

Comité DN, *Observación General No. 6, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, 2005, p. 2.

⁷³ Lacruz Berdejo J. L. *et al. Parte general del derecho civil*, vol. 1: Introducción, (4ª ed). revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, p. 113.

las que demandan las necesidades de protección específicas de los NNA refugiados.⁷⁴ En otras palabras, las acciones del (de la) operador(a) también deben tomar en cuenta los derechos particulares de los NNA que requieren protección internacional consagrados por el DIR y que serán tomados especialmente en cuenta en este trabajo de investigación.

Cabe mencionar que para efectos de esta investigación el derecho a solicitar y recibir asilo se abordará en relación con la figura de la condición de refugiado y no a la figura del asilo diplomático (político) desde la perspectiva latinoamericana. Es decir, el asilo desde una perspectiva territorial (estatuto de refugiado), el cual es reconocido por los instrumentos universales, tales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y no la figura del asilo político creado por los instrumentos regionales de América Latina.⁷⁵

Con el objeto de circunscribirlo apropiadamente, hasta aquí nos hemos ocupado de enmarcar el objeto material de esta propuesta en las tres dimensiones cualitativas ya tratadas, a saber: desde un enfoque normativo, reconociendo un doble alcance normativo (DIDH y DIR) y desde un ámbito material (que considera la aplicación del ISN de conformidad con los estándares internacionales). Además de dos restricciones, una relativa al ámbito personal (grupo de estudio) y otra que se expone enseguida.

En efecto, finalmente planteamos una segunda restricción territorial consistente en el análisis de la situación normativa de México. Este país no sólo ha ratificado los instrumentos internacionales más relevantes en materia de Derechos Humanos y Derecho de los Refugiados; sino que también ha hecho lo propio con lo relativo a la protección internacional de la niñez, muy especialmente, la CDN.⁷⁶ Por lo mismo, su respectivo estatus jurídico frente

⁷⁴ Etcheverry, Juan B. “Discrecionalidad judicial” Fabra Zamora *et al.* (ed.), en: *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. II, UNAM, México, 2005, p. 1391.

⁷⁵ La figura del asilo como derecho humano tiene dos vertientes en América Latina, que en muchas ocasiones produce confusión. A pesar de que ambos derivan de este derecho, la figura del asilo político es, comúnmente llamado asilo diplomático, ya que es discrecional del Estado y puede concederse en las embajadas, aeronaves, embarcaciones por motivos o delitos políticos que no procede la extradición. Por otro lado, la condición de refugiado puede considerarse como asilo territorial, ya que la persona perseguida se interna en el territorio de un Estado diferente al del país de origen y solicita protección de aquél.

A pesar de esta distinción, ambos derivan del derecho a solicitar asilo en su término general.

⁷⁶ De acuerdo con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia las fuentes del derecho internacional son: los tratados internacionales, la costumbre internacional, los principios generales de derecho, la jurisprudencia internacional y la doctrina.

al DIDH y el DIR le hace internacionalmente responsable de cumplir la obligación de respetar y garantizar todos los derechos y principios contenidos en dichos tratados.⁷⁷

Bajo ese compromiso, el Estado mexicano debe adecuar y ajustar sus normas y prácticas nacionales a las obligaciones internacionales ratificadas y contraídas en los tratados pertinentes en materia de derechos humanos y derecho de los refugiados.⁷⁸ En este sentido, los tratados en vigor y relevantes obligan a todos los agentes del Estado cuyas competencias incidan o puedan afectar de alguna manera a NNA a tomar los resguardos necesarios para garantizar la correcta aplicación del ISN.⁷⁹

Es evidente que dada la indeterminación del concepto de ISN en relación con los NNA no acompañados y solicitantes de la condición de refugiado opera un margen de discrecionalidad que las autoridades pueden emplear sin ajustarse a los estándares internacionales. Por lo tanto, el objeto de este trabajo es investigar este fenómeno en la realidad jurídica de México, por tratarse de un país con una práctica internacional relevante y sometido a fuertes presiones migratorias mixtas que afectan, a nuestro grupo poblacional de estudio, necesitado de protección internacional. Además, a pesar de que este país tiene responsabilidad internacional en esta materia, ya que, en los últimos meses, ha sido un país receptor de personas en situación de movilidad humana, por lo que su tradición humanitaria a favor de las personas refugiadas deberá fortalecerse conforme a lo señalado por el Derecho Internacional.

⁷⁷ Nikken, Pedro, “Derecho internacional y derecho interno en materia de derechos humanos, Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos”, en: *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 57, 2013, pp. 18-19.

⁷⁸ Carbonell, Miguel, “Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución Mexicana”, Miguel Carbonell y Pedro Salazar (edit.), en: *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2011, p. 78.

⁷⁹ CIDH, *Caso 10.506, X e Y vs. Argentina* (Informe núm. 38/96), de 15 de octubre de 1996, considerando 103.

3. Hipótesis

Actualmente, el fenómeno de la movilidad humana mixta se ha tornado no sólo masivo en el plano internacional, sino que también crítico a nivel doméstico. Sobre todo, con la presencia de NNA no acompañados, quienes en muchos de los casos requieren la condición de refugiado, tras escapar de persecución o violencia generalizada.

En su procesamiento, tanto a nivel internacional como local, el objetivo de proteger a ciertos grupos de personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad tensiona la consistencia operativa –esto es, a la vez de interpretación e implementación– de categorías dogmáticas como la de los conceptos jurídicos indeterminados. Uno de éstos es el del ISN, concepto clave en el sistema de protección encabezado por la CDN de 1989.

Atendida la lamentable existencia de situaciones antijurídicas que afectan a niños, niñas y adolescentes en el mundo; afortunadamente existen esfuerzos internacionales interpretativos y/o integradores para que esta obligación internacional sea efectiva con la intención de proteger los derechos de los niños.

Además, es notable que un concepto jurídico como el que nos atañe disponga ya de algunas pautas interpretativas y orientadoras de carácter internacional con la finalidad de aliviar satisfactoriamente la referida tensión o discrepancia en cuanto a su sentido y alcance por parte de los Estados Parte. Siendo estos parámetros mínimos de interpretación/implementación que aseguren la erradicación o limitación de las situaciones antijurídicas o de abuso que hoy afectan a la niñez refugiada no acompañada.

Sin embargo, muchos de estos estándares internacionales sobre el ISN brindados por el Derecho Internacional, que aplican a nuestro grupo de estudio, no son completamente aplicados por los Estados Parte.

En el caso mexicano, país que enfrenta uno de los movimientos migratorios más complejos en la región, se han identificado un número considerable e importante de NNA no acompañados que requieren la protección internacional y, por lo tanto, la autoridad debe de aplicar el ISN.

Tomando en cuenta lo anterior se formula la siguiente hipótesis: se demostrará que la aplicación del interés superior de niños, niñas y adolescentes no acompañados y solicitantes

de la condición de refugiado, por parte de las autoridades mexicanas se ajusta a los estándares desarrollados por el DIDH y DIH.

4. Metodología

Como se adelantó en el planteamiento del problema y el reseño de nuestra hipótesis, el objetivo de nuestra investigación es conocer si la autoridad mexicana aplica el ISN en relación con niños, niñas y adolescentes no acompañados, solicitantes de la condición de refugiado, de conformidad con los estándares internacionales.

Las cualificaciones son tres, de carácter cualitativo: 1. un enfoque normativo sobre los derechos del niño; 2. El reconocimiento del alcance del DIH y el DIR; y 3. El empleo de una nueva perspectiva material señalada por los estándares internacionales en relación con el ISN para extraer –por defecto– parámetros de conformidad con las obligaciones internacionales.

Las restricciones metodológicas en cambio son dos, de carácter cuantitativo, correspondiendo una de ellas a una restricción del ámbito personal (NNA no acompañados, solicitantes de la condición de refugiado); y la restante a una restricción de tipo territorial (México).

Tanto las cualificaciones como las restricciones se detallan a continuación:

La primera cualificación metodológica surge de reconocer la utilidad práctica del enfoque tridimensional del ISN en contraste con su nulo valor gnoseológico desde el punto de vista de la dogmática jurídica (e incluso, del de la lógica formal).

Asentado lo anterior, frente a lo inapropiado de la exégesis directa en relación con la fórmula abierta que caracteriza al ISN; en un primer plano metodológico general se propone, en cambio, emplear el método dogmático. Éste se ajusta precisamente a la naturaleza del concepto, dogma o tipo jurídico del cual pueden extraerse contenidos informadores del resto de las normas que forman el entramado jurídico positivo.

Para ello, el estado del arte, sus avances o retrocesos en la materia, constituyen –desde un punto de vista metodológico– la base ineludible de nuestra propuesta de trabajo y también,

a lo largo de su desarrollo, un punto de referencia importante para la comprobación de la hipótesis de investigación.

Consiguientemente, la primera parte de la tesis examinará en los instrumentos internacionales pertinentes, como la CDN y otros tratados afines; así como los instrumentos internacionales en materia de refugiados, principalmente la Convención de 1951 y la Declaración de Cartagena, poniendo énfasis en la configuración normativa del ISN bajo el referido enfoque; y teniendo especialmente en cuenta la convergencia de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y el DIR y el efecto integrador o complementario que sobre todos estos sistemas puede ejercer el *corpus iuris* en materia de infancia y de adolescencia, todo lo cual será objeto de detallado análisis en el capítulo primero de la tesis.

La primera restricción metodológica guarda relación con el ámbito de aplicación personal de nuestra investigación jurídica, pues la niñez inmersa en la movilidad humana mixta, NNA no acompañados, solicitantes de la condición de refugiado, quienes son fácilmente víctimas de explotación y abusos sexuales, violencia doméstica, violencia de género, reclutamiento forzoso, trabajo infantil y privación de la libertad, por mencionar sólo algunos⁸⁰ de los azotes a los que se ven expuestas; y cuya actualidad y gravedad implican desafíos jurídicos vitales en la determinación sustantiva y formal de ciertos principios relevantes en el DIR y de los DIDH; pero, igualmente, en los niveles normativos y de recepción e implementación de aquellos en los ordenamientos nacionales. La introducción y caracterización del grupo específico de estudio, por supuesto, también es tratada en el capítulo primero de la tesis.

Hasta aquí, la metodología de esta propuesta no sólo circunscribe en un primer plano la materia de estudio (ISN); sino que, a la vez, focaliza sus esfuerzos en determinarlo en los casos de un particular grupo de estudio (NNA no acompañados y solicitantes de la condición de refugiado), como se ha dicho, con el objetivo de identificar si la aplicación de este concepto se hace de conformidad con los estándares internacionales.

En un segundo plano metodológico, esta vez específico, el estudio aplicará a su materia de estudio (los estándares internacionales sobre el ISN) el método sistemático, en función de las siguientes actividades: a) analizar las distintas posturas doctrinales sobre el

⁸⁰ CIDH, *Informe sobre el derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, op. cit., p. 98.

ISN y; b) la respuesta que han dado los organismos internacionales para contrarrestar este problema mediante orientaciones jurídicas, el cual se desarrollará *in extenso* en el capítulo segundo de la tesis.

En tercer lugar, se estudiará la jurisprudencia más importante de la Corte IDH y el Tribunal Europeo DH para rescatar los elementos que aplican a este concepto y, además, como dos de los principales tribunales internacionales en la materia interpretan los tratados internacionales en relación con el ISN. Este análisis será el objeto primordial del capítulo tercero de la investigación.

En cuarto lugar, se extraerá, precisamente la aplicación e interpretación de la autoridad mexicana sobre el ISN en relación con NNA, en general, y posteriormente desde el grupo poblacional de nuestro estudio. Con respecto a este punto, es pertinente consignar desde ya que el ISN es un concepto que fue reconocido primeramente por el Derecho Internacional y, por lo tanto, la metodología de la tesis incluye el examen detallado del DIDH y del DIR, todo lo cual –como se dijo– será materia del primer capítulo de este trabajo.

Con respecto al punto metodológico precedente, en cambio, cabe consignar que tanto el DIDH y el DIR (capítulo primero), así como las propuestas doctrinarias (capítulo segundo) y las decisiones jurisprudenciales de los Tribunales Internacionales en materia de Derechos Humanos (capítulo tres) serán empleadas para refrendar si los parámetros jurídicos internacionales sobre este concepto jurídico son aplicado e interpretado por las autoridades mexicanas. De tal forma que la aplicación del ISN en relación con los NNA no acompañados y solicitantes del estatus de refugiado sea ajustado al Derecho Internacional, preservando su elasticidad y universalidad.

En aras de la viabilidad del proyecto, en el mismo plano específico y en el capítulo cuarto, la metodología restringe el análisis por defecto del caso mexicano para conocer si su aplicación se realiza conforme a los estándares internacionales antes expuestos. La razón para escoger esta jurisdicción, como mencionamos anteriormente, es que este país es un actor internacional relevante en favor de personas que requieren protección internacional humanitaria como refugiados. En efecto, por variadas razones entre las que cabe mencionar su favorable posición geográfica junto con Estados Unidos, lo cual lo ha convertido en país de tránsito y/o destino de importantes flujos migratorios mixtos en donde convergen refugiados, entre ellas NNA no acompañados. En este caso, también, el ordenamiento

jurídico nacional se ha demostrado incapaz de gestionar el carácter y magnitud del fenómeno conforme a estándares de Derecho Internacional, al carecer de parámetros jurídicos que excluyan o limiten el abuso en el ejercicio de la discrecionalidad (interpretativa y/u operativa) de un concepto jurídico indeterminado como el de ISN y que socava los derechos de poblaciones vulnerables en tránsito o asentadas en este país, de una forma que pone gravemente en entredicho su responsabilidad internacional.

En el análisis de los casos concretos de NNA no acompañados y solicitantes de la condición de refugiado en México el método a aplicar será el propiamente hermenéutico en todas sus facetas (literal, finalista, etc.) el cual apoyará al análisis de los criterios o los parámetros que ayudan a precisar el sentido y alcance del principio en plena consonancia con los instrumentos internacionales vigentes sobre protección de los derechos humanos y el derecho de los refugiados.

La propuesta metodológica toma como referente los planteamientos abordados por los conocimientos especializados en materia de derechos humanos y derecho de los refugiados puesto que la finalidad de estos instrumentos es lograr, progresivamente, niveles mayores de protección de los derechos humanos de los NNA no acompañados que requieren protección internacional. Cabe señalar que ninguno de estos instrumentos internacionales/sistemas normativos se contraponen con el otro; al contrario, se complementan, ya que éstos contemplan medidas especiales de protección y derechos a favor de la infancia y de la adolescencia.⁸¹

5. Relevancia

La investigación propuesta es relevante no sólo porque incide directamente en la protección de los niños(as), particularmente, de aquellos que están en una situación de mayor riesgo: NNA no acompañados, sino además, porque se abordará a un grupo de desplazamiento forzado cuya casuística es extremadamente variada y en que la interpretación

⁸¹ O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericana*, ACNUDH, Bogotá, 2004, pp. 788-793.

e implementación doméstica del ISN tensiona el ejercicio de la discrecionalidad al punto de derivar, no pocas veces, en situaciones abiertamente antijurídicas, de abuso o arbitrariedad.

Se ha indicado, además, que hay razones suficientes sobre la situación de las personas refugiadas en comparación de otros grupos, siendo una de las principales el que este grupo no pueda retornar a su país de origen porque su vida, libertad y seguridad se encuentran en peligro,⁸² o bien, porque existen razones suficientes para considerar que son víctimas de un conflicto armado u otra circunstancia objetiva.⁸³

Ante un principio como el de ISN que por su propia naturaleza tiene un carácter general y universal, nuestro trabajo apunta a estudiar si los(las) operadores(as) mexicanos(as) que gestionan a ese colectivo lo hacen de conformidad con los estándares o criterios mínimos que permitan –a su respecto– erradicar o al menos morigerar el abuso aplicativo del principio, con el objetivo de asegurar la protección de NNA no acompañados ante decisiones gubernativas que menoscaben la legítima procedencia del asilo u otros mecanismos del Derecho Humanitario.

La tesis, por último, ayudará a visibilizar una realidad social y jurídica en México, en donde arriban, permanecen en tránsito o como solicitantes de asilo niños, niñas y adolescentes que han salido de sus países de origen porque en ellos su vida, libertad y seguridad se ha visto amenazada. Por el contrario, no disponer de soluciones jurídicas a favor de esta población agrava sus consecuencias negativas, pues perpetúa la invisibilidad del problema y profundiza la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran.

Por último, es importante resaltar la contribución de esta tesis doctoral a los esfuerzos de la ciencia jurídica para estudiar puntos en donde entran en conflicto intereses nacionales con la debida protección de los derechos individuales como los NNA que buscan asilo, el riesgo de vulneración de estos últimos es demasiado alto para ser pasado por alto.

⁸² Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, editorial Porrúa, México, 2009, p. 545.

⁸³ Gianelli Dublanc, María Laura, Mark Manly, *op. cit.*, pp. 43-45.

CAPÍTULO I

MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE LOS NNA Y LOS REFUGIADOS*

Introducción

El Derecho Internacional sobre los NNA ha seguido una serie de sucesos históricos que requiere estudiarse para entender el concepto jurídico internacional de nuestro estudio. Sobre todo, por la importancia que tiene conocer la evolución de este concepto desde su primer contacto en el mundo del derecho y hasta su reconocimiento en la arena internacional, la cual le posicionó como norma jurídica contenida en instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

A pesar de ello, no podemos olvidar la importancia que tiene el Derecho Internacional de los derechos de los NNA en cuanto como normas jurídicas específicas que reconocen una gama de derechos y principios propios del grupo poblacional que protegen. De esta forma surgen derechos y principios que son propios de los NNA, tales como: ser titular de los mismos, el principio de no discriminación, y el interés superior del niño, entre otros.

Tomando en cuenta lo anterior, este capítulo tiene el objetivo de examinar los diversos tratados internacionales en materia de derechos de los NNA y el reconocimiento del ISN por la norma internacional.

Por otra parte, este capítulo también estudiará el Derecho Internacional relacionado con las personas que se vieron forzadas a salir de su país de origen por conflictos o violaciones a sus derechos humanos. Tomando en cuenta que este derecho también protege aquellos NNA no acompañados con normas mínimas como el derecho al acceso al asilo, el respeto al principio de no devolución y, sobre todo, al ISN.

* En cumplimiento de los requisitos de investigación y publicación del Programa de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, parte importante de la investigación generada para este capítulo fue publicada previamente en: Rea Granados, Sergio Alejandro, “Evolución del Derecho Internacional sobre la Infancia”, en: *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 29, Bogotá, 2016.

Todo ello, para adentrarnos en la regulación internacional del grupo población de nuestra investigación, es decir, el derecho que aplica a los NNA no acompañados que requieren protección internacional. Asimismo, para escudriñar la evolución de ambas ramas del Derecho Internacional y conocer sus convergencias y diferencias para, posteriormente, determinar si ambas se complementan tomando en cuenta que ambas reconocen derechos humanos y aplican a los NNA no acompañados que requieren protección internacional.

1. Instrumentos Internacionales sobre los Derechos del Niño

Debido a la importancia que recientemente ha tomado la temática de la infancia y la adolescencia, así como de la necesidad de brindarle toda la protección legal e institucional posible a este universo de personas, es la razón por la cual, la CDN⁸⁴ “se erige como una síntesis de las normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general con principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia.”⁸⁵ “Concretamente, la CDN concibe a las NNA no sólo como sujetos de medidas de protección y asistencia, sino como titulares de derechos propios, así como actores de su propia vida y, por lo tanto, con la capacidad y el deber de participar en los asuntos que les afectan.”⁸⁶

No obstante, “para poder entender tales derechos, el proceso de reconocimiento internacional tuvo que recorrer por un largo y sinuoso camino en la historia de la humanidad, así como también se tuvieron que analizar y evaluar aquellas circunstancias que orillaron a su pleno reconocimiento, principalmente reflejado en los tratados internacionales, tanto en materia de derechos de la infancia y de la adolescencia, como en lo concerniente a los derechos humanos.”⁸⁷

El presente capítulo se aboca a exponer y a examinar los diferentes instrumentos internacionales en materia de protección a la infancia y la adolescencia, así como dar a conocer su evolución, el impacto y las aportaciones que se han manifestado al respecto, con el ánimo de comprender cómo se ha establecido el llamado interés superior del niño(a).

⁸⁴ ONU, Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada y abierta para firma y ratificación por la citada Asamblea, en su Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Consultado en:

http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_derechos_nino.html, citado en : Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 150.

⁸⁵ Rea Granados, Sergio, “Evolución...*op. cit.*, p. 150.

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ *Idem.*

Cabe destacar que a lo largo del siglo XX no sólo surgieron los derechos de los NNA, sino que comenzaron progresivamente a tener una relevancia mayor. Los NNA encontraron cabida regulatoria en el Derecho Internacional, que les reconoció como sujetos plenos de derechos, dejando de lado conceptos previos como los de compasión, tutela o simple represión con los cuales la problemática de estos sujetos era comúnmente abordada. Lo anterior, entonces, dio pie a que los derechos de la infancia y de la adolescencia estén en una constante evolución.⁸⁸

En primer término, la visión social que se tenía sobre los NNA era que cumplían un papel económico dentro de su entorno familiar; sin embargo, existía un elevado índice de mortalidad que les afectaba, al no contar ni con la protección de los(as) progenitores(as), ni tampoco con la del Estado.⁸⁹

La ya precaria situación infantil se agravaba cuando se trataba de NNA no reconocidas(os) dentro del matrimonio, quienes enfrentaban mayores abusos y violaciones en su esfera personal y también jurídica. El caso particular de las niñas y de las adolescentes era particularmente grave pues, debido a una perspectiva social predominantemente patriarcal, militar y agrícola, no se les atribuía ningún valor económico ni social, la supervivencia y derechos de éstas eran muy poco tomados en cuenta.⁹⁰

En términos generales, en esta etapa de desarrollo de la humanidad la condición de este grupo humano no tuvo mayor relevancia en la esfera jurídica; si bien con el advenimiento del cristianismo se proscribieron algunas prácticas contrarias a éstos. Sólo a partir del siglo XIV algunos(as) autores(as) suponen que se comienza a conceder cierta importancia a la infancia y de la adolescencia.⁹¹

Posteriormente, en el siglo XVIII y concretamente en el Derecho Inglés, surgió el concepto de bienestar del niño (*welfare principle*), el cual fue de gran trascendencia pues brindó algunos beneficios y limitadas garantías de protección a la niñez. Debido a ello, las Cortes Inglesas afirmaban que el principio del bienestar de la niñez debería ser una

⁸⁸ *Ibid.*, p. 150.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 152.

⁹⁰ *Idem.*

⁹¹ Ariès, Ph. “La infancia”, en: *Revista de Educación*, núm. 281, 1986, pp. 5-17.

consideración relevante, junto con otras situaciones, tales como el deseo o voluntad de los(as) progenitores(as).⁹²

Sin embargo, ese concepto inglés se centraba en el campo del Derecho Privado, y dejaba a un lado otras situaciones que involucraban al Derecho Público, sobre todo, cuando el Estado es responsable de brindar protección a los NNA.⁹³ En efecto, en Gran Bretaña por ejemplo, la voluntad y deseos de los NNA resultaban omitidos o despreciados porque la relación jurídica existente entre los progenitores y los hijos caía en el ámbito de los derechos de propiedad. Es decir, el Derecho inglés sólo consideraba a los infantes como instrumentos de uso para los(as) progenitores(as), y no les daba un tratamiento como persona humana.⁹⁴

En este sentido, para MIGUEL CILLERO BRUÑOL, “este concepto se veía reflejado en la aplicación del derecho de equidad como alternativa al derecho consuetudinario, que sólo consideraba a la niñez como un instrumento para el uso y beneficio de los progenitores.”⁹⁵

Consecuencialmente, existen repertorios de jurisprudencia inglesa en los cuales el tribunal deniega el *habeas corpus* basado –precisamente– en el argumento de “bienestar del niño (*welfare*)”.⁹⁶ Es decir, las cortes inglesas reconocían la figura del bienestar del niño, pero con la perspectiva de seguir considerando al NNA, simplemente como un objeto de protección, y no como un sujeto de derechos.⁹⁷

Más tarde, “durante el proceso que tuvo lugar desde mediados del siglo XIX, se produjo una transformación en el sistema de producción, basado en fábricas textiles, manufacturas y minas para la obtención de carbón.”⁹⁸ Este cambio radical en la forma de producción generó condiciones específicas de trabajo que causaron daños y perjuicios a los NNA quienes –debido a su condición física y ausencia de protección legal adecuada– fueron

⁹² Rivero-Hernández, F. *op. cit.*, p. 27.

⁹³ Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 152.

⁹⁴ Goonesekere, S. “The Best Interests of the Child: South Asian Perspective”, in: *International Law Policy Family*, vol. 8, num. 1, 1994, pp. 117-149, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 153.

⁹⁵ Cillero-Bruñol, M. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *op. cit.*, p. 87 citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 153.

⁹⁶ *Rex v. Delaval*, 1763; *Rex v. De Manneville*, 1804 y, sobre todo, el caso *Blisset* de 1774, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 153.

⁹⁷ Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 152-153.

⁹⁸ *Idem*.

empleados en industrias en condiciones que –hoy en día– serían inaceptables. Debido a esta situación, se empezaron a aprobar leyes sociales que abordaron el trabajo precario y forzoso en las fábricas textiles y de carbón.⁹⁹ Esta legislación se conoce como *Factory Acts* y comprendió la “Ley para la Mejor Conservación de la Salud y de la Moral de los Aprendices”, de 1802. Esta regulación limitó el empleo laboral de niños hasta horas extremas, pero no el trabajo forzoso ni peligroso. En 1819 en tanto, se aprobó la “Ley Reguladora de las Fábricas de Algodón”, conocida como *Peel Law*, que prohibió el empleo de niños menores de nueve años.¹⁰⁰

A mediados del siglo XIX y en Europa continental, comenzaron a surgir ideas sobre derechos especiales a favor de la niñez. En Francia, por ejemplo, a partir de 1841¹⁰¹ comenzaron a surgir leyes que protegían al grupo de población que nos ocupa, debido a las condiciones dramáticas y precarias del trabajo infantil.¹⁰²

Por su parte, la doctrina de académicos como LEILA BERG, MICHAEL DUANE, PAUL ADAMS, NAN BERGER, ROBERT OLLENDORFF y ALEXANDER SUTHERLAND NEILL no sólo coinciden en proteger lo que estiman ciertos derechos de la niñez; sino que, por ejemplo, estos autores señalan que “ninguna legislación, sea de carácter fabril ni educacional reguló las relaciones entre el NNA y sus progenitores. La única ley que protegía a los NNA en el hogar fue la Ley de Reformas a la Ley de los Pobres, promulgada en 1868, que señalaba ciertas disposiciones para el castigo al progenitor si se demostraba que la salud del niño(a) había sido seriamente afectada por no haberle proporcionado el abrigo y manutención adecuados. Esta normatividad no brindaba las herramientas jurídicas necesarias para la protección de los NNA. En primer lugar, no era fácil convencer a los(as)

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Towers Ward, J. “Popular Movements” Towers Ward, J. (ed.) in: *The Factory Movement*, MacMillan, London, 1970, pp. 1830-1855, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 154.

¹⁰¹ *Ley del 22 de marzo de 1841*, que regulaba el trabajo de los niños. Dicha ley fijó algunos límites de forma que protegían a los niños; pero, al mismo tiempo, legalizó su explotación: prohibió el trabajo para los niños de 8 años, lo limitó a 8 horas diarias para los niños entre 8 y 12 años, y a 12 horas para los mayores de 12. Además, la ley en cita puntualizaba que todos los niños de menos de 12 años debían ir a la escuela. Francia, *Loi du 22 mars de 1841, relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers*.

¹⁰² Los niños eran obligados a trabajar trece horas completas, como instrumento de castigo se utilizaba el látigo, muchas veces laboraban en un ambiente antihigiénico (locales con escasa luz y nula ventilación), condiciones laborales precarias, en trabajos peligrosos y sin herramientas adecuadas para su seguridad, entre otras situaciones que ponían en riesgo su vida, integridad, salud, desarrollo físico, social y psicológico. Citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 154.

magistrados(as) de que deberían castigar a los(as) progenitores(as), salvo por las situaciones más ultrajantes, y, en segundo lugar, era muy difícil resolver qué era un descuido y qué era incapacidad debida a la pobreza.”¹⁰³

Las leyes francesas, en tanto, aseguraron el derecho de la infancia y adolescencia para acceder a una educación. Por ejemplo, la Ley de 28 de marzo de 1882 señalaba que la educación debía ser gratuita, laica y obligatoria, situación que provocó una nueva era para la instrucción de los NNA.¹⁰⁴ Para PHILIPPE ARIÈS, este hecho constituye la gran diferencia entre la civilización medieval y moderna y se encuentra en el centro de la construcción del concepto de niño: “El hecho esencial es el siguiente: la civilización medieval no tenía idea de la educación. Nuestra sociedad depende hoy día del éxito de su sistema educativo.”¹⁰⁵

De igual forma, la Ley de 24 de julio de 1889 reguló la figura de la patria potestad, la cual por primera vez incorporó el concepto abstracto de interés del NNA, en Francia.¹⁰⁶ Sin embargo, el contenido de esta ley sólo comprendía la patria potestad de niños(as) maltratados(as) o moralmente abandonados(as) por los(as) progenitores(as), y no por otras acciones que afectaran su esfera jurídica.¹⁰⁷

Uno de los primeros en formular e inspirar la defensa de la niñez fue JULES VALLÈS en su obra *L'Enfant (El Niño)*, en la que narró abiertamente los métodos coercitivos y de violencia aplicados por los adultos contra los NNA, todo ello basado en el contexto histórico

¹⁰³ Adams, Paul *et. al.* *Los derechos de los niños, hacia la liberalización del niño*. 2ª (ed.) Julian Hall (comp.). Reyes de Baroco, M. A. (trad.), Extemporáneos, México, 1979, pp. 5-20, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 155.

¹⁰⁴ Aquella misma ley ordenó que los niños entre seis y trece años debían ser escolarizados; teniendo los inspectores la obligación de hacer respetar la ley. Francia, *Loi du 28 mars de 1882, portant sur l'organisation de l'enseignement primaire*. Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 153.

¹⁰⁵ Ariès, Ph., *op. cit.*, pp. 5-17.

¹⁰⁶ Ravetllat-Ballesté, I. y R. Pinochet-Olave, *op. cit.*, p. 907.

¹⁰⁷ *Ley 24 de julio de 1889*. El párrafo 1 del artículo 17 dispone que: cuando el servicio de ayuda social a la infancia, o asociaciones de beneficencia regularmente autorizadas a tal efecto, o particulares en el goce de sus derechos civiles, hayan aceptado el cuidado de los adolescentes de dieciséis años que les hayan sido confiados por progenitores, madres o tutores autorizados por el consejo de familia, el tribunal del domicilio de esos puede, a demanda de las partes interesadas obrando conjuntamente, decidir que hay lugar, en interés del niño, a delegar los derechos de patria potestad, abandonados por los(as) progenitores(as) a favor del servicio de ayuda social de la infancia, o del establecimiento o del particular que guarda al niño. Castán-Vázquez, J. M. “*La reforma de la adopción en el Derecho francés*”, en: *Anuario de Derecho Civil*, vol. 24, núm. 3, Ministerio de Justicia, España, 1963, pp. 821-823.

y social de la época.¹⁰⁸ De igual forma, y también en esta misma época, hubo otros(as) autores(as) que se sumaron a visibilizar la falta de protección y cuidado de este grupo de personas, tal es el caso del escritor inglés Charles Dickens quien –en sus obras literarias– relató la precaria situación de la infancia de su país.¹⁰⁹

Si bien es cierto que estas obras ayudaron a visibilizar la falta de protección de los NNA, aún faltaba mucho que avanzar en el ámbito jurídico.

Otra investigación importante sobre el aspecto histórico de la niñez, la podemos encontrar en la aportación investigativa de MAUSE, quien se destaca por una perspectiva socio-histórica, quien en su obra describe su indignación moral por las crueldades del pasado. De acuerdo con este autor, “la inexistencia del niño en el período anterior al siglo XVII, es explicada, no por la falta de amor de los progenitores, sino por la falta de madurez emocional para tratar al niño como una persona autónoma.”¹¹⁰ En esta obra, por ejemplo, MAUSE señala que en el caso de infanticidio era una práctica considerada como normal hasta el siglo XIX.¹¹¹

Para EMILIO GARCÍA MÉNDEZ “la investigación de MAUSE está destinada a mostrar la evolución de la niñez, también como un largo proceso, pero en el cual la lucha por la disminución del sufrimiento moral y físico ocupa un lugar de central importancia. Creada la niñez y abriéndose plenamente a la posibilidad de su corrupción (el niño corrupto como sujeto activo o pasivo), se sientan las bases que permiten ocuparse de la niñez “abandonada-delincente” como categoría específica.”¹¹²

Debido a la situación de desprotección de la infancia y adolescencia, en 1883 se realizó en París, Francia, el primer Congreso Internacional de Protección a la Infancia con la perspectiva médica y científica de mejorar las condiciones higiénicas y de salud de la niñez,

¹⁰⁸ Al respecto, Jules Vallès narra la generalización del conflicto de los niños en familia y en la escuela. En esta obra visibiliza el sistema represivo de los institutos y critica el sistema educativo. San Miguel, M. “Por la liberación del niño... Jules Vallès”, núm. 1, en: *Aula Revista Pedagogía de la Universidad de Salamanca*, 1985, pp. 57-67, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, pp. 155-156.

¹⁰⁹ Obras de Charles Dickens como *Oliver Twist*, *David Copperfield* y *Cuento de Navidad* denuncian la desesperanza de los niños en el siglo XIX.

¹¹⁰ Lloyd de Mause, *The evolution of Childhood*, The Psychohistory Press, New York, 1974, p. 35.

¹¹¹ *Ibid.*, pp. 51-52.

¹¹² García Méndez, Emilio, *Infancia: de los derechos y de la justicia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 24-25.

más que con una visión jurídica para reconocer los derechos de los (de las) niños(as). De esta manera, dos de los campos de mayor preocupación mostrados en tal Congreso, lo fueron la mortalidad y la desnutrición infantil.¹¹³ El Congreso estuvo impulsado por varios Estados europeos que compartían problemas y circunstancias comunes; por ello la postura sobre el cuidado y la protección de la infancia se fijó y construyó originariamente desde la perspectiva histórica de lo que ocurría en el Viejo Continente, y no sobre la situación de este grupo de manera universal.¹¹⁴

Lo anterior muestra el caos conceptual en la materia y la necesidad de clarificar las ideas que sirvieron de fundamento teórico de los derechos de la niñez, y el proceso histórico para el reconocimiento de los derechos de la infancia y de la adolescencia.¹¹⁵ En este sentido, PAUL ADAMS, LEILA BERG, NAN BERGER, MICHAEL DUANE, ALEXANDER SUTHERLAND NEILL y ROBERT OLLENDORFF consideran a esta época como una en donde simplemente existía negación de los derechos a favor de la infancia y adolescencia.¹¹⁶ Para estos(as) autores(as) “los NNA tienen derechos, a pesar de que para este periodo aún no eran reconocidos.”¹¹⁷ Por lo tanto, en este tiempo, la infancia y adolescencia era sujeta a cuestiones de prestaciones, más que de ser titulares de derechos.

El siguiente proceso histórico, al que nos referiremos a continuación, se dio a partir del siglo XX cuando cambió la comprensión del enfoque que se tenía con respecto a los NNA.¹¹⁸ Es decir, cuando comenzaron a materializarse instrumentos internacionales que reconocieron a los NNA como sujeto de derechos y ya no más como mera renovación de la estructura social, y cuyo valor estaba determinado por su pertenencia a una familia y al que las primeras atribuciones de derechos subjetivos excluyeron como titular individual, sino que lo incluían en la esfera paterna del “*sui iuris*-varón-proprietario.”¹¹⁹

¹¹³ Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 157.

¹¹⁴ *Idem.*

¹¹⁵ Rea Granados, “Evolución... *op. cit.*, p. 157.

¹¹⁶ *Idem.*

¹¹⁷ Adams, P. *et. al. op. cit.*, pp. 5-20.

¹¹⁸ Rea Granados, *op. cit.*, p. 157.

¹¹⁹ González Contró, Mónica *et. al. Propuesta teórico-metodológica para la armonización legislativa desde el enfoque de derechos de niñas, niños y adolescentes*, t. 4, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012, pp. 1-2, citada en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 157.

Esto debido a que, como se observó, las sociedades antiguas concebían al(la) niño(a) como propiedad de terceros, progenitores o comunidad política, y la infancia era considerada un asunto de Derecho Privado.¹²⁰ Asimismo, la niñez continuaba siendo considerada por la ley como objeto o posesión de los(as) progenitores(as) y, por lo tanto, no había ningún interés en crear un cuerpo jurídico especializado para los NNA. Al respecto, PEDRO NIKKEN señala que “después de que los niños sufrieron prácticas bárbaras y crueles generalizadas en todos los sectores sociales, se requería un cambio de actitud y una visión más humanitaria hacia la niñez.”¹²¹ De esta forma, este proceso de reconocimiento fue lento y marchó paralelamente a la superación de la barrera antes infranqueable entre lo público y lo privado en el ámbito familiar.¹²²

Por esa situación, reformadores sociales, médicos, pedagogos, educadores, pediatras y asociaciones de protección a la infancia y adolescencia comenzaron a mostrar interés en el tema y, en general, surgió la necesidad de internacionalizar políticas públicas a favor de la infancia y adolescencia.¹²³ A partir de ese momento, comenzaron a verificarse diversos congresos internacionales para discutir los problemas de los NNA, que posteriormente sirvieron para el surgimiento de organismos internacionales y, mejor aún, instrumentos internacionales que brindaran protección a la niñez.¹²⁴

Otra de las características relevantes de esta época es que los Estados debatieron sobre asuntos de carácter público, asumiendo responsabilidades compartidas en la protección y los cuidados de los NNA. En este sentido, los debates se centraron en temas como la definición de niño(a), las formas de protegerlo(a) y la intervención del Estado en relación con su protección.¹²⁵

¹²⁰ López Contreras, Rony Eulalio, “Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido”, en: *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 13, núm. I, Colombia, 2015, pp. 51-70, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 158.

¹²¹ Nikken, P. “Los derechos del niño, de los ancianos y de la mujer: su protección internacional”, en: *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 4, San José de Costa Rica, 1986, pp. 15-42, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 158.

¹²² De Torres-Perea, J. M. *Interés del menor y derecho de familia: una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid, 2009, p. 32, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 158.

¹²³ Dávila-Balsera, P. y Naya-Garmendia, L. M. (comps.), *Derechos de la infancia y educación inclusiva en América Latina*, Granica, Buenos Aires, 2011, p. 34, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 159.

¹²⁴ Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 158.

¹²⁵ Dávila-Balsera & Luis María Naya-Garmendia, (comps.), *Derechos...op. cit.*, pp. 149-150, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 159.

Entre las acciones protectoras que se adoptaron inicialmente, destacan las siguientes: en primer lugar, diversos Estados se reunieron para encontrar soluciones a los problemas de la desnutrición y las enfermedades de la infancia.¹²⁶ Debido a ello, se llevaron a cabo tres importantes congresos internacionales, también llamados “Gotas de Leche”,¹²⁷ en los cuales se obtuvieron los siguientes resultados:

- El primero de ellos celebrado en París, Francia, en 1905, en el cual se discutió el depósito y la distribución de leche relacionados con visitas médicas.¹²⁸
- El segundo congreso se llevó a cabo en Bruselas, Bélgica, en 1907, el cual tuvo como objetivo discutir la desnutrición infantil.¹²⁹
- El tercero en Berlín, Alemania, en 1911, donde se amplió la discusión a temas relacionados con la educación, la legislación para la protección de la infancia y la estadística sobre la mortalidad infantil.¹³⁰

Si bien es cierto que las discusiones verificadas en los congresos internacionales sobre la infancia giraban alrededor de dos polos: “uno jurídico y teórico y, otro más pragmático”,¹³¹ la realidad es que estos congresos sirvieron de inspiración para poner en la agenda internacional la situación sólo de la infancia y no aún de la adolescencia, en aras de crear instrumentos internacionales de protección a este grupo poblacional.¹³²

Paralelamente, en este período, se crearon asociaciones internacionales, que trabajaron en el tema de protección a la infancia, y la temática en cuestión comenzó a tener mayor relevancia y presencia en los foros internacionales, como por ejemplo: la Asociación Internacional de Protección de la Infancia, la Unión Internacional para la Protección de la Infancia en la Primera Edad, la Unión Internacional de Salvación del Niño (actualmente, *Save the Children*) y la Liga de Sociedades de la Cruz Roja, por citar tan sólo algunos de ellos.¹³³

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ Algunos de los países con mayor presencia en los Congresos Internacionales, llamadas “Gotas de Leche” son: España, Francia, Alemania, Reino Unido, Italia, Argentina, Holanda y Suiza, principalmente. Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 159.

¹²⁸ Rollet, C. "La santé et la protection de l'enfant vues à travers les Congrès internationaux (1880-1920)", dans : *Annales de Démographie Historique*, vol. 101, nm. 1, 2001, pp. 97-116 y 104-106, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 159.

¹²⁹ *Idem.*

¹³⁰ *Idem.*

¹³¹ *Ibid.*, pp. 97-116, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 159.

¹³² Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 159.

¹³³ *Idem.*

Debido al interés y los objetivos de estas asociaciones a favor de la niñez, en 1923 se promulgó la primera Declaración Sistemática de los Derechos del Niño, la cual fue redactada principalmente por la pedagoga británica EGLANTYNE JEBB, quien defendió la relevancia de reconocer la protección de la niñez desde el ámbito internacional, entre otros aspectos.¹³⁴

Atendida a la importancia del tema, esta iniciativa fue rescatada y adoptada por la Liga de las Naciones, hoy Naciones Unidas, quien la proclamó en una resolución con naturaleza jurídica de declaración, y le dio la fuerza jurídica que carecía su antecesora.¹³⁵

Así, en 1924, surgió la primera Declaración sobre Derechos de los Niños o Declaración de Ginebra, un breve texto de cinco puntos que recogía la demanda de unos deberes básicos que “los hombres y las mujeres de todas las naciones declaraban y aceptaban como un deber más allá y sobre toda consideración de raza, nacionalidad o credo.”¹³⁶

Algunas de las obligaciones de ese instrumento eran: dar a los niños los medios necesarios para su normal desarrollo, tanto material como espiritual; alimentar al infante hambriento; deber de cuidado al NNA enferma; ayudar al infante deficiente; recuperar al niño delincuente y recoger y socorrer al huérfano; deber de que el infante sea el primero en recibir ayuda en tiempo de peligro; disponer de los medios que lo capaciten para llegar a ganarse la vida; deber de ser protegido de cualquier explotación, y deber de ser educado en la conciencia de que sus talentos deben ser dedicados al servicio del prójimo.¹³⁷

A pesar de este avance jurídico, esta Declaración no contenía de forma expresa derechos a favor de los NNA, sino más bien se refería a una serie de obligaciones de las personas adultas que eran responsables de ellos(as). En otras palabras, este instrumento internacional contenía una serie de obligaciones de las personas adultas a favor de los(de las)

¹³⁴ Eglantyne Jebb puso de manifiesto que las actuaciones de las personas e instituciones civiles deben ser una prioridad internacional para la protección de los derechos de los niños. Además de ser fundadora de la organización *Save the Children Fund*, fue pionera en poner en el centro de atención un catálogo internacional de derechos del niño y para considerar al niño como sujeto de derechos. Ambas iniciativas fueron rescatadas por la *Convención sobre Derechos del Niño*. Citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 159.

¹³⁵ Bobbio, Noberto, *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991, pp. 15-20.

¹³⁶ Liga de las Naciones, *Declaración sobre Derechos de los Niños o Declaración de Ginebra*, 26 de septiembre de 1924. Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 159.

¹³⁷ Garibo Peyró, A. P. *Los derechos de los niños: una fundamentación*, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, p. 280, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 160.

niños(as), por lo que este hecho significaba que el NNA era, todavía, considerado objeto de protección, y no propiamente un sujeto de derechos.¹³⁸

Para algunos(as) autores(as), esta Declaración es breve, debido a una serie de derechos dentro de la dimensión protectora, como alimentos, cuidado, ayuda, acogida y socorro, educación y reinserción del niño delincuente, entre otros. Sin embargo, no reconocía el derecho de los niños(as) a contar con progenitores(as) ni tampoco reconocía el derecho a ser sujeto de derechos.¹³⁹ Por lo tanto, esta Declaración recibió diversas críticas, tras no contar con garantías suficientes que protegieran los derechos civiles y políticos, derechos que son propios de los sujetos de derechos.¹⁴⁰ Sobre todo, cuando el reconocimiento de ser sujeto de derechos implica poder ejercer, sin restricción alguna, los derechos señalados por la Declaración.

A causa de los sucesos sociales que enfrentó la humanidad, con dos grandes guerras mundiales verificadas durante el siglo XX, comenzaron a reconocerse los derechos humanos. Así, para algunos(as) autores(as), este reconocimiento se debió a la despiadada y masiva destrucción de individuos y grupos humanos, y al agudo deterioro de las relaciones entre el Estado y la persona humana. Estos factores ayudaron a que se intentara desde entonces elevar los derechos humanos a la categoría de normas internacionales y conseguir una cierta protección para estos derechos.¹⁴¹

También es aquí en donde comienzan a ser tomadas en cuenta las personas que han tenido que abandonar sus hogares o países de origen con la finalidad de buscar seguridad para protegerse de la persecución, de los conflictos armados o de la violencia política. Es así que después de la Primera Guerra Mundial se crea la Sociedad de Naciones.

A pesar de ese avance, a la época, no se consideraba que la cuestión de los refugiados fuera un problema de relevancia que hubiera que abordar con urgencia en el ámbito

¹³⁸ Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 161.

¹³⁹ Dávila-Balsera, P. *et. al. La Evolución de los derechos...op. cit.*, pp. 71-83, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 161.

¹⁴⁰ Garibo-Peyró, A. P. *op. cit.*, pp. 201-203, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 160.

¹⁴¹ Vasak, Karel, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Hernán Sabaté y María José Rodellar (trad.), vol. I, Serbal, Barcelona, 1894, p. 50, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 161.

internacional. Incluso, entonces, el desarrollo de un sistema internacional para responder y tratar los problemas de los refugiados fue lento e intermitente.¹⁴²

En este orden de ideas, pasados los embates de la Segunda Guerra Mundial, en 1945 se creó la Organización de las Naciones Unidas (en adelante “ONU”),¹⁴³ cuyos objetivos son: mantener la paz y la seguridad internacional en asuntos económicos, sociales, culturales y humanitarios, y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales.¹⁴⁴

Debido a lo anterior, se creó la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948,¹⁴⁵ la cual es un instrumento internacional compuesto por treinta artículos. De acuerdo con RENÉ CASSIN, miembro de la Comisión Redactora de la Declaración, esta cuenta con una clasificación respecto de los derechos contenidos en cuatro rubros: derechos personales; derechos que pertenecen al individuo en relación con el grupo social, libertades civiles; los derechos políticos; y los derechos de naturaleza económica o social.¹⁴⁶

En el texto de ese instrumento se reconocen algunos derechos de la niñez, tales como:

- El artículo 25, párrafo segundo, señala explícitamente que los niños tienen el derecho a acceder a la protección social independiente.¹⁴⁷
- El artículo 16, protege el derecho a la familia, y¹⁴⁸
- El artículo 26, el cual reconoce el derecho a la educación.¹⁴⁹

Aunque la naturaleza jurídica de la Declaración no le otorga fuerza jurídica vinculante, algunos(as) autores(as) sí han defendido su obligatoriedad.¹⁵⁰

¹⁴² ACNUR, *La situación de los refugiados en el mundo: Cincuenta años de acción humanitaria*, ACNUR, Ginebra, 2000, p. 2.

¹⁴³ ONU, Asamblea General, *Carta de las Naciones Unidas*, San Francisco, 26 de junio de 1945. Consultado en: <<http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>>, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 162.

¹⁴⁴ Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, pp. 161-162.

¹⁴⁵ ONU, Asamblea General, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, adoptada en la Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948. Consultado en: <<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>>

¹⁴⁶ Garro, C. R. *Declaración Universal de Derechos Humanos: Abriendo surcos*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 2, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 162.

¹⁴⁷ Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 162.

¹⁴⁸ *Idem.*

¹⁴⁹ *Idem.*

¹⁵⁰ *Idem.*

En ese sentido, EDUARDO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA ha señalado que “la Declaración Universal de Derechos Humanos es un instrumento normativo que establece por lo menos algunas obligaciones legales para los Estados miembros de la ONU, tras ser considerada la interpretación autorizada de las obligaciones en materia de derechos humanos contenidas en la Carta de las Naciones Unidas y, por lo tanto, este hecho lo hace ser un instrumento obligatorio y vinculante.”¹⁵¹

En el mismo sentido, NOBERTO BOBBIO señala que, “las declaraciones, en particular la universal, son instrumentos cuyos principios tienen como destinatarios no sólo los ciudadanos de un determinado Estado que ha sido Parte, sino a toda la humanidad.”¹⁵²

Por lo tanto, con esta idea podría mencionarse que la finalidad de la Declaración no sólo aplica a quienes la hayan incorporado en su normativa interna, sino que por ser un instrumento dirigido a la humanidad debe de aplicar a todos(as) por igual.¹⁵³

Por su parte, HÉCTOR GROS-ESPIELL ha sostenido que “la Declaración ha dejado de tener sólo un valor moral, para transformarse en un documento del que se derivan, para los Estados Miembros deberes y obligaciones concretos.”¹⁵⁴ Además, este autor ha afirmado que “el deber de respetar los derechos del ser humano constituye una norma imperativa de Derecho Internacional general, un caso de *ius cogens*, quizás el más característico de nuestra época, con todas las consecuencias de esta afirmación, cuyo respeto y vigencia se vinculan con la idea de orden público internacional, lo que implica también efectos de obvia importancia.”¹⁵⁵

Incluso para algunos(as) autores(as), la Declaración constituye una costumbre internacional, ya que incluyen disposiciones que aplican a la humanidad con prácticas

¹⁵¹ De acuerdo con Eduardo Jiménez, el alcance jurídico de la *Carta de Naciones Unidas* en materia de derechos y libertades fundamentales, aludidos en ella, se extiende a la *Declaración* de 1948, la cual tiene su fundamento en el valor práctico esencial de la última, ya que radica en resolver a cuáles derechos humanos fundamentales, sin enumerarlos, se refiere la Carta originaria. Jiménez De Aréchaga, E. *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas: comentario teórico-práctico de la Carta*, Escuela de Funcionarios Internacionales, Madrid, 1958, pp. 439-442, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 163.

¹⁵² Norberto Bobbio, *op. cit.*, pp. 66-68, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 160.

¹⁵³ Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 161.

¹⁵⁴ Gros-Espiell, H. “Los derechos humanos y el Derecho Internacional 1968-1977”, en: *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, t. II, México, D.F., 1978, pp. 152-166, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, pp. 162-163.

¹⁵⁵ *Idem.*

repetidas y consideradas como obligatorias para los Estados, independientemente de su creación o adopción a la legislación doméstica interna, tras contar con disposiciones meramente primordiales, tales como: la prohibición a la discriminación, a la tortura y el respeto al derecho a la vida.¹⁵⁶

Posteriormente, la entrada en vigor de la CDN provocó transformaciones trascendentales en la forma de entender la niñez.

De acuerdo con MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS con este instrumento internacional “se produce un cambio en el paradigma, que significó pasar de la doctrina de la situación irregular o Protección Tutelar, que concibe al niño como un objeto de protección del Estado y de la sociedad en general, a la doctrina de la Protección Integral del Niño, que reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujeto de derecho.”¹⁵⁷

Es decir, con la doctrina de Protección Integral, el Estado comenzó a cambiar la concepción de que el NNA era objeto de acciones de protección y control por parte del Estado al reconocimiento de que los NNA son titulares de derechos.

En palabras de la misma autora “con la incorporación de la doctrina de Protección Integral, se considera al menor sujeto de derecho, lo que implica que se le reconocen derechos autónomos, con capacidad para ejercerlos por sí mismo, de acuerdo con la evolución y desarrollo de sus facultades.”¹⁵⁸

Paralelamente, en materia de refugiados se crearon diversos organismos distintos para afrontar la situación de estas personas. En este sentido, las fuerzas aliadas crearon la Administración de las Naciones Unidas de Socorro y Reconstrucción (UNRRA), la cual no tenía el mandato específico, sino incluía asistir al socorro y la reconstrucción de las zonas devastadas, incluyendo la asistencia a las personas desplazadas por la guerra.

Posteriormente, en 1950, la comunidad internacional comenzó a trazar una ruta para la protección y asistencia de los refugiados, incluidos a los NNA, principalmente de quienes provenían de Europa. Así, en 1951 se crea la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

¹⁵⁶ Hitters, Juan Carlos y Oscar Fappiano, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2007, p. 324. Buergenthal, Thomas *et al*, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Civitas, Madrid, 1990, p. 63.

¹⁵⁷ Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, “Las implicaciones de considerar al niño sujeto de derechos”, en: *Revista de Derecho*, Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, núm. 18, 2018, p. 118.

¹⁵⁸ *Idem*.

Sin embargo, apuntando a la esencia de este capítulo, “en 1959 el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC) elaboró un Decálogo de los Derechos del Niño, en el que –por primera vez– la Asamblea General aprobó y proclamó la Declaración de los Derechos del Niño.”¹⁵⁹ Este último documento contempla una serie de derechos y libertades a favor de los niños(as); de igual forma, revolucionó el contenido de la norma al contemplar en su artículo 1, el principio de la no discriminación, y en el artículo 2, el principio del interés superior del niño. Sin embargo, para algunos(as) autores(as), este último principio careció de todo sentido, debido a la amplitud con que quedó plasmado.¹⁶⁰

Debido a la presión internacional en defensa de los intereses de la niñez, la ONU declaró en 1979 el Año Internacional del Niño, con la intención de visualizar su importancia en las discusiones que lo afectaban.¹⁶¹ Esto debido a que la materia fue considerada de un alto contenido social y cultural: el esfuerzo por alcanzar un consenso sobre los derechos que debían incluir, la cual continuó por una década.¹⁶²

La internacionalización de estos derechos trajo una serie de beneficios a favor de la niñez. En primer lugar, la comunidad internacional organizada le dio la valoración propia del Derecho Internacional.¹⁶³ Esto significa que esta rama del Derecho reconoció la importancia de estos derechos al otorgarles el valor internacional que merecen; o, en otros términos, porque representan un ideal al que debe prestar acogida para cooperar en su realización y para brindarle protección con sus mecanismos propios, en refuerzo de su posición sociológica.¹⁶⁴

Otro de los beneficios que provocó la internacionalización de los derechos de la niñez es que pueden ser garantizados mediante instrumentos internacionales y, esto repercute en

¹⁵⁹ ONU, Asamblea General, *Declaración de los Derechos del Niño*, Resolución 1386 (XIV), 14 UN GAOR Supp. (No. 16), 19, ONU Doc. A/4354 (1959), 20 de noviembre de 1959.

¹⁶⁰ Longobardo, T. “La Convenzione internazionale sui Diritti del Fanciullo”, en: *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, New York, 1991, pp. 370-427, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 163.

¹⁶¹ Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 163.

¹⁶² Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), *Estado mundial de la infancia: Edición Especial. Conmemoración de los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Nueva York, 2009, p. 5, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, pp. 163-164.

¹⁶³ Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 164.

¹⁶⁴ Bidart Campos, G. J. *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 41, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 164.

que se haga más difícil su transgresión o derogación.¹⁶⁵ Aunque la obligación de estas normas internacionales dependa de la ratificación por los Estados Parte, su protección y observancia están protegidas en el ámbito internacional, de forma que la preeminencia del derecho que nos ocupa radica en que los Estados en pleno uso de sus facultades soberanas consientan en ratificar y obligarse a la norma internacional, y a brindarle el nivel jerárquico de acuerdo con su norma jurídica interna.¹⁶⁶

Sobre este asunto, CLAUDIO GROSSMAN explica que “las normas internacionales han creado un nivel de legitimación más allá de las fronteras nacionales, principalmente para aquellos que apoyan el sistema democrático de gobierno.”¹⁶⁷ Además, el mismo autor afirma que “la existencia de un sistema internacional de derechos humanos permite alcanzar un doble objetivo: por una parte, puede contribuir a evitar el deterioro de sociedades democráticas, lo que permite la intervención de la comunidad hemisférica antes de que se produzca una situación de polarización extrema con probabilidades de salida de fuerza.”¹⁶⁸

Por otra parte, otra ventaja de la internacionalización de los derechos de la niñez es que su contenido y protección adoptaron un carácter universal. Es decir, los derechos de los NNA acogieron un uso no diferenciado entre personas, ya que sus destinatarios fueron tomados en cuenta como seres humanos, sin restricción de ninguna especie de carácter temporal, personal o espacial.¹⁶⁹

Sobre este asunto, PEDRO NIKKEN dice que “la universalidad alude a la titularidad que tienen todas las personas con respecto a los derechos humanos, independientemente de regímenes políticos, sociales y culturales.”¹⁷⁰ Situación que aplica hacia todas los NNA,

¹⁶⁵ Vargas Carreño, E. *Derecho Internacional Público: de acuerdo con las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 519, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 164.

¹⁶⁶ Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 164.

¹⁶⁷ Grossman, C. “Reflexiones sobre el sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos”, en: *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Rafael Nieto Navia-Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1997, p. 458, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 164.

¹⁶⁸ *Idem.*

¹⁶⁹ Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 165.

¹⁷⁰ Nikken, P. “El concepto de derechos humanos”, en: *Estudios básicos de derechos humanos*, t. I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994, pp. 15-38, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 165.

independientemente de cualquier distinción, país de origen u otra diferenciación como si están acompañados o separados de un adulto.

Desde esta perspectiva, podemos aseverar que los derechos de los(as) niños(as) reconocidos como universales tienen la característica adicional de ser derechos de cumplimiento obligatorio sin distinción alguna, siempre y cuando el Estado Parte los haya ratificado.¹⁷¹ En este sentido, JOEL FEINBERG ha manifestado que “los derechos obligatorios son obligaciones contempladas desde un punto de vista positivo; se trata de deberes cuyo cumplimiento es especialmente ventajoso para la comunidad y para el titular”.¹⁷² En este sentido, estos derechos reconocen al titular la facultad para no renunciar a su ejercicio.¹⁷³

De esta forma, podemos decir que son derechos que no se pueden desprender de ellos, ni se pueden renunciar voluntariamente por ningún motivo.¹⁷⁴

Un beneficio más de la internacionalización de los derechos de la niñez es que los(as) niños(as) adquieren legitimidad activa para denunciar abusos y transgresiones de sus derechos ante los órganos internacionales y/o tribunales internacionales, ya sea mediante mecanismos individuales de denuncia o por soluciones judiciales.¹⁷⁵

Cabe señalar que esa prerrogativa está supeditada a que el Estado haya ratificado los instrumentos internacionales en la materia, en particular el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de los Niños.¹⁷⁶ A pesar que se requiera su ratificación para ejercitar este derecho, la importancia de éste radica en que cambia la perspectiva jurídica tradicional de que los NNA sean considerados incapaces para exigir sus derechos, es decir, poder exigir personalmente los mismos y, por lo tanto, en caso de transgresión a sus derechos humanos, con esta visión, no habría impedimento alguno para ejercer individualmente, sin el apoyo de un adulto, mediante una denuncia por violación de derechos humanos ante tribunales internacionales.¹⁷⁷

¹⁷¹ Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 165.

¹⁷² Feinberg, J. *Rights, Justice and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy*, Princeton University Press, New Jersey, 1980, p. 235, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 165.

¹⁷³ Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 165.

¹⁷⁴ *Idem.*

¹⁷⁵ *Idem.*

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 166.

¹⁷⁷ OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José de Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, artículos 46 y 47, y OEA, *Reglamento de la Comisión Interamericana de*

Incluso ante organismos internacionales, tal como lo establece el artículo 5 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de los Niños,¹⁷⁸ que señala que cualquier persona, incluidos los NNA, pueden presentar denuncias individuales ante el Comité de DN en caso de sufrir alguna vulneración de sus derechos; sin embargo, uno de los requisitos para ejercer este derecho es que se hayan agotado los recursos internos.¹⁷⁹

Sobre este asunto, MÓNICA GONZÁLEZ CONTRÓ aclara que “mientras alcanzan la mayoría de edad, –los NNA– sólo pueden ser titulares de derechos, pero no pueden defenderse directamente.”¹⁸⁰ Por lo tanto, tomando en consideración este argumento, pareciera que no pueden ejercer de manera personal sus derechos ante las instancias correspondientes.

A pesar de esta postura, la protección de estos derechos depende en gran medida tanto de la existencia de órganos que pueden promover la defensa de tales derechos como de mecanismos de control y vigilancia de los derechos protegidos, los cuales deben ser accesibles para que los NNA pueden solicitarlos directamente, sin la compañía de una persona adulta.¹⁸¹

Ahora bien, la protección internacional de estos derechos no sólo requiere que el(la) peticionario(a) (NNA) denuncie las violaciones ante órganos internacionales.¹⁸² Existen otras opciones de vigilancia de los derechos humanos a favor de los NNA que ofrecen los sistemas internacionales de protección. Por ejemplo, los informes periódicos que realizan ciertos organismos sobre la situación de derechos de la infancia, o bien, sobre una situación de un derecho determinado de los NNA.¹⁸³ Estos informes ayudan a visualizar las medidas adoptadas por el Estado para dar mayor efectividad a los derechos objeto de protección y a disminuir la brecha que podría producirse entre la obligación a la que se ha comprometido

Derechos Humanos, aprobado por la Comisión en su 137° Período Ordinario de Sesiones, 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009, artículos 28 a 34, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 166.

¹⁷⁸ ONU, Asamblea General, *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*, Asamblea General, Resolución A/Res/66/138, 2011, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 166.

¹⁷⁹ Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 166.

¹⁸⁰ González Contró, M. *et. al. op. cit.*, p. 14, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 166.

¹⁸¹ Vargas-Carreño, E., *op. cit.*, p. 527, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, pp. 166-167.

¹⁸² Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 167.

¹⁸³ *Idem.*

un Estado Parte con lo que efectivamente está realizando.¹⁸⁴ También es posible discutir y adoptar resoluciones de organismos especializados sobre la niñez, como aquellas observaciones realizadas por el Comité de DN y, por último, los resultados de una observación *in loco*.¹⁸⁵

1.1. Convención sobre los Derechos del Niño

Tomando en consideración la evolución histórica de los derechos del niño, la aprobación en 1989 de la CDN implicó un paso importante sobre el tratamiento jurídico hacia los NNA, pues reconoció importantes derechos a favor de la niñez. Es decir, se incorporaron derechos civiles a favor de este grupo y, finalmente, se les reconoció como sujetos de derechos, lo cual rompió uno de los más lesivos lastres que enfrentó este grupo.¹⁸⁶

Por lo tanto, la adopción de este instrumento internacional significó un hecho histórico de gran valor al configurarse como un instrumento jurídico vinculante que ha sido ratificado por casi todos los Estados del mundo, excepto los Estados Unidos, quien ha tenido una resistencia a éste por su falta de compromiso de reconocer derechos que van más allá de su legislación interna.¹⁸⁷

Por ejemplo, uno de los principales argumentos de ese país es que la figura jurídica de la pena de muerte para los NNA sigue estando vigente en varios estados de la Unión Americana y, por lo tanto, sería contraria a la naturaleza y sentido de la CDN.¹⁸⁸

¹⁸⁴ *Idem*.

¹⁸⁵ Las observaciones *in loco* tienen por objeto investigar y verificar hechos en el país en el que se ha incurrido en violaciones a los derechos humanos, incluidos los derechos de los niños. De igual forma, implica la oportunidad para dialogar con las autoridades a fin de prevenir y corregir situaciones que afecten la vigencia de los derechos humanos. Por lo general, los resultados de una observación *in loco* se consignan en un informe, aunque este también puede redactarse sin que se haya realizado la observación previa. Los informes pueden referirse a la situación en general de derechos humanos de un determinado Estado o a una situación particular relativa a la vigencia de los derechos humanos. *Ibid.*

¹⁸⁶ Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 167.

¹⁸⁷ ONU, Centro de Noticias, *La Convención sobre los Derechos del Niño cumple 130 años*, (25 de septiembre de 2019). Consultado en: <<https://news.un.org/es/story/2019/09/1462802>>, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 168.

¹⁸⁸ Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 168.

Por otro lado, la CDN también introduce por primera vez derechos y principios específicos a favor de los NNA, tal y como acontece con el llamado ISN como un principio trascendental, junto con la autonomía progresiva de los(las) niños(as) y, como mencionamos anteriormente, el reconocimiento de estos como sujetos titulares de derechos humanos.¹⁸⁹

También reconoce un catálogo de derechos específicos, que ya habían sido reconocidos por otros instrumentos internacionales de carácter general, pero que al incorporarlos en la Convención refuerzan su protección, como el derecho a recibir asilo, el derecho a la vida y el derecho a la educación, entre otros.

De tal forma que la CDN provocó el cambio de paradigma de cómo eran percibidos y tratados los NNA en el ámbito jurídico, reconociendo derechos y principios modulares. Por citar algunos: el artículo 2º reconoce el derecho a la no discriminación, el cual refleja un pilar modular de los tratados internacionales en derechos humanos. De tal forma, que este principio exige que los Estados respeten y garanticen los derechos de cada NNA sujeto a su jurisdicción sin distinción alguna, ya sea del NNA, sus padres, madres o sus de sus representantes legales.¹⁹⁰

Por su parte, el artículo 5º de la CDN reconoce la autonomía progresiva, la cual implica, de acuerdo, a la evolución de sus facultades, que los NNA vayan adquiriendo capacidad para ejercitar sus derechos a medida que se van desarrollando como personas. No se establece una edad fija a partir de la cual los NNA ejerzan sus derechos, sino que se evaluará su desarrollo para ejercitarlos.¹⁹¹ Derecho que es compatible con lo mencionado sobre el ejercicio individual de presentar denuncias ante organismos especializados sin la compañía de una personas adulta.

¹⁸⁹ El reconocimiento de los NNA como titulares de derechos significa reconocerlos como personas con cualidades y necesidades únicas. Además, este concepto ha evolucionado juntamente con el desarrollo progresivo de los derechos de la niñez. *Ibid.*, p. 168.

¹⁹⁰ Sistema de información sobre la primera infancia en América Latina, “Los Principios generales de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en las Leyes y Códigos de Infancia”, en *Los caminos hacia la integración de la Convención internacional sobre los Derechos del Niño en los sistemas jurídicos nacionales*, p. 3. Consultado en: http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/dd_2_sipi_principios_generales.pdf

¹⁹¹ Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, “Las implicaciones de considerar al niño sujeto de derechos”, *op. cit.*, p. 119.

El artículo 6º, en tanto, reconoce el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, establece que todo NNA tiene derecho intrínseco a la vida y que los Estados deben garantizar su supervivencia y su desarrollo. La CDN va más allá del derecho a la vida tal como lo expresan otros tratados para adoptar una visión a largo plazo que contemple el desarrollo de los NNA en su sentido más amplio.¹⁹²

También el artículo 12º reconoce el derecho a la participación de los NNA, el cual es uno de los elementos más relevantes y de consideración primordial para asegurar el respeto de las opiniones de los NNA y el derecho a aquellos a ocupar un papel activo en su entorno.¹⁹³

Por lo tanto, la participación de NNA no sólo incluye la obligación del Estado, sino también la de los(as) progenitores(as) y de la propia comunidad para que alienten el diálogo e intercambio de puntos de vista.

El escuchar a los(as) niños(as) no debe considerarse como un fin en sí mismo, sino más bien como un medio de que los(as) progenitores(as) hagan que sus interacciones con los(as) niños(as) y las medidas que adopten a favor de los(as) niños(as) estén cada vez más orientadas a la puesta en práctica de los derechos de los(as) hijos(as). Para ello la participación de los(as) niños(as) y las consultas con los(as) niños(as) tienen también que tratar de no ser meramente simbólicas.¹⁹⁴

De igual forma, el artículo 3º reconoce el principio del ISN que –como hemos mencionado– la CDN no esclarece lo que se deba entender por este concepto. A pesar de que el ISN fue reconocido por este instrumento internacional, ha sido la doctrina, la jurisprudencia y otras fuentes del Derecho Internacional los que se han encargado de determinar los límites y esclarecer los alcances de éste, los cuales serán estudiados más adelante.

El éxito de la CDN ha sido no sólo por ser el documento internacional que mayor número de adhesiones ha tenido, sino además porque ha logrado estar presente como referencia para los cambios legislativos nacionales, y supone también una orientación para

¹⁹² Sistema de información sobre la primera infancia en América Latina, *op. cit.*, p. 3.

¹⁹³ Sotelo González, Joaquín, Carmen Marta Lazo y Gregorio Aranda Bricio, “El derecho a la información de la infancia: participación de los niños en los medios de comunicación”, en: *Revista Internacional de Derecho de la Comunicación y de las Nuevas Tecnologías*, núm. 11, Madrid, 2012, p. 5.

¹⁹⁴ Medina Graciela y Proveda, Eduardo Guillermo, *Derecho de familia*, Abeledoperrot, Argentina, 2017, p. 779.

el reconocimiento de derechos de los NNA y el de las prácticas de intervención social, sobre todo en situaciones de exclusión social.¹⁹⁵

Para algunos(as) autores(as), este nuevo paradigma jurídico significó afianzar una nueva rama del Derecho que brindaría una protección reforzada.¹⁹⁶ En este sentido, MIGUEL CILLERO BRUÑOL señaló que “la Convención no es meramente una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia y de un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de este grupo y sus derechos y deberes de los adultos.”¹⁹⁷ Este proceso de distinción de la materia en relación con los derechos humanos es a lo que NORBERTO BOBBIO se refería como el proceso de especificación de los derechos, el cual “consiste en el paso gradual pero cada vez más acentuado hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de los mismos.”¹⁹⁸

En los últimos años, el proceso señalado se ha canalizado hacia una ulterior determinación de los NNA como sujetos titulares de derechos. Proceso que ha sido gradual en reconocer la titularidad de los derechos de los NNA, así como su autonomía y sus libertades concretas y singulares.¹⁹⁹ De esta forma, “esta especificación se ha producido bien respecto al género, bien con relación a las distintas fases de la vida, bien teniendo en cuenta la diferencia entre estado normal y estado excepcional en la existencia humana.”²⁰⁰ Pueden citarse, en este sentido, los textos jurídicos que hacen referencia a los derechos del niño, entre el que destaca la Declaración de Derechos del Niño (1959), la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación de la Mujer (1967) y la Declaración de Derechos del Disminuido Mental (1971).²⁰¹

GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, señala que “el proceso de especificación en relación con los titulares, parte de la idea de vincular los derechos con ciertas circunstancias de las personas concretas, ya sea por su condición social, cultural, física (como

¹⁹⁵ Dávila Balsera, Paulí y Luis María Naya Garmendia, “La Evolución de los Derechos de la Infancia: Una visión Internacional”, en: *Education and Social Processes, Encounters*, vol. 7, 2006, p. 83.

¹⁹⁶ Rea Granados, *op. cit.*, p. 168.

¹⁹⁷ Cillero Bruñol, M. *op. cit.*, p. 5, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 168.

¹⁹⁸ Bobbio, Norberto, *El tiempo... op. cit.*, p. 109, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 169.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 110, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 169.

²⁰⁰ *Idem*, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 169.

²⁰¹ Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 168.

sería el caso de los NNA) o por su situación en determinadas relaciones sociales. Así, para este autor, la evolución de los derechos humanos ha pasado por diferentes etapas: positivización, generalización, internacionalización y especificación.”²⁰² De esta suerte, el proceso de especificación se relaciona con los derechos anteriormente reconocidos por los instrumentos internacionales universales, pero detalla ciertas particularidades para grupos concretos, como es el caso de las NNA.²⁰³

En este sentido, podemos afirmar que la CDN es el instrumento internacional por excelencia sobre los derechos de los NNA, que ha perdurado hasta nuestros días y que continúa en constante evolución en cuanto a su interpretación. A su respecto, MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE ha señalado que “esta Convención no es el primer instrumento jurídico internacional para el fomento y protección de los derechos de los niños y niñas, sino que es el resultado de la evolución de estos derechos.”²⁰⁴ Argumento que hemos explicado en este capítulo. Sin embargo, como veremos enseguida, si bien la más relevante la CDN no es la única expresión internacional que reconoce los derechos mínimos de los NNA e impone obligaciones a las familias, a los Estados y a la comunidad internacional.

1.2. Otros tratados relevantes de la infancia

La influencia del movimiento contemporáneo en beneficio de la protección internacional de los derechos humanos lógicamente desencadenó el surgimiento del derecho de los niños, producto de la evolución histórica hasta su reconocimiento.²⁰⁵ Además, el desarrollo de los derechos de los niños parece formar parte del fenómeno de expansión de los derechos humanos que algunos(as) autores(as) llaman “especificación”.²⁰⁶ La

²⁰² Peces-Barba Martínez, G. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995, p. 154, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 169.

²⁰³ Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 169.

²⁰⁴ Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *Sistema Filiativo...op. cit.*, p. 45.

²⁰⁵ Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 170.

²⁰⁶ González Contró, M. *Derecho de familia en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010, p. 56, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 170.

especificación de este derecho hace importantes aportes al Derecho Internacional Público (en adelante “DIP”) que se refleja en la interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales en la materia.²⁰⁷

Así, la existencia de un *Corpus Juris* en materia de protección de la niñez significa el reconocimiento de la existencia de un conjunto de normas fundamentales que están vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de los NNA. Sin embargo, los derechos de la niñez no se limitan al texto de la CDN,²⁰⁸ sino que incluyen el marco jurídico internacional aplicable a la protección de la niñez, los que –de conjunto– conformarían el *Corpus Juris* de los Derechos de la Niñez.²⁰⁹

Algunos de los instrumentos internacionales relacionados con los derechos de la niñez son: el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados,²¹⁰ el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía,²¹¹ el Convenio 138 sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo,²¹² el Convenio 182 sobre la Prohibición de las Peores Formas de

²⁰⁷ Rea Granados, *op. cit.*, p. 170.

²⁰⁸ ONU, Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 170.

²⁰⁹ Rea Granados, *op. cit.*, p. 170.

²¹⁰ ONU, Asamblea General, *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados*, Resolución A/RES/54/263, New York, 25 de mayo de 2000, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 170.

²¹¹ ONU, Asamblea General, *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía*, Resolución A/RES/54/263, New York, 25 de mayo de 2000. Consultado en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPSCCRC.aspx>, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 170.

²¹² Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Convenio C138: Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo*, Ginebra, Suiza, 26 de junio de 1973.

Consultado en:

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C138, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 171.

Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación,²¹³ y el Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.²¹⁴

Asimismo, hay otros textos internacionales de alcance mundial sobre cuestiones específicas relacionadas con la niñez, como las Reglas de Beijing de 1985,²¹⁵ las Directrices de Riad de 1990,²¹⁶ las Reglas de Tokio de 1990,²¹⁷ y las Recomendaciones sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y Registro de los Matrimonios.²¹⁸

Por su parte, la Corte IDH ha estipulado que el *Corpus Juris* en materia de niñez “sirve para fijar el contenido y los alcances del artículo 19 de la Convención Americana, y es el resultado de la evolución del DIDH en materia de niñez, que tiene como eje el reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos.”²¹⁹ Esto debido a que tanto la Convención Americana como la CDN forman parte de un muy comprensivo *Corpus Juris*

²¹³ OIT, *Convenio C182: Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación*, Ginebra, Suiza, 17 de junio de 1999.

Consultado

en: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C182>

citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 171.

²¹⁴ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Convenio relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional*, La Haya, Países Bajos, 29 de mayo de 1993. Consultado en: <<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=69>>, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 171.

²¹⁵ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores*, A.G. Resolución 40/33, Anexo, 40 U.N. GAOR Supp. (No. 53) p. 207, ONU Doc. A/40/53 (1985) (Directrices de Beijing, 1985), Beijing, 29 de noviembre de 1985, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 171.

²¹⁶ ONU, Asamblea General, *Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Infantil (Directrices de Riad, 1990)*, Resolución 45/112, 14 de diciembre de 1990, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 171.

²¹⁷ ONU, Asamblea General, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad (Reglas de Tokio)*, Resolución 45/113, 14 de diciembre de 1990, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 171.

²¹⁸ ONU, Asamblea General, *Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios*, Resolución 1763 A (XVII), 7 de noviembre de 1962. Consultado en:

<<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/MinimumAgeForMarriage.aspx>>

ONU, Asamblea General, *Recomendaciones sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y Registro de los Matrimonios*, Resolución 2018 (XX) de la Asamblea General, 1 de noviembre de 1965, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 171.

²¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Relatoría sobre Derechos de la Niñez, *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 78, 2011, pp. 7-8. citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 172.

internacional de protección de los niños que debe servir a esa Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la ya citada Convención Americana.²²⁰

A pesar de este *Corpus Juris* internacional de protección de los NNA, también el Derecho Internacional proporciona un marco internacional amplio y suficiente para la protección de las personas con características especiales, tal como aquel marco que aplica a las personas refugiadas, el cual también abarca a los NNA que requieren protección internacional y que también aplica a los no están acompañados.

Al respecto, el ACNUR ha señalado que los NNA, principalmente aquellos separados y no acompañados, quienes tienen derechos específicos, además de los derechos universales de los que disfruta una persona tienen derechos específicos a su condición como refugiados y que se encuentran solos.²²¹

²²⁰ Corte IDH, “*Condición jurídica y derechos humanos del niño*”, Opinión Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002 serie A, núm. 17, párr. 37-53, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 172.

²²¹ ACNUR, *La Protección Internacional: Programa de iniciación a la protección*, Ginebra, Suiza, 2006, p. 39.

2. Instrumentos Internacionales sobre los Refugiados

En el caso particular de los refugiados encontramos que, a lo largo de la historia, muchas personas, incluidos los NNA, han sido perseguidos y desplazados forzosamente de su país de origen. Por razones humanitarias, la comunidad internacional comenzó a forjar un marco legal de aplicación mundial para la protección de las personas refugiadas.

De tal suerte que con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, concretamente el día 14 de diciembre de 1950, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante su resolución 428(V), acordó el funcionamiento de la Oficina de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), órgano subsidiario con el mandato de proporcionar protección internacional a los refugiados en el mundo; además de asistir a los gobiernos y organizaciones privadas en la búsqueda de soluciones permanentes a la situación de los refugiados.²²²

De esta manera, el primer mandato del ACNUR tuvo una duración y un alcance geográfico limitado, es decir, se constituyó un programa de acción que tuvo una vigencia de tres años, con el firme propósito de ayudar principalmente a los refugiados europeos víctimas de la Segunda Guerra Mundial. Además, este mandato preveía la elaboración de una Convención Internacional relativa a la Protección de los Refugiados, aunque para finales de 1950, se encontraba en plena redacción el borrador de la Convención Relativa al Estatuto de los Refugiados, el cual quedó aprobado finalmente el 28 de julio de 1951.²²³

Derivado de lo anterior surgió una normativa internacional en materia de refugiados, en donde se configuran las bases de todas las actividades que realizan los Estados Parte, y las agencias humanitarias en pro de brindar protección a las personas refugiadas.

Cabe aclarar la distinción que existe entre personas migrantes y refugiadas. En primer lugar, los refugiados son personas que se han visto obligadas a dejar su país de origen porque su vida, seguridad y libertad se han visto amenazadas; mientras que los migrantes son personas que, por razones diferentes, tales como razones de índole económica, turísticas,

²²² ACNUR, *Creación del ACNUR*. Consultado en: <<http://www.acnur.org/t3/el-acnur/historia-del-acnur/acnur-como-honar-un-mandato/>>

²²³ *Idem*.

médicas entre muchas otras, han salido de su país de origen sin que existan motivos de persecución o amenaza derivadas de una situación objetiva en su país de origen.

En el caso particular de nuestro grupo poblacional de estudio, es importante señalar que existen muchas razones por las cuales, los(as) progenitores(as) e incluso los(as) niños(as) toman la decisión de salir de sus países de origen, las cuales están generalmente relacionadas con las formas de violencia, incluyendo conflictos armados, estigmatización, persecución, violencia en el hogar, en la escuela, matrimonios forzados, pérdidas de sus progenitores, o búsqueda de ellos, también la denegación de derechos económicos, sociales y culturales por pertenecer a una minoría étnica o religiosa.²²⁴ Aunque desafortunadamente son diversas y múltiples las causas del éxodo, no son las únicas que motivan a que los NNA salgan de sus países de origen, incluso sin la compañía de una persona adulta.

Debido a estas situaciones, la niñez refugiada se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad, ya que están expuestos a mayores riesgos que otros grupos. De tal suerte que la presencia de NNA en nuestro país de estudio, ha planteado cuestiones relacionadas con la nueva dimensión de la aplicación e interpretación de las disposiciones de la CDN y otros tratados internacionales en materia de refugiados. Sobre todo, cuando este país ha ratificado la CDN y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.

En efecto, derivado de los contenidos de ambas Convenciones existe la obligación de respetar y garantizar los derechos de todos los NNA que se encuentren en su jurisdicción, no importando si son nacionales o extranjeros, e independientemente si son migrantes o refugiados. De tal suerte que el Estado mexicano deberá adoptar sus decisiones de conformidad con sus obligaciones internacionales, incluyendo el ISN en relación con los NNA refugiados no acompañados que se encuentren dentro de su territorio.

En la realidad, entonces, las características generales de este concepto están reguladas por normas internacionales. Los alcances se deben de determinar caso a caso de acuerdo con las circunstancias particulares de cada NNA. En el caso particular de las personas refugiadas se requiere la participación del DIR, con el que –debido a las situaciones particulares de los

²²⁴ Santos Pais, Marta, “Infancia y Protección Internacional”, Claro Quintáns, I. y L. González (coord.) en: *Infancia y Protección Internacional en Europa: Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 32.

NNA refugiados no acompañados– se requiere sopesar cuidadosamente los diversos factores que aplican a este grupo poblacional.

Así, al realizar la determinación del ISN –particularmente de NNA con necesidades de protección internacional– se requiere tomar en consideración los derechos y principios consagrados por el Derecho Internacional respecto de los refugiados.

2.1. Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados

En el año de 1951 surge la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, el cual es el instrumento jurídico internacional por excelencia en el tema de los refugiados. Aunque inicialmente se circunscribía a los refugiados provenientes de Europa, ofrece una definición general de este tipo de sujetos. Por lo tanto, esta Convención constituye el ordenamiento fundamental para determinar la condición de las personas de esta materia, así como para entender sus derechos y deberes; y es conforme a esta Convención que se ha determinado la situación de muchas personas que actualmente tiene en el mundo la condición que nos ocupa.²²⁵

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 fue adoptada por la conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas de la ONU, celebrada en Ginebra, Suiza, entre el 2 y el 25 de julio de 1951. Se abrió a firma el 28 de julio, y entró en vigor el 21 de abril de 1954.

En el caso particular de México, éste se adhirió a la misma el 7 de junio de 2000, publicándose el 25 de agosto del mismo año en el Diario Oficial de la Federación.

Cabe mencionar que esta Convención establece las obligaciones y derechos de los refugiados, así como las obligaciones de los Estados respecto a este tipo de personas. También fija las normas internacionales para el trato que éstos tendrán. Consagra principios

²²⁵ Ruíz De Santiago, J. “Derechos Humanos, Derecho de los Refugiados: evolución y convergencias”, S. Namihás (coord.), en: *Derecho Internacional de los Refugiados*, Fondo Editorial, Perú, 2001, p. 30.

que promueven y salvaguardan sus derechos, en lo que atañe a diversos ámbitos de la vida humana, tales como: empleo, educación, residencia, libertad de circulación, acceso a la justicia, naturalización y, sobre todo, prohibición a la devolución a un país donde son víctimas de persecución.²²⁶

En términos generales, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 contiene tres tipos de disposiciones: En primer lugar, establece la definición básica de lo que es una persona refugiada, y de quien habiendo tenido esa condición deja de serlo. En segundo lugar, contiene disposiciones que definen el estatuto de los refugiados, así como los derechos y obligaciones que tendrán en su país de acogida. Y, en tercer lugar, contiene otras disposiciones que versan sobre la aplicación de los instrumentos desde los puntos de vista administrativo y diplomático.

Abundando sobre lo mencionado, tenemos que sobre el primer punto la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados en artículo 1A (2) señala los sujetos que tendrán la calidad de refugiados refiriendo, a la letra, lo siguiente:

“Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y 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.”

Por lo tanto, la definición de la Convención de 1951 establece a quién puede reconocerse la condición de refugiado y proporciona elementos fundamentales para la determinación de esa condición. Esto se conoce generalmente como cláusulas de inclusión.

²²⁶ ACNUR, *La situación de los refugiados en el mundo... op. cit.*, p. 27.

Tomando en cuenta tal concepto, encontramos que la determinación de la condición de refugiado ha de realizarse de acuerdo con los lineamientos siguientes:

- a. La persona tiene que encontrarse fuera de su país de nacionalidad y, en el caso de una persona apátrida, debe estar fuera de su lugar de residencia habitual, por fundados temores de ser perseguida;
- b. La persona tiene que estar fuera de su país por acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951; el Protocolo de 1967 levantó definitivamente esta limitación, e incluye sucesos ocurridos después de esa fecha;
- c. La persona tiene que ser de origen europeo, para el caso de Estados que han optado por la limitación opcional en el espacio de aplicación, puesto que dicha limitación se refiere a «acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951, en Europa» (Artículo 1, sección B, a); de igual manera, el Protocolo levantó esta limitación opcional en el espacio de aplicación, y solo permite que la apliquen aquellos Estados que ya la tienen bajo los términos de la propia Convención;
- d. Cuando la persona, por fundado temor de persecución, no puede o no quiere acogerse a la protección de su país;
- e. Cuando la persona tenga fundados temores de persecución por cualquiera de las cinco razones que a continuación se establecen, a saber: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política; y
- f. Cuando la persona, a causa de dichos temores de persecución, no quiere o no puede regresar a su país.

Esta definición aplicable universalmente constituyó un cambio significativo de política, dado que, a partir de entonces, los refugiados serían identificados no sólo como un grupo, tal y como se manifestaba en los años anteriores, sino también de forma individual.²²⁷

Además, incluye a todos los grupos sociales, incluyendo a NNA, quienes también son víctimas de ataques directos de persecución.

Dicha circunstancia los convierte en un grupo que se sitúa en una condición más vulnerable, ya que a menudo enfrentan serias dificultades. Por ejemplo, los NNA pueden estar particularmente expuestos(as) a abusos de sus derechos humanos cuando son refugiados

²²⁷ *Ibid.*, p. 28.

o desplazados. Tal como lo mencionamos anteriormente, las principales violaciones, que padecen los sujetos que ocupan nuestra atención, son entre otros, los siguientes: el reclutamiento forzoso, la violencia doméstica, el infanticidio, el matrimonio también forzoso, la mutilación genital femenina, el trabajo forzado, la prostitución, la violación, la pornografía infantil y la trata de personas. Siendo éstos sólo algunos de los acontecimientos que podrían ocurrir durante todas las fases del ciclo de desplazamiento.²²⁸

Además, muchas veces los NNA, debido a su persecución o desplazamiento, se encuentran separados o no acompañados de sus progenitores(as). Esta situación resulta ser un problema grave debido a que les sitúan en mayor vulnerabilidad en comparación con otros grupos poblacionales y, por lo tanto, existe un riesgo mayor de sufrir violaciones a sus derechos humanos.

Cabe abundar en la distinción entre NNA no acompañados y separados. En la primera categoría caben los NNA que se encuentran fuera de su país de origen, separados de su padre, de su madre o de anterior principal tutor(a) o representante legal. En cambio, la segunda se refiere aquellos NNA separados de ambos progenitores(as), o de su previo cuidador por ley o costumbre, pero no necesariamente de otros parientes. Puede tratarse, por tanto, de NNA acompañados por otros miembros adultos de la familia.²²⁹

Sobre ese último tema, el Comité DN ha señalado en su Observación General No. 6 que existe una serie de lagunas regulatorias en lo que concierne a la protección de los NNA no acompañados o separados, entre las que se citan principalmente, aquellas que se refieren a una mayor exposición a la explotación y abusos sexuales, al reclutamiento para servir en fuerzas armadas, al trabajo infantil (también en beneficio de sus familias de crianza) y a la privación de libertad. También sufren con frecuencia discriminación, y el no tener acceso a la alimentación, al albergue, a la vivienda, a los servicios sanitarios y a la educación. En cuanto a las niñas no acompañadas o separadas de sus familias, están particularmente expuestas a la violencia de género y, en particular, a la violencia doméstica.²³⁰

Por su parte, MARTA SANTOS PAÍS señala que las NNA separadas o no acompañadas de sus progenitores(as), además de su situación de vulnerabilidad, también

²²⁸ ACNUR, *Los derechos humanos y la protección de los refugiados. Módulo auto formativo 5*, vol. II, ACNUR, 2008, p. 26.

²²⁹ ACNUR, *Directrices del ACNUR para la determinación del interés... op. cit.*, p. 8.

²³⁰ Comité DN. *Observación General No. 6, op. cit.*, p. 5.

suelen estar privadas del acceso a los servicios de educación y salud; también pueden encontrarse detenidas sin haber cometido una infracción a la legislación penal y ser víctimas de discriminación y/o maltrato. Peor aún, los NNA raras veces informados de los derechos que tienen asignados, y sus opiniones no son tomadas en consideración en los procesos legales y administrativos que les atañen.²³¹

También resulta real el que, aparte de que estas personas se encuentran solas, muchas veces tampoco cuentan con documentos de identidad ni de viaje,²³² lo que dificulta su travesía. Lo anterior también complica la reunificación familiar, o bien, se le prohíbe sistemáticamente la entrada al país de asilo, o bien son detenidas por funcionarios(as) de los servicios de fronteras o de inmigración. En otros casos son admitidas, pero se les niega el acceso a los procedimientos de solicitud de asilo, o estos documentos o procedimientos no se tramitan de forma que se tenga en cuenta su edad y género. También, ante la falta de documentos, se les niega acceder a sistemas de tutela o asesoramiento jurídico.

Por lo tanto, en caso de que la autoridad tenga conocimiento o esté ante un NNA no acompañado o separado, de conformidad con el ISN se deberá buscar a los(as) progenitores(as) o a cualquier miembro de la familia. Búsqueda que deberá iniciarse cuanto antes, siempre y cuando la misma búsqueda no ponga en peligro al NNA o a los miembros de su familia en su país de origen. Cabe resaltar que la búsqueda sólo debe llevarse a cabo de forma confidencial.

La evaluación del interés superior es, además, un proceso continuo de monitoreo y de consideración acerca de cuál opción es la mejor. Influye en todas las decisiones y acciones que afectan a un NNA. En el caso particular de NNA no acompañados o separados se deben tomar en consideración aspectos tales como:

1. *Identificación y registro;*
2. *Búsqueda familiar;*

²³¹ Santos Pais, M. *op. cit.*, pp. 34-35.

²³² En general, las personas que buscan la condición de refugiado dejan sus países de manera precipitada, y muy raras son las ocasiones en que han tenido tiempo para llevar consigo documentos de viaje y pruebas fehacientes que darán crédito a sus relatos. A pesar de esta realidad, en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado se aplica la regla general de derecho según la cual la carga de la prueba recae en el peticionario.

3. *Decidir los acuerdos de cuidado temporal más apropiados, incluyendo los acuerdos provisionales de cuidado temporal;*
4. *Nombramiento de un tutor;*
5. *Monitoreo de los acuerdos de cuidado temporal;*
6. *Reunificación familiar.*²³³

Sobre el segundo punto, referente a los derechos y obligaciones que reconoce esta Convención en el país de acogida, concretamente a lo que concierne al derecho a la no devolución, éste señala que los Estados no pueden expulsar, ni devolver, ni deportar, ni retornar a un refugiado al país en el que sufre persecución.

Lo anterior, de acuerdo con el artículo 33 de la citada *Convención* el cual señala:

“1. 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. 2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.”

Dicha norma del DIR, a pesar de que se trata de un principio contractual, forma parte del Derecho Consuetudinario. Por lo tanto, se está ante un principio de aplicación obligatoria, tanto para los Estados Parte de los instrumentos internacionales relativos a refugiados, como

²³³ ACNUR. *Manual del ACNUR para la Protección de Mujeres y Niñas*, ACNUR, Ginebra, Suiza, 2008, p. 153.

para aquellos que no son partes de estos. Si una petición se rechaza *ad portas*, entonces, no se cumple con este principio fundamental.²³⁴

Por lo tanto, una de las consideraciones primordiales que debe albergar la autoridad migratoria del país en estudio al momento de determinar el ISN es cumplir con esta norma consuetudinaria. Es decir, tomar en cuenta la no devolución de un NNA si su vida, seguridad y libertad se encuentran en riesgo en su país de origen.

Por lo tanto, las obligaciones de los Estados hacia las leyes internacionales, y muy particularmente de aquellas que regulan lo concerniente a los derechos humanos y a la condición de refugiado no desaparecen con los límites de las fronteras, y su responsabilidad también se extiende para que no puedan obligar a los NNA a retornar a sus lugares de origen en donde son susceptibles de ser perseguidos.²³⁵

Más aun, como comentamos con antelación, las NNA se encuentran mayormente expuestos a las decisiones de las autoridades migratorias de los Estados para expulsar, devolver, deportar o retornar a una persona que requiere protección internacional. Por lo tanto, el ISN no es acorde con la no devolución, expulsión o retorno al país en donde su vida, seguridad o libertad está siendo o será amenazada.

Otro derecho reconocido por esta Convención que aplica a nuestro tema de estudio es la sanción penal por entrada irregular.

“Artículo 31. -- Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio

1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición

²³⁴ Galindo Vélez, F. *op. cit.*, p. 46.

²³⁵ Boggio, Carlos “Retos para la protección internacional de los menores no acompañados en la política de control de las fronteras exteriores de la Unión Europea”, Claro Quintáns, Irene y Lázaro González, Isabel (coord.) en: *Infancia y Protección Internacional en Europa: Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 130.

de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.

2. Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país. Los Estados Contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país.”

Sin embargo, en la actualidad, el fortalecimiento de las medidas de control en las fronteras ha cobrado mayor fuerza, lo cual impide la entrada de personas que deseen o requieran protección internacional. Más aun, en algunos países, todavía se considera delito la entrada irregular de una persona a su territorio, a pesar de que pueda ser una persona refugiada que necesite asistencia migratoria.

La no sanción penal por entrada irregular también implica que los Estados para no cumplir con esta obligación internacional, prohíben la llegada de personas a su territorio, argumentando razones de seguridad interior. Sin embargo, el refuerzo de los controles fronterizos no debe impedir el acceso a los sistemas de protección internacional, tal es el caso de la figura del asilo.²³⁶ Por lo tanto, aquellos Estados que centran sus esfuerzos y argumentos en temas de seguridad, más que cumplir con sus obligaciones internacionales, imponen medidas que contrarían la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

El Comité Ejecutivo del ACNUR ha señalado que las personas que busquen asilo en un Estado deben ser admitidas en él, al menos de forma temporal, y se les debe proveer de protección acorde al DIR.²³⁷ Pero una vez que han ingresado a su territorio, conforme al artículo 31, no deben ser sancionados penalmente por su ingreso irregular. Al respecto, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha señalado que la penalización de la entrada

²³⁶ Fernández Sánchez, Pablo Antonio, “Migrantes, Refugiados y Víctimas del Tráfico de Personas en el Mediterráneo”, en: *Revista UIS* 2017, vol. 11, Puebla, p. 109.

²³⁷ Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR, *Conclusión No. 22 (XXXII) ‘Protección de las personas que buscan asilo en situaciones de afluencia en gran escala’*, 1981, p. 1.

irregular en un país supera el interés legítimo de los Estados en controlar y regular la inmigración irregular y puede dar lugar a detenciones innecesarias.²³⁸

Del mismo modo, la Relatora de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes ha sostenido que la detención de los migrantes con motivo de su condición irregular no debería en ninguna circunstancia tener un carácter punitivo.²³⁹

Sin embargo, ACNUR ha declarado que, en caso necesario, se puede recurrir a la detención por razones específicas, en particular para proceder a la verificación de identidad y para determinar los elementos que sirven de base a la solicitud de la condición de refugiado o del asilo. Además, la detención no debe llevarse a cabo de manera discriminatoria, y debe estar sujeta a revisión judicial o administrativa para garantizar su continuidad, si es necesario, o la liberación de la persona cuando existan fundamentos para no mantener la detención.²⁴⁰

En el caso particular de los NNA refugiados y no acompañados, de acuerdo con el ISN, éstas no deben ser sancionadas penalmente por su entrada irregular ni mucho menos detenidas en estaciones migratorias.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 no hace distinción por cuestiones de edad y se aplica a todas personas. Además, tal y como observamos, en su artículo 31 establece que los Estados no aplicarán a los refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y que tales restricciones únicamente serán aplicables hasta que se haya regularizado su situación u obtengan admisión en otro país. Aunque esta disposición señala que lo antes expuesto sólo podrá darse en casos de necesidad, la medida no debería aplicarse de manera directa y general, sobre todo en el caso de NNA refugiadas, respecto a quienes la detención deberá evitarse o limitarse a circunstancias excepcionales.²⁴¹

²³⁸ ONU, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, A/HRC/7/4, 10 de enero de 2008, párr. 53.

²³⁹ ONU, *Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes, Informe presentado por la Relatora Especial*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002, párr. 73.

²⁴⁰ ACNUR. *Protección de los refugiados: Guía sobre el derecho internacional de los refugiados*, ACNUR, Ginebra, 2001, p. 82.

²⁴¹ Rea Granados, Sergio Alejandro, “Menores refugiados no acompañados en México, ¿Cómo proteger sus derechos y principios en caso de detención?”, en: *Revista Internacional de Derechos Humanos*, año VI, núm. 6, Mendoza, 2016, pp. 27-28.

En consecuencia, deberían aplicarse medidas sustitutivas o alternativas. En este sentido, ACNUR se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en contra de la detención de NNA solicitantes de asilo y a favor de alternativas a la detención.

En resumen, cualquier medida que penalice o restrinja el acceso al asilo es contraria a la correcta interpretación del ISN. En primer lugar, porque la noción de dicho interés –de acuerdo con los estándares mínimos internacionales en materia de derechos humanos– no avala el aseguramiento, prisión preventiva o privación de la libertad de un NNA refugiado. En segundo término, porque al implementar este concepto en el contexto de la movilidad humana ha de contemplar –por su propia naturaleza– las circunstancias y necesidades específicas en favor del NNA y, por lo tanto, concluir que la privación de la libertad es una sanción penal es contraria al concepto que nos atañe.

2.2. Protocolo de 1967

Para contrarrestar los impedimentos legales de la vigencia del Estatuto sobre los Refugiados de 1951, en 1967 la Asamblea General –conforme al mandato del ACNUR– creó un Protocolo que abolió la limitación temporal y territorial existente en la Convención, con la finalidad de atender las necesidades y situaciones de los refugiados en otras regiones y en otros momentos.²⁴²

Como mencionamos, las migraciones internacionales son un fenómeno muy común en la actualidad, aunque las personas han migrado continuamente a lo largo de la historia por numerosos factores. Sin embargo, la causa más preocupante de este fenómeno es que se vean desplazadas por persecución, como cuando son afectadas por un conflicto armado u otras circunstancias graves que alteran el orden público. Algunas causas migratorias persisten aún hoy a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial y lo demuestra la génesis de la

²⁴² Rea Granados, Sergio Alejandro, “Retos actuales en la implementación del derecho internacional de los refugiados en México: Identificación, Admisión y Acceso del Procedimiento de Asilo”, en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2016, pp. 3-7.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, que sigue vigente con la finalidad de continuar brindando protección y asistencia internacional a favor de las personas refugiadas, en cualquier parte del mundo. Y es el Protocolo de 1967 el que extendió la vigencia jurídica requerida por la Convención para seguir operativa en la actualidad.

En efecto, el Protocolo sustituyó la fecha de término original de la Convención (1º de enero de 1951) que señala la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y, prorrogó su vigencia jurídica no sólo en cuanto aplicación temporal sino también eliminó su limitación o reserva geográfica, con lo cual tornó sus efectos permanentes y universales.

Aunque éste es un gran avance para borrar la limitación temporal y geográfica del instrumento internacional universal por excelencia en materia de refugiados, también es cierto que la finalidad de esta Convención era hacer frente a las consecuencias de las dos guerras mundiales que habían catapultado y potenciado el problema de las personas refugiadas. Sin embargo, es importante reflexionar que a pesar de haber transcurrido más de setenta años, desafortunadamente la humanidad continúa padeciendo el lamentable fenómeno de cada vez más personas desplazadas que buscan asilo. Así, en la actualidad hay más refugiados que en cualquier otra época de la historia de la humanidad.

En efecto, ACNUR ha señalado que la humanidad está siendo testigo del mayor número de desplazamientos de los que se tiene constancia en el mundo. Se estima la cantidad sin precedentes de aproximadamente más de 79,5 millones de personas desplazadas forzosamente en todo el planeta.²⁴³

Lamentablemente, en 2019 se calcula que entre 30-34 millones de los 79,5 millones de personas desplazadas por la fuerza eran NNA. Es decir, un 40% de la población desplazada por la fuerza a consecuencia de la guerra, conflictos, persecuciones, violaciones a derechos humanos o eventos que alteras severamente el orden público.²⁴⁴

Afortunadamente, el Protocolo ha continuado la labor de proteger internacionalmente a las personas refugiadas del mundo.

²⁴³ ACNUR, Tendencias Globales: Desplazamiento forzado en 2019, 18 de junio de 2020, p. 2. Consultado en: <https://www.acnur.org/5eeaf5664#_ga=2.144336189.96253980.1612228217-268109126.1612228217>

²⁴⁴ *Ibid.*, p.8.

2.3. Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984

La Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, comúnmente llamada Declaración de Cartagena, nació de un coloquio sobre la protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá llamado: “Problemas jurídicos y Humanitarios”, el cual se llevó a cabo en Cartagena de Indias, Colombia, en 1984. Este coloquio tuvo como antecedente otro realizado en 1981, en México, y llamado: “Asilo y Protección Internacional de Refugiados en América Latina”, el cual estableció criterios para el análisis y consideración sobre la materia.

Debido a las circunstancias particulares de la región de Centroamérica, los países acordaron en esta Declaración encontrar soluciones a la política humanitaria que ha caracterizado esta región, así como hacer un frente común a sus problemas. Lo anterior, motivado especialmente por las obligaciones internacionales surgidas a partir de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, a las cuales no se ajustaba la situación y circunstancias de la región.

Cabe señalar que, aunque esta Declaración surgió para hacer frente a los problemas que enfrentaban los países como México y Panamá principalmente, con motivo de los movimientos masivos de personas provenientes de los países centroamericanos en los años setenta, con la finalidad de dar respuesta humanitaria a esta situación se consolidó como una buena práctica que perduró hasta incorporarse, más tarde, en la legislación de esos Estados.

Por lo tanto, esta Declaración no significó un tratado internacional en materia de protección y asistencia sobre los refugiados como la Convención de 1951, sino –al contrario– nació siendo una norma de lo que conocemos como *soft law*.

A pesar de lo anterior, y debido al espíritu de esta Declaración, la temática concerniente a los refugiados se ha podido materializar e incorporar en la normativa interna de los países para así tener efectos vinculantes. En este sentido, los avances logrados en materia de criterios y principios de protección, asistencia y repatriación voluntaria de refugiados y desplazados receptados en la Declaración de Cartagena y, complementados a través de la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales, fueron

desarrollados y difundidos tiempo más tarde por la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA).²⁴⁵

Si bien esta Declaración nació en América Central y en México, países como Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay (es decir, países miembros del MERCOSUR) así como Bolivia y Chile (países asociados), que no fueron parte pero que ratificaron la Convención de 1951 y su respectivo Protocolo de 1967, debido al fortalecimiento de la figura del asilo en sus países, adoptaron la definición señalada de la Declaración de Cartagena en sus legislaciones internas.²⁴⁶ Por lo tanto, la Declaración de Cartagena no sólo se limitó jurídicamente a los territorios de América Central y México, sino también abarcó gran parte de los países de América del Sur.

Por su parte, ACNUR ha señalado que la Declaración –no obstante ser un instrumento de asistencia humanitaria– también provocó un avance en la formulación de principios y criterios con la finalidad de facilitar la aplicación de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 en la región de América Latina.²⁴⁷ Uno de los principales principios que se consolidó a partir de esta Declaración es el principio de solidaridad internacional, la cual es promovida por la cooperación en los Estados de la región para encontrar soluciones convenientes en el contexto regional. Así como el criterio de establecer normas y procedimientos armónicos sobre refugiados.

Estos criterios son elementales para la protección y asistencia de personas que buscan la protección internacional en la región, sin que existan obstáculos o impedimentos para ejercer este derecho humano a solicitar y recibir asilo.

Algunos(as) autores(as) señalan que la Declaración de Cartagena incluye una definición ampliada de refugiado de la señalada por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Sin embargo, tiene la desventaja de no ser vinculante como la señalada por la Convención.²⁴⁸ A pesar de ello, la realidad es que la mayoría de los países de la región han

²⁴⁵ Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), *Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina*, CIFECA 89/9, abril de 1989, p. 2.

²⁴⁶ Mondello, Juan Ignacio, *La Declaración de Cartagena en el MERCOSUR, Bolivia y Chile*, julio 2004, p. 3.

Consultado en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/3120.pdf>>

²⁴⁷ CIREFCA, *Principios... op. cit.*, p. 2.

²⁴⁸ Gros Espiell, H. *op. cit.*, p. 161.

adoptado medidas señaladas en esta Declaración, incluyendo nuestro país de estudio: México, quien ha adoptado la definición –ampliada– en su ordenamiento jurídico interno.

En ese sentido, la definición tradicional de refugiado se amplía al contexto latinoamericano; y, por lo tanto, es indispensable conocer cuál es la definición ampliada señalada en tal Declaración. De acuerdo con la fracción III de las Conclusiones y Recomendaciones, la tercera recomendación señala lo siguiente:

“Tercera. Reiterar que, en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, 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.”

Tomando en cuenta lo anterior, de conformidad con la Declaración de Cartagena, una persona que no califica en la definición de refugiado de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 puede, no obstante, ser reconocida como tal si no se encuentra en su país de origen porque su vida, seguridad y 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.

Esta definición ampliada contempla dos elementos o requisitos habilitantes para la Declaración. Por un lado, la persona debe padecer una amenaza a su vida, libertad y seguridad.

Por otro lado, en el país de origen debe existir alguna de las siguientes hipótesis: violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Bajo la Declaración, cobra mayor importancia la situación objetiva del país de origen que la persecución individualizada, como ocurre en la Convención sobre Refugiados de 1951.

Además, de la definición ampliada, esta Declaración estableció una serie de criterios en materia de refugiados. Por ejemplo, además de reafirmar la tradición de asilo, se reconoció la contribución de esta región al desarrollo progresivo del DIR.

También, reconoció la complementariedad del DIR, el concerniente a los derechos humanos y también al derecho humanitario, el reconocimiento de la importancia del principio *pro-homine* de las normas y principios de estas tres ramas del Derecho Internacional con la finalidad de fortalecer la protección de los refugiados.

Asimismo, se reconoció la existencia de flujos migratorios mixtos en la región, dentro de los cuales se pueden encontrar las personas que requieren la protección internacional, incluyendo a los NNA refugiados.

También, se acordó intensificar los esfuerzos para brindar protección, asistencia y encontrar soluciones duraderas para las personas refugiadas en la región.

Siendo la repatriación voluntaria o la integración social las soluciones duraderas por excelencia y considerando la tendencia actual de los refugiados urbanos,²⁴⁹ surgió el concepto de “ciudades solidarias” y el reasentamiento solidario, el cual se centra en un programa regional basado en los principios de solidaridad internacional y responsabilidad compartida.

²⁴⁹ Los refugiados urbanos provienen de un amplio abanico de nacionalidades, con un porcentaje aún pequeño, pero en aumento de refugiados de otros continentes y culturas. Estos refugiados se asientan fundamentalmente en centros urbanos, y su autosuficiencia e integración socioeconómica es un desafío para los Estados y la sociedad civil, sobre todo teniendo en cuenta las dificultades económicas que los propios países de asilo enfrentan.

Por lo tanto, podemos señalar que esta Declaración, además de ampliar la figura de refugiado, aportó una serie de nuevos conceptos y criterios jurídicos, como el de “ciudades solidarias” y el de la complementariedad de las ramas del Derecho Internacional, además de contribuir a consolidar la tradición de asilo en la región.

3. Evolución Normativa

Después de observar que hay un *Corpus Juris* en materia de niñez, surge la interrogante sobre si este sólo aplica a las normas jurídicas que integran el DIDH, o bien, también implica que este Derecho se amplía a la esfera de competencia de otras ramas del DIP, como el Derecho Internacional Humanitario (en adelante “DIH”) y el DIR. Sobre todo, cuando estamos hablando de un tema que implica tres ramas del DIP, es decir, los derechos humanos, los derechos del niño y los derechos de los refugiados.²⁵⁰

Así, la convergencia del derecho de la niñez y otras ramas del DIP reside en que todas ellas se complementan y ninguna se contraponen; de forma tal que la interrelación de esta área específica con el Derecho Internacional de los derechos humanos y otras ramas deriva en el reconocimiento del carácter especial de los tratados de protección de los derechos humanos.²⁵¹ Así, la implementación de tales instrumentos internacionales detecta el papel preeminente ejercido por el elemento de la interpretación en la evolución del DIDH, el cual ha asegurado que aquellos instrumentos se mantengan vivos.²⁵²

El Tribunal Europeo DH, por ejemplo, ha señalado que la interpretación evolutiva no se limita a las normas sustantivas de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante “CEDH”), sino que se extiende igualmente a disposiciones operativas, como tratados internacionales en materias específicas como los derechos de la niñez.²⁵³

La doctrina, por su parte, ha sostenido que los derechos que inciden en la protección de la infancia y adolescencia no deben ser examinados ni aplicados aisladamente, sino insertos en el esquema internacional de la protección de la niñez.²⁵⁴ A partir de la CDN de

²⁵⁰ Rea Granados, “Evolución... *op. cit.*, p. 172.

²⁵¹ *Idem.*

²⁵² Cançado-Trindade, A. A. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 224-225.

²⁵³ European Court of Human Rights, *Case of Titina Loizidou vs. Turkey*, 15318/89, Preliminary Objections, Judgment, 23 March 1995, parr. 71, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 173.

²⁵⁴ Rea Granados, “Evolución... *op. cit.*, p. 173.

1989 se ha consolidado mayor número de instrumentos internacionales que amplían la protección de los NNA en situaciones concretas.²⁵⁵

De esta forma, para interpretar las obligaciones del Estado en relación con los NNA, además de las disposiciones de la CDN, se considera importante acudir a otros instrumentos internacionales más específicos. En este sentido, las aproximaciones entre los regímenes complementarios de protección, entre el DIDH, el correspondiente a los refugiados, su correlativo aplicable al humanitario y el que atañe a los derechos de los NNA, permiten complementar soluciones eficaces a problemas específicos que requieren la intervención de estos. Este argumento tiene fundamento en que, conforme al DIP, un tratado sobre derechos de los niños y niñas debe seguir los criterios generales de interpretación señalados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.²⁵⁶

Es decir que, de acuerdo con el artículo 31 de la Convención citada,²⁵⁷ se prevé que para determinar el sentido del texto de un tratado –de manera subsidiaria a los criterios de la buena fe, el sentido corriente y el objeto y fin del tratado– se podrá recurrir a la interpretación de otros tratados internacionales relacionados con su materia.²⁵⁸

Además, en muchos de los casos se requiere el perfeccionamiento de conocimientos técnicos o jurídicos especializados para el fortalecimiento de la protección internacional de la niñez en cualquiera de las situaciones o circunstancias específicas.²⁵⁹ Así, la sectorización del Derecho Internacional aporta la ventaja de contribuir al enriquecimiento y renovación de

²⁵⁵ García-Cano, S. *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, Colex, Madrid, 2003, pp. 62-63.

²⁵⁶ Rea Granados, “Evolución ... *op. cit.*, p. 173.

²⁵⁷ El artículo 31.1 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* refiere que: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

ONU, Asamblea General, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, Viena, 23 de mayo de 1969, artículo 31.1. Consultado en:

<http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf>

²⁵⁸ Salmón, E. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja, CICR-Fondo Editorial PUCP, 2004, p. 44, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, pp. 173-174.

²⁵⁹ Rea Granados, *Evolución del derecho internacional... op. cit.*, p. 174.

éste, en la medida en que el mismo se impregne con nuevos conceptos, normas, principios y valores provenientes de los sectores especializados.²⁶⁰

3.1. Compatibilidad del Derecho Internacional de los Niños y el Derecho Internacional de los Refugiados

Los derechos de los NNA están relacionados con el DIDH, el correlativo al ámbito humanitario y el que corresponde a los refugiados. El primero de ellos reconoce los estándares incorporados en los tratados y declaraciones internacionales en derechos humanos y, como tales, se aplican en principio tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz. En cambio, el DIH se aplica únicamente en caso de conflictos armados. Por último, el DIR se aplica únicamente para las personas que buscan protección internacional.²⁶¹

Cabe señalar que actualmente hay dos teorías que señalan la relación entre estas tres ramas del DIP. Es decir, por un lado, tenemos la teoría clásica de la división y, por otro lado, la teoría de la complementariedad;²⁶² las cuales pasamos a explicar enseguida.

La primera teoría afirma que estas tres ramas del DIP son diferentes e independientes entre sí, debido a sus orígenes históricos, y por las personas a quienes va dirigida su aplicación.²⁶³ Sobre el primero subraya que el DIDH surge a partir de la Segunda Guerra Mundial, mientras que el DIH surgió antes que éste, estaba contemplado primero en la costumbre internacional, y posteriormente fue recogido por el Convenio de Ginebra de

²⁶⁰ Riquelme-Cortado, R. *Derecho Internacional: entre un orden global y fragmentado*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp. 310-311.

²⁶¹ Rea Granados, “Evolución... *op. cit.*, p. 174.

²⁶² *Idem.*

²⁶³ Gómez-Robledo, A. *Fundadores del Derecho Internacional: Vitoria, Gentili, Suárez, Grocio*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992, pp. 35-43.

1864.²⁶⁴ Por otro lado, el DIR surgió a partir de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.²⁶⁵

Sobre hacia quiénes va dirigido, esta teoría hace hincapié en que en el caso del DIR se establecen derechos humanos mínimos hacia aquellas personas que salen de su país de origen, mientras que el DIH se aplica para proteger a aquellas personas víctimas de los conflictos armados, y el DIDH a todas las personas de los Estados que han ratificado los instrumentos internacionales en esta materia.²⁶⁶ Debido a lo anterior, esta teoría no admite interacción normativa entre estas tres ramas y, por lo tanto, deja afuera la complementariedad entre cada una de ellas.²⁶⁷

Contrario a esa teoría, existe la corriente teórica de la complementariedad, la cual expresa que las tres áreas del Derecho Internacional a las que hemos venido haciendo alusión, están estrechamente relacionadas entre sí, debido a que la prioridad de cada una de ellas es el individuo y, por lo tanto, todas ellas son complementarias.²⁶⁸ En este sentido, CHRISTOPHE SWINARSKI conceptúa que entre estas ramas del DIP hay una complementariedad, es decir, son ramas del Derecho diferentes, pero estrechamente unidas,

²⁶⁴ Consejo Federal suizo, *Convenio de Ginebra*, del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 175.

²⁶⁵ Frutos, Pedro, *Compendio de derecho internacional público*, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1932, p. 136, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 175.

ONU, Asamblea General, *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el *Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas* (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su Resolución 429 (V), 14 de diciembre de 1950, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 175.

²⁶⁶ Uno de los principales propulsores de esta diferenciación fue Hugo Grocio. Debido a ello, el sistema actual del Derecho Internacional toma en cuenta lo anotado por este autor, en sus diversas obras, y establece la división del sistema internacional en dos subsistemas: el derecho de paz y el derecho de guerra. El primero protege a los Estados contra el aniquilamiento, el sometimiento y la mutilación del territorio, así como a los individuos contra la destrucción deliberada y organizada en masa de vida y bienes. El derecho de guerra, en cambio, protege al hombre contra los sufrimientos y destrozos gratuitos.

Grocio, H. *Del derecho de la guerra y de la paz*. J. Torrubiano-Ripoll (trad.), Reus, Madrid, 1925, pp. 8-43, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 175.

²⁶⁷ Rea Granados, “Evolución... *op. cit.*”, p. 175.

²⁶⁸ Nowak, M. *Introducción al régimen internacional de los derechos humanos*, Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo-Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, p. 61, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*”, p. 176.

complementarias, que tienden a proteger en diferentes procedimientos, y con la actuación de diferentes órganos, a la persona humana.²⁶⁹

En el mismo sentido se pronuncia ALBERT GALINSOGA-JORDÀ, quien señala que hay una relación de complementariedad en cuanto al ámbito normativo y, en ocasiones, un funcionamiento subsidiario entre el DIH y el de los refugiados respecto de los derechos humanos, por lo tanto, en su ámbito de aplicación, el derecho de los refugiados y el humanitario funcionan como *lex specialis*. Este mismo autor, también manifiesta que entre las tres ramas del DIP pueden coincidir en cuanto a sus contenidos.

Por otro lado, es posible evidenciar una relación de subsidiaridad entre el DIR y el humanitario respecto al DIDH, toda vez que cuando las circunstancias especiales del caso lo requieran habrá que darles aplicación a los derechos especiales, y no al DIDH.²⁷⁰

Por su parte, ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO-TRINDADE analiza que “ni el Derecho Internacional Humanitario, ni el correspondiente al de los refugiados excluyen la aplicación de las normas básicas del que atañe a los derechos humanos. Las aproximaciones y convergencias entre estas tres vertientes amplían y fortalecen las vías de protección de la persona humana.”²⁷¹ Adicionalmente, este jurista brasileño y juez de la Corte Internacional de Justicia (en adelante “CIJ”), en La Haya, Países Bajos, anota que “las aproximaciones o convergencias entre la protección internacional de los derechos humanos y el DIR, ya no se limitan al plano conceptual o normativo, se extienden también al plano operacional.”²⁷² De esta forma, concluye, la doctrina y la práctica contemporánea admiten la aplicación simultánea o concomitante de normas de protección de las tres ramas del DIP.²⁷³

²⁶⁹ Swinarski, Ch. *Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema internacional de protección de la persona humana*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1990, pp. 26-56, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 176.

²⁷⁰ Galinsoga-Jordà, A. (ed.) *El conflicto de Irak y el Derecho Internacional: el caso Couso*. Santiago de Compostela: Universitat de Lleida, 2013, p. 485, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 176.

²⁷¹ Cançado-Trindade, A. A. *op. cit.*, p. 325, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 176.

²⁷² *Idem*, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 177.

²⁷³ *Idem*, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 177.

3.2. Interés Superior del Niño y el Derecho Internacional de los Refugiados

La inclinación hacia la defensa de los(as) niños(as) se extendió desde los primeros años “en el reconocimiento de derechos y principios ya plasmados en otros instrumentos internacionales de derechos humanos hasta el de figuras jurídicas más específicas. En este sentido, se reconocieron derechos y principios rectores aplicables a esta población, que tienen un papel importante para brindar protección internacional a este grupo.”²⁷⁴

Sin embargo, algunos conceptos que aplican a los derechos de los(as) niños(as) padecen un profundo vacío en el desarrollo de su fundamentación, interpretación y aplicación. Esto debido a que adolecen de indeterminación variable que exige una ponderación acabada para cada caso; pero que, por ese mismo grado variable de indeterminación permite su vigencia abstracta en todo momento.²⁷⁵

Algunos de éstos casos que reconoce la CDN son los siguientes: la no discriminación, la cual garantiza la igualdad de protección de todos NNA; la no discriminación inherente a la aplicación de las leyes; el principio a la participación infantil, el cual abarca el derecho a la libertad de expresión, el acceso a la información y la oportunidad de expresar una opinión, es decir, el de participar activamente en todas las cuestiones que afecten a su vida; y, por último, uno de los más importantes, el ISN.²⁷⁶

El ISN ha experimentado diversos cambios a través del tiempo. Además, pasó de ser un concepto aplicado exclusivamente al Derecho Privado, principalmente al Derecho de Familia, para también ser conocido en el campo del Derecho Público.²⁷⁷ Sobre todo, en el DIDH, y ahora también, por el DIR.

MIGUEL CILLERO BRUÑOL, por su parte, ha enfatizado que una de las paradojas de la evolución del derecho de la infancia y adolescencia es que, si bien en el primer momento se avanzó mediante el reconocimiento del carácter público de la protección de los intereses de los(as) niños(as), posteriormente ha sido necesario reconocer la necesidad de limitar las

²⁷⁴ Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p.177.

²⁷⁵ *Idem.*

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 178.

²⁷⁷ *Idem.*

facultades del Estado para intervenir en los asuntos de la infancia, lo que ha debido hacerse con especial preocupación en el ámbito de la aplicación abierta o encubierta de mecanismos del sistema punitivo hacia los(as) niños(as).²⁷⁸

Por lo tanto, la evolución que tuvo este concepto también trascendió desde un concepto de aplicación local o doméstica hasta el ámbito internacional. Como vimos, este principio fue reconocido internacionalmente, por primera vez por la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, y posteriormente fue rescatado por la CDN de 1989.²⁷⁹

Por otro lado, no sólo estos instrumentos internacionales hacen referencia al ISN, hay otros que también lo consignan en su texto, por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (“CEDAW”, por sus siglas en inglés)²⁸⁰ y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.²⁸¹

A pesar de su reconocimiento internacional, la gran preocupación sobre este concepto es que ningún tratado internacional contempla los elementos distintivos o esenciales que lo enmarcan o delimitan, incluso para algunos(as) autores(as) esta situación es un problema jurídico debido a que su indeterminación permite un amplio margen de discrecionalidad que pudiera tornarse abusiva.²⁸²

MIGUEL CILLERO BRUÑOL ha expresado que, “por lo general, se cree que el ISN es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto en el carácter jurídico como en el plano psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar

²⁷⁸ Cillero Bruñol, M. *op. cit.*, p. 7, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 178.

²⁷⁹ Rea Granados, “Evolución... *op. cit.*, p. 178.

²⁸⁰ ONU, Asamblea General, *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer* (CEDAW), Resolución 34/180, 18 de diciembre de 1979. Consultado en: <<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0031>>, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, pp. 178-179.

²⁸¹ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, Resolución 2106 A (XX), 21 de diciembre de 1965,

Consultado en: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>>, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, pp. 179.

²⁸² Simón-Campaña, Farith. *Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva* (Tesis doctoral), Universidad de Salamanca, 2013, pp. 267-268. Cillero Bruñol, M. *op. cit.*, p. 87, citado(a) en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 179.

decisiones al margen de los derechos reconocidos debido a un etéreo interés superior extrajurídico.”²⁸³

Por su parte, ANDREA CHARLOW señala que “debido a que el ISN es un concepto vago, las predicciones sobre el sentido y alcance legal y científico, por lo general, son contrarias a la protección internacional, por lo tanto, están sujetas a abusos, tanto por parte de los jueces que lo determinan, como por los progenitores que lo utilizan a sus propios intereses.”²⁸⁴

GERALDINE VAN BUEREN explica que, “debido a la indeterminación del concepto, el ISN es un principio jurídico de interpretación que se ha desarrollado a partir de una perspectiva compasiva y autoimpuesta.”²⁸⁵ Por lo tanto, para esta autora, su limitación se manifiesta por el poder de las personas adultas.

Debido a esta ausencia de contenido normativo concreto, el Comité DN comenzó a sentar bases interpretativas para su contenido en relación con todos los NNA. Este ejercicio de interpretación sentó precedente, con la finalidad de contribuir a la satisfacción del principio de seguridad jurídica no sólo en materia de Derecho de Familia, sino en todo ámbito del Derecho que sea aplicable.²⁸⁶ Esto contribuiría a disminuir el nivel de ambigüedad del concepto en estudio, y favorecería una mejor y mayor protección de los derechos de los niños(as).²⁸⁷

Sin embargo, en el caso particular de nuestro análisis sobre las personas refugiadas, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 en ninguna de sus disposiciones establece derechos o principios que apliquen –específicamente– a las NNA necesitadas de protección internacional. A pesar de esta ausencia, lo cierto es que los NNA con necesidad de protección están amparados por lo que dispone la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, su Protocolo de 1967, la Declaración de Cartagena, así como por todos

²⁸³ *Ibid.*, pp. 48-62, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 179.

²⁸⁴ Charlow, A. “*Awarding Custody: The Best Interest of the Child and Other Fictions*”, in: *Yale Law & Policy Review*, num. 2, 1986, pp. 267-290, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 179.

²⁸⁵ Van Bueren, G. *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, Netherlands, 1995, p. 234, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 180.

²⁸⁶ Rea Granados, “Evolución... *op. cit.*, p. 180.

²⁸⁷ Muñoz-Merkle, S. “Concepto de interés superior del niño en el Comité de Derechos del Niño”, Núñez Poblete, M. A., en: *La internacionalización del derecho público*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2015, pp. 205-220, citado en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 180.

los instrumentos internacionales de protección de la niñez que existen. Lo anterior, debido a que estos ordenamientos aplican a todas las personas sin distinción de edad.

Además, el artículo 22 de la CDN establece una disposición particular sobre este grupo población en concreto, el cual señala que:

“1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los derechos 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.

2. A tal efecto, los Estados Partes cooperarán en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia a fin de obtener la observación necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanentemente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.”

Con respecto al primer párrafo de este artículo, podemos observar que la CDN protege a los NNA que soliciten la condición de refugiado, o que ya hayan sido reconocidos como tales y/o que no estén acompañados.

En segundo término, prevé algo que ya hemos señalado: que, debido a la situación particular de las NNA con indicios de protección internacional, puede que ellos(as) se encuentren o no acompañados por sus progenitores(as). Por lo tanto, la Convención, para protegerlos, señala que deben aplicarse medidas de protección y asistencia para que los(as) niños(as) disfruten de todos sus derechos reconocidos por la Convención y otros tratados internacionales en la materia, incluyendo la determinación correcta del ISN.

De esa manera, parte del contenido del ISN resulta ser el deber de tomar en cuenta medidas especiales que aseguren que su determinación sea acorde a las normas mínimas de derechos humanos y de los refugiados. Por lo tanto, no sólo se deben tomar en cuenta los antecedentes personales, familiares y culturales, sino también las distintas formas y manifestaciones de persecución específicas en contra de ellos(as), tales como las hemos señalado en este capítulo.²⁸⁸

Son de resaltar, no obstante, las consideraciones especiales que aplican a los refugiados, tales como la no devolución, la no sanción penal por entrada irregular y el acceso al procedimiento de asilo, entre otras.

Cabe señalar, además, que para asegurar la protección efectiva de los NNA con necesidades de protección internacional es importante reconocer los desafíos especiales que enfrentan no sólo en su país de origen, sino también en el país de destino. Así, la determinación del ISN también debe incluir los diferentes desafíos relacionados con su género, sus roles y su posición dentro de la sociedad. De esta manera, la determinación del ISN puede ser más efectiva y completa para asegurar su correcta protección internacional, la cual no se limita meramente a una esfera temporal y espacial de aplicación.²⁸⁹ Al contrario, el(la) operador(a) jurídico(a) deberá de tomar en consideración todos los instrumentos internacionales que hemos ya hemos mencionado.

²⁸⁸ ACNUR, *Manual de Procedimientos y criterios... op. cit.*, p. 28.

²⁸⁹ ACNUR, *Manual del ACNUR para la Protección de Mujeres y Niñas*, ACNUR, Ginebra, Suiza, 2008, pp. 150-157.

Además, el artículo 22 de la CDN también señala que los Estados tienen el deber de cooperar con el ACNUR, y con otras agencias de la ONU y las Organizaciones No Gubernamentales en la asistencia y protección de los(as) niños(as) que solicitan asilo. Asimismo, deben cooperar en la búsqueda de los(as) progenitores(as) u otros miembros de la familia para obtener la información necesaria con miras a la reunificación de los NNA con sus familias.

Incluyendo dentro del contexto de la movilidad humana aquellos NNA no acompañados por una persona adulta. A pesar de que existen diversas razones para que un NNA no se encuentre acompañado de su familia, lo cierto es que como lo hemos señalado esta circunstancia los convierte en un grupo en una situación mucho más vulnerable.

Por lo tanto, al ser NNA que no están acompañados aplican por igual los derechos y principios reconocidos por el derecho internacional de los derechos del niño. Debido a su situación de vulnerabilidad aplican particularidades que deben ser tomadas en cuenta por los Estados. Incluso, el ISN debe tomarse en consideración para proteger todos sus derechos. Situación compleja al no hallarse acompañado de un adulto o un familiar quien pueda velar, proteger, ejercer o garantizar sus derechos sin restricción alguna.

CAPÍTULO II

APROXIMACIONES SOBRE EL INTERÉS SUPERIOR EN RELACIÓN CON LOS NNA NO ACOMPAÑADOS QUE REQUIEREN PROTECCIÓN INTERNACIONAL

Introducción

Debido al reconocimiento internacional sobre el ISN y la falta de claridad en su contenido, la doctrina ha brindado elementos relevantes sobre la interpretación de este concepto. Por lo tanto, es sumamente importante identificar el marco teórico que nos ayude a comprobar nuestra propuesta doctrinaria sobre si el Estado mexicano aplica correctamente el ISN en relación con los NNA no acompañados con indicios de protección internacional de conformidad con el DIDH y el DIR.

Por otro lado, es importante resaltar que no basta sólo observar el marco teórico que ha brindado la doctrina internacional, sino también aquellos elementos de interpretación de este concepto que han aportado los diferentes organismos internacionales especializados en la materia.

Así que este capítulo, también tomará en cuenta algunos de los documentos desarrollados por los organismos internacionales sobre nuestro tema de investigación. En primer lugar, se analizará la Observación Número 14 del Comité DN y, por otro lado, las Directrices del ACNUR para la determinación del ISN con indicios de protección internacional.

Estos documentos que han desarrollado estos organismos internacionales son importantes para nuestra hipótesis, ya que nos ayudarán a entender el sentido, significado y el alcance de nuestro concepto en estudio y reconocido por la CDN de 1984. Además, aplica a NNA no acompañados que requieren protección internacional que se ubican o transitan en México.

1. Teorías sobre el Interés Superior del Niño

Como hemos mencionado, el ISN es claramente uno de los pilares fundamentales de la CDN, el cual otorga a los NNA la prerrogativa de que su interés sea considerado de manera preferente, y que tal consideración prevalezca en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como privada.

De igual forma, incluye la adopción de medidas a favor de la niñez realizadas por el gobierno, el parlamento, la judicatura e instituciones privadas de bienestar social.²⁹⁰ Así, todos los órganos del Estado deben considerar el ISN en todas y cada una de las decisiones y medidas que adopten y que involucren a los NNA.²⁹¹

El problema que importa el ISN es la imprecisión de su significado y contenido jurídico. Dicho de otra forma, el gran inconveniente del ISN como concepto jurídico es que la norma internacional no establece con precisión su sentido, su significado, ni su alcance.

Por lo tanto, la doctrina ha comenzado a proponer lineamientos y consideraciones que tratan de explicar este problema indeterminado que enfrenta el ISN.

Así, en un primer término han tratado de explicar el contenido jurídico de este concepto señalando que se trata de un derecho, de un principio o simplemente una directriz.²⁹²

Por ejemplo, autores como MIGUEL CILLERO o MARY BELOFF se refieren a este concepto como un principio,²⁹³ otros(as) lo hacen como si fuera un derecho,²⁹⁴ y aún para otros juristas éste representa sólo una orientación sobre una decisión jurídica.²⁹⁵

Este problema se deriva de la falta de claridad y de uniformidad de la naturaleza jurídica de esta noción. Las repercusiones de esta situación pueden afectar las decisiones que

²⁹⁰ Comité DN, *Observación General No. 5, op. cit.*, p. 5.

²⁹¹ *Idem.*

²⁹² Rea Granados, "Evolución... *op. cit.*", p. 180.

²⁹³ Ver cita 196 y Beloff, Mary, "Los derechos del niño... *op. cit.*", pp. 111, 137 y 165.

²⁹⁴ Baeza-Concha, Gloria, "El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia", en: *Revista Chilena de Derecho*, núm. 28, vol. 2, 2001, pp. 355-362, citado en: Rea Granados, "Evolución...*op. cit.*", p. 180.

²⁹⁵ Turner-Saelzer, Susan, "Sentencia sobre determinación de la titularidad del cuidado personal de los hijos menores: Corte de Apelaciones de Santiago", en: *Revista de Derecho*, vol. 17, 2004, pp. 273-278. Rivero-Hernández, Francisco, *op. cit.*, p. 26, citado en: Rea Granados, "Evolución...*op. cit.*", p. 180.

adopten los(las) jueces(zas), las autoridades administrativas, las políticas públicas, los(las) abogados(as) litigantes y los(las) académicos(as), entre otros.²⁹⁶ Lo anterior, debido a que los(as) operadores(as) jurídicos al no saber si se trata de un principio, o de un derecho o de una directriz, pueden aplicarla sin que este concepto se ajuste a la norma jurídica internacional y al caso en concreto.

Por ejemplo, al ser este concepto reconocido como un principio jurídico, uno de los efectos jurídicos de los principios es que pueden llegar a suplir las lagunas existentes en el derecho convencional o consuetudinario.²⁹⁷ Aunque los principios constituyen una fuente subsidiaria, tienen un indudable carácter autónomo, desde el momento en que poseen una vigencia propia.²⁹⁸

En este contexto, MARÍA JOSEFA MÉNDEZ COSTA menciona que “el rol de los principios jurídicos, en especial en el derecho de familia, emanan de la *afectio familiae*.”²⁹⁹ Por lo tanto, concluye que el interés superior se identifica con los derechos humanos de los NNA con eficacia interpretativa, programática y de efectividad inmediata.³⁰⁰

En caso de ser reconocido como un derecho sustantivo éste existirá al momento que esté reconocido por la ley para que sea exigible. La doctrina ha señalado que los derechos sustantivos se identifican con los bienes de la vida. Es decir, se pueden considerar sustantivos, sin pretender asignarles un orden entre otros. Por ejemplo, los derechos patrimoniales, la libertad personal, el derecho al honor, a la intimidad, entre otros.

A pesar de que la doctrina no está con éste en su naturaleza jurídica lo cierto es que este concepto está en constante evolución. Por un lado, MIGUEL CILLERO BRUÑOL menciona que “el ISN ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos de la niñez, de modo que se ha alcanzado una construcción jurídica con un importante grado de desarrollo, por lo que el concepto debe ser interpretado a la luz de este nuevo contexto.”³⁰¹ En este sentido, este autor reconoce que “no se trata sólo de un principio

²⁹⁶ Rea Granados, “Evolución... *op. cit.*, p. 180.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 181.

²⁹⁸ Vargas-Carreño, E., *op. cit.*, p. 100.

²⁹⁹ Méndez-Costa, María Josefa, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Editores Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, pp. 28-29.

³⁰⁰ Rea Granados, “Evolución... *op. cit.*, p. 181.

³⁰¹ Cillero Bruñol, Miguel, *op. cit.*, p. 7.

jurídico; también lo describe como un *principio jurídico garantista*, debido a que permite la resolución de conflicto de derechos y a la vez promueve su protección efectiva.”³⁰²

En el mismo sentido, MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS señala que “el principio del interés superior del niño es un principio general del derecho que ha tenido una evolución tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.”³⁰³

Por lo tanto, la doctrina y la jurisprudencia, ante la ausencia conceptual, han realizado interesantes intentos y esfuerzos por definir este concepto, los cuales serán analizados para acercar el contenido normativo de este concepto a la evolución que han tenido los instrumentos internacionales en derechos humanos.

En primer lugar, se estudiarán las teorías que tratan de responder la interrogante cómo es la intervención de los sujetos para definir el ISN. Cuestionamiento que ha sido objeto de debate doctrinario sobre un enfoque de dependencia, liberal o garantista.

En segundo lugar, se investigarán las diversas técnicas que propone la doctrina para brindar de significado y contenido al ISN, además, sólo aquellas que sean compatibles con el Derecho Internacional.

En tercer lugar, se examinarán las diversas propuestas interpretativas que ha dado el *soft law* para resolver cuestiones concretas sobre los derechos de los NNA y sobre todo de aquellos(as) no acompañados que requieren la protección internacional mediante la figura del asilo.

1.1. Intervención del Estado

En primer lugar, analizaremos la teoría que habla sobre la determinación del ISN con la intervención del Estado. Doctrina que comenzó a formarse cuando fue reconocido este concepto en los diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

³⁰² *Ibid.*, p. 8.

³⁰³ Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *Sistema Filiativo: Filiación Biológica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 73.

Tal como lo comentamos en el primer capítulo, el reconocimiento de los derechos del(de la) niño(a) comenzó, en primera instancia, por el Derecho Privado, específicamente por el Derecho de Familia.

Posteriormente, a través de la evolución histórica de estos derechos pasó a ser parte del ámbito del Derecho Público. Asimismo, estos derechos han pasado desde el ámbito de aplicación internacional a un ámbito local o doméstico, esto último es parte de estudio de esta tesis doctoral.

Por lo tanto, para esta doctrina, la intervención del Estado, en particular al determinar el ISN es indispensable para proteger, garantizar y defender los derechos de los(as) niños(as), no sólo por parte de los particulares, sino también por el propio Estado.

En el caso particular del Derecho Privado, las académicas CECILIA GROSMAN e IRENE MARTÍNEZ ALCORTA señalan que “el derecho de familia, ya no puede ser considerado como un sistema que afecta exclusivamente a intereses particulares, sino que, por el contrario, ha ido adquiriendo de manera paulatina un fuerte contenido público, con aspectos que se refieren tanto a la imperatividad de las normas que regulan los procesos relacionados con cuestiones de derecho de familia como a la asistencia social de todo tipo que debe prestar la Administración Pública a la institución familiar.”³⁰⁴

Además, CECILIA GROSMAN señala que “la defensa del ISN implica una protección y defensa del interés privado, pero, al mismo tiempo, al amparo de interés social. Lo anterior, implica que cualquier tema relacionado con la infancia necesita la protección estatal debido al interés social sobre este grupo poblacional.”³⁰⁵

Siguiendo con los argumentos de esta tesis podemos señalar que los derechos del(de la) niño(a) no pueden contraponerse con los derechos de la sociedad, ya que ambos persiguen la misma finalidad. Es decir, proteger y defender a los grupos poblacionales que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, entre los que se encuentran los NNA. Además, también la sociedad debe velar por el disfrute de sus derechos, ya que no sólo implica un derecho de garantía y protección, sino también de ejercicio pleno.

³⁰⁴ Grosman, Cecilia y Martínez Alcorta, Irene, *Familias ensambladas: Nuevas uniones después del divorcio; ley y creencias; problemas y soluciones legales*, Editorial Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2000, p. 29.

³⁰⁵ Grosman, Cecilia, *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 50.

Regresando al argumento principal de esta teoría, la familia se vería obligada a ser parte de las decisiones del Estado, por lo tanto, podrán ser objeto de las intervenciones directas de las autoridades del Estado. Sobre todo, cuando decisiones de los particulares afectan directamente los derechos de los NNA.

Así, los poderes públicos tienen la responsabilidad de diseñar e implementar políticas públicas y planes estatales sobre los derechos del(de la) niño(a) dirigidos a garantizar la plena efectividad de sus derechos, tanto en los aspectos personales como sociales, en el ámbito de la familia, la salud, la educación, la justicia, la cultura, entre otros.³⁰⁶

Por su parte, RAFAEL SAJÓN señala que “después de una constante discusión latente entre el Derecho Penal y Derecho Civil, la evolución del derecho de los niños derivó en retirar esta materia del ámbito de las dos ramas principales del Derecho Privado, ya que ambas no respondían a las necesidades especiales de una protección al ISN. Por lo tanto, la determinación del ISN responde más a la protección cabal con un matiz eminentemente más social que otras ramas del derecho.”³⁰⁷

Sin embargo; también es cierto que esta evolución trajo como consecuencia la necesidad de no sólo abarcar estas dos áreas principales del derecho, sino también se amplía a la esfera del Derecho Público, e incluso del Derecho Internacional. Estas dos últimas de gran relevancia para nuestro tema de investigación. Sobre todo, cuando estamos ante la presencia de NNA solicitantes de la condición de refugiado, que como hemos señalado, en muchas ocasiones se encuentran separadas o no acompañadas por un adulto, lo que provoca que el principal responsable sea el Estado.

En esta tesitura, se requiere limitar las facultades estatales para intervenir en los asuntos que afectan a los NNA. Lo anterior, debido a que, al quedar en el dominio del ámbito público, los NNA también sufren abusos a sus derechos mediante mecanismos públicos. Sobre todo, cuando hablamos de un concepto tan amplio como es el ISN que está sujeto a múltiples interpretaciones.

En consecuencia, el Estado, también, es corresponsable en aplicar o interpretar el ISN de manera abierta sin restricción alguna, ya que la intervención directa y sin limitación por

³⁰⁶ Palma del Teso, Ángeles de, “La protección de los menores por las administraciones públicas”, en: *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 2, España, 2004, pp. 38-39.

³⁰⁷ Sajón, Rafael, “Nuevo Derecho de Menores, Fundamentos Doctrinarios y Legislación Vigente”, en: *Colección Desarrollo Social*, Editorial Hymánitas, Buenos Aires, 1967, pp. 16-18.

parte del Estado puede afectar otros derechos del(de la) niño(a), tales como: el derecho a opinar y tomar en cuenta su opinión o, bien, el derecho humano a la privacidad o el derecho a la autonomía progresiva.

La intervención estatal sin limitación alguna provoca que la determinación del ISN se lleve a cabo de manera discrecional o arbitraria por el(a) operador(a) jurídico, la cual pudiera ser contraria al DIDH y en el caso particular de nuestro grupo población de estudio, al DIR, ya que es sumamente importante tomar en cuenta el contexto en general.

Esta doctrina sería viable, cuando se permita en ciertos supuestos la intervención estatal. Es decir, cuando exista la necesidad de brindar protección integral a los NNA que encuentren afectados sus derechos por su familia, por su comunidad, o por cualquier persona. Sin embargo, para nosotros esta intervención debiera ser limitada y temporal.

En el caso particular del Estado mexicano, ante la presencia de un número muy importante de NNA no acompañados que requieren protección internacional, se requiere que la aplicación de su ISN sea acorde a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Clave de esta tesis doctoral es comprobar si la intervención del Estado mexicano en la materia se realiza o no conforme al Derecho Internacional.

1.2. Mínima Intervención Estatal

En relación con la postura antes mencionada, surge una teoría contraria, la cual tiene como finalidad que el ISN tenga una mínima intervención estatal. Sobre esta teoría, existen principalmente las posiciones de GOLDSTEIN, FREUD y SOLNIT,³⁰⁸ quienes defienden la intervención mínima del Estado. La posición se explica que, al determinarse el ISN la tarea descansa en un asunto meramente familiar y no estatal. Es decir, esta posición doctrinaria

³⁰⁸ Golstein, Joseph, Freud, Anna y Solnit Albert J. *Beyond the Best Interest of the Child*, The Free Press, New York, 1979.

sostiene que es necesario preservar y privilegiar los vínculos familiares de la niñez con la familia por sobre los intereses estatales.

Estos autores consideran que “la intervención del Estado no debe justificarse con la aplicación e interpretación de este concepto. Al contrario, el sentido de este concepto se refiere a garantizar para cada niño y sus progenitores una oportunidad para mantener, establecer o restablecer los vínculos psicológicos entre ellos, libre de futuras injerencias estatales.”³⁰⁹

De acuerdo con ellos existen dos propósitos por los que se considera que los(as) progenitores(as) deben de estar fuera del alcance de la intervención estatal. El primero es brindar a los padres la oportunidad de asistir de manera ininterrumpida al desarrollo físico y las necesidades emocionales de sus niños(as), de su forma de establecer vínculos familiares serios para el crecimiento saludable y el desarrollo de los(las) niños(as).³¹⁰

El segundo propósito es que en última instancia reposan los derechos de los(las) progenitores(as), los cuales consisten en salvaguardar la continuidad del mantenimiento de los lazos familiares y de los vínculos psicológicos entre progenitores(as) e hijos(as), una vez que éstos se hayan consolidado.

En general “los dos propósitos, quedan cumplidos cuando el derecho de los progenitores les queda asignado en el momento del nacimiento del infante y se funda simplemente en el vínculo biológico que lo produjo.”³¹¹

Uno de los argumentos de estos autores, es que “los progenitores, al ser personas mayores de edad para la ley, tiene la capacidad, libertad, independencia, responsabilidad y autoridad para decidir qué es lo mejor para su familia.”³¹²

De tal forma que los(las) progenitores(as) le ofrecen a sus niños o niñas protección, además de brindarles las diferentes demandas y cuidados aceptadas por la sociedad. En consecuencia, ellos(as) tienen la obligación principal de establecer la primera relación entre los(las) niños(as) con el mundo de los adultos y las instituciones.

³⁰⁹ *Ibid.*, pp. 4-5.

³¹⁰ Goldstein, Joseph I. “¿En el interés... *op. cit.*, p. 120.

³¹¹ *Idem.*

³¹² *Idem.*

Además de ser ellos(as), los(las) primeros(as) en tener el primer contacto con el derecho y, por lo tanto, son los representantes legales de los NNA.³¹³

Tomando en cuenta este argumento, para estos autores “el desarrollo físico y emocional de este grupo poblacional requiere de la privacidad de la familia bajo la custodia de la autonomía de los progenitores. De esta manera la importancia recae en proteger la autonomía parental y la privacidad, ingredientes que son fundamentales para la integridad familiar.”³¹⁴

De tal forma, la mencionada autonomía moral de la familia en la toma de sus decisiones importantes nos lleva en algún sentido al principio de no intervención. Este derecho a la intimidad familiar podría, entonces, enfocarse desde una doble perspectiva: la sustantiva, como delimitación del derecho subjetivo de los individuos; y la adjetiva, en cuanto límite a la actividad jurisdiccional.³¹⁵

Sin embargo, es aquí cuando nos enfrentamos a dos grandes dilemas. Por un lado, con la interrogante de determinar cuándo existe un conflicto de intereses entre los(las) progenitores(as) y los hijos(as). Siguiendo con esta doctrina prevalecería la decisión de los(las) progenitores(as) de determinar el ISN de sus hijos(as). Incluso, si nos vamos más allá de la simple colisión de intereses entre adultos(as) y niños(a). En el caso en concreto de nuestro grupo de estudio, la pregunta es: ¿qué pasaría si el(la) niño(a) requiere protección internacional porque es víctima de abuso o violencia por parte de sus progenitores(as)?

El segundo problema que podemos observar con esta doctrina, en la práctica, los(as) progenitores(as) serían los(as) principales autores(as) de evaluar y determinar el ISN. Por lo tanto: ¿qué pasaría en el caso de nuestro grupo poblacional de estudio cuando se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores(as)? En este supuesto, como lo hemos mencionado, el Estado mexicano, sería el principal responsable de garantizar, proteger y promover el ejercicio de los derechos de los NNA que requieren protección internacional y que se encuentren en su territorio.

³¹³ *Ibid.*, pp.7-8.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 9.

³¹⁵ Pinochet Olave, Ruperto y Ravetllat Balleste, Isaac, “El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 44, 2015, p. 82.

En el supuesto antes mencionado, esta doctrina plantea que ante la ausencia de progenitores(as) habría la posibilidad de una intervención estatal. Sin embargo, se reitera que en los otros supuestos se optaría por una mínima intervención del Estado. Uno de los argumentos a favor de esta teoría la plantea GOLDSTEIN, quien señala que “la justicia estatal no tiene la capacidad para supervisar los lazos interpersonales complejos y frágiles que existen entre los(as) progenitores(as) y los(as) hijos(as).”³¹⁶

Lo anterior, debido a que el Estado es un instrumento demasiado tosco para convertirse en el sustituto adecuado de los(as) progenitores(as) de sangre. Por lo tanto, el sistema jurídico no tiene ni los instrumentos ni los recursos ni la sensibilidad para responder a las necesidades y demandas cambiantes de un(a) niño(a) en crecimiento. Además, no posee la capacidad para tratar casos individuales para actuar deliberadamente con la velocidad necesaria conforme el sentido temporal de un(a) niño(a).³¹⁷

Debido a los argumentos previos, los autores GOLDSTEIN, FREUD y SOLNIT señalan que “una política de mínima intervención estatal promueve la libertad individual y la dignidad humana de los niños, los cuales se van ajustando al desarrollo integral del infante.”³¹⁸

Tomando en cuenta esta teoría, estos autores señalan que “ante la falta de conocimiento, sensibilidad sobre el vínculo entre progenitores e hijos, es preferible que no exista intervención del Estado al momento de aplicar el ISN.

Lo anterior, debido a que los jueces no tienen la experiencia ni la capacidad para no dañar el crecimiento de los NNA en el seno de la familia. Al contrario, muchas de las decisiones de los jueces provocan problemas de los niños debido a la falta de sensibilidad del Estado y la falta de conocimiento de las relaciones emocionales entre los progenitores e hijos. Por lo tanto, desde una perspectiva favorable del niño, decidir sobre el ISN, no debe conferirse al Estado. Es decir, a las legislaturas o a los jueces.”³¹⁹

Por lo tanto, el Estado sólo podrá intervenir en asuntos familiares, cuando se requiere su intervención, pero no en todos los demás asuntos en donde sea importante preservar, fortalecer o defender la relación familiar entre los(as) progenitores(as) y los(as) hijos(as).

³¹⁶ Goldstein, Joseph I. *op. cit.*, p. 120.

³¹⁷ *Idem.*

³¹⁸ Goldstein, Joseph, Freud, Anna y Solnit Albert J., *op. cit.*, pp. 8-12.

³¹⁹ *Idem.*

1.3. Doctrina de John Eekelaar

De acuerdo con este académico inglés, especialista en Derecho de Familia, ante la presencia de un NNA, esta rama siempre debe respetar sus derechos. De acuerdo con JOHN EEKELAAR “en primer lugar, se debe considerar un NNA como persona individual, quien, además, se encuentra temporalmente incapacitado para actuar por su propio derecho.”³²⁰

Debido a esta condición, EEKELAAR señala que “las personas adultas que actúan bajo su nombre o representación legal no deben por ningún motivo actuar en contra del mejor interés del niño. Sino al contrario, deben actuar en todo momento respetando los derechos del niño, debido a la obligación de la sociedad de proteger los intereses de los niños en caso de estar en conflicto con alguno de los derechos de otra persona, incluyendo los derechos de los progenitores, quienes deben atender el ISN.”³²¹

En consecuencia, al tomar en consideración esta obligación social –en caso de ser necesario– el Estado podría intervenir en asuntos familiares para proteger los derechos del(de la) niño(a). Así, de acuerdo con esta doctrina un asunto de carácter privado se convertirá en interés público cuando se protegen los derechos de los NNA.

Además, para proteger tales derechos el Estado debe proveer todos los servicios sociales necesarios a favor de los NNA.³²² En otras palabras, el Estado debe constituirse como un Estado defensor de la niñez en todos los ámbitos posibles con la finalidad de proteger el ISN, pues de lo contrario estaría minaría ese concepto.

La postura académica de EEKELAAR estaría de acuerdo con la teoría de la necesidad de la intervención del Estado en la evaluación y la determinación del ISN, pero además requiere la prestación de todos los servicios de asistencia social a favor de todos los NNA.

Sin embargo, aún estaríamos ante el dilema de cómo debería entender el Estado el ISN para cumplir con esta obligación.

³²⁰ Eekelaar, John, *Family Law and Social Policy*, Weindenfeld and Nicolson, London, 1979, pp. 274-275.

³²¹ *Idem.*

³²² *Ibid.*, p. 275.

Al respecto, este autor propone que el ISN sea considerado como objetivo primordial y no como un estándar legal administrativo.³²³

Para ejemplificar su teoría, este autor, menciona el caso de la custodia de un NNA cuyos progenitores(as) deciden divorciarse, quienes, tras cumplir con sus obligaciones en igualdad de condiciones, la determinación del ISN del NNA no debería tomar en cuenta una serie de estándares preestablecidos socialmente.³²⁴

Lo anterior, debido a que la legislación del Reino Unido, el factor tiempo invertido con el NNA, es uno de ellos que ha sido constantemente utilizado en casos de custodia por los(as) operadores(as) jurídicos en ese país al momento de determinar el ISN.

Para este autor, “estos estándares se basan en circunstancias consideradas socialmente óptimas, las cuales están influenciadas por condiciones o circunstancias en las que existe algún nivel de consenso social sobre su condición de ser más favorables a los intereses del niño.”³²⁵ Tomando en cuenta este argumento no se abordarán todos los posibles problemas o supuestos en donde se tiene que aplicar el ISN en un caso en concreto.³²⁶

Por lo tanto, para JOHN EEKELAAR, esta solución no sería la correcta, ya que considera que “los estándares establecidos afectan la discrecionalidad del juez, la cual es importante para que se tomen en cuenta otros elementos relevantes, así como otros factores relacionados a los NNA.”³²⁷ Facultad discrecional que, de acuerdo con esta doctrina, se convierte en un elemento importante para resolver un caso en concreto.

De igual forma, ROBERT J. LEVY señala que “reducir la discrecionalidad de los(las) jueces(zas) de manera amplia para individualizarla a casos concretos, no sería lo óptimo, ya que las decisiones basadas en estándares no son moralmente apropiadas a favor de la niñez ni de la familia por no considerar situaciones ajenas a los criterios.”³²⁸

En conclusión, para esta doctrina el ISN no debe estar limitado por una serie de estándares normativos, tal como sucede en Reino Unido en donde existe una serie criterios

³²³ *Idem.*

³²⁴ J. Levy, Robert. “Custody Law and the ALI’s Principles: A little History, a Little Policy, and Some Very Tentative Judgments”, Robin Fretwell Wilson (ed.), in: *Recovering the Family: Critique on the American Law Institute’s Principles of the Law and Family Dissolution*, Cambridge University Press, New York, 2006, pp. 74-78.

³²⁵ Simon Campaña, Farith, *op. cit.*, p. 149.

³²⁶ Eekelaar, John, *op. cit.*, pp. 274-275.

³²⁷ *Idem.*

³²⁸ J. Levy, Robert, *op. cit.*, p. 77.

establecidos que lo único que provocan es limitar al(a la) operador(a) jurídico en sus decisiones.

Sin embargo, también es cierto que la aplicación e interpretación del ISN como una cláusula abierta y ambigua permite un amplio margen de discrecionalidad al(a la) operador(a) jurídico para determinarlo en el caso concreto. Además, los estándares, también brindan orientación jurídica a los(as) operadores(as) jurídicos, quienes deben conducirse conforme a las normas internacionales obligatorias para los Estados que hayan ratificado la CDN.

Por último, esta teoría presenta dificultades de fondo que ya han sido superadas por algunas normas internacionales, como, por ejemplo, el que los NNA sean considerados como sujetos de derechos; o el que no sólo exista la obligación del Estado para respetar sus derechos, sino también la de la familia y/o de la sociedad entendida desde perspectivas o configuraciones no necesariamente estatales.

1.4. Auto Determinismo

De acuerdo con esta doctrina, el ISN debe contener un conjunto de derechos que deben ser respetados tanto por la sociedad como por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, para algunos académicos el contenido de este concepto tiene un aspecto moral y otro material.³²⁹

El primero, se refiere la formación espiritual y educativa. El segundo, se refiere a los elementos materiales necesarios para el desarrollo del NNA y, así garantizar el efectivo

³²⁹ Rivero Hernández, Francisco, *op. cit.*, p. 159.

Vivas Tesón, I. “La guardia y custodia compartida de los hijos en la práctica judicial más reciente” en *familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, Carlos Lasarte Álvarez (coord.), en *Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia*, núm. 27-29, Madrid, 2005, p. 753; Ivars Ruíz, Joaquín, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil: Aspectos procesales y sustantivos: doctrina y jurisprudencia*, Tirant Lo Blanch, 2007, Valencia, p. 95; Cruz Gallardo, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012, p. 171.

cumplimiento de sus derechos. Ambos aspectos deben de combinarse para que el ISN tenga un contenido completo.³³⁰

Por su parte, RIVERO HERNÁNDEZ señala que “para cumplir este auto determinismo es sumamente importante la participación del NNA en la determinación de su propio interés, lo que permitiría un desarrollo de su personalidad. Así, el NNA como ser humano debe aspirar a configurar su propia vida mediante el ejercicio de su libertad, y para ello es conveniente que manifieste su opinión, voluntad y sensibilidad a la hora de la determinación de su interés, porque es innegable que es el principal afectado en la situación conflictiva en que se debate sobre su interés.”³³¹

Ahora bien, tomando en cuenta lo anterior, es fundamental la participación del NNA en la evaluación y determinación de su ISN para fortalecer la autonomía progresiva. Sin embargo, también se requiere –para una mejor aplicación de esta teoría– que los(las) progenitores(as) tengan presente que la defensa del ISN supone, en definitiva, promover los derechos de desarrollar su personalidad, entre los que se encuentra el derecho a su opinión y, además, el de que se la tome en cuenta.

Dicho argumento es importante, ya que la postura actual es que los(las) progenitores(as) tienen una amplia discrecionalidad en lo referente a la valoración de los intereses de sus hijos(as), discrecionalidad que debiera servir para buscar y elegir entre distintas alternativas la que mejor sea para el NNA.³³² A pesar de ello, muchas de las decisiones de los(las) progenitores(as) no se ajustan en el marco de los derechos del niño, tal como ya se ha mencionado.

Por su parte, BARCIA LEHMANN señala que “el interés superior como concepto no debe ser interpretado en una forma estática, sino que, por el contrario, deberá entenderse en una forma dinámica, flexible, de manera que podamos ir perfilando caso a caso una concreción acerca de su contenido. En particular, respetando la autonomía progresiva de niño.”³³³ No obstante, el sólo hecho de respetar la autonomía progresiva del NNA, no

³³⁰ Lathrop Gómez, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008, p. 118.

³³¹ Rivero Hernández, *op. cit.*, p. 189.

³³² Alascio Carrasco Laura y Marín García, Ignacio, “Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo artículo 92 CC” en: *Indret*, núm. 3, 2007, p. 9.

³³³ Barcia Lehmann, R. “Estudios de derecho de familia”, en: *Actas primeras jornadas nacionales*, facultad de derecho Universidad de Chile, 2016, pp. 211-220.

resuelve del todo el problema de la indeterminación del concepto, sino más bien da un criterio que debería considerarse al momento de su determinación.

Ahora bien, en el ámbito de la autonomía, “la Convención sobre Derechos del Niño descansa sobre el reconocimiento expreso del niño como sujeto de derecho, en oposición a la concepción tradicional que se entendía al niño a partir de la incapacidad jurídica y lo consideraba sólo en razón de sus necesidades o carencias o por lo que les falta para ser adultos.”³³⁴ La niñez no se define a partir de las ideas de dependencia o subordinación a los(as) progenitores(as) u otros adultos, es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídico.³³⁵

Tomando en cuenta toda esta doctrina podemos señalar que, desde una perspectiva del desarrollo progresivo de la autonomía del NNA, éste goza de ciertas libertades y derechos que puede ejercer de manera individual. Por lo tanto, la determinación del ISN debe ir acompañado de las decisiones que considere el NNA. Sobre todo, cuando la propia CDN reconoce el derecho a participar y a tomar en cuenta la opinión del(de la) niño(a).

Lo que se está fortaleciendo es el reconocimiento del (de la) niño(a) como sujeto de pleno derechos y, por lo tanto, puede ser sujeto a determinar su mejor interés, sin la injerencia o el interés que pudiera tener un adulto sobre él(ella).

Sin embargo, EEKELAAR, a pesar de que defiende esa postura, a la que llama auto determinismo dinámico (*Dynamic Self-Determinism*), también reflexiona que “ésta pudiera verse condicionada a eventuales conflictos con los intereses del propio niño. O bien, podría limitar el contenido de los derechos reconocidos a él, no en base en supuestos conflictos con el bienestar del niño en los casos concretos, sino para la niñez en general, con base en los valores "superiores" de una sociedad o cultura.”³³⁶

Además, también hay que tomar en cuenta que, desde la óptica del adulto, la auto determinación del ISN no podría ser viable, pues sería contrario en relación con aquellos a quienes se considera no tener la madurez suficiente o a presenten algún tipo de impedimento físico o psicológico que les inhabilite o entrase el poder determinar su propio interés. Por lo

³³⁴ Cillero Bruñol, Miguel, “La Convención internacional sobre los derechos del niño: introducción a su origen, estructura y contenido normativo”, Clara Martínez García (Coord.) en: *Tratado del menor: la protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters, Navarra, 2016, p. 117.

³³⁵ Cillero Bruñol, Miguel, “Infancia y autonomía y derechos: una cuestión de principios”, en: *Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, núm. 234, Montevideo, 1997, p. 4.

³³⁶ Eekelaar, John, “The role of dynamic...”, *op. cit.*, pp. 50-53.

que, nuevamente, estaríamos ante la coyuntura de una situación subjetiva de apreciación por parte del(de la) operador(a) jurídico acerca de si el NNA puede autoderminar su mejor interés, sobre todo, cuando el desarrollo de contenido de este concepto para fomentar la autonomía progresiva del NNA se encuentra limitada, ya que brindarle contenido consiste en asegurar la efectividad de sus derechos, a la circunstancia que en muchas ocasiones carezcan de madurez se añaden, además, las limitaciones legales para que puedan actuar de manera independiente.

Además, otro de los problemas jurídicos que trae como consecuencia esta doctrina, es otorgarle toda la responsabilidad al NNA de sus decisiones, ya que enfrentarían presiones externas que podrían generarles inseguridad, sobre todo cuando tengan que enfrentarse a procesos judiciales o procedimientos administrativos.

En el caso particular de nuestro grupo poblacional de estudio: los NNA no acompañados que requieren protección internacional, se encuentran en una situación de vulnerabilidad específica, los procedimientos de asilo, así como otros relacionados a sus derechos específicos, implican o desarrollan un trato que no promueve su plena autodeterminación.

Por estas razones, esta teoría no podría promover plenamente la satisfacción de sus derechos humanos. Para entender esta conclusión, basta ver diversos informes³³⁷ que señalan que, en muchas ocasiones, las autoridades migratorias mexicanas provocan o desaniman a los solicitantes de asilo a continuar con sus procesos de reconocimiento de esta condición. Estas autoridades incluso detienen a los adolescentes en Estaciones Migratorias, lo que atenta directamente contra el principio de la autonomía de la voluntad y otros derechos.³³⁸ También,

³³⁷ Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2017*, Santiago, 2017, p. 158.

Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2010*, Santiago, 2010, p. 148.

³³⁷ Facultad Derecho Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012, p. 122.

Sin Fronteras. *Evolución y retos del asilo en México: 20 años de asistencia legal e incidencia por las personas refugiadas*, Sin Fronteras, Ciudad de México, 2016, p. 10.

Coalición Internacional contra la Detención, *Infancia cautiva: Introducción de un nuevo modelo para garantizar los derechos y la libertad de los niños refugiados, solicitantes de asilo y migrantes irregulares, afectados por la detención migratoria*, 2012, pp. 32-37.

³³⁸ Rea Granados, Sergio Alejandro, “Menores refugiados no acompañados en México...*op. cit.*, p. 28.

debido a que muchos de ellos(as) son víctima de persecución y encontrarse no acompañados, no tendrían todas las herramientas necesarias para poder evaluar y determinar apropiadamente su interés superior.

1.5. Corriente Garantista

La doctrina garantista se sitúa como punto de referencia en los mecanismos, identificados como garantías para hacer eficaces los derechos fundamentales. Para el Derecho Internacional, garantía se entiende “tanto el deber de respetar como la obligación de hacer, al asegurar la aplicación de los contenidos normativos de los derechos a todos los individuos que se encuentran en el territorio de un Estado y, por lo tanto, sometidos a su jurisdicción.”³³⁹

En lo que respecta al derecho constitucional, las garantías son los medios de tutela para asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales con la finalidad de protegerlos ante el riesgo de su violación por parte de los poderes públicos. Por ejemplo, en el caso mexicano se les considera ‘garantías individuales’, mientras que en otros países se les denomina “derechos fundamentales.”

Uno de los mayores exponentes de esta corriente es FERRAJOLI, quien señala que “a los derechos fundamentales les corresponden garantías primarias, con las que se alude a la espiritualidad de ciertas obligaciones o prohibiciones, y unas garantías secundarias, que atañen a la posibilidad de sancionar o invalidar las violaciones de las garantías primarias, dicha identificación llevaría a sostener que un derecho que careciese de garantías no sería un verdadero derecho, de tal forma que prácticamente se estaría equiparando la ineficacia con la inexistencia normativa.”³⁴⁰

³³⁹ Comité DN, *Observación General No. 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto*, 80º periodo de sesiones, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7, 2014, párr. 3.

³⁴⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Garantías*, Andrea Greppi y Perfecto Andrés Ibáñez (trad.), Editorial Trotta, Madrid, 2016, pp. 57.

Si se mantiene esta interpretación, entonces resultarían “descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internalización de los derechos humanos y la constitucionalización de los derechos sociales.”³⁴¹ En este ámbito se encuentran los derechos de los niños y los derechos de los refugiados.

Ahora bien, cabe señalar que los derechos garantizados en las normas constitucionales son también normas jurídicas complementarias de los mecanismos generales de protección de los derechos reconocidos para todas las personas. Es decir, la Constitución garantiza los derechos fundamentales para todos(as), incluyendo los NNA. Sin embargo, este grupo poblacional goza de una protección especializada en comparación con otros, debido a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, ya sea su condición de madurez y a su edad requiere que existan derechos particulares aplicables a la niñez.

En el caso particular del ISN, FERRAJOLI señala que, “como principio jurídico garantista, se entiende que su función es constituirse en una obligación destinada para las autoridades estatales netamente vinculante para asegurar la efectividad de los derechos subjetivos de los niños, es decir, implica una prescripción de carácter imperativo.”³⁴²

Tomando en cuenta ese argumento, algunos autores señalan que el ISN debe dejar de ser un objetivo social deseable, realizado por una autoridad progresista o benevolente, y pasar a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad.³⁴³

Sin embargo, cabe resaltar que este concepto ha estado garantizado en el ordenamiento jurídico en estudio. En efecto, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 4º, el cual señala lo siguiente:

“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

³⁴¹ *Ibid.*, pp. 57-60.

³⁴² Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds.), en: *Fundamento de los derechos fundamentales*, Trotta, España, 2001, p. 45.

³⁴³ Torres Zárte, Fermín y Francisco García Martínez, “El interés superior del niño desde la perspectiva del garantismo jurídico mexicano”, en: *Alegatos*, México, 2007, p.108.

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.”

Por su parte, TORRES ZÁRATE y GARCÍA MARTÍNEZ mencionan, que “a pesar de que se garantiza la aplicación del ISN, aún se requiere abandonar cualquier interpretación paternalista o autoritaria del interés superior. Lo anterior debido a que se debe armonizar la utilización del ISN con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superar el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia, dando paso a un derecho garantista en este rubro.”³⁴⁴

El argumento es relevante para nuestra tesis doctoral, es decir, cómo lo aplica las autoridades mexicanas en el caso en concreto de los NNA no acompañados y que requieren protección internacional, ya que, de acuerdo con lo observado anteriormente, este concepto está garantizado en la legislación constitucional mexicana, pero su aplicación pareciera ser distinta a lo que prescribe la norma internacional.

MIGUEL CILLERO, por su parte, visualiza “el ISN como una garantía de la vigencia de los demás derechos que lo consagra y lo identifica con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos.”³⁴⁵

Así en palabras de este autor, “el principio le recuerda al juez o a la autoridad de que no ‘constituye’ soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente.”³⁴⁶

Sin embargo, dicha limitación, no es del todo clara para las autoridades migratorias mexicanas cuando nos referimos a NNA refugiados no acompañados.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 108.

³⁴⁵ Cillero Bruñol, Miguel, *op. cit.*, pp. 86 y 87.

³⁴⁶ *Idem.*

Al respecto, ARIEL JOSÉ JAMES, señala que “el principio jurídico más afectivo con el que se cuenta para la protección de los NNA no acompañados y que son solicitantes de asilo, es el de velar en cada caso por el ISN.”³⁴⁷

En la aplicación de este principio se debe actuar siempre con un criterio ético. Es decir, se debe evaluar las relaciones complejas entre valores subjetivos, de los NNA, e intersubjetivos, de la sociedad y las obligaciones normativas internacionales, para decidir qué es lo que mejor en cada caso para el NNA, teniendo en cuenta las normas internacionales a los casos en concreto.³⁴⁸

En esa tesitura, el ISN se establece como un deber obligatorio para las autoridades sociales, políticas, administrativas, –gobiernos nacionales, regionales o locales– con la finalidad de privilegiar en cualquier conflicto de intereses relativos a la infancia, aquellas decisiones que protejan y defiendan los derechos universales del NNA por encima de cualquier otra consideración en juego.

Sin embargo, en la práctica, aún se perciben obstáculos en la efectividad de la garantía del ISN. Uno de ellos es que existen impedimentos legales para que los NNA por sí mismos puedan acudir solos y directamente ante los órganos jurisdiccionales de los Estados para hacer valer sus derechos, sin la necesidad del acompañamiento de un adulto, tomando en cuenta la edad y la madurez, tal como lo defiende la teoría de auto determinismo.³⁴⁹

Al respecto, algunos autores señalan que, a partir del modelo de protección garantista, con el afán de preservar el ISN como valor insuperable de este modelo, debe entenderse como garantía frente al poder del Estado. Por lo tanto, las normas positivas deben de garantizar que los NNA ejerzan sus derechos de manera personal.³⁵⁰

³⁴⁷ James, Ariel José, “El significado ético de la protección: el caso de los menores no acompañados en España”, Claro Quintáns, Irene y Lázaro González, Isabel (coord.) en: *Infancia y Protección Internacional en Europa: Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 141.

³⁴⁸ *Idem*.

³⁴⁹ Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual...2017, op. cit.*, p. 137. Ortega Velázquez, Elisa, “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*, vol. 51, núm. 152, 2018, p. 728.

³⁵⁰ Sánchez Frías, Miguel Enrique, “Principios necesarios y garantías del debido proceso para la construcción de un sistema de justicia juvenil en México”, en *Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes, México - Comisión Europea*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México, 2006, p. 334.

Este tipo de prácticas, el garantismo jurídico no lo prevé, por lo que, los derechos del niño enfrentan el problema de la falta de la protección efectiva. Más aun, cuando se trate de NNA que son solicitantes de la condición de refugiados, quienes en muchos de los casos se encuentran no acompañados. Además, muchos de ellos tampoco cuentan con un(a) tutor(a) o representante legal que los oriente y abogue por sus derechos humanos.

Para entender este argumento, basta considerar lo que ha señalado la organización no gubernamental SIN FRONTERAS, al decir que, “en la mayoría de las ocasiones, los NNA no acompañados, incluyendo a los solicitantes de asilo y refugiados, no pueden ejercer sus derechos por ellos mismo, incluso en varios casos se ha detectado que algunos NNA no cuentan con tutores que aboguen por ellos para garantizar los derechos del niño y su interés superior.”³⁵¹

Además, para aquellos casos en que los NNA cuenten con tutores o representantes legales se requiere para evitar un conflicto de intereses y asegurar que se ocupen principalmente del ISN, que sean independientes de las autoridades estatales de migración.³⁵² Lo anterior, es indispensable, ya que se evitaría el abuso de la facultad discrecional al momento de determinar el ISN.

Por lo tanto, a partir de la reflexión de esta construcción teórica, podemos resaltar que no basta con contemplar el ISN en el ordenamiento jurídico como norma garantista, sino que además se requiere para evitar abusos por parte del poder público, considerar estándares relativos a este concepto para que el derecho sea plenamente efectivo.

Sobre todo, en el ámbito de las garantías frente al poder del Estado, el Derecho Internacional ha dado pautas orientadoras de cómo debe ser aplicado el ISN y en el caso de los NNA no acompañados que requieren protección internacional. Lo anterior es importante para evitar vacíos o lagunas legales en la aplicación o interpretación de este concepto jurídico y, dejar a un lado, aquellas garantías normativas inoperantes, ineficaces o incompletas.

A modo de conclusión, podemos señalar que la mejor garantía será siempre que cualquier juez(a), abogado(a) o aplicador(a) de la norma implemente o interprete este

³⁵¹ Sin Fronteras, *Adolescentes migrantes no acompañados: Estudio sobre sus derechos humanos durante el proceso de verificación migratoria, detención, deportación y recepción*, Sin Fronteras, Ciudad de México, 2010, p. 14.

³⁵² Garreau, Olivia, *Acuerdos de tutela para niños no acompañados: ¿Qué puede aprender Australia de los demás?*, Documento de trabajo, La Trobe Centro de Investigación sobre Refugiados, 2011, p. 17.

concepto de acuerdo con las obligaciones internacionales para que éstos no sólo estén garantizados por la legislación interna, sino que, además, sean plenamente efectivos.

1.6. Criterios establecidos

Establezcamos desde el comienzo que esta doctrina es contraria a lo que establece nuestra legislación de estudio ya que en México –como en la mayoría de los países de América Latina– se recibe al ISN en una cláusula general, abierta, sujeta a múltiples interpretaciones por el(la) operador(a) jurídico.

Sobre este asunto, RIVERO HERNÁNDEZ señala que “la elección de la cláusula general tiene importantes consecuencias, porque ella va a comportar y requerir de una forma especial de aplicación de la norma que incorpora tales conceptos. Exige una doble labor: precisar el significado y contenido del concepto (en qué consiste el interés del NNA). Luego, comprobar en qué situación y circunstancias concretas de las posibles se da el valor que ha pretendido captar la norma (lo que más conviene a un niño o niña determinado). Sobre todo, va a dar relevancia a los datos y circunstancias del caso concreto, porque éstos son los que van a permitir encontrar la solución dentro del ámbito de apreciación o zona de variabilidad del concepto jurídico indeterminado.”³⁵³

En este contexto surge la doctrina de los criterios preestablecidos, la cual es una propuesta para delimitar el contenido del ISN. Para entender esta teoría, primero es indispensable puntualizar que los conceptos que la norma jurídica ha dejado indeterminados provocan una cierta atribución de carga de valor a los(las) operadores(as) jurídicos, quienes lo determinan caso por caso.

Sin embargo, debido a la complejidad que resulta dotar de significado concreto a conceptos jurídicos indeterminados, esta doctrina propone fijar estándares comunes y mínimos relativos a su contenido tomando en cuenta los derechos y la naturaleza jurídica del

³⁵³ Rivero Hernández, Francisco, *op. cit.*, pp. 57-58.

instrumento del cual emanan. Es decir, criterios objetivos preestablecidos permitirían llenar el vacío legal de los conceptos jurídicos indeterminados.

El derecho anglosajón ha optado por esta doctrina al establecer una serie de criterios, señalados en la legislación, para que el(la) juzgador(a) ajuste su decisión conforme a éstos.

Así, la *Children Act* de 1989 recoge una serie de criterios generales para todas las situaciones en las que haya que tomar una decisión con respecto a un niño(a). Esta norma jurídica establece siete criterios que deben ser tomados en cuenta para determinar el ISN.³⁵⁴

Además, como se mencionó en el subtema anterior, para el caso particular de los derechos del niño, se deben garantizar el ejercicio de éstos, incluyendo el ISN. Este concepto sólo decaerá o se limitará si, tras evaluar las circunstancias concretas, la determinación de su interés exige adoptar una decisión distinta. Es decir, un enfoque basado en los derechos que facilite la aplicación del principio y el control de su toma en consideración.³⁵⁵

Por lo tanto, para una correcta aplicación e interpretación del ISN debe hacerse dentro del marco de la CDN, la cual contempla una serie de valores universales y fines de los derechos de los niños.

Aunque el ISN es uno de los conceptos estructurales, también existen otros derechos que convergen, tales como: la no discriminación, la autonomía y participación, entre otros. Por lo tanto, los criterios señalados por la legislación inglesa no son completamente acordes a la luz a los instrumentos internacionales en la materia, por lo que la aplicación normativa no se resuelve del todo de la manera más acorde con éste.

³⁵⁴ Los siete criterios establecidos en la Ley Inglesa sobre los Niños de 1989 (*The Children Act*) señala que las Cortes deberán de tomar en cuenta los siguientes criterios para determinar el principio de bienestar de los niños, niñas y adolescentes:

1. Los deseos y sentimientos del niño en cuestión.
2. Las necesidades físicas, emocionales y educativas del niño.
3. El efecto probable en el niño si las circunstancias cambiaron como resultado de la decisión del tribunal.
4. La edad, el sexo, los antecedentes y cualquier otra característica del niño que sea relevante para la decisión del tribunal.
5. Cualquier daño que el niño haya sufrido o que pueda correr el riesgo de sufrir.
6. Capacidad de los padres del niño (o de cualquier otra persona que los tribunales consideren relevante) para satisfacer las necesidades del niño
7. Los poderes de que dispone el juzgado en el procedimiento dado.

³⁵⁵ Guilarte Martín-Calero, Cristina, “El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la ley orgánica, de 15 de enero, de protección jurídica del menor”, Vicente Cabedo Mallol e Isaac Ravetllat Ballesté (coord.) en: *Comentarios acerca de las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 117.

Por otro lado, bajo el panorama que trae consigo el problema de la indeterminación del concepto, ha existido una tendencia a favor de que sea establecido el ISN en su contenido, en términos generales, en criterios objetivos y preestablecidos. Bajo esta perspectiva, ha existido cierto consenso doctrinario acerca de brindar criterios normativos que permitan identificar el contenido del ISN.

Al respecto, LETICIA BONIFAZ señala que se requiere la existencia de criterios preestablecidos³⁵⁶ para definir el contenido de la norma, pues hay algunas que permiten mayor diversidad de interpretaciones, entre las que se encuentra la del ISN.

Por su parte, MARISA GRAHAM y LAURA SARDA manifiestan que “resulta necesario fijar pautas de interpretación objetivas en lo que concierne al ISN para darle una función y contenido que sea acorde al paradigma de protección integral.”³⁵⁷

Así, RONY EULALIO LÓPEZ CONTRERAS señala que “el establecimiento de criterios y técnicas que todo juzgador o funcionario público debe esgrimir son necesarias para garantizar que su resolución lleve consigo los elementos indispensables para visibilizar el ejercicio verdadero del interés superior.”³⁵⁸

Tomando en cuenta estos argumentos, el establecimiento de criterios normativos sería una posible respuesta jurídica para evitar el problema que provoca la indeterminación de este concepto y las consecuencias que se tiene al contar con una cláusula abierta. Por lo tanto, delimitar el concepto del ISN mediante la identificación de criterios objetivos podría ser necesaria para la protección efectiva de los derechos de los niños, la cual fortalecería esta figura y se protegería la seguridad jurídica en su determinación.

Al respecto, STANDLEY señala que “los criterios normativos preestablecidos del ISN serían los fundamentos de la decisión del juez, o bien, las consideraciones que deben hacer estos sujetos para tomar la decisión y justificarla, siendo éstos una guía de argumentación.”³⁵⁹ Para lograrlo, SIMON CAMPAÑA menciona que “se debe justificar o

³⁵⁶ Bonifaz A., Leticia, “La interpretación en el derecho y en el arte: primeras aproximaciones”, en: *Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, Enrique Cáceres, Imer B. Flores, et al. (coord.), UNAM, México, 2005, pp. 152-154.

³⁵⁷ Graham, Marisa A. y Sarda, Laura, “El caso Formerón” en: *Los desafíos del derecho de familia del siglo XXI: Derechos humanos, bioética, relaciones familiares, problemáticas infanto-juveniles: Homenaje a la Dra. Nelly Minyersky*, Errepar, España, 2011, p. 628.

³⁵⁸ López Contreras, Rony Eulalio, *op. cit.*, p. 55.

³⁵⁹ Standley, K. y Davies Paula, *Family Law*, 5 ed., Palgrave Macmillan Law Masters, Hampshire, p. 304; Bainham, A. “Children: the modern law”, in: *Jordan Publishing*, Bristol, 2006, p. 41.

motivar la decisión con cada uno de los criterios que considere adecuado para el caso en concreto.”³⁶⁰

Además de una serie de criterios que brinden contenido normativo al ISN, como lo señala MIGUEL CILLERO, “el interés superior del niño no sólo se delimita al contenido del principio a los derechos del niño, sino también a su disfrute, con lo que parece poner el acento, no sólo en la garantía, realización y satisfacción de sus derechos sino en su ejercicio.”³⁶¹ Por lo tanto, resulta, también necesario que los mismos puedan ser ejercidos por los NNA, fortaleciendo de esta manera la autonomía progresiva.

Por su parte, FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ señala que “esta técnica legislativa de la concreción del interés superior según criterios jurídicos es congruente con la idea de que cuantos más elementos de juicio y concreción aporte la norma general más fácil será la determinación futura de sus efectos y menos riesgos habrá de equivocación en su aplicación.”³⁶²

Por lo tanto, de acuerdo con esta doctrina de identificar criterios objetivos de conformidad con la CDN, se le brindarán opciones a quienes tomen la decisión del ISN con la finalidad de que satisfaga los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales en la materia.

A pesar de los beneficios que tiene esta doctrina, también han existido críticas a ésta. En primer lugar, al determinar criterios *a priori*, deja poco margen de decisión a los(las) operadores(as) jurídicos para contemplar situaciones del caso en concreto. Por lo tanto, al contar con criterios preestablecidos se deja a un lado circunstancias que pueden ser relevantes al caso determinado. Esto podría aplicarse al caso de nuestro grupo de estudio, pues siendo muy diverso se encuentran en él varios riesgos de vulneración de los derechos de los interesados.

Otra crítica muy relacionada a la anterior es que estos criterios serían estáticos, inamovibles; y, por lo tanto, no se ajustarían a las nuevas realidades sociales por lo que quedarían sobrepasados por la continua evolución de la sociedad.

³⁶⁰ Simon Campaña, Farit, *op. cit.*, pp. 190-191.

³⁶¹ Miguel Cillero, *op. cit.*, p. 115.

³⁶² Rivero Hernández, Francisco, *op. cit.*, p. 106.

Por su parte, ROCA TRIAS menciona que “la rigidez de la normativa sobre principios frente, frente a la normativa casuística, que admite válvulas de escape cuando la situación no está absolutamente prevista en la lista, hace que para obtener una mejor protección de los derechos fundamentales de un colectivo débil, me incline por un sistema abierto como el español, aun y conociendo que ello deja abierta la puerta al arbitrio judicial, ya que el Juez debe apreciar en cada momento si se producen o no situaciones especiales que obliguen una protección concreta del interés del menor.”³⁶³

A pesar de estas posturas, por su parte, DÍEZ PICAZO ha señalado que “los criterios que se establezcan en cada legislación serían aquellos que representen lo que cada sociedad, en su momento y contexto determinado, considere como lo más válido u óptimo para los NNA. No siendo lo más importante las consideraciones subjetivas de sus progenitores o de otras personas a su cargo o las preferencias de los órganos jurisdiccionales.”³⁶⁴ Por lo tanto, estos criterios también estarían sujetos a la evolución histórica que marque el DIDH y, sobre todo, el derecho nacional del país de estudio. Bajo esta línea de argumentación estos criterios quedarían sujetos a las nuevas realidades jurídicas, sobre todo porque éstas deben estar ajustadas al DIDH.

RUBÉN GARATE, por su parte, señala que “el interés superior requiere de una labor de ponderación de los principios en juego, debiéndose justificar en cada caso el modo más adecuado, la decisión a la que se arribara, en procura de la maximación de derechos, entendiendo por tal, no la aplicación de uno por encima del resto de los derechos, sino que, tomando como parámetro, el contexto los criterios establecidos por toda la sociedad democrática y procurando el cumplimiento efectivo de la mayor cantidad de ellos.”³⁶⁵

Los criterios antes señalados, también requieren que sean obligatorios para los(las) operadores(as) jurídicos al determinar el ISN. Es decir, que el(la) operador(a) jurídico deba considerar al menos uno de ellos en su decisión, o bien, un par de ellos, o en su defecto todos

³⁶³ Roca Trias, *op. cit.*, p. 217.

³⁶⁴ Díez-Picazo, Luis, “El principio de protección integral de los hijos («Tout por l’enfant»)” en: *Intervención en las Jornadas de Derecho del Menor*, Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba los días 29 a 31 de marzo de 1984, p. 176.

³⁶⁵ Garate, Rubén Marcelo, “El interés superior del niño como mandato de optimización”, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de la Plata, vol. 5, núm. 38, 2008, p. 375.

para que se cumplan el objetivo de éstos. Caso contrario, sería innecesario contar con esta herramienta para ajustar la decisión en la que esté involucrado un niño(a) con la CDN.

Además, se requiere que uno de los criterios establecidos deje un supuesto abierto para que el(a) operador(a) jurídico pueda aplicarlo a un caso en concreto cuando ninguno de los ya establecidos lo contemple. Por lo tanto, se podrán evaluar situaciones o elementos para que la decisión se ajuste al caso en concreto.

MIGUEL CILLERO, al referirse al criterio antes mencionado, señala que “el ISN no delimita el contenido de la CDN, sino la plena satisfacción de éstos. Refiere que el ISN en un instrumento jurídico de derechos humanos, su significado cobra un sentido diferente, más específico y, por lo tanto, disminuye el ámbito de discrecionalidad de las autoridades o personas llamadas a aplicar este criterio para tomar una medida en el caso en concreto.”³⁶⁶

Ahora bien, también es relevante resaltar que no se trata de establecer una lista de criterios exhaustivos o con cierta jerarquía entre ellos; sino al contrario, éstos pueden ser ampliados para situaciones no contempladas por el(la) legislador(a). Y que, sobre todo, puedan adaptarse a las nuevas realidades que muchos de estos NNA atraviesan.

En este sentido, el Comité DN ha señalado que “los elementos para determinar el ISN no deben ser exhaustivos ni jerárquicos para su evaluación por cualquier responsable de la toma de decisiones que tenga ante sí ese cometido. El carácter no exhaustivo de los elementos de la lista significa que es posible no limitarse a ellos y tomar en consideración otros factores pertinentes en las circunstancias específicas de cada niño o grupo de niños concreto.”³⁶⁷ Por lo tanto, esta lista de criterios debiera contener un elemento de flexibilidad para que pueda perdurar en el tiempo y pueda ajustarse a las nuevas realidades jurídicas de los NNA.

Otra cuestión sujeta a discusión es que, al existir criterios establecidos por el Comité DN, pareciera no ser necesario que se establezcan los mismos u otros nuevos a favor del grupo poblacional que nos ocupa. Esto, debido a que pareciera que se está duplicando la labor, ya que, tras haber sido discutida por expertos en materia de niñez, no se requeriría contemplar criterios preestablecidos en el país de estudio.

Sin embargo, es importante señalar que los criterios visualizados por el Comité DN no son jurídicamente obligatorios en el país de estudio, ya que constituyen observaciones

³⁶⁶ Cillero, Miguel, *op. cit.*, p. 115.

³⁶⁷ Comité DN, *Observación General, No. 14, op. cit.*, párr. 50.

generales que carecen de valor vinculante directo y, por lo tanto, no son reconocidos como obligatorios.

Además, al ser considerados *soft law*, que analizaremos en breve, y no ser directamente vinculantes jurídicamente, éstos pueden ser modificados o interpretados con facilidad por cualquier Estado.³⁶⁸ Como se aprecia, nos hallamos otra vez frente al problema que la aplicación del ISN no se ajusta a las obligaciones internacionales por parte del Estado en relación con la aplicación e interpretación del ISN de NNA no acompañados y solicitantes de la condición de refugiado. Debido a la falta de vinculación jurídica directa que tienen en comparación a las otras fuentes del Derecho Internacional, como los tratados, la costumbre, la jurisprudencia o los principios generales de derecho.

Por lo tanto, se consideraría mucho más viable contar con criterios preestablecidos y reconocidos por el derecho interno en el país de estudio que sólo con los recogidos por el *soft law*, ya que en este caso se podría asegurar de mejor forma su viabilidad, eficacia y eficiencia. Precisamente por constatar este vacío en la legislación doméstica, nuestra investigación comprueba que la aplicación actual del ISN en casos de NNA no acompañados y solicitantes de la condición de refugiado, en México, no se ajusta a la norma internacional.

³⁶⁸ Meyer, Timothy. L., “Soft Law as delegation”, in: *Fordham International Law Journal*, vol. XXXII, 2008, p. 21.

2. Soft Law

Tras estudiar las diferentes doctrinas sobre la configuración del ISN, resulta pertinente estudiar una de las fuentes del Derecho Internacional que ha brindado importantes aportaciones en la consolidación del ISN, nos referimos al llamado derecho blando o *soft law*, en inglés.

Si bien es cierto que el *soft law* no está formalmente reconocido como una fuente del Derecho Internacional en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, éste ha jugado un papel importante en la consolidación y evolución del Derecho Internacional. En este sentido algunos(as) autores(as) han manifestado que el *soft law*, también, forma parte de las fuentes del Derecho Internacional y que debería ser incorporado como fuente formal.³⁶⁹

Uno de los principales argumentos es que el desarrollo de orientaciones técnicas, directrices, especificaciones, guías, exhortaciones, recomendaciones, opiniones, observaciones generales, entre otros constituyen lo que conocemos como *soft law*, ha tenido un peso relevante en el desarrollo del Derecho Internacional.

Así, este derecho blando sirve como guía interpretativa de los instrumentos convencionales, y en cuanto tal, son una herramienta muy útil, ya que su contenido es más preciso, especializado y detallado;³⁷⁰ sobre todo, cuando la norma internacional –en particular los instrumentos internacionales ratificados por los Estados– no son claros ni precisos en cuanto a su significado, sentido y alcance, tal como sucede en el caso del objeto de nuestro estudio.

El *soft law*, como lo señala DEL TORO HUERTA “amplía la esfera de alcance del término que busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados. A pesar de

³⁶⁹ Del Toro Huerta, *op. cit.*, p. 519.

Chinkin, C. “Normative Development in the international legal system” Shelton, D. (ed), Commitment and compliance, in: *The role of non-binding norms in the international legal system*, New York, Oxford University Press, 2000, pp. 30-31.

Andrew T. Guzman, & Timothy L. Meyer. “International Soft Law”, in: *The Journal of Legal Analysis*, vol. 2, num. 1, 2010.

Feler, Alan M., “Soft Law como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas conyunturas” en: *Lecciones y Ensayos*, núm. 95, 2015, pp. 282-284.

³⁷⁰ López Medina, Diego Eduardo, *et al.* “La armonización del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho penal colombiano”, en: *International Law*, núm. 12, 2008, p. 343.

que éste carece de fuerza vinculante, sus efectos jurídicos tienen relevancia jurídica.”³⁷¹ Al respecto, basta ver los documentos emitidos por los organismos internacionales, como el Comité DN entre otros, los que incluso han sido utilizados por la jurisprudencia internacional.

A pesar de su característica de no ser vinculante directamente para los Estados, algunos autores han señalado que ello no es necesariamente así, pues algunos tratados internacionales hacen reenvíos a instrumentos de derecho blando, por lo tanto, les otorgan fuerza vinculante.³⁷²

Además, el *soft law* también puede ser utilizado como un referente para crear nuevas normas internacionales que ayuden a aclarar ciertos temas, tanto en el derecho convencional como consuetudinario.³⁷³ Debido a esta característica, en ciertas circunstancias el derecho internacional consuetudinario ha incorporado y reconocido normas de *soft law* en su ordenamiento jurídico brindándoles, entonces, fuerza obligatoria.

También se ha señalado que el *soft law* sirve para evidenciar la costumbre internacional, ya que son útiles para generar una amplia y consistente práctica de los Estados y/o evidenciar *opinio iuris* en apoyo de una costumbre internacional.³⁷⁴

Sin embargo, desde el punto de vista del Derecho Internacional, las decisiones internacionales que actúan bajo el esquema del *soft law*, en ciertas ocasiones generan frustraciones en el mundo académico y entre organismos no gubernamentales. Debido a que muchos de estos actores internacionales pugnan por el cumplimiento cabal de los compromisos internacionales establecidos en los instrumentos internacionales y, el *soft law* no tiene fuerza vinculante *per se*.³⁷⁵ Podría pensarse, entonces, que el *soft law* radica en las

³⁷¹ Del Toro Huerta, M. I. “El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, UNAM, 2006, p. 519.

³⁷² De acuerdo con Boyle, existen, por ejemplo, normas de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 que remiten al *soft law*. Un ejemplo de ello es la libertad de pesca en alta mar que da paso a las directrices sobre este derecho en materia de pesca que ha dado la Organización para la Agricultura y la Alimentación (FAO).

Boyle, Alan E., “Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law”, in: *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, num. 4, 1999, p. 906.

³⁷³ Gómez Isa, Felipe, “The role of Soft Law in the progressive development of indigenous peoples’ rights”, Stéphanie Lagoutte, Thomas Gammeloft Hansen *et al.* in: *Tracing the roles of soft law in human rights*, Oxford University Press, 2016, p. 190.

³⁷⁴ López Medina, Diego Eduardo, *op. cit.*, p. 343.

³⁷⁵ Jornadas de Derecho Internacional, OEA. Secretaría General, International Bureau of the American Republics, & Unión Panamericana, en: *Jornadas de derecho internacional: Montevideo*,

buenas intenciones del Derecho Internacional, en particular de los derechos humanos, y como tal podría ser inobservado por los Estados precisamente por no considerarlo normas vinculantes.

Más aun, para algunos(as) autores(as), este derecho blando es considerado un documento que no satisface los requerimientos de un tratado, ya que son promesas políticas, correspondencias diplomáticas, decisiones de organizaciones internacionales u opiniones de tribunales internacionales que tienen buenas intenciones, pero que no crean obligaciones precisas a los Estados, al no ser vinculantes.³⁷⁶

A pesar de esta postura, lo cierto es que el *soft law* es sumamente importante para el Derecho Internacional, ya que aporta argumentos sólidos que ayudan a construir y a desentrañar el sentido de los instrumentos internacionales mediante directrices, opiniones u otros documentos. Además, este derecho garantiza que estas herramientas sean sumamente respetuosas de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

Un caso que demuestra la importancia del *soft law* se produce, por ejemplo, cuando organismos internacionales expertos en una determinada materia intervienen en la formación de criterios o estándares de *soft law* para dar sentido, significado e interpretación a aquellas disposiciones de instrumentos internacionales sujetos a interpretaciones múltiple por los Estados Parte como una estratagema para no cumplir con su responsabilidad internacional.

Aunque la discusión doctrinaria señala que carecen de vinculación jurídica directa porque no son parte del ordenamiento jurídico, también es cierto que este derecho ha sido utilizado hasta por la misma doctrina o la jurisprudencia para darle sentido al sistema normativo.

Por lo tanto, en esta investigación, debido a la naturaleza del ISN se tomará en cuenta el *soft law* desarrollado por los principales organismos en materia de infancia y de refugiados.

Uruguay: 18 al 20 de octubre de 1999. Washington, D.C.: Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, 2000, p. 227.

³⁷⁶ Guzman, Meyer, “International Soft Law”, in: *Journal of Legal Analysis*, vol. 2, num. 1, 2010, pp. 173-175.

En el mismo sentido, el autor Makau Mutua ha señalado que existe una relación simbólica entre derecho internacional, los derechos humanos y la política la cual se forma por la utilización del *soft law*.

Mutua, M. “Politics and Human Rights: An Essential Symbiosis”, in: *The Role of Law in International Politics*, M. Byers ed., Oxford University Press, 2000, pp. 149-75.

2.1. Comité sobre Derechos del Niño

Aunque mencionado, vale la pena recordar que –debido a la importancia del ISN y las consecuencias jurídicas sobre la indeterminación de su contenido– el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño ha realizado una interpretación de este concepto, que ha servido de guía e inspiración para desentrañar el significado de este concepto pilar de la CDN.

Asimismo, cabe recordar que el Comité DN es un órgano de Naciones Unidas que está compuesto por expertos independientes, que supervisa la aplicación de la CDN y sus dos Protocolos Facultativos por los Estados Parte, instrumentos que analizamos profundamente en el primer capítulo de este trabajo.

Dentro de las diversas facultades³⁷⁷ que tiene el Comité DN se encuentran, entre otras, la interpretación del contenido de la CDN y otros tratados internacionales en materia de la infancia. Dichas interpretaciones se expresan en documentos llamados Observaciones Generales, las cuales versan sobre temáticas variadas que han sido previamente discutidas y comentadas en debates generales.³⁷⁸

Las Observaciones Generales son un análisis y una explicación jurídica de expertos en la materia de niñez que brindan una orientación hacia los Estados obligados por la Convención. Aunque las Observaciones Generales son una interpretación de los derechos y principios que señala la CDN estas no son directamente vinculantes, por lo tanto, carecen de fuerza jurídica vinculante con respecto a los Estados Parte. No obstante, son sumamente importantes para entender el sentido, alcance y significado de conceptos ambiguos, como el concepto de nuestro estudio.

Además, formulan una interpretación y aplicación de los diversos derechos y principios, que implican una visión fiel y fidedigna del espíritu y sentido de los derechos reconocidos en la CDN. Por lo tanto, una de las razones de la importancia de las

³⁷⁷ Algunas de sus facultades son: presentación de denuncias de particulares, supervisión del cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, Informes periódicos de los Estados Parte, Investigación en caso de conocimiento de violaciones graves o sistemáticas de los derechos reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño o sus Protocolos, emitir observaciones generales, entre otros. Artículo 44 y 45 de la Convención sobre Derechos del Niño.

³⁷⁸ Comité DN, *Vigencia del ejercicio de los derechos del niño*, consultado en: <<https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/>>

Observaciones Generales es que son una gran aportación al entendimiento y desarrollo en la aplicación de la CDN por los Estados Parte.

Tomando en cuenta lo anterior, resulta importante para esta tesis doctoral, en primer lugar, la Observación General No. 14³⁷⁹ que se refiere al tema de nuestra investigación, es decir, el ISN. Este documento internacional podrá ayudarnos a aclarar y a comprender mejor el sentido, alcance y significado del ISN para posteriormente comprobar si la aplicación del ISN en relación con los NNA no acompañados y solicitantes de la condición de refugiado por parte de las autoridades mexicanas son o no acordes a la norma internacional.

En primera instancia, el Comité DN en la Observación General No. 14, señaló como introducción para abordar este concepto que:

- a. El objetivo del ISN es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la CDN, además, del desarrollo holístico del (de la) niño(a).³⁸⁰

Por lo tanto, este concepto no puede ser interpretado sólo desde el ámbito jurídico, sino que también se tienen que tomar en consideración otras materias, ramas, estudios o disciplinas.

- b. El ISN debe ser adoptado con un enfoque basado en los derechos, es decir, no existe jerarquía entre ellos y ninguno de ellos deberá verse perjudicado por una interpretación contraria al ISN.³⁸¹

Enfoque que hemos tratado de poner de relieve a lo largo de este trabajo de investigación y que se resuelve en que todos los derechos se relacionan entre sí, sin que uno de ellos se contraponga a otro, ni uno sea más importante que otro.

- c. Como hemos señalado, el ISN debe considerarse como un concepto triple. Es decir, un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Por lo tanto, el ISN abarca una o las tres dimensiones mencionadas. Por lo que no es recomendable ni viable que sólo sea considerarlo como un principio jurídico.³⁸²

No por otra razón a lo largo de esta tesis le hemos llamado concepto y no principio.

³⁷⁹ Comité DN, *Observación General No. 14, op. cit.*, pp. 1-21.

³⁸⁰ *Ibid.*, párr. 4.

³⁸¹ *Ibid.*, párr. 5.

³⁸² *Ibid.*, p. 4.

En segundo lugar, para garantizar una adecuada y acertada interpretación del ISN, el Comité consideró los siguientes aspectos que componen a este concepto:

- a. Reconoce que el ISN es un concepto dinámico que abarca diversos temas en constante evolución. Al respecto, debemos considerar que no es un concepto exclusivo de las ciencias jurídicas, sino también de otras disciplinas.³⁸³
- b. También reconoce que no establece lo que es mejor para un NNA en una situación y un momento en concreto, sino al contrario, debido a la evolución constante el Comité reconoce que es un concepto que está en constante evolución.³⁸⁴

La evolución constante y perpetua de este concepto, el cual no puede ser considerado estático sino flexible, es una situación que ya abordamos en el primer capítulo, pero lo destacamos aquí por tratarse de una característica sumamente importante para que el ISN pueda ser un concepto vivo.

En tercer lugar, el Comité DN analizó el alcance del concepto, al señalar lo siguiente:

- a. Todos los Estados Parte tienen la obligación de respetar y poner en práctica el derecho del niño a su interés superior, pero, además, éste debe ser una consideración primordial.³⁸⁵
- b. Esta obligación no sólo incluye a una autoridad en particular, sino a todos los órganos del Estado.³⁸⁶

Incluso la consideración descrita arriba incluye a la obligación hacia la familia, progenitores(as), tutores(as), abogados(as) y todas aquellas personas que no forman parte del Estado. Por tal razón se expuso que no se compartía del todo la doctrina John Eekelaar.

- c. Así para cumplir con esta obligación se deben adoptar medidas de aplicación en la legislación nacional, en las políticas públicas, en los procedimientos judiciales, administrativos y en todas aquellas en donde sea importante la aplicación e interpretación del ISN.

³⁸³ *Ibid.*, párr. 5.

³⁸⁴ *Idem.*

³⁸⁵ *Ibid.*, párr. 13.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 5.

Criterio que va muy de la mano con nuestra propuesta de que la aplicación e interpretación del ISN –en relación con nuestro grupo de estudio– sea acorde al DIDH; y, en el caso particular, al DIR.

- d. El Comité DN reconoce que el ISN es universal, indivisible, interdependiente, interrelacionado, además, incluye el reconocimiento de los NNA como titulares de derecho.³⁸⁷

Este elemento que ha sido examinado ya en esta tesis desde varios enfoques es el que garantiza su reconocimiento internacional a nivel local y permite velar por todos los derechos de los niños(as) en su conjunto.

En cuarto lugar, el Comité DN reconoce que:

- a. El ISN es complejo y su contenido debe determinarse caso por caso. Por lo tanto, éste es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del(de la) niño(a) afectado(a) y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales.³⁸⁸

Situación que es en nada contraria a lo que hemos planteado en esta investigación, ya que deberá primar el carácter flexible y adaptable del ISN al grupo poblacional de nuestro estudio. Como señalamos se estarían brindando –además– alternativas que se ajusten al sentido y alcance del ISN al situarse en el contexto específico del país de estudio.

- b. Al permitir la flexibilidad del concepto de ISN permite su adaptación a cada niño(a) y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil, pero no puede manipularse ni utilizarse de manera contraria a los objetivos de éste.³⁸⁹

Este elemento resulta fundamental, debido a que –por manifestarse a través de cláusulas abiertas– es susceptible a ser utilizado de manera contraria los objetivos y valores de la Convención.

³⁸⁷ *Ibid.*, párr. 16.

³⁸⁸ *Ibid.*, párr. 32.

³⁸⁹ *Ibid.*, párr. 34.

- c. Se deben respetar los derechos plenamente reconocidos en la Convención y en los Protocolos.³⁹⁰
- d. Los Estados tienen la obligación de fundamentar, cuando se adopten medidas de aplicación, cuál es el interés superior de todos los(las) niños(as).³⁹¹

Elemento que debería ser observado por las autoridades del país de estudio, en otros términos, se debería contar con una herramienta jurídica para la aplicación del ISN de acuerdo con el sentido y alcance de éste.

- e. Los posibles conflictos entre el ISN, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general tienen que resolverse caso a caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado.³⁹²
- f. También debe hacerse si entran en conflicto con el ISN los derechos de otras personas. Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos(as) los(as) interesados(as), teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del(de la) niño(a) tienen máxima prioridad y no son meramente una de tantas consideraciones.³⁹³

Por su parte, se ha señalado que “el llamado ISN debe ser entendido como un término comunicacional, y significa que, en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de propiedad del ISN prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales de éstos. Así, ni el interés de los(de las) progenitores(as), ni el de la sociedad, ni del Estado puede ser considerados prioritarios en relación con los derechos del niño(a).”³⁹⁴

Por lo tanto, estos elementos deberían de ser adoptados por las autoridades migratorias mexicanas, quienes en caso de colisión con los derechos de un grupo de niños(as)

³⁹⁰ *Ibid.*, párr. 32.

³⁹¹ *Ibid.*, párr. 33.

³⁹² *Ibid.*, párr. 39.

³⁹³ *Idem.*

³⁹⁴ Gatica, Nora y Chaimovich, Claudia, “La justicia no entre en la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre Derechos del Niño”, en: *La Semana Jurídica*, núm. 13, 2002, pp. 14-32.

deben tomar en cuenta la manera de satisfacer las necesidades de cada uno(a) de ellos (as)de manera individual. Sobre todo, cuando estamos ante un grupo poblacional que se sitúa en mayor vulnerabilidad, es decir, los NNA no acompañados y solicitantes de la condición de refugiado, quienes además requieren la protección de sus derechos reconocidos por los instrumentos internacionales en la materia.

En quinto lugar, el Comité DN señaló la relación que tiene el ISN con otros principios generales de la Convención, tales como:

- a. La relación entre en derecho a la no discriminación y el ISN, el cual comprende el disfrute de los derechos consagrados en la Convención sin distinción alguna.³⁹⁵
- b. Sobre el derecho a la vida, supervivencia y al desarrollo a la determinación del ISN debe asegurar el desarrollo holístico del(de la) niño(a) y el pleno respeto de su derecho intrínseco a la vida, supervivencia y al desarrollo.³⁹⁶
- c. En cuanto al derecho a ser escuchado, la determinación del ISN debe abarcar el respeto del derecho al niño a expresar libremente su opinión y que ésta se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afecten.³⁹⁷

Tal como lo observamos en la discusión de las diferentes teorías sobre el ISN, una de las consideraciones primordiales es que el ISN no debe ir en contravención con ningún otro derecho o principio de la Convención.

En sexto lugar, y uno de los más importantes para esta tesis, es en relación con los elementos de evaluación y determinación del ISN, los cuales de acuerdo con el Comité comprenden los siguientes:

- a. La opinión del niño.³⁹⁸

³⁹⁵ Comité DN, *Observación General No. 14, op. cit.*, párr. 41.

³⁹⁶ *Ibid.*, párr. 42.

³⁹⁷ *Ibid.*, párr. 43.

³⁹⁸ *Ibid.*, pp. 13-14.

- b. La identidad del niño(a). Este elemento comprende características tales como: el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad, entre otras.³⁹⁹
- c. La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones. Este elemento comprende el derecho del niño a la vida familiar, de acuerdo con el artículo 16. También se debe prevenir la separación de los(de las) niños(as) de su familia y, por lo tanto, se debe preservar la unidad familiar. En caso de estar separado de uno(a) o ambos progenitores(as), el NNA tiene derecho a mantener contacto directo o mantener relaciones personales.⁴⁰⁰
- d. Cuidado, protección y seguridad del(de la) niño(a). Por lo tanto, el Estado debe asegurar que el(la) niño(a) tenga la protección y el cuidado necesario para su bienestar. El bienestar del(de la) niño(a) no sólo abarca necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, son también necesidades de afecto y seguridad. En relación con la seguridad, el niño(a) tiene derecho a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, la cual incluye a las formas de persecución antes mencionadas.⁴⁰¹
- e. Situación de vulnerabilidad. Se debe de tomar en cuenta cualquier situación de vulnerabilidad en la que se encuentre un NNA, por ejemplo: que sea víctima de persecución individualizada, o bien, porque su vida, seguridad y libertad sean o serán amenazadas en su país de origen.⁴⁰²

El objetivo de la determinación del ISN o de los niños en situación de vulnerabilidad no debe referirse solo al pleno disfrute de todos los derechos consagrados en la Convención, sino también en otras normas de derechos humanos relacionadas con esas situaciones específicas, como los contemplados en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, entre otros instrumentos.

³⁹⁹ *Ibid.*, pp. 14-15.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, pp. 13-16.

⁴⁰¹ *Idem.*

⁴⁰² *Ibid.*, pp. 16-17.

- f. El derecho a la salud. Este elemento es fundamental para evaluar el ISN, el cual incluye tratar una enfermedad, evitar riesgos y efectos secundarios a la salud, así como recibir información adecuada para la salud y desarrollo a fin de que pueda elegir tratamientos adecuados.⁴⁰³
- g. El derecho del(de la) niño(a) a la educación. El acceso a la educación gratuita y de calidad. Por lo tanto, el Estado tiene la obligación primordial de brindar educación a los NNA.⁴⁰⁴

Cada uno de estos elementos debieran ser tomados en cuenta por las autoridades migratorias mexicanas, quienes deben tener en cuenta las características especiales del grupo poblacional en estudio, es decir, a los NNA no acompañados y con indicios de protección internacional.

En séptimo lugar, sobre las garantías procesales que protejan el ISN, el Comité DN ha señalado una serie de medidas, tales como:

- a. El derecho del(de la) niño(a) a expresar su opinión. Este criterio señala que es importante la comunicación con los NNA para que participen en la determinación del ISN. Cuando el(la) niño(a) desea expresar su parecer y este derecho se ejerce mediante un representante, éste debe comunicar con precisión las opiniones del(de la) niño(a).⁴⁰⁵

Por otro lado, en la evaluación y la determinación del interés superior de los niños como grupo, el cual es diferente a la de un(a) niño(a) individual de éste, se deberá de tomar en cuenta el de la mayoría.

- b. La determinación de los hechos. Sobre este criterio, los hechos y la información para un determinado caso deben obtenerse mediante profesionales perfectamente capacitados que reúnan todos los elementos del ISN.⁴⁰⁶

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 17.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, pp. 17-18.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 19.

⁴⁰⁶ *Idem.*

- c. La percepción del tiempo. Al respecto, se le debe dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los(las) niños(as), en los cuales las decisiones deben adoptarse en un plazo razonable.⁴⁰⁷
- d. Los profesionales cualificados. El proceso de evaluación oficial debe llevarse a cabo en un ambiente agradable y seguro por profesionales capacitados, entre ellos, en psicología infantil, en desarrollo del(de la) niño(a), humano y social. Por lo tanto, en la determinación del ISN debe participar un equipo multidisciplinario de profesionales.⁴⁰⁸
- e. La representación letrada. El NNA deberá de contar con representación letrada adecuada ante cualquier autoridad estatal, así como de un curador o representante de opinión.⁴⁰⁹
- f. La argumentación jurídica. Para garantizar la correcta determinación del ISN, ésta debe estar motivada, justificada y explicada. Así, se debe explicar todas las circunstancias de hechos referentes al(a) niño(a), los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación del ISN, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar por el ISN.⁴¹⁰

No basta con afirmar en términos generales que se aplicó el ISN, sino que se deben detallar todas las consideraciones relacionadas y explicar los motivos. Sobre la fundamentación se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el ISN era suficiente importante como para imponerse a otras consideraciones. Es decir, deben justificarse las razones del porqué se llegó a dicha conclusión, tomando en cuenta todos los elementos del caso en concreto para determinar ese particular sentido del ISN.

- g. Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones. Deben de existir mecanismos en el marco de sus ordenamientos jurídicos para recurrir o revisar las decisiones

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 20.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, párr. 94-95.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, párr. 96.

⁴¹⁰ *Ibid.*, párr. 97.

concernientes a los niños cuando alguna parezca no ajustarse al procedimiento oportuno de evaluación y determinación del ISN.⁴¹¹

- h. La evaluación del impacto en los derechos del(de la) niño(a). La evaluación del impacto en los derechos del(de la) niño(a) puede prever las repercusiones de cualquier proyecto de política, legislación, reglamentación, presupuesto u otra decisión administrativa que afecte a los(as) niños(as) y al disfrute de sus derechos. Como mínimo, se deben utilizar la Convención y sus Protocolos facultativos como marco, en particular para garantizar que las evaluaciones se basen en los principios generales y tengan especialmente en cuenta los efectos diferenciados que tendrán en los(as) niños(as) la medida o medidas que se examinen.⁴¹²

La aplicación e interpretación del ISN como una norma de procedimiento, sumamente importante para NNA no acompañados y solicitantes de la condición de refugiado, ya que ellos requieren que el Estado les reconozca esta condición mediante un procedimiento de asilo respetando todas estas normas de procedimiento que aplican a los NNA.

Por otra parte, analizaremos la Observación General No. 6⁴¹³ que se refiere al grupo poblacional de nuestro estudio, es decir, a los NNA no acompañados que requieren protección internacional.

Como se dijo en el primer capítulo, existen diversos factores que provocan el que muchos(as) niños(as) estén en situación de no acompañados. Algunas de las principales razones –en el contexto de América Central– son la persecución de NNA o de sus progenitores(as), un conflicto internacional, una guerra civil, o bien simplemente por la búsqueda de mejores oportunidades económicas. Existen en efecto muy variadas razones para que estén en alguna de estas situaciones, pero lo cierto es que las principales son causas que califican en los supuestos de protección internacional, es decir, por un conflicto armado internacional, por persecución individual, o bien, por violaciones masivas a los derechos humanos.

⁴¹¹ *Ibid.*, párr. 98.

⁴¹² *Ibid.*, párr. 99.

⁴¹³ Comité DN, *Observación General No. 6, op. cit.*, pp. 1-28

De acuerdo con esta Observación General “los NNA no acompañados son mayormente vulnerables al reclutamiento forzado, al trabajo infantil, a la explotación y abusos sexuales a la privación de la libertad, a la discriminación, falta de acceso a la alimentación, vivienda, servicios sanitarios y la educación.”⁴¹⁴

En el caso particular de los NNA que requieren protección internacional y que no están acompañados enfrentan diversos obstáculos, tales como: no se tiene acceso a sus registros y, por lo tanto, no puede determinarse su edad; tampoco pueden solicitar documentos de identidad apropiados, lo que provoca que no pueda localizarse a su familia, ni puedan acceder a sistemas de tutela o asesoramiento jurídico.

Asimismo, en muchos casos se le niega el acceso al procedimiento de asilo o sus solicitudes no se tramitan en forma que tenga en cuenta su edad y sexo. Incluso, en caso de ser reconocidos como refugiados se les niega el solicitar su derecho a la reunificación familiar, o bien, se les permite, pero con ciertas limitaciones o condiciones restrictivas para materializarse.⁴¹⁵

Ahora bien, esta Observación General emplea la distinción entre niños(as) no acompañados y separados, tal como lo explicamos en el primer capítulo.

Uno de los principales objetivos de esta Observación es que el disfrute de los derechos estipulados en la CDN no esté limitado a los NNA que sean nacionales del Estado Parte, sino que también apliquen a todos los NNA –sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los NNA migrantes– con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración.⁴¹⁶

Sobre el ISN, el Comité DN señala que su determinación exige una evaluación clara y a fondo de la identidad del NNA y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección. Así pues, permitir el acceso al NNA no acompañado al territorio es una condición previa de este proceso de evaluación inicial, el cual debe efectuarse en un ambiente de amistad y seguridad y a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género.⁴¹⁷

⁴¹⁴ *Ibid.*, párr. 3.

⁴¹⁵ *Idem.*

⁴¹⁶ *Ibid.*, párr. 12.

⁴¹⁷ *Ibid.*, párr. 20.

Estas consideraciones son primordiales para los NNA no acompañados que requieran protección internacional, ya que su vida, libertad y seguridad se encuentran en riesgo y, debido a ello, los(as) operadores(as) jurídicos deben de tomar en consideración estas características que son elementales para determinar el ISN.

Otro de los criterios señalados por el Comité DN es que el ISN debe tener en cuenta el nombramiento de un(a) tutor(a) competente lo antes posible. Este hecho constituye una garantía procesal importantísima para el respeto del ISN de los NNA no acompañados.

Así pues, la determinación del ISN no sólo se podrá entablar en los procedimientos del reconocimiento de asilo u otros procedimientos, sino después del nombramiento de un(a) tutor(a). Si el NNA no acompañado solicita el asilo o entabla otros procesos o actuaciones administrativas o judiciales, además del(de la) tutor(a), se le nombrará un representante legal.⁴¹⁸ El(la) representante legal estará en todo momento en el procedimiento de asilo y velará por la protección y cumplimiento del interés superior del NNA no acompañado.

Además, el(la) representante legal dará seguimiento a las medidas de protección integral y vigilará que se cumplan las medidas de restitución de derechos de los NNA no acompañados por las autoridades correspondientes.

Por lo tanto, el ISN en relación con los NNA no acompañados con necesidades de protección internacional requiere contar con un(a) tutor(a), el cual es importante para presentar la correspondiente solicitud de la condición de refugiado. Asimismo, el contar con un(a) tutor(a) ayudará al NNA no acompañado a que se le respeten sus garantías procesales reconocidas por los principales instrumentos internacionales en derechos humanos, los cuales serán estudiados más adelante.

Por otro lado, esta Observación General señala que “el respeto del ISN exige también que, si las autoridades competentes han internado al NNA no acompañado en un establecimiento para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental”, el Estado debe reconocer el derecho del NNA a un examen periódico del tratamiento y de todas las demás circunstancias propias de su internación”.⁴¹⁹ Lo anterior, con la finalidad de proteger el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo.

⁴¹⁸ *Ibid.*, párr. 21.

⁴¹⁹ *Ibid.*, párr. 22.

Por otro lado, sobre las necesidades de protección general y concreta, el Comité señala que las medidas que se adopten para atender las necesidades de protección de los NNA no acompañados, su secuencia y prioridad, se regirán por el principio del ISN. Por lo tanto, algunos de los criterios para la determinación del ISN señalados por el Comité DN son:

- a. La determinación, con carácter prioritario, de la condición de NNA no acompañado de su familia inmediatamente tras su llegada al puerto de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país. Su evaluación deberá de tomar consideraciones como el género, seguridad, edad, etc.

Tal como lo hemos mencionado, son características que deberán ser tomadas en cuenta para determinar el ISN.

- b. Inspección inmediata en el registro tras una entrevista inicial adaptada a las necesidades, edad y sexo del NNA, realizada por profesionales calificados en un idioma que el NNA pueda comprender, que permita reunir datos y antecedentes personales para determinar la identidad del NNA, e incluso, de ser posible, la identidad de los progenitores y otros hermanos, y la ciudadanía del NNA, sus hermanos y progenitores.⁴²⁰

Consideraciones que son primordiales para proteger los derechos del NNA, como la prevalencia de la reunificación familiar y demás derechos intrínsecos a la niñez.

- c. En cuanto a la inspección, ésta debe obtener información sobre: las razones por las que el NNA no está acompañado de su familia; así como las particularidades de vulnerabilidad y; sobre toda la información que se disponga para determinar la posible existencia de necesidades de protección internacional. Es decir, si tiene elementos de protección internacional. Por otro lado, también cuando sea posible se deberá entregar a los NNA documentos personales de identidad y, además, gestionar la localización de los miembros de su familia.⁴²¹

Las medidas protección sobre los NNA no acompañados por parte del Estado son sumamente importantes para garantizar los derechos reconocidos en la CDN dentro del

⁴²⁰ *Ibid.*, párr. 31.

⁴²¹ *Idem.*

procedimiento de asilo. Lo anterior, protege los derechos relacionados a las personas refugiadas conforme al derecho de esta materia.

Otra de las medidas que establece el Comité DN para brindar protección a los NNA no acompañados es la atención y el alojamiento. Sobre este asunto, el Comité DN señala que “se deben de tomar en cuenta los parámetros siguientes: Por regla general, no se privará de libertad a los NNA; sólo se cambiará la residencia de los NNA no acompañados cuando en el cambio se preserve el ISN; se mantendrá el principio de unidad familiar; se deberá permitir que el NNA se ubique donde se encuentran sus progenitores, pudiéndose encontrar en el país de asilo, salvo que sea contrario al ISN; se deberá mantener una supervisión y evaluación periódica por parte de personal calificado; los Estados adoptarán las medidas que garanticen la protección eficaz de los derechos del NNA no acompañados; en caso de emergencia de grandes proporciones se prestará asistencia provisional durante el período más breve; se mantendrá informado de las disposiciones para su atención y se tendrá en cuenta sus opiniones.”⁴²²

Otra de las medidas de protección a los NNA no acompañados es el pleno acceso a la educación, la cual será sin discriminación.

Por otro lado, los Estados velarán porque los NNA no acompañados de su familia tengan un nivel de vida acorde con su desarrollo físico, mental, espiritual y moral.⁴²³ También, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud.⁴²⁴

Asimismo, el Comité señala que de acuerdo con el ISN no deberá privarse de libertad, por regla general, a los NNA no acompañados de su familia. No puede justificarse la privación de la libertad por no encontrarse con su familia, ni por su condición migratoria. Sólo en caso muy excepcional se podrá aplicar la privación de la libertad, pero ésta deberá estar justificada y se ajustará a la norma internacional, la cual debe ser el último recurso y en un período breve.⁴²⁵

Para estar acorde con el sentido del ISN se deben encontrar medidas alternativas a la detención. Además, esta alternativa a la detención debe ser adecuada. Por ejemplo, se debe

⁴²² *Ibid.*, párr. 40.

⁴²³ *Ibid.*, párr. 44.

⁴²⁴ *Ibid.*, párr. 46.

⁴²⁵ *Ibid.*, párr. 61.

separar al NNA de los adultos, a menos que sea conveniente de acuerdo con el ISN. Tampoco el NNA debe estar aislado ni restringido en sus derechos, entre ellos el derecho al acceso a la educación, a la salud y al derecho al esparcimiento y al juego.

En cuanto al acceso al procedimiento de asilo, garantías jurídicas y derecho en materia de refugiados. El Comité –en esta Observación General– señala que “la obligación recogida en el artículo 22 de la Convención sobre adoptar "medidas adecuadas" para que el niño(a) no acompañado(a), que trate de obtener el asilo, reciba la protección adecuada, señala que debe de existir un sistema de asilo, suficientemente adecuado para que la niñez pueda acceder a esta garantía jurídica.”⁴²⁶ Esto incluye que el procedimiento de asilo sea expuesto convenientemente, empleando un lenguaje sencillo y acorde a la situación de niñez.

En primer lugar, se deberá garantizar el acceso al procedimiento para obtener la condición de refugiado, independientemente de la edad. Este criterio, se refiere a que los NNA no acompañados que soliciten asilo podrán entablar la solicitud, independientemente de su edad. Por lo tanto, la designación de un(a) tutor(a) es indispensable para ejercer este derecho, sin embargo; la falta de este no exime al NNA a presentar su solicitud de manera individual.

En caso de que no exista ningún indicio de que necesiten protección internacional no se iniciarán –automáticamente o de otra forma– procedimientos para la obtención del asilo, aunque recibirán protección al amparo de otros mecanismos pertinentes de protección de la infancia, como los previstos en la legislación sobre protección de la juventud.⁴²⁷

Ahora bien, en cuanto a las garantías procesales, el Comité DN señala que se deberán tomar las medidas adecuadas en relación con la vulnerabilidad particular de los NNA no acompañados, así como el marco jurídico y las condiciones nacionales.

Otra garantía de procedimiento es que la solicitud debe ser resuelta por una autoridad competente en asuntos de asilo. Esto es importante, ya que se requiere que el(la) funcionario(a) público(a) que conozca de la solicitud tenga conocimiento del derecho de los refugiados. Ahora bien, dependiendo de la edad y la madurez del NNA no acompañado deberá de existir la oportunidad de una entrevista personal con un funcionario competente.

⁴²⁶ *Ibid.*, párr. 64.

⁴²⁷ *Ibid.*, párr. 67.

El(La) funcionario(a) que realice la entrevista deberá tener conocimientos en materia de la infancia y adolescencia, además, deberá de tomar en cuenta la historia, cultura y antecedentes del NNA no acompañado. En las entrevistas deberá de estar presentes el(la) tutor(a) y el(la) representante legal.

Por otro lado, en cuanto a la evaluación individualizada de las necesidades de protección de los NNA no acompañados que requieren protección internacional los funcionarios que participan en los procedimientos de asilo aplicables deben recibir, con miras a la aplicación de las normas internacionales y nacionales en materia de refugiados, una formación que tenga en cuenta las necesidades específicas de los NNA, así como sus particularidades culturales y de género. A fin de tramitar adecuadamente las solicitudes de asilo de los NNA, cuando los gobiernos traten de reunir información sobre el país de origen, se incluirá la referente a la situación de la infancia y, en especial, de la perteneciente a minorías o grupos marginados.⁴²⁸

Finalmente, es importante considerar que este documento del Comité DN establece una serie de elementos que pueden contribuir a determinar el ISN en relación con NNA no acompañados. Sin embargo, en el caso de aquellos NNA no acompañados que requieren protección internacional, el órgano especializado de Naciones Unidas para los Refugiados tiene una serie de directrices específicas.

2.2. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados

El ACNUR, cuyo mandato incluye la protección y encontrar una solución duradera (retorno voluntario, reasentamiento o integración local) a todas las personas refugiadas, ha emitido diversos documentos con la finalidad de proteger y promover en el marco de su mandato los derechos de todos los NNA que requieren protección internacional.

⁴²⁸ *Ibid.*, párr. 75.

Entre los documentos creados por este organismo internacional podemos encontrar varios relacionados con identificar el ISN en relación con las personas merecedoras de la protección internacional.

Sobre todo cuando –en la actualidad– ha habido un número importante de los NNA que requieren ser reconocidos como refugiados al verse afectados por diferentes formas de persecución.⁴²⁹ Por esta razón, el ACNUR ha puesto de manifiesto la importancia de reconocer el ISN como una consideración primordial en todas las decisiones relacionadas a este grupo poblacional; además de reforzar el que cualquier consideración relacionada a los NNA solicitantes de la condición de refugiado deba regirse por los derechos y principios consagrados en la CDN.

Por lo tanto, una obligación de los Estados consiste en que han de tomar todas las medidas necesarias para identificar a los NNA no acompañados o separados de su familia lo antes posible, particularmente en la frontera, y a procurar la localización y reunir –si resulta posible y redundante en el ISN– lo antes posible a éste con su familia.

Tales directrices revisten mucha importancia para esta investigación, ya que pueden proporcionar una orientación específica sobre el ISN en el caso de NNA no acompañadas y que presentan indicios de protección internacional.

Cabe aclarar, sin embargo, que estas directrices no sólo aplican a los NNA, sino también a otras personas protegidas por el mandato del ACNUR, es decir, a los apátridas, las personas que requieren una protección complementaria, niños(as) retornados o víctimas de trata. Sin embargo, en el caso particular de nuestro estudio sólo utilizaremos estas herramientas para adecuarlas al grupo poblacional de estudio.

En primer lugar, el ACNUR ha señalado que “la identificación de NNA en los flujos migratorios mixtos es importante para los registros sensibles a las necesidades especiales de los NNA, así como el nombramiento de un(a) tutor(a), la prestación del cuidado temporal y vigilancia, la determinación de la condición de refugiado, documentación personal, búsqueda y comprobación de relaciones familiares, reunificación familiar, identificación e

⁴²⁹ De acuerdo con ACNUR, a finales de 2017, se registraron 294.000 refugiados y solicitantes de asilo provenientes del Norte de Centroamérica. Además, en los últimos años se han registrado 240.600 NNA no acompañados interceptados en los Estados Unidos y en México. En 2017, se han identificado 39.000 NNA no acompañados interceptados en los mismos países. ACNUR, *Situación del Triángulo Norte de Centroamérica*, febrero de 2017.

Consultado en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11040.pdf>>

implementación de soluciones duraderas, entre otras.”⁴³⁰ Estos son algunos de los elementos primordiales de la protección y la asistencia a NNA que requieren protección internacional, sin embargo, no son los únicos, los cuales serán estudiados más adelante.

Una de las razones del por qué es importante identificar a las NNA solicitantes del estatuto de los refugiados dentro de los flujos migratorios mixtos, es porque muchas de ellos(as), han sido víctimas de persecución en su país de origen o país de residencia y, por lo tanto, requieren una atención especial en la determinación del ISN debido a los riesgos especiales a los que se enfrentan y, por lo mismo, no pueden ser devueltos a su país de origen.

En cuanto a la protección internacional de los NNA, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha adoptado una serie de directrices enfocadas al cuidado y protección de este grupo poblacional. Lo anterior para hacer efectivas una serie de garantías, pero, sobre todo, porque de acuerdo con el Comité Ejecutivo del ACNUR, este grupo está expuesto a mayor riesgo, ya que son menos visibles que los adultos y, tal vez, no tengan la oportunidad de denunciar casos en los que den lugar a la protección.⁴³¹

Otras disposiciones que brindan directrices a favor de la niñez refugiada es la Declaración de Buenas Prácticas elaboradas en conjunto por ACNUR y *Save the Children*, la cual apunta a la defensa y aplicación de los derechos, principios, y sobre todo del ISN no acompañados. Lo anterior, a través de la definición de políticas comunes y del cumplimiento de buenas prácticas a nivel nacional e internacional.

Cabe señalar que la Declaración de Buenas Prácticas⁴³² no es una lista de estándares sino –tal y como su denominación lo indica– de buenas prácticas, en otros términos, más bien un marco para acciones y apoyos para la implementación de medidas que garanticen la promoción y protección de los derechos de los NNA en el contexto de Europa. A pesar de que éste se enfoca en dicha región, lo cierto es que las disposiciones que contiene se han demostrado muy importantes, también, para su consideración en otras latitudes, tales como: el respeto de la identidad cultural, la formación de profesionales sensibles a estos temas, el acceso al territorio, la identificación ante flujos migratorios mixtos, entre varias otras.

⁴³⁰ ACNUR, *Directrices del ACNUR para la determinación del interés... op. cit.*, p. 17.

⁴³¹ Comité Ejecutivo del ACNUR, *Sobre la situación de niños en situación de riesgo*, ACNUR, No. 102 (LVIII) Ginebra, 2007, pp. 1-8.

⁴³² ACNUR y *Save the Children*, *Declaración de Buenas prácticas*, 2004. Consultado en: <<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/archivo/3559.pdf>>

Por otro lado, cabe señalar que ACNUR también ha reafirmado que “las personas, incluyendo a los NNA, que no reúnen los criterios para obtener la condición de refugiado pueden calificar para opciones migratorias temporales que les permitan permanecer legalmente en el país donde llegaron o trasladarse a un tercer país por motivos humanitarios o por reunificación familiar.”⁴³³

Lo anterior se explica porque algunos NNA no acompañados viajan como migrantes, intentando escapar de situaciones de pobreza, privaciones y miseria. Es decir, no por algunos de los elementos señalados en las definiciones de refugiados de acuerdo con la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o la Declaración de Cartagena de 1986.

Eso implica que los NNA no acompañados no deben ser expulsados del país sin que se haya realizado una evaluación completa de la situación que se vive en su país de origen, por parte de las autoridades del país en donde se encuentran. Por lo tanto, los NNA deben tener el derecho a presentar una petición de asilo y/o una solicitud de permiso de residencia. Asimismo, todas los NNA no acompañados, independientemente de si son refugiados o migrantes, deberán tener acceso a los servicios de protección del bienestar infantil, de educación y de salud.

De acuerdo con DE LA RASILLA “de lo que se trata es de tener en consideración la situación y las necesidades específicas de los NNA y, en ese contexto, con un enfoque diferenciado, responder de la manera más apropiada a sus necesidades de protección.”⁴³⁴

Una de las consideraciones primordiales que ha señalado el ACNUR es que “los NNA solicitantes de la condición de refugiado deben de mantener su lengua materna y los vínculos con su cultura y religión. Sus necesidades culturales deberán verse reflejadas en el cuidado de los NNA, en su atención sanitaria y educación. Se ha de velar por no perpetuar aquellos aspectos de tradiciones culturales que puedan resultar perjudiciales para niños y discriminatorios contra ellos. La conservación de la cultura y del idioma también es importante por si la persona menor de edad vuelve a su país de origen.”⁴³⁵

⁴³³ ACNUR, *Respondiendo a los movimientos migratorios mixtos: Plan de acción de 10 puntos*, ACNUR, Ginebra, 2006, p. 4.

⁴³⁴ De la Rasilla, Margarita, “Los menores no acompañados y el asilo”, en: *La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía* (seminario), Save the Children, Andalucía, 2005.

⁴³⁵ ACNUR y Save the Children, *op. cit.*, p. 11.

Lo anterior es de conformidad con diversos artículos⁴³⁶ de la CDN, que protegen elementos claves de su identidad.

En segundo lugar, el ACNUR ha señalado que la determinación del ISN debe ser realizado por personas expertas encargadas de tomar las decisiones en las diferentes áreas y equilibrar todos los factores relevantes para valorar la mejor opción.

Es decir, por medio de profesionales que conozcan la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los NNA, así como conocer las herramientas técnicas para la aplicación de los estándares a favor de la niñez. Por tal razón, una de las buenas prácticas mencionadas por el ACNUR y *Save the Children* es contar con profesionales que tengan experiencia y formación necesaria para atender a este grupo poblacional.⁴³⁷

En tercer lugar, el ACNUR señala tres situaciones que deben ser atendidas al momento de determinar el ISN en relación con los NNA solicitantes de la condición de refugiado, tales como:

- a) La identificación de soluciones duraderas para aquellos(as) no acompañados. La identificación de la solución duradera más apropiada, tal como: la repatriación voluntaria, reasentamiento o integración local. Asimismo, el momento correcto para aplicarla.

La determinación del ISN en cuanto a las soluciones duraderas es sumamente importante, ya que de aquí se derivan otros derechos específicos tales como: la disposición de documentos de viaje o de otro tipo, el alojamiento y cuidado temporal o permanente, el acceso a la educación y salud, entre otros.

Un criterio sumamente relevante y primordial en la determinación del ISN es la reunificación familiar siempre que sea posible, como hemos visto en el capítulo primero. Al respecto, el ACNUR ha señalado que, “una vez localizada la familia, verificadas sus relaciones y confirmada la voluntad de reunificación de los NNA no acompañados y de los

⁴³⁶ Art. 8: Los niños tienen el derecho de preservar o recuperar los elementos claves de su identidad. Art. 24: Los niños tienen el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación.

Art. 30: Los niños que pertenezcan a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas tienen el derecho del disfrute de su cultura, de practicar su religión y de utilizar su idioma.

⁴³⁷ ACNUR y *Save the Children*, *op. cit.*, p. 11.

miembros de su familia.”⁴³⁸ Lo anterior, para que el NNA pueda estar acompañado de su familia, además de fortalecer la unidad familiar.

Sin embargo, es importante señalar que el ISN debe ser cuidadosamente evaluado, ya que también, pudieran existir riesgos de abuso o trato negligente en contra del NNA por parte de la familia o de sus progenitores(as).

También debe tomarse en cuenta que, en el supuesto de devolución de los(las) progenitores(as), la determinación del ISN debe hacerse tomando en cuenta el criterio de la reunificación familiar fundada en el retorno al país de asilo. Es decir, en caso de que los(las) progenitores(as) hayan sido retornados a su país de origen, los NNA deben ser devueltos a los países en donde se encuentran sus progenitores(as).

Esta consideración debe de ir muy de la mano con el ISN, ya que hemos observado que actualmente, en los Estados Unidos, está práctica no se lleva a cabo, ya que se separa a los NNA, refugiadas, solicitantes, o migrantes de sus progenitores(as), práctica contraria al ISN.

- b) Las medidas de cuidado temporal para los NNA no acompañados(as) y separados(as) requieren protección internacional y que se encuentren en situaciones excepcionales.

Los NNA refugiados no acompañados requieren recibir cuidado temporal hasta que se reúnan con sus familiares o con su cuidador(a). Al respecto, la evaluación del ISN debe tomar en consideración el cuidado temporal más adecuado del NNA.

Otro criterio sumamente importante es que la determinación del ISN no debe dilatarse, sino al contrario debe ser rápida y expedita, pero sin olvidar que también debe realizarse con mucho cuidado con la finalidad de no poner en riesgo la vida, seguridad y libertad de los NNA refugiados, sobre todo, cuando existen fundamentos para sustentar la existencia de riesgo inminente para los NNA.

En otros términos, se debe tomar en consideración un entorno seguro y protector en el que los NNA reciban un cuidado apropiado para asegurar sus necesidades de salud y educación. También este criterio debe garantizar –en la medida de lo posible– el desarrollo

⁴³⁸ ACNUR, *Directrices del ACNUR para la determinación...op. cit.*, p. 31.

del niño(a), que incluye el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de la persona menor de edad.

- c) La posible separación de un NNA con necesidad de protección internacional de sus progenitores contra la voluntad de éstos(as).

Aunque el artículo 9 de la CDN prohíbe que el NNA sea separado de sus progenitores(as) contra su voluntad, ésta puede llevarse a cabo cuando tal separación sea necesaria debido al mismo ISN. La separación de los(as) progenitores(as) sin justificación constituye una de las más graves violaciones que se pueden cometer contra un NNA.

La separación puede ser por diversas razones, ya sea por maltrato, violencia doméstica, abuso o negligencia en su cuidado y, por lo tanto, podría convertirla en una persona potencialmente apta para recibir la condición de refugiada. En estos casos, tomando precisamente en cuenta el ISN se admite la separación del NNA de sus progenitores(as), incluso en contra de su voluntad.

Este criterio no sólo se refiere a los(as) progenitores(as) sino que también incluye a quienes tienen una relación o vínculos con el NNA suficientemente fuerte como para construir una relación familiar.⁴³⁹

Ahora bien, es importante resaltar que esta medida debe ser un último recurso, es decir, aplicarse de manera excepcional con la finalidad de poder adoptar otras medidas consideradas más eficientes y aptas para la protección de los derechos del NNA, aunque la separación suponga una lesión objetiva (pero justificada y necesaria) al vínculo familiar. Consecuencialmente, la separación debe llevarse a cabo durante el menor tiempo posible.⁴⁴⁰

Cabe mencionar que en el 2018, ACNUR actualizó algunas consideraciones de estas directrices con la finalidad de orientarlas hacia un enfoque mucho más práctico.⁴⁴¹

⁴³⁹ El vínculo existente con la familia en sentido amplio, incluidos los(as) progenitores(as), los(as) hermanos(as) y otras personas importantes en la vida del(de la) niño(a) constituyen, por tanto, un factor clave para determinar el ISN.

Ibid., p. 71.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 74.

⁴⁴¹ ACNUR, *Directrices para evaluar y determinar el interés superior de la niñez*, ACNUR, noviembre 2018.

Uno de ellos es que ACNUR considera que el procedimiento del ISN, incluye la identificación, evaluación, planificación de casos e implementación, seguimiento y cierre de casos de protección.

Sobre la identificación, ACNUR menciona que se requiere contar con medidas específicas para detectar NNA que se sitúen en mayor riesgo, como serían los no acompañados, mediante personal especializado.

En cuanto a la evaluación se debe contar con medidas y decisiones relativas a NNA en situación de riesgo basado en una apreciación exhaustiva de sus necesidades de protección de manera individual. Esto es sumamente para los actores que intervienen para garantizar que sus acciones o diligencias sean de conformidad con el ISN. Sobre éste punto, es importante que siempre se tome en cuenta la opinión del NNA.

Por su parte, el plan es manera individual en la que se abordan una serie de acciones a favor de las necesidades de protección. Es decir, describe las intervenciones previstas, los actores involucrados, los plazos para su implementación y una serie de medidas ajustadas a cada caso en concreto. La implementación es la intervención o ejecución del plan realizado de manera individual por los actores involucrados.

Ahora bien, sobre el seguimiento y revisión se debe monitorear y dar acompañamiento para que el NNA estén recibiendo los servicios mencionados en el plan con la finalidad que sus derechos sean restituidos eficazmente. Además, esto nos permite medir el progreso, las acciones implementadas y algunas necesidades adicionales que se requieran.

Por último, el cierre del caso, el cual debe de seguir todos los pasos mencionados para que finalmente se determine la conclusión exitosa de la planeación individual, si es que amerita. Caso contrario se deberán continuar con las medidas para que los derechos de los NNA sean finalmente restituidos.

De acuerdo con ACNUR “No todos los niños y niñas requieren seguimiento individual y gestión de sus casos. Sin embargo, en el caso de los niños y niñas identificados como en riesgo o necesitados de asistencia, un sistema de toma de decisiones con rendición de cuentas garantiza que todos los actores sean tenidos en cuenta y participen en la búsqueda de intervenciones y soluciones tanto inmediatas como a largo plazo.”⁴⁴²

⁴⁴² *Ibid.*, p. 44.

Otra de las directrices mencionadas en la actualización del documento del ACNUR es la necesidad de contar con cuidados alternativos y reunificación familiar para NNA no acompañados.

De acuerdo con el ACNUR “las niñas y niños no acompañados y separados de sus familias deben recibir cuidado alternativo hasta que se reúnan con su familia o su cuidador o cuidadora anterior. Este acogimiento cuidado debe basarse en el interés superior de la niñez.”⁴⁴³

Lo anterior, es acorde a lo que hemos estudiado sobre la excepción a la detención de NNA, sin embargo; los espacios de cuidado alternativo deben ser acordes a las normas mínimas que protejan la integridad y seguridad de los NNA. No basta con contar con espacios alternativos a la detención, sino que, además, que éstos cumplan con requisitos mínimos que protejan los derechos de los NNA para que los sitúen en mayor vulnerabilidad.

En este sentido el ACNUR ha señalado que “durante el tiempo que permanezcan separados de sus familias o cuidadores, los niños y niñas deben poder vivir en un entorno seguro y protector en el que reciban cuidados adecuados. El acogimiento provisional debería proporcionar a las niñas y niños no acompañados y separados de su familia la atención emocional y física que normalmente prestarían sus padres.”⁴⁴⁴

⁴⁴³ *Ibid.*, p. 85.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 86.

CAPÍTULO III

Jurisprudencia Internacional en materia de Derechos Humanos sobre el Interés Superior del Niño *

Introducción

En términos amplios, los(las) jueces(zas) internacionales buscan el anclaje de su decisión en normas convencionales o consuetudinarias; pueden emplear interpretaciones de dichas normas; o, en última instancia, también podrían crear la norma que constituirá la solución de la controversia. Si bien las sentencias de los tribunales internacionales tienen como fundamento primordial las fuentes del Derecho Internacional, haciendo que sus decisiones estén conforme al derecho existente y vigente; no es menos cierto que el rol de la jurisprudencia internacional no está solamente ligado al derecho explícito como el que emana de los tratados y convenciones que hayan ratificado los Estados Parte, sino que las decisiones que pueden adoptar los tribunales también pueden tomar en cuenta opiniones académicas, decisiones de organismos internacionales u otros antecedentes que –de acuerdo a las fuentes del DIP– constituyen fuentes auxiliares y que, en definitiva, sirven para perfilar el sentido y alcance de sus resoluciones.

Sobre la configuración jurídica de la jurisprudencia internacional, LUIS SANCHÉZ RODRÍGUEZ señala que, en sentido estricto, en Derecho Internacional las convenciones entre Estados no son necesariamente las únicas formas de creación de derechos y obligaciones internacionales.⁴⁴⁵ Pero, este autor también considera que ciertos actos y comportamientos unilaterales estatales, así como resoluciones de organizaciones internacionales son generadores de obligaciones internacionales que crean derechos y

*La investigación producto de este capítulo fue publicada en lo sustancial en: *Jurisprudencia Internacional sobre Interés Superior de la Niñez: Aportes de la Jurisprudencia Internacional*, Editorial Académica Española, 2018, como parte de los requisitos de investigación del Programa de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

⁴⁴⁵ Sánchez Rodríguez, Luis Ignacio, “La apoteosis del consentimiento: de la noción de fuentes a los procesos de creación de derechos y obligaciones internacionales”, en: *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, núm. 16, Madrid, 2003 pp. 191-234.

obligaciones de carácter internacional.⁴⁴⁶ Por lo tanto, la realidad internacional y la formación de normas internacionales se desenvuelven y se desarrollan en el marco de un proceso dinámico, en constante evolución no sólo motivada por la jurisprudencia sino también por otras fuentes de derecho, tales como las opiniones, informes y observaciones de organismos internacionales.

El autor británico, MALCOLM SHAW estima que “la jurisprudencia puede cumplir un rol de mayor significancia en el derecho internacional”⁴⁴⁷, ya que juega un papel relevante como el mayor intérprete de las normas jurídicas internacionales.

Así las decisiones judiciales, aunque en palabras del artículo 38 del Estatuto de la CIJ son utilizadas como medio subsidiario para la determinación de normas de derecho y no como fuente real del mismo, interpretan el sentido de los tratados y convenios internacionales, incluyendo materia de derechos humanos.

Para el mencionado autor, “al igual que el juez de *Common Law*, que crea derecho en el proceso de interpretación, el juez internacional hace más que meramente determinar las fuentes del derecho internacional, sino que también crea derecho de conformidad con las obligaciones internacionales.”⁴⁴⁸

MANUEL DIEZ DE VELASCO, por su parte, señala que “la función de la jurisprudencia internacional reviste un doble aspecto. Por una parte, como elemento de interpretación y, por otra, como medio de prueba.”⁴⁴⁹ En este último aspecto, es decir, la jurisprudencia como verificadora del derecho es la función en que la concibe el Artículo 38 del Estatuto de la CIJ.⁴⁵⁰

Por esa razón, ese autor afirma que “la importancia de la jurisprudencia internacional radica en que, en muchas áreas del derecho internacional, las decisiones judiciales, las

⁴⁴⁶ *Idem.*

Cassese, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, New York, 2002, p. 115; González Campos, Julio; Sánchez Rodríguez, Luis y Sáenz de Santa María, Paz Andrés, *Curso de derecho internacional público*, 2a. ed., Civitas, Madrid, 2002, pp. 127 y ss.

⁴⁴⁷ Shaw, M., *International Law*, VI Ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 109 y 110. Traducción propia, el texto en inglés es el siguiente: *{a}lthough these are, in the words of article 38, to be utilized as a subsidiary means for the determination of rules of law rather than as an actual source of law, judicial decisions can be of immense importance.*

⁴⁴⁸ *Idem.*

⁴⁴⁹ Diez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, décima ed., t. I, Tecnos, Madrid, 2013, p. 137.

⁴⁵⁰ *Idem.*

sentencias, constituyen el mejor medio de determinar qué es derecho, para que sea aplicado para los Estados Parte.”⁴⁵¹

Por otro lado, existen actualmente diversos tribunales internacionales con diferentes ámbitos de competencia, ya sea debido a la materia, de las personas, o bien, en relación con el espacio geográfico.

Sin embargo, debido a la materia de nuestra investigación, nos ocuparemos de la jurisprudencia internacional en el campo de los derechos humanos, ya que el concepto del ISN es un concepto central del Derecho Internacional,⁴⁵² y, por lo tanto, es necesario considerar este campo para determinar los elementos jurídicos del ISN para una comprensión cabal.

Ahora bien, existen actualmente diversos mecanismos jurisdiccionales de protección en la materia de los derechos humanos, pero –con la finalidad metodológica de delimitar el campo de estudio de nuestra investigación– sólo tomaremos en cuenta la actividad jurisdiccional de los principales órganos jurisdiccionales de los dos principales sistemas de protección internacional de derechos humanos, estos son el sistema interamericano y el sistema europeo de derechos humanos.⁴⁵³ Ambos constituyen estructuras orgánicas formales de protección de los derechos humanos en el plano internacional que, aunque surgidas en escenarios políticos muy distintos, ambas han contribuido grandemente al desarrollo de la jurisprudencia en la materia.

Cabe aclarar, sin embargo, que no los únicos tribunales internacionales en la materia,⁴⁵⁴ pero su actividad jurisdiccional ha marcado hitos que –expresada a través de su jurisprudencia– han enriquecido la lectura de los derechos humanos en sus respectivas áreas

⁴⁵¹ *Idem.*

⁴⁵² Bala, Nicolas, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁵³ Los sistemas regionales de derechos humanos fortalecen la protección y el goce de los derechos humanos teniendo en cuenta las consideraciones de carácter regional, por ejemplo, las costumbres, la cultura, las prácticas y los valores regionales compartidos. Así, las instituciones regionales de derechos humanos a menudo tienen la competencia para supervisar la aplicación y el goce del derecho a la educación.

⁴⁵⁴ Algunos de los más importantes son: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité Europeo de Derechos Sociales, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, el Comité Árabe de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

de influencia y, que son de gran relevancia para el objetivo de nuestra investigación.⁴⁵⁵ Además, entre ambos sistemas internacionales existe una amplia y recíproca referencia de criterios jurisprudenciales, ameritando –ambas– su estudio y análisis para la debida construcción del objeto de esta investigación.

En efecto, los parámetros normativos que sobre el ISN han construido tanto la Corte IDH como el Tribunal Europeo DH al dictaminar sobre derechos humanos son de gran relevancia, pues ambos tienen, actualmente, un gran ascendiente jurídico en tribunales domésticos, entre ellos, los tribunales y jurisprudencia mexicanos, como se verá en el capítulo siguiente

En el caso particular de la Corte IDH, su jurisprudencia ha impactado en las decisiones que han adoptado los tribunales de la región, entre ellos los de México, y en determinar o clarificar conceptos reconocidos por instrumentos internacionales, incluyendo el de ISN.

Además, como lo ha señalado MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, “los jueces al fallar no sólo toman en cuenta el tratado internacional, en nuestro caso en concreto la CDN, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, quien es el intérprete último de la CADH.”⁴⁵⁶

De acuerdo con un ex juez de la Corte IDH, DIEGO GARCÍA-SAYÁN, “este impacto es importante porque no sólo la mayoría de los tribunales locales han incorporado los argumentos jurídicos de cortes internacionales en sus decisiones, sino porque los razonamientos que utiliza la Corte IDH son ajustados a las obligaciones internacionales que los Estados Parte se comprometieron al contraerlas y ratificarlas.”⁴⁵⁷

Es, entonces, un elemento esencial del DIDH el que los Estados –por decisión soberana, al ratificarlos– se hagan parte de los tratados internacionales en esta materia, y con ello incorporen sus compromisos internacionales y se obliguen a implementarles apropiadamente.

⁴⁵⁵ Camarillo Govea, Laura Alicia, “Convergencias y Divergencias entre los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos”, en: *Revista Prelegómenos*, vol. XIX, núm. 37, Bogotá, 2016, p. 69.

⁴⁵⁶ Gómez de la Torre, Maricruz, *Sistema Filiativo... op. cit.*, p. 99.

⁴⁵⁷ García-Sayán, Diego, “Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos” en: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, un cuarto de siglo 1979-2004*, San José, 2005, p. 3.

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH es un tribunal creado en 1969 por el tratado internacional denominado CADH. La sede de la Corte IDH está en San José de Costa Rica y entró en funciones en 1979, cuando fueron elegidos sus primeros(as) magistrados(as).

La Corte IDH está conformada por siete jueces y/o juezas que deben ser nacionales de algún país americano y que son elegidos(as) por los países que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte mediante la aprobación de una ley ratificatoria de la Convención Americana.

Como su mandato lo establece, este tribunal internacional verifica que los Estados americanos no violen los derechos humanos reconocidos en los distintos artículos de la Convención Americana. También puede declarar violaciones a los derechos humanos contemplados en otros tratados interamericanos que le otorguen esa competencia, por ejemplo, la Convención contra la Tortura y el Protocolo de San Salvador, tal como se puede observar en diferentes casos contenciosos.⁴⁵⁸

A diferencia de la CIDH, la Corte IDH no está contemplada en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “OEA”), sin embargo; ésta constituye el órgano jurisdiccional del sistema interamericano de derechos humanos. Además, la propia Corte IDH, en una opinión consultiva, determinó que ella está concebida como la institución judicial del sistema interamericano.⁴⁵⁹

⁴⁵⁸ Corte IDH, Caso *Vélez Loor vs. Panamá*, (sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 23 de noviembre de 2010, serie C, núm. 218, pp. 1-100. Corte IDH, Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, (fondo) Sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C, núm. 134, pp.1-183. Corte IDH, Caso *Radilla Pacheco vs. México*, (sentencia excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, pp. 1-106.

Corte IDH, Caso *Canales Huapaya y otros vs. Perú*, (sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 24 de junio de 2015, serie C, núm. 296, pp. 1-67.

⁴⁵⁹ Corte IDH, OC/1, *op. cit.*, párr. 19.

19. Un primer grupo de limitaciones se deriva de la circunstancia de que la Corte está concebida como una institución judicial del sistema interamericano. A este respecto, cabe destacar que es justamente en su función consultiva, que se pone de relieve el papel de este tribunal, no sólo dentro de la Convención, sino también dentro del sistema en su conjunto. Ese papel se manifiesta, *ratione*

Aun tratándose de un órgano jurisdiccional, que por su naturaleza pareciera tener jurisdicción sólo sobre los países que han ratificado la Convención y reconocido su competencia contenciosa, el artículo 64 de la Convención Americana también le atribuye a la Corte IDH competencia para responder opiniones consultivas que le sean sometidas por los Estados miembros de la OEA sin distinguir si han ratificado o no la CADH.

1.1.Diferencias entre competencia contenciosa y consultiva

Existen diversas diferencias entre la facultad contenciosa con aquella relacionada con las opiniones consultivas. En primer lugar, en la competencia consultiva no existen partes, es decir, no existe un Estado Parte demandado por violación de derechos humanos. Otra diferencia es que las decisiones en lo contencioso, las sentencias, son vinculantes para las partes, es decir, tiene efectos jurídicos innegables e ineludibles para el Estado Parte; en cambio, las opiniones consultivas de la Corte IDH carecen de fuerza jurídica obligatoria.⁴⁶⁰

A pesar de que carecen de aquella fuerza, las opiniones consultivas son sumamente importantes, ya que contienen argumentos jurídicos que nutren el sentido y alcance de las obligaciones internacionales. Sobre todo, cuando éstas contienen criterios interpretativos propios del sistema de derechos humanos.

Además, la función contenciosa de la Corte es facultativa, pues se requiere del consentimiento expreso de los Estados para que el tribunal tenga competencia para conocer de un caso contencioso concreto; dicho de otra manera, la función contenciosa de la Corte

materiae, en la competencia que se reconoce a la Corte para interpretar por vía consultiva otros tratados internacionales diferentes de la Convención; y, además, *ratione personae*, en la facultad de consulta, que no se extiende solamente a la totalidad de los órganos mencionados en el Capítulo X de la Carta de la OEA, sino asimismo a todo Estado Miembro de ésta, aunque no sea parte de la Convención.

⁴⁶⁰ Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Derechos humanos en el sistema interamericano*, Porrúa, México, 2000, p. 45.

sólo puede ejercerse cuando el Estado ha aceptado expresamente su jurisdicción⁴⁶¹ y le ha conferido competencia en un caso determinado.

Asimismo, la Corte IDH ha señalado que en un procedimiento contencioso, la Corte debe no sólo interpretar las normas aplicables, establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir si los mismos pueden o no ser considerados como una violación a la Convención Americana imputable a un Estado Parte; sino también, si fuere del caso, disponer que se garantice al peticionario el goce de sus derechos o libertades supuestamente conculcados, en el entendido de que los Estados Parte en el proceso están sujetos a cumplir obligatoriamente el fallo de la Corte IDH.⁴⁶²

En conclusión, podemos sostener que la competencia contenciosa de la Corte IDH es pronunciar sentencias, decisiones jurisdiccionales particulares que declaren la responsabilidad internacional de un Estado parte, tras haber constatado la violación de un derecho humano reconocido por la CADH. Es derivado de esta atribución que ha de reconocerse a la jurisprudencia de tribunales internacionales su importancia en la determinación y el esclarecimiento del DIDH.

1.2. Casos contenciosos

Como señalamos, la Corte IDH puede conocer de asuntos contenciosos, es decir, litigios sobre violaciones a los derechos establecidos en el Pacto de San José que le planteen –mediante una demanda– la CIDH o los Estados Parte.⁴⁶³

⁴⁶¹ Mondragón Reyes, Salvador, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 29, México, enero 2010, p. 138.

⁴⁶² Corte IDH, “*Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”, Opinión Consultiva OC-3/83, del 8 de septiembre de 1983, serie A, núm. 3, párr. 32.

⁴⁶³ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes*, t. I, San José Costa Rica, 2004, pp. 282-283.

Sin embargo, para que opere la competencia contenciosa de la Corte IDH se requiere que ella sea previamente aceptada por el Estado Parte en la Convención, a través de una declaración general o especial.⁴⁶⁴ Ésta requiere que el Estado Parte reconozca como obligatoria, de pleno derecho, la competencia contenciosa de la Corte IDH sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la CADH.

Al respecto, la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte IDH se da con el acuerdo de la voluntad estatal, cuyo ámbito de acción está delimitado al fin para el que ha sido aceptada y creada.

Ahora bien, una vez identificadas las características generales de la competencia contenciosa de la Corte IDH, es importante abocarnos al tema concreto de nuestra investigación en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH, e identificar la tendencia de la jurisprudencia sobre los derechos del niño y en particular en el concepto materia de nuestro estudio: ISN. Un concepto que se ha venido configurando progresivamente a través de casos emblemáticos como *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala* hasta una de las sentencias más significativas, como es la del caso *Atala Riffo vs. Chile*.

Es importante aclarar –desde un comienzo– que en la jurisprudencia interamericana no existe como tal el desarrollo de un estándar único y unívoco que permita determinar el ISN cada vez que se aplica a un caso contencioso del que le corresponda conocer.

Al contrario, dicha jurisprudencia permite identificar diversos elementos importantes que ayudan a delimitar, a entender y sobre todo a formular el concepto de conformidad con el DIDH, el cual es precisamente relevante para nuestro estudio.

En otras palabras, la jurisprudencia de la Corte IDH, cada vez que, interpreta este concepto ayuda a visualizar todos los elementos que lo conforman, así podríamos hablar de un catálogo de parámetros que se aplica a este concepto dependiendo del caso en concreto.

Ahora bien, en cuanto a los casos contenciosos, el criterio de selección se basó en el siguiente: Primero, se analizará el primer caso que pone sobre la agenda de la jurisprudencia internacional los derechos del niño. Éste es sumamente importante porque es el caso que, por

⁴⁶⁴ García Ramírez, Sergio y Del Toro Huerta, Mauricio Iván, “México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Veinticinco años de jurisprudencia”, en: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 1, México, 2005, p. XXVII.

primera vez, la Corte IDH pone de manifiesto cuáles son los derechos del niño, el cual incluye el ISN.

En segundo lugar, se estudiarán cuatro casos que son relevantes para el objetivo de este estudio, ya que serán de gran utilidad interpretativa por analizar el contenido del ISN. Además, tres de estos casos seleccionados son recientes, ya que traen consigo mismo la tendencia y desarrollo progresivo de este concepto. El cuarto caso, aunque no es tan actual, sí es relevante para este estudio debido a que establece un criterio orientador sobre este concepto, el cual se refiere a que la aplicación del ISN no sólo se limita cuando un NNA es víctima directa, sino que, al contrario, señala que puede ser amplio y abarcar casos en donde sean víctimas indirectas.

Por último, es relevante mencionar que, aunque existen otras sentencias de la Corte IDH relacionadas a los derechos del niño, se toman en consideración sólo aquellas que ayudan a aportar elementos jurídicos sobre el concepto de nuestro estudio y no sobre otros derechos o principios. Además, ante la ausencia de casos contenciosos sobre el ISN en relación con NNA no acompañados y solicitantes de la condición de refugiado, los casos seleccionados contribuyen a identificar elementos que pudieran ser utilizados para el grupo poblacional materia de nuestra investigación.

Consignado lo anterior, una de las primeras sentencias en que la Corte IDH se pronuncia sobre los derechos del niño la encontramos en el caso de *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*.⁴⁶⁵

En términos generales, el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la detención y posterior asesinato de cinco personas en situación de calle, entre ellos tres adolescentes por parte de agentes policiales. Asimismo, el caso se refiere a la falta de investigación y sanción de los responsables de los hechos.

Ante tales circunstancias, la Corte IDH analizó la violación de los siguientes derechos:

- La obligación de respetar los derechos (artículo 1);
- El derecho a la protección judicial (artículo 25);
- El derecho a la vida (artículo 4);

⁴⁶⁵ Corte IDH, Caso de los “*niños de la calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala (fondo)*, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, núm. 63, párr. 194.

- El derecho a la integridad personal (artículo 5);
- El derecho a la libertad personal (artículo 7);
- El derecho a las garantías judiciales y (artículo 8);
- El derecho del niño (artículo 19).

A pesar de que la sentencia no habla directamente sobre el ISN, ésta fue una de las primeras sentencias que puso en la tabla regional el tema de los derechos de la infancia y adolescencia. En efecto, por primera vez se discutió el alcance del artículo 19 (derechos del niño) de la Convención Americana en relación con las violaciones al derecho a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial, entre otras personas, de dos adolescentes en situación de calle.

Para la académica argentina, MARY BELOFF, “esta sentencia tiene un valor jurídico intrínseco enorme dentro del sistema interamericano debido a que no sólo reflejó un acto de justicia, sino también, la importancia y la utilidad del recurso al sistema regional de protección de derechos humanos para visibilizar el tema de los derechos del niño y reconocerle estatus no sólo como un problema de derecho más, sino aún de manera más importante, como uno de derechos humanos.”⁴⁶⁶

De ahí que una de las grandes aportaciones que hizo la Corte IDH en esta jurisprudencia fue hacer hincapié en que tanto la CADH como la CDN forman parte del *Corpus Juris* internacional de protección de la niñez, sirviendo así para fijar el contenido y los alcances de los derechos del niño y de la niña reconocidos en el artículo 19 de la CADH.⁴⁶⁷ Cuestión de importancia vital, si se advierte que dicho artículo carece de un catálogo específico de los derechos del niño.⁴⁶⁸ En efecto, su texto sólo señala:

Artículo 19. “Derechos del niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

⁴⁶⁶ Beloff, Mary, *op. cit.*, p.78.

⁴⁶⁷ Corte IDH, Caso de los “niños de la calle”, *op. cit.*, párr. 194.

⁴⁶⁸ Rea Granados, Evolución del derecho internacional...*op. cit.*, p. 168.

A pesar del laconismo de la norma convencional, con su sentencia, la Corte IDH permitió que otros instrumentos internacionales específicos en la materia puedan ser empleados para la interpretación y aplicación de este artículo de la CADH.

Esta postura ayudó a esclarecer y a robustecer las normas internacionales, tal como lo señala el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1969.⁴⁶⁹ En este sentido, la interpretación de otros tratados, no convencionales, pudieron ser interpretados en aras de conocer el sentido y fin del Pacto de San José.

Al respecto la Corte IDH señaló lo siguiente:

“... a manera de interpretación autorizada, los Estados miembros han entendido que [la Declaración Americana] contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta [de la Organización] se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar [esta última] en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes en ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración.”⁴⁷⁰

⁴⁶⁹ Artículo 31 Regla general de interpretación “1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”

⁴⁷⁰ Corte IDH, “*Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, serie A, núm. 10, párr. 43.

Tomando en cuenta el razonamiento anterior, la Corte IDH reconoce el DIDH como fuente de interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección.

“[t]a la interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte [...] como la Corte Europea [...], han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.”⁴⁷¹

De ahí la importancia y pertinencia de esta resolución para el tema de esta investigación, ya que la Corte IDH señaló que la interpretación de la CADH no se limita al texto de este tratado, sino, también a la interpretación de otros tratados internacionales en la materia a luz de la CADH.⁴⁷²

Así, se puede utilizar como herramienta de interpretación la Convención sobre Derechos del Niño de 1989 a la luz de la CADH, ya que la CDN contempla un catálogo de derechos y principios que aplican a los NNA. De esta manera, las normas jurídicas de la CDN permitieron clarificar el alcance del artículo 19 de la CADH.

En conclusión, sobre este caso, podemos señalar que es sumamente relevante, ya que la Corte IDH reconoce –por primera vez– la existencia de un *Corpus Juris* internacional de

⁴⁷¹ Corte IDH, “*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*”, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, serie A, núm. 16, párr. 114.

⁴⁷² La especificación de este derecho es incuestionable y trae como consecuencia importantes aportaciones al derecho internacional público que se reflejan en la interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales en la materia. Así, la existencia de un *Corpus Juris* en materia de niñez significa el reconocimiento a la existencia de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de las niñas y los niños. De esta manera, los derechos de la niñez no sólo se limitan al texto de la CDN, sino también aplica al marco jurídico internacional aplicable a favor de la protección de la niñez y que conformarían en su conjunto el *Corpus Juris* de los Derechos de la Niñez. Rea Granados, “Evolución... *op cit.*”, p. 170.

protección de la niñez, el cual no se limita sólo a los tratados interamericanos, sino que se extiende también a aquellos relacionados con los derechos a favor de la infancia.⁴⁷³

A pesar de que este fallo no se refiere directa y específicamente al objeto preciso de nuestra investigación, es decir, al concepto de ISN, éste sí sienta las bases para considerar que el *Corpus Juris* internacional de protección de la niñez permite la construcción del concepto a partir de los instrumentos internacionales en materia de protección de la persona humana y de la niñez, en específico.⁴⁷⁴

Otra jurisprudencia relevante que visibilizó el tema de los derechos de la niñez es el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*.⁴⁷⁵ Los hechos del caso consisten que el señor Rafael Suárez Rosero fue detenido por agentes de la policía sin orden judicial y sin haber cometido un delito en flagrancia. Debido a lo anterior, existió una falta de diligencia en el proceso penal seguido contra él, además, de la afectación a otros derechos como no contar con un abogado durante su primer interrogatorio, asimismo de tener restricciones a las visitas familiares, entre otros relevantes.

La Corte IDH analizó las siguientes violaciones a los derechos humanos de la CADH:

- La obligación de respetar los derechos (artículo 1);
- El derecho a la honra y dignidad (artículo 11);
- A la protección de la familia (artículo 17);
- El derecho a la protección judicial (artículo 25);
- El derecho a la integridad personal (artículo 5);
- El derecho a la libertad personal y (artículo 7);
- El derecho a las garantías judiciales (artículo 8).

Haciendo un análisis de los hechos del caso, la Corte IDH resolvió condenar al Estado de Ecuador por la violación a los derechos antes mencionados.

⁴⁷³ *Ibid.*, 153.

⁴⁷⁴ *Ibid.*

⁴⁷⁵ Corte IDH, Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador (sentencia de interpretación de la sentencia de reparaciones)*, Sentencia del 29 de mayo de 1999, serie C, núm. 51, pp. 1-11.

Aunque las violaciones a derechos humanos –en este caso– no recaen directamente en NNA, la Corte IDH tomó en consideración el ISN con la finalidad de determinar la forma de pago de las reparaciones a favor de la hija de la víctima directa.⁴⁷⁶

Es decir, la Corte IDH hizo valer el ISN para efectos de determinar cómo se pagaría la indemnización a favor de la niña, por lo cual consideró pertinente ordenar la constitución de un fideicomiso.

Uno de los principales argumentos de este caso sobre el tema de nuestra investigación es que el Estado tiene la obligación de tomar en cuenta el ISN en cualquier situación cuando se involucra un niño o una niña y, por lo tanto, surge la obligación del Estado de asegurar la protección de los derechos del niño en cualquier asunto que los involucre, incluyendo a las víctimas indirectas.

De ahí que este tribunal ordenare colocar en fideicomiso la indemnización en forma íntegra, y que dicho monto no fuera sujeto a tributo alguno al momento de la constitución del referido instituto, ni a retención alguna por concepto de impuestos.⁴⁷⁷

De tal forma que con esta resolución se puede apreciar que, dentro de esta sentencia, la Corte IDH hace una interpretación del ISN utilizando las condiciones más favorables a favor de la infancia y, por lo tanto, el fideicomiso cumpliría la función de ser el encargado de la protección y buen uso del monto de la indemnización para beneficio de la niña, hija del peticionario.

Además de lo anterior, la Corte IDH señaló que, en cuanto a los beneficios derivados del fideicomiso, el Estado tiene el deber de tomar todas las medidas de salvaguarda que sean necesarias para asegurar que los intereses monetarios del NNA no sean afectados por la inflación, ni por la insolvencia, la negligencia o la impericia del agente fiduciario.⁴⁷⁸

Recapitulando, la Corte IDH tomó en consideración el ISN para brindar mayor protección, incluso de situaciones ajenas a las actividades del Estado como proteger a los NNA por insolvencia, negligencia o impericia del agente fiduciario. De hecho, podemos concluir de este caso, que el ISN debe aplicarse siempre que esté involucrado un NNA, sea de manera directa o indirecta.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, párr. 31.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, párr. 32.

⁴⁷⁸ *Idem.*

Por lo tanto, esta sentencia, aun cuando no recae sobre el contenido del ISN, si constituye una regla o criterio fijada por la Corte sobre la determinación del ISN a los NNA que son víctimas indirectas. Esto, de acuerdo con el sentido y alcance del artículo 3.1 de la CDN, el cual señala que en todas las medidas concernientes a los(as) niños(as) que tomen las instituciones públicas o privadas se atenderá el ISN.

Otro relevante caso donde se aplica e interpreta el ISN es *Fornerón e hija vs. Argentina*.⁴⁷⁹

Los hechos de este caso consisten en que la hija de la señora Diana Elizabeth Enríquez y del señor Leonardo Aníbal Javier Fornerón es entregada en guarda provisoria con fines de adopción a un matrimonio ante la presencia del Defensor de Pobres y Menores Suplente de la ciudad de Victoria.

La entrega de la hija en guarda provisoria con fines de adopción no contó con el conocimiento y consentimiento del progenitor quien, al tener conocimiento del hecho, promovió diversos recursos legales para comprobar su paternidad y así obtener la guarda y custodia de la niña.

Una vez confirmada la paternidad mediante la prueba ADN, el juez de primera instancia concedió la guarda judicial de la niña al matrimonio referido e indicó que se podría instrumentar en el futuro un régimen de visitas para que el padre pudiera mantener contacto con la niña. El progenitor recurrió contra la sentencia, la cual fue revocada. A su turno, el matrimonio interpuso un recurso de inaplicabilidad de ley contra esa última decisión.

Posteriormente, el tribunal superior confirmó la sentencia de primera instancia, la cual le otorgaba la adopción simple de la niña al matrimonio adoptivo.

Sobre estos hechos, la Corte analizó la violación de los siguientes derechos reconocidos por la CADH:

- El derecho a la obligación a respetar los derechos (artículo 1);
- El derecho a la protección de la familia y a la vida familiar (artículo 17);
- El derecho al deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2);
- Derecho a la protección judicial (artículo 25);

⁴⁷⁹ Corte IDH, Caso *Fornerón e hija vs. Argentina*, (Sentencia de fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 27 de abril de 2012, serie C, núm. 242, pp. 1-63.

- Derecho a las garantías judiciales y (artículo 8);
- Derechos del niño (artículo 19).
- Derecho a la identidad.

Uno de los principales argumentos de la Corte IDH, sobre el tema de nuestra investigación, se dio en el análisis de los derechos del niño y a la protección de la familia.

De acuerdo con la Corte, el niño tiene derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas.⁴⁸⁰

Sobre este asunto, este Tribunal señaló:

“Asimismo, este Tribunal ha indicado que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.”⁴⁸¹

Así para la Corte, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, entre ellos la separación de la familia, se debe tomar en cuenta el ISN y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen a esta materia.⁴⁸²

Ahora bien, sobre el ISN, la Corte señala que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los(las) niños(as), y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.⁴⁸³ Lo anterior, es una consideración primordial

⁴⁸⁰ *Ibid.*, párr. 46.

⁴⁸¹ *Ibid.*, párr. 47.

⁴⁸² *Ibid.*, párr. 48.

⁴⁸³ *Ibid.*, párr. 49.

que debe atenderse al momento de determinarse, la cual debe tomar en consideración las medidas especiales de protección.

A pesar de que esta resolución no dice cuáles deben ser las medidas de protección, FRANCISCO PILOTTI ha señalado que “en primera instancia corresponde a la familia señalar las necesidades de protección dirigidas a favor de los NNA.”⁴⁸⁴

En caso de impedimento, el Estado es quien debe adoptar medidas especiales de protección con la finalidad de satisfacer el ISN. Sobre este último, de acuerdo con la Opinión Consultiva 17, que analizaremos en detalle más adelante, le corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar el desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que está naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños(as) que forman parte de ella.⁴⁸⁵

A pesar de este vacío sobre las medidas especiales de protección en este fallo, en otros casos la Corte IDH sí ha señalado una serie de medidas de ese tipo. Por ejemplo, en el caso *Masacres de Río Negro vs Guatemala*,⁴⁸⁶ la Corte señaló que el Estado debe adoptar a favor de los(las) niños(as) indígenas, la de promover y proteger el derecho de éstos a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma.⁴⁸⁷ Medidas particulares

⁴⁸⁴ Pilotti, Francisco. “Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto”, en: *Serie Políticas Sociales*, División de Desarrollo Social, Cepal, Naciones Unidas, Santiago, Chile, 2001, p. 26.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, párr. 168.

⁴⁸⁶ Corte IDH, Caso *Masacres de Río Negro vs Guatemala (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, serie C, núm. 250, pp. 1-129.

⁴⁸⁷ La Convención sobre los Derechos del Niño, además del artículo 30, contiene diversas disposiciones que destacan la importancia de la vida cultural del niño indígena para su formación y desarrollo. Así, el Preámbulo declara que: “[l]os Estados Parte [suscribieron] la presente Convención [...teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño”. El artículo 2, inciso 1, establece la obligación de los Estados de asegurar la aplicación de los derechos establecidos en dicha Convención sin distinción por el “origen [...] étnico” del niño. En el mismo sentido, el artículo 17, inciso d, dispone que: “[l]os Estados [...] [alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena”. El artículo 20, inciso 3, determina que, ante niños privados de su medio familiar, el Estado deberá adoptar medidas especiales y, al considerarlas, deberá “[...] presta[r] particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”. En la misma línea, el artículo 29, inciso 1 c) y d), señala que “[l]os Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a [...] inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; [así como a p]reparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos,

de protección a un grupo poblacional específico, las cuales son indispensables no sólo para proteger sus derechos económicos, sociales y culturales sino también para respetar su derecho a la identidad, a su libertad y a su modo de vida. Todas ellas trascendentales para la protección de los derechos del (de la) niño(a).

Por otro lado, sobre las circunstancias específicas del caso, la Corte señaló lo siguiente:

“La Corte ha señalado que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.”⁴⁸⁸

Desde esta perspectiva, la determinación del ISN debe hacerse a partir de considerar todos los ángulos referentes al NNA, desde los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo según el caso, hasta daños reales, probados y o especulativos o imaginarios, en el bienestar del(de la) niño(a). Por ende, se dejan a un lado

grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena”. Finalmente, el artículo 31 determina que: “[l]os Estados Parte reconocen el derecho del niño [...] a participar libremente en la vida cultural y en las artes. [...] Los Estados Parte respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento”. Corte IDH, Caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) Sentencia de 25 de mayo de 2010, serie C, núm. 212, párr. 167, y Corte IDH, Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay (fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia de 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214, párr. 261.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, párr. 50.

situaciones subjetivas que pudieran provocar la aplicación o interpretación de manera discrecional abusiva afectando la naturaleza y fin de los derechos de los NNA.

Estas consideraciones de la Corte IDH ayudan a visualizar algunos elementos que deben tomar en consideración el(la) operador(a) jurídico(a) al momento de determinar el ISN. Si bien es cierto trata sobre los casos de custodia de niños y niñas, ello no obsta a que, en realidad, estos parámetros ayuden a identificar la postura de la Corte sobre lo que debe considerarse para determinar el ISN en un caso particular de custodia de NNA.

Además, la aplicación del ISN por parte de la Corte IDH permite procurar la protección del derecho de la familia, tras evaluar los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en contra de los NNA. Por lo tanto, este argumento está muy relacionado con lo que ha señalado el Comité DN, que “dada la gravedad de los efectos que provocan en el niño que lo separen de los padres, dicha medida sólo debe aplicarse como último recurso.”⁴⁸⁹

Por otro lado, en el caso en estudio, la Corte IDH también sostuvo que, en vista de la importancia del ISN, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen a la protección de los derechos humanos de los NNA, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y de niñas que se encuentran en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades.⁴⁹⁰ En efecto, la Corte IDH puso de manifiesto que en los procedimientos administrativos y judiciales en los que se encuentren involucrados NNA éstos deben ser rápidos y deben manejarse con extremo cuidado debido a la importancia que tienen los derechos de la niñez.

Aún más, la Corte IDH estableció que el mero transcurso del tiempo en casos de custodia de niños y niñas puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, y con independencia de cualquier decisión sobre la determinación de los derechos, la dilación de los procedimientos puede determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volverse así perjudicial para los intereses de los/las niños(as); y, en su caso, para los de los padres biológicos.⁴⁹¹

⁴⁸⁹ Comité DN, *Observación General No. 14, op. cit.*, párr. 61.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, párr. 50.

⁴⁹¹ *Ibid.*, párr. 52.

Tomando en cuenta ese argumento, la Corte IDH comenzó a analizar violaciones al plazo razonable y la debida diligencia en determinados procesos judiciales, la protección de la familia, y al deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Lo anterior, tiene que ver con el punto central del caso, la falta de diligencia y rapidez en los procesos judiciales en la que se vio involucrada la tutela de la hija del señor Fornerón.

Sobre el plazo razonable la Corte señaló lo siguiente:

“La Corte ha dicho que para determinar la razonabilidad del plazo también se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Así, el Tribunal ha establecido que, si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve.”

Sobre la debida diligencia en determinados procesos judiciales, la Corte tomó en consideración aspectos como la inobservancia de requisitos legales, omisiones preparatorias, la utilización de estereotipos y el retraso judicial como fundamento de la decisión. Elementos indispensables para determinar si las autoridades habían actuado con la debida diligencia en la adopción simple de la hija del señor Fornerón.

Sobre la inobservancia de los requisitos legales la Corte señaló lo siguiente:

...la Cámara revocó la decisión del Juez de Primera Instancia de disponer la guarda judicial de M a favor del matrimonio B-Z. Dicha decisión fue apelada por los guardadores de hecho y por el Defensor de Menores, y la

Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos se concentró en el supuesto interés superior de la niña, omitiendo cualquier análisis sobre la inobservancia de los requisitos legales en la entrega de hecho y en el proceso de guarda judicial de M, entre otros, que la niña había sido entregada mediante un acta administrativa, sin intervención del juez competente ..., que no hubo consentimiento del padre para la entrega en guarda judicial y que no se verificaron las condiciones que permitían obviar este último requisito.”⁴⁹²

Ahora bien, sobre las omisiones preparatorias, la Corte señaló:

“En conclusión, la decisión de primera instancia mediante la cual se otorgó la guarda judicial de M no a su padre biológico sino a un matrimonio que tenía una “guarda de hecho”, fue emitida sin que se contara con los elementos de convicción necesarios, tal como fue señalado por distintos funcionarios, quienes coincidieron en señalar la omisión de la actividad probatoria incurrida en la primera instancia.”⁴⁹³

La celeridad de los procesos judiciales y/o administrativos cuando se encuentren involucrados NNA debe ser primordial. Esta característica es fundamental para el respeto y protección del ISN, que debe ser pleno y efectivo, ya que dilatarles indebidamente podría constituir una violación a las garantías judiciales. Al respecto, el Comité ha señalado que “la plena aplicación del concepto ISN exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el

⁴⁹² *Ibid.*, párr. 86.

⁴⁹³ *Ibid.*, párr. 90.

que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño para promover su dignidad humana.”⁴⁹⁴

Por otra parte, sobre la utilización de estereotipos, la Corte IDH señaló que:

*“...una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior de la niñez. Al contrario, el tribunal consideró que el interés superior de la niñez no puede ser utilizado para negar el derecho de un progenitor meramente por su estado civil, en beneficio de aquellos otros que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia.”*⁴⁹⁵

Por lo tanto, para la Corte IDH, no puede invocarse el interés superior para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales.⁴⁹⁶ Asimismo, se debe hacer hincapié en que no existe un modelo único sobre lo que deba de entenderse como familia y al cuál deban ajustarse todas ellas, sostener lo contrario contravendría la naturaleza de los derechos humanos. Sobre todo, porque como lo hemos señalado, el DIDH se encuentra en constante evolución y los avances alcanzados sobre la diversidad de las familias no las limitan a una posición restrictiva y excluyente.

Por otro lado, sobre el retraso judicial como fundamento de la decisión, la Corte IDH determinó que:

“...el proceso de guarda judicial violó el derecho del señor Fornerón y de su hija a ser oídos en un plazo razonable, reconocido en el artículo 8.1 de la Convención Americana. Más allá de eso, este Tribunal observa que la demora en el

⁴⁹⁴ *Ibid.*, párr. 5.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, párr. 99.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, párr. 105.

proceso y el transcurso del tiempo constituyeron un fundamento determinante para que el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Ríos resolviera, alegando el interés superior de la niña, que la guarda judicial que posteriormente culminó en la adopción de M debía ser en favor del matrimonio B-Z. Con esta decisión, el Superior Tribunal de Justicia provincial revocó el fallo de la Cámara y confirmó la decisión del Juez de Primera Instancia, aun cuando en dicho procedimiento no se habían observado estrictamente los requisitos legales... y la decisión se había adoptado sin contar con elementos de convicción, incluso algunos que serían de obligatorio cumplimiento para el juez, los cuales debieron ser suplidos en una etapa posterior.”⁴⁹⁷

Tomando en cuenta lo anterior, esta Corte concluyó que la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el ISN. Pero, además, la Corte señala que no puede invocarse para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales.⁴⁹⁸ Estas acciones u omisiones son contrarias a la naturaleza del ISN, sobre todo cuando la demora injustificada en un procedimiento en el que esté implicado un NNA puede tener efectos contrarios a su vida y bienestar, tal como el caso en estudio, en donde la hija del señor Fornerón había estrechado lazos con la familia adoptiva.

Por último, sobre el recurso efectivo, la Corte señaló:

“Los recursos judiciales interpuestos por el señor Fornerón no cumplieron con dar una respuesta efectiva e idónea para proteger su derecho y el de su hija a la

⁴⁹⁷ *Ibid.*, párr. 104.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, párr. 105.

protección de la familia y a los derechos del niño de M. En consecuencia, el Estado violó el derecho a la protección judicial reconocido en el artículo 25.1 de la Convención, en relación con los artículos 17.1, 8.1 y 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Fornerón y de su hija M, así como en relación con el artículo 19 de la misma en perjuicio de esta última.”⁴⁹⁹

Por lo tanto, el argumento de la Corte IDH de que los procedimientos donde estén involucrados NNA deben ser expeditos y diligentes, es acorde con el respeto al derecho a un recurso judicial pleno y efectivo,⁵⁰⁰ el cual –a pesar de que sean derechos diferentes– ello no implica necesariamente el que no puedan relacionarse o ser compatibles. Al contrario, son derechos que deben convivir armónicamente para que sea protegido el ISN en su integridad. Sobre todo, cuando la posición de la Corte IDH, siempre ha sido asegurar una protección integral de la persona humana y, en particular, en el caso de una de las poblaciones que se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad.

Ahora bien, sobre la protección a la familia, derecho que fue desconocido al señor Fornerón al negarle la guarda judicial y mantener la adopción de su hija biológica a un matrimonio adoptante, sin haber existido el elemento de excepcionalidad, antes mencionado, la Corte utilizó el derecho a la identidad como medio de conexión entre la niña y derecho de familia. Es decir, el derecho a la identidad es un elemento crucial en este caso, se vio afectado debido a que la niña creció dentro de la familia adoptiva, negándole el vínculo con su familia biológica. Más aun teniendo presente que el progenitor no estaba de acuerdo con la adopción ni mucho menos con la decisión judicial de negarle un régimen de visitas para estar con su hija.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, párr. 111.

⁵⁰⁰ Corte IDH, Caso *Blake vs. Guatemala (fondo)*, Sentencia del 24 de enero de 1998, serie C, núm. 36, párr. 102; Corte IDH, *Paniagua Morales y Otros vs. Guatemala (fondo)*, Sentencia del 08 de marzo de 1998, serie C, núm. 37, párr. 164; Corte IDH, Caso *Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú (fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia del 30 de mayo de 1999, serie C, núm. 52, párr. 184; Corte IDH, Caso *Cesti Hurtado vs. Perú (excepciones preliminares)*, Sentencia del 29 de septiembre de 1999, serie C, núm. 41, párr. 121; Corte IDH, Caso de los “*niños de la calle*”, *op. cit.*, párr. 234, entre otros.

Todos esos hechos impidieron que se entablaran lazos con su familia biológica, por lo que no se desarrollaron relaciones familiares importantes para el bienestar de la niña, los cuales derivaron en violación al derecho a la protección de la familia.

Sin embargo, es importante mencionar que, sobre este punto, la Corte IDH no hizo una interpretación del ISN sobre el derecho a la familia. Más aun cuando el Comité señaló que era indispensable llevar a cabo una evaluación y determinación del ISN en el contexto de una posible separación de la niña y sus padres.⁵⁰¹ Adicionalmente, la misma Corte señaló que las autoridades judiciales de Argentina no determinaron la existencia de alguna circunstancia excepcional establecida en la CDN para que sea justificara la separación familiar.

Por lo tanto, tomando en consideración los argumentos señalados, sobre este caso podemos concluir, en primer lugar, que la determinación del ISN en casos de cuidado y custodia de NNA se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del(de la) niño(a) según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios.

En segundo lugar, se debe propiciar el desarrollo de la niñez con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

Por último, el contenido del ISN no debe ir en contra de unos de los principios básicos de las normas internacionales en derechos humanos, el de no discriminación.

El concepto del ISN como una norma de procedimiento, por otro lado, se debe aplicar en cualquiera de éstos en que esté involucrado un NNA. Primeramente, la evaluación y determinación del ISN requiere que sea rápido y expedito; pero, a la vez, que deba manejarse con suma diligencia en cuanto a el reconocimiento y resguardo de los derechos de los NNA.

En segundo lugar, el ISN enfocado como norma de procedimiento también implica que los Estados deban contener normas procesales e instituciones especiales a favor de los derechos de la niñez que ayuden a agilizar las demoras injustificadas y los extensos trámites legales.

Otro caso muy importante en donde la Corte IDH interpreta el ISN lo encontramos en *Atala Riffo y niñas vs. Chile*,⁵⁰² el cual se relaciona con el trato discriminatorio y la

⁵⁰¹ Comité DN, *Observación General No. 14. op. cit.*, párr. 58.

⁵⁰² Corte IDH, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *op. cit.*, pp. 1-91.

interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en la pérdida del cuidado personal y custodia de sus hijas. El caso se relaciona directamente con la inadecuada interpretación del ISN por parte de los tribunales del Estado chileno. En el que el Juzgado de Menores de Villarrica utilizó como fundamentos: el que la señora Atala Riffo había privilegiado sus intereses sobre el bienestar de sus hijas, en el contexto de una sociedad heterosexual y tradicional, por lo tanto, el padre ofrecía una mejor garantía del interés superior de las niñas. Asimismo, la decisión de la Corte Suprema sobre la tuición provisoria tuvo como fundamento principal la orientación sexual de la señora Atala Riffo, por lo que este tribunal realizó una diferencia de trato basada en esta categoría.

De acuerdo con los hechos descritos anteriormente, la Corte IDH analizó la violación de los siguientes derechos:

- La obligación de respetar los derechos de la Convención (artículo 1);
- El derecho a la vida privada (artículo 11);
- El derecho a la protección de la familia (artículo 17);
- La igualdad ante la ley (artículo 24);
- La protección judicial (artículo 25);
- Las garantías individuales (artículo 8);
- Los derechos del niño (artículo 19).

En primer lugar, en este caso en particular, la Corte IDH, tomando en cuenta la decisión de tuición (cuidado personal) provisoria del Juzgado de Menores de Villarrica, donde señaló que:

“es tarea del sentenciador asegurar...el interés superior del niño, lo que importa realizar un análisis preventivo o anticipado conducente al fin último que ha de tenerse en cualquier resolución judicial que afecte al menor de edad y que no es otro que procurar su máximo bienestar.”⁵⁰³

⁵⁰³ Resolución de la demanda de tuición provisoria por el Juzgado de Menores de Villarrica de 2 de mayo de 2003.

Sobre este argumento, la Corte señaló que el objetivo general de proteger el principio del ISN es, en sí mismo, un fin legítimo; pero, además, imperioso.⁵⁰⁴ Por lo tanto, el ISN siempre debe tomarse en cuenta de manera primordial, tanto en la esfera pública como privada, tal como lo señala expresamente el artículo 3, párrafo 1 de la CDN.

Además, la Corte reiteró que el principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños, el ISN, se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de este grupo poblacional, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de niños y niñas, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.⁵⁰⁵ Por lo tanto, la determinación del ISN exige garantizar la efectividad de los derechos reconocidos en la CDN, en palabras del Comité esto se refiere a garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holística del niño y promover su dignidad humana.⁵⁰⁶

Aún más, la Corte señala que, en casos de custodia y cuidado de NNA, la concreción del ISN se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño, según el caso, los cuales también incluyen los daños y riesgos reales y probados, y no como se ha venido desarrollando, en casos como en el fallo de *Fornerón e hija vs. Argentina*, de especulaciones, presunciones o estereotipos.

La Corte, entonces, dictaminó que no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características personales de los(as) progenitores(as) o sobre las preferencias culturales de ellos(as) con respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.⁵⁰⁷

En consecuencia, la Corte señaló que:

“...observa que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían

⁵⁰⁴ *Ibid.*, párr. 108.

⁵⁰⁵ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, *op. cit.*, párr. 56.

En igual sentido, ver: Preámbulo de la Convención Americana.

⁵⁰⁶ Comité DN, *Observación General No. 14*, *op. cit.*, párr. 5.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, párr.109.

conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona.”⁵⁰⁸

Argumento importante para señalar que el ISN no puede ser utilizado para acciones que tengan como finalidad discriminar en contra de cualquiera de los(as) progenitores(as) por cualquier razón o condición, pero, además, el propio ISN no puede ir en contra del derecho a la no discriminación a favor de los NNA. Es decir, que esta determinación no podrá ir en contra de la naturaleza jurídica de este concepto, el cual nace desde una perspectiva de derechos humanos en aras de eliminar toda forma de discriminación.

Cabe señalar que dicho argumento también fue invocado en el caso *Fornerón e hija vs. Argentina*.⁵⁰⁹ Sin embargo, a diferencia de él, en este caso, la Corte IDH concluyó además que el “interés superior” es un fin legítimo en abstracto; y, por lo tanto, la sola invocación o referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podría conllevar –en el caso, la particular orientación sexual de la madre– para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido, como el de poder de ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna en función de la orientación sexual de la persona.

Ahora bien, sobre el argumento de que el ISN pueda verse afectado por el riesgo del rechazo por la sociedad, la Corte IDH consideró lo siguiente:

“...que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un "daño" válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el

⁵⁰⁸ *Ibid.*, párr.110.

⁵⁰⁹ Corte IDH, Caso *Fornerón e hija vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 50.

*argumento de proteger el interés superior del menor de edad. En el presente caso, el Tribunal resalta que, además, la señora Atala no tenía por qué sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual.*⁵¹⁰

Ahora bien, sobre el argumento de la Corte Suprema de Chile de la posible confusión de roles que podría producirse en las tres niñas por convivir con su madre y su pareja, la Corte IDH concluyó lo siguiente:

*“...que la Corte Suprema de Justicia no cumplió con los requisitos de un test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico supuestamente sufrido por las tres niñas a causa de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo. Además, el Tribunal considera que, en el caso concreto, el hecho de vivir con su madre y su pareja no privaba a las niñas del rol paterno, por cuanto el objeto del proceso de tuición no implicaba que el padre hubiera perdido el contacto con ellas.”*⁵¹¹

Tomando en cuenta lo anterior, la Corte IDH concluyó que si bien la sentencia de la Corte Suprema de Chile y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés de las niñas no se probó que la motivación esgrimida en la decisión fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema no comprobó –en el caso concreto– que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectare de manera negativa el interés superior de las niñas. Por el contrario, utilizó argumentos abstractos, estereotípicos y/o discriminatorios para fundamentar la decisión.⁵¹²

⁵¹⁰ *Ibid.*, párr. 131.

⁵¹¹ *Ibid.*, párr. 121

⁵¹² *Ibid.*, párr. 146.

Además, al haber tomado como fundamento para su decisión la orientación sexual de la madre la decisión de la Corte Suprema discriminó, a su vez, a las tres niñas, puesto que tomó en cuenta consideraciones que no habría utilizado si el proceso de tuición hubiera sido entre dos padres heterosexuales. En particular, la Corte reiteró que el interés superior es un criterio rector para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño(a).⁵¹³

Además, el trato discriminatorio en contra de la progenitora tuvo repercusión en las niñas, pues fue el fundamento para decidir que no continuarían viviendo con ella. De manera que dicha decisión irradió sus efectos al ser ellas separadas de su madre como consecuencia de la orientación sexual de la misma.⁵¹⁴

Estos argumentos son contrarios al concepto del ISN y, sobre todo, a la perspectiva de derechos humanos, ya que la diferenciación entre la identidad de género o sexual en razón de capacidades y habilidades en el cuidado y protección de NNA atenta contra las obligaciones internacionales no sólo en materia de la niñez sino, también, en materia de derechos humanos.

En este sentido, la Corte IDH señaló que el ISN no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la progenitora o del progenitor por la orientación sexual de cualquiera de ellos(as), la cual se extiende a los derechos de las dos niñas.⁵¹⁵ El problema es que la discriminación, en cualquiera de sus numerosos tipos, no sólo afecta a la progenitora, sino que se traduce en la restricción del goce pleno de los derechos del niño(a).

En el mismo sentido, la académica LAURA CLÉRICO señala que “una condición social no puede ser tomada en cuenta como elemento para decidir sobre una tuición o custodia encaminada a la protección del fin legítimo alegado por el Estado de protección del interés superior del niño”.⁵¹⁶ Además, señala que “el trato diferenciado debería de basarse en razones independientes de la orientación sexual de las personas, de lo contrario se incurriría en discriminación”.⁵¹⁷

⁵¹³ *Ibid.*, párr. 154.

⁵¹⁴ *Ibid.*, párr. 155.

⁵¹⁵ *Ibid.*, párr. 110.

⁵¹⁶ Clérico, Laura, “El caso Atala de la Corte IDH: Posibilidades y Perspectivas”, en: *Contextos*, núm. 6, Buenos Aires, 2013, p. 88.

⁵¹⁷ *Idem.*

Asimismo, tratándose de la prohibición de la discriminación por orientación sexual de los(as) progenitores(as) la eventual restricción de un derecho cualquiera que fuese exigiría como ha expresado el Tribunal Europeo DH en el asunto *Karner vs. Austria*, “una fundamentación rigurosa y de mucho peso”.⁵¹⁸

La Corte Suprema de Chile, entonces, al haber concretado el principio del interés superior en su fallo empleando el criterio supuestamente más benéfico para las niñas teniendo presente la presión social y la poca tolerancia frente a otros grupos sociales; en realidad les puso en una situación más desventajosa o perjudicial de haber considerado –sin el prejuicio de orientación sexual de uno(a) de los(as) progenitores(as)– las restantes opciones que la realidad o la situación personal o familiar específica ofrecía a las niñas. Por el contrario, al haber –esta Corte– tomado en cuenta la orientación sexual de uno(a) de los(as) progenitores(as) como criterio fundamental para adjudicar en el caso y determinar el ISN no sólo vulneró este último concepto, sino que, además, atentó contra los derechos del niño, en su conjunto. Por lo tanto, esa evaluación del ISN no cumple con el propósito general de garantizar todos y cada uno de los derechos reconocidos en la CDN.

Para la académica SONIA RODRÍGUEZ, “esta sentencia se decidió desde el prejuicio y la tensión social, generalizado y basando su argumento en un temor futuro de rechazo que podrían sufrir las niñas por falta de tolerancia y respeto social.”⁵¹⁹ La autora señala, sin embargo, que “ellas se tratan de meras suposiciones y prejuicios que afectan directamente los derechos del niño.”⁵²⁰

En el mismo sentido, dado que los tribunales internos tuvieron como referente de peso la orientación sexual de la progenitora al momento de decidir sobre la tuición, expusieron diversos aspectos de su vida privada a lo largo del proceso. La Corte IDH observó que, si bien la razón esgrimida para interferir en la esfera de la vida privada de la madre se repetía (el supuesto interés superior de las niñas), consideró que la medida resultó inadecuada y desproporcionada para cumplir con dicha finalidad, desde que el límite estaba en el estudio preciso de las conductas parentales sin necesidad de escrutar ni menos exponer la orientación

⁵¹⁸ Tribunal Europeo DH, Caso *Tedh, Karner vs. Austria*, Sentencia No. 40016/98, de 24 de julio de 2003, párr. 37. Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *op. cit.*, párr. 124, 130 y 166.

⁵¹⁹ Rodríguez Jiménez, Sonia, “El caso Karen Atala: la conjugación de la orientación sexual y el principio del interés superior del menor”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 45, núm. 135, 2012, p. 1290.

⁵²⁰ *Idem.*

sexual de los mismos. En otros términos, afirmó que la orientación sexual de una persona no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad.

Así, la Corte IDH concluyó que el ámbito de la privacidad debe quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad, cuando no atañe a circunstancias relevantes para la determinación del ISN.

Además, sobre la discriminación que sufrió la progenitora, la Corte IDH también estudió el impacto en las niñas, al señalar que:

“...la Corte resalta que las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha aclarado en su Observación General No. 7 que los niños y las niñas pueden sufrir las consecuencias de la discriminación de la cual son objeto sus padres, por ejemplo si han nacido fuera del matrimonio o en otras circunstancias que no se ajustan a los valores tradicionales.”⁵²¹

Por lo tanto, completamente de acuerdo con la Corte, la decisión fundada en la orientación sexual de la progenitora no sólo afectó a ésta, sino que de la misma manera a las tres niñas. Esta decisión discriminatoria irradió sus efectos a ellas, a quienes también debe considerarse víctimas directas de la discriminación. Más, cuando se les negó el goce de su derecho a la vida familiar y a la convivencia con su progenitora.

⁵²¹ *Ibid.*, párr. 151.

Sobre este asunto, la Corte señaló que:

“...los fundamentos presentados tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Juzgado de Menores de Villarrica en la decisión de tuición provisoria constituyeron una medida inidónea para proteger el interés superior del niño (supra párr. 146), lo cual tuvo además como resultado la separación de la familia constituida por la madre, su pareja y las niñas. Ello constituye una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar.”⁵²²

Pero no solamente al derecho a la vida privada y familiar sino –como vimos en el caso *Fornerón vs. Argentina*– sobre el derecho a la protección a la familia, el cual le fue negado a la señora Atala y a sus hijas, tras negarle la guarda judicial y mantener la custodia, sin haber existido el elemento de excepcionalidad, antes mencionado.

Por otro lado, sobre el derecho de los niños y las niñas a ser oídos en los procesos en que se determine el ISN, la Corte IDH constató que la Corte Suprema de Justicia de Chile no explicó en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las niñas.

Así, la Corte IDH observó que la Corte Suprema no adoptó una decisión en la que, previamente, se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias sobre convivencia expresadas por las niñas concernidas ni de las eventuales razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas.

Lo anterior, es relevante, ya que la Observación General No. 12 de 2009 del Comité DN resaltó la relación entre el ISN y el derecho a ser escuchado, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 (ISN) si no se respetan los componentes del artículo

⁵²² *Ibid.*, párr. 178.

12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida.⁵²³

Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior, pero sin motivar ni fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, más aún, sin tomar en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del ISN.

Tomando en cuenta las razones anteriores, la Corte IDH concluyó que la decisión de la Corte Suprema de Chile violó, asimismo, el derecho de las niñas a ser oídas y ser sus opiniones tomadas debidamente en cuenta, consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la CADH.⁵²⁴ Sobre el punto anterior, la Corte señaló:

“...el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.”⁵²⁵

Además, la Corte no sólo se limita al derecho del NNA a participar, sino que también a:

“...que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que

⁵²³ Comité DN, *Observación General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12, 2009, párr. 74.

⁵²⁴ Artículo 1. Obligación de respetar los derechos.

Artículo 8. Garantías judiciales.

Artículo 19. Derecho de la niñez.

⁵²⁵ *Ibid.*, párr. 199.

*se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto.*⁵²⁶

Sobre este asunto, el Comité DN ha señalado que el artículo 12 de la CDN no sólo establece el derecho de cada niño(a) de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino que el artículo abarca también el subsiguiente derecho a que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño(a).⁵²⁷

Es muy importante destacar que el razonamiento de esta decisión de la Corte IDH se sustenta en que el ISN está muy relacionado con el derecho del niño(a) a ser escuchado, de tal forma que las decisiones de los órganos llamados a reconocerle y prestarle resguardo no pueden sustraerse a dicho vínculo, de manera que lo que constituya el ISN se informe, también, de considerar lo manifestado libremente por los NNA.

En ese sentido, el Comité DN ha señalado que no es posible la aplicación correcta del principio de ISN si no se atiende al derecho de este grupo a ser escuchado.⁵²⁸ Ambas categorías tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad un conjunto de condiciones estimadas de beneficio superior para el NNA; mientras que el derecho a ser escuchado tiene una orientación instrumental o metodológica, en cómo llevar a cabo o acceder a dichas condiciones.⁵²⁹

En sentido convergente se pronuncia LÓPEZ ECHEVERRY al señalar que “los derechos de la infancia comprenden no sólo el expresar una opinión, sino de que ésta sea tomada en cuenta en la decisión de los asuntos que le conciernen.”⁵³⁰ Lo anterior, naturalmente, atendiendo elementos como la edad del NNA, su grado de madurez e incluso el posible grado de alienación parental. En efecto, si bien partimos de que el ISN no siempre

⁵²⁶ *Ibid.*, párr. 199.

⁵²⁷ Comité DN, *Observación General No. 12*, *op. cit.*, párr. 15.

⁵²⁸ Comité DN, *Observación General No. 14*, *op. cit.*, pp. 11-12.

⁵²⁹ *Ibid.*, párr. 43.

⁵³⁰ López Echeverry, O., "Situación, naturaleza y perspectivas del proyecto de convención sobre los derechos del niño", varios autores, en: *Derechos de la niñez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, p. 18.

coincide con los deseos y opiniones de aquellos,⁵³¹ es fundamental escucharlos, tomar en cuenta sus opiniones y razonar, en su caso, por qué la instancia judicial se aparta de la voluntad expresada por los NNA.

De igual forma, sobre esta relación entre ambas categorías, el académico MIGUEL CILLERO BRUÑOL señala que “no siempre coincidirá la determinación del ISN en el caso concreto con las opiniones de los infantes, aun cuando el NNA tenga la edad y madurez para formarse un juicio propio. Por tal razón, el operador jurídico debe evaluar razonablemente el peso de las opiniones del niño, en relación con sus consecuencias para el conjunto de sus derechos fundamentales, así como en relación a su nivel de madurez.”⁵³² Este autor agrega que “esa valoración exige una carga argumentativa superior a la decisión que se aleje de la opinión del niño o de la niña.”⁵³³

Por otro lado, el académico OSCAR PARRA VERA señala que “en este caso concreto, la Corte IDH también tuvo en cuenta el principio de autonomía progresiva, según el cual los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera sucesiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, entre ellos el derecho a ser escuchados.”⁵³⁴ En esta perspectiva, el derecho a ser escuchados genera que el NNA pueda poner en práctica de manera personal sus derechos; y no a través de los adultos, actualizando la capacidad de los niños y de las niñas para poner en práctica sus derechos en la medida que se van desarrollando como personas.

Reafirmando el argumento anterior, el Comité DN ha señalado que la relación entre el ISN y el derecho a ser escuchado al afirmar que no es posible una aplicación correcta del artículo 3.1 (ISN) si no se respetan los componentes del artículo 12 (derecho a ser oído). Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionabilidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los(las) niños(as) en todas las decisiones que afecten su vida.⁵³⁵

⁵³¹ Rivero Hernández, Francisco, *op. cit.*, pp. 149-150.

⁵³² Declaración escrita rendida por el perito Cillero Bruñol el 4 de agosto de 2011 (expediente de fondo, tomo II, folios 935, 939, 940) en el caso *Atala Riffo vs. Chile*.

⁵³³ *Idem*.

⁵³⁴ Parra Vera, Oscar, “Principales aportes Atala para la discusión regional sobre orientación sexual, igualdad y discriminación”, Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, Marcela Morales-Antoniuzzi (coord.) en: *Igualdad y Orientación Sexual: en el caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su Potencial*, Editorial Porrúa, México, 2012, p. 206.

⁵³⁵ Comité DN, *Observación General No. 12, op. cit.*, párr. 74

Tomando en cuenta todo lo anterior, en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, la Corte IDH brindó tres criterios jurisprudenciales que deben ser tomados en cuenta al momento de evaluar y determinar el ISN.

Como principio, en primer término, el concepto debe tomar en cuenta el derecho del NNA a ser escuchado, informado y participar en el mismo. De tal forma que respetando este derecho se aplicará de manera paralela el principio de la autonomía progresiva.

Y, en segundo término, el ISN no debe ser distinto a los fines y naturaleza del derecho a la igualdad y no discriminación. Al contrario, estos dos elementos deben necesariamente converger sin contradecirse uno con otro, ya que es inadmisibles de legitimar la discriminación con el argumento de proteger el ISN.

Además, esta sentencia, también brindó un tercer elemento de carácter procedimental. Es decir, siempre que se tome una decisión que afecte a un NNA, la evaluación y determinación del ISN requiere que se garantice como norma procesal que no sólo puede ser solamente invocado su aplicación, sino más bien, se debe motivar y fundamentar la justificación de los elementos de éste por parte de los(las) operadores(as) jurídicos sobre la decisión de la aplicación e interpretación de este.

Otro fallo muy importante es el caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*,⁵³⁶ cuyos hechos consisten en el contexto de la presencia militar en el estado de Guerrero, dirigida a reprimir actividades ilegales de la delincuencia organizada. Cabe mencionar que en este estado de la República Mexicana viven diversas comunidades indígenas con tradiciones e identidades culturales propias; lamentablemente con altos índices de marginación y pobreza.

Valentina es una mujer indígena que al momento de los hechos del caso tenía 17 años de edad, tenía una hija y estaba casada. Ella se encontraba en un arroyo para bañarse, cuando 8 militares, acompañados de un civil detenido, se acercaron a ella y la rodearon. Dos de ellos la interrogaron, le mostraron una foto y una lista con nombres, mientras uno de ellos le apuntaba con su arma. Cuando ella mencionó que no los conocía, la golpearon, tirandola al suelo y abusando sexualmente de ella.

Sobre estos hechos del caso, la Corte IDH analizó violaciones a la Convención Americana, tales como:

⁵³⁶ Corte IDH, Caso *Rosendo Cantú y otras vs. México (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C, núm. 216, pp. 1-107.

- Derecho a la integridad personal (artículo 5);
- Derecho a la protección de la honra y dignidad (artículo 11);
- Garantías judiciales (artículo 8);
- Protección judicial (artículo 25);
- Derechos del niño (artículo 19).

Sobre este fallo la Corte IDH estudió dispersas cuestiones relacionadas al caso, entre ellas a los derechos del niño, debido a que Valentina tenía 17 años al momento de los hechos y, debido a ello, el Estado mexicano tenía el deber de considerar medidas especiales en atención a la condición de adolescente.

En este sentido, la Corte en reiteradas sentencias ha mencionado que los Estados deben prestar especial atención a las necesidades y a los derechos del niño, debido a su condición de vulnerabilidad, incluyendo a su género.⁵³⁷

Debido a los hechos del caso, de acuerdo con la Corte IDH, el Estado debió haber adoptado medidas especiales a favor de Valentina, en la denuncia penal y hasta la reparación del daño, sobre todo por tratarse de una adolescente indígena, cuyas comunidades son afectadas por la pobreza, marginación, entre otros.⁵³⁸

Sobre el ISN, la Corte IDH señaló que:

“La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados puede implicar, inter alia, lo siguiente: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo a sus necesidades; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños y niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a

⁵³⁷ *Ibid.*, párr. 201.

⁵³⁸ *Idem.*

ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen su entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño. »⁵³⁹

Tomando en cuenta lo anterior, la Corte IDH pudo desentañar el ISN del caso en las medidas especiales de acuerdo a su edad, pertenencia a una comunidad indígena, todo ello de acuerdo al ISN como una norma de procedimiento al momento de la presentación de la denuncia y procedimiento penal.

Lo anterior, es sumamente relevante, ya que el ISN debe garantizar que el ISN esté de acorde a las necesidades específicas de su condición, tomando en cuenta no sólo la edad, sino también el género y la pertenencia de un determinado grupo social. El ISN no sólo se limita a la edad, sino que es mucho más intrgral tomando en cuenta todos los elementos necesarios de la necesidades específicas de cada NNA.

También es importante resaltar de este fallo que el ISN no sólo se centró en el ámbito procedimental, sino que dentro de la lectura del texto de la sentencia, puede notarse también que se Corte IDH hizo hincapié en consideraciones sobre la pertenencia a la comunidad indígena en Guerrero y a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las adolescentes y las mujeres. Sobre todo por las consecuencias sociales y culturales que provocan estos hechos en contra de las adolescentes y las mujeres. Algunas de ellas terminan en el desplazamiento interno por los daños inmateriales que sufren por parte de la comunidad.

Al respecto, en el apartado de reparación del daño inmaterial, se menciona lo siguiente:

“...la violación sexual de la señora Rosendo Cantú ha generado efectos devastadores en su vida. Al respecto, hicieron referencia al permanente estado de dolor, tristeza,

⁵³⁹ *Ibid.*, párr. 201.

culpa y ansiedad de la víctima, provocado por la misma, por la estigmatización y por el abandono, tanto de su pareja como de su comunidad, así como la impotencia y la desesperanza que siente por la falta de justicia. Asimismo, la estigmatización vivida le causó un estado de indefensión y total vulnerabilidad, que le generó vivir momentos traumáticos, y provocó que su arraigo en la comunidad se destruyera. Igualmente, la insensibilidad con la que fue tratada por los funcionarios que la atendieron, la impunidad y el conocimiento del caso por parte de la jurisdicción militar han exacerbado sus sentimientos de impotencia, angustia y tristeza.”⁵⁴⁰

El siguiente fallo es más reciente, el caso *Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*,⁵⁴¹ cuyos hechos consisten en la ejecución extrajudicial de Igmarr Alexander Landaeta Mejías por parte de la Policía de Aragua; y en los días posteriores, de la privación de libertad ilegal y detención arbitraria de Eduardo José Landaeta Mejías, de 17 años, quien fue igualmente ejecutado sin juicio, en el marco de un supuesto traslado de detención.

Sobre los hechos del caso, la Corte IDH analizó violaciones a la Convención Americana, tales como:

- Derechos la vida (artículo 4);
- Derecho a la integridad personal (artículo 5);
- Garantías judiciales (artículo 8);
- Protección judicial (artículo 25);
- Derechos del niño (artículo 19).

En este fallo, sobre el estudio del derecho a la libertad personal en relación con los derechos del niño, la Corte señaló que:

⁵⁴⁰ *Ibid.*, párr. 277.

⁵⁴¹ Corte IDH, Caso *Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia de 27 de agosto de 2014, serie C, núm. 281, pp. 1-99.

“...los niños y niñas al ser titulares de todos los derechos reconocidos en la Convención Americana, cuentan además con las medidas especiales contempladas en el artículo 19 del mismo instrumento, por lo que cualquier caso que involucre un menor de edad debe ser analizado de forma transversal. En este sentido, la Corte afirma que desde los primeros momentos de la detención se debió brindar a Eduardo Landaeta, el trato y los derechos que le correspondían como adolescente menor de edad.”⁵⁴²

Sobre la detención arbitraria de un NNA, la Corte reiteró que cuando niños, niñas o adolescentes se encuentren involucrados(as), el contenido del derecho a la libertad personal no puede deslindarse del ISN y del carácter que reviste la posición de garante del Estado respecto de los NNA.⁵⁴³ En este sentido, la Corte argumentó que la CDN, ratificada por Venezuela desde 1990, establece en el artículo 37.b) que “los Estados Parte velarán porque: b) ningún NNA sea privado(a) de su libertad ilegal o arbitrariamente.

Además, como regla general la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño o niña se llevarán a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda.⁵⁴⁴

La Corte IDH argumentó que la primera obligación estatal es la de contar con un marco legal específico que establezca con claridad las causas y condiciones por las cuales los agentes del Estado pueden proceder a la privación de la libertad personal de un adolescente.

⁵⁴² *Ibid.*, párr. 157.

⁵⁴³ Corte IDH, Caso “*Instituto de Reeduación del Menor*” vs. *Paraguay (sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C, núm. 112, pp. 1-160. y Corte IDH, Caso *Mendoza y otros vs. Argentina (sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones)*, Sentencia del 14 de mayo de 2013, serie C, núm. 260, párr. 161.

⁵⁴⁴ *Idem.*

En similar sentido, el Comité DN ha establecido que “[l]os principios fundamentales relativos a la privación de libertad son los siguientes: a) la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda; y b) ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente”. Comité DN, *Observación General, No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores*, CRC/C/GC/10, 2007, párr. 79.

Ello supone contar con una legislación penal y procesal que dé cuenta de la especificidad de los derechos de toda persona menor de 18 años, precisamente bajo el criterio rector del ISN. La Corte señala que esta legislación debe ser acorde al paradigma de la protección integral que surge de la CDN, por lo que debe contemplar, entre otros, el establecimiento de una edad mínima de responsabilidad penal, el principio de tipicidad penal, el derecho al debido proceso, el derecho de defensa y la garantía de la excepcionalidad de la privación de libertad (esto es, que sólo puede ser utilizada como último recurso).

Con respecto a lo último, la Corte estima que la privación de libertad en el ámbito de la justicia penal juvenil sólo podrá excepcionalmente justificarse en casos previstos en la ley, la cual deberá establecer con claridad sus causas y condiciones, así como la competencia e instancias estatales especializadas en la materia, tanto a nivel policial como judicial y señalar las instituciones encargadas de hacer cumplir las medidas privativas de libertad, con el objetivo de articular una “justicia separada” para adolescentes, claramente diferenciada del sistema de justicia penal de los adultos, tanto a nivel normativo como institucional.⁵⁴⁵

Lo anterior, no sólo es acorde con la CDN en su artículo 37, sino también con las mejores prácticas señaladas por el Comité en diferentes situaciones en la que se encuentra involucrada un NNA.⁵⁴⁶

Ahora bien, la detención, también trae aparejado el derecho a ser informado de los motivos de la detención, la cual es sumamente relevante, ya que constituye una medida para evitar detenciones arbitrarias. Por tal razón, las autoridades al momento de la detención deben brindar información sobre las razones de su actuación.

Además, la CDN señala que todo(a) niño(a) debe ser informado(a) sin demora y directamente, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o representantes legales, de los cargos que pesan sobre él(ella).⁵⁴⁷

⁵⁴⁵ *Ibid.* párr. 163.

⁵⁴⁶ Comité DN, *Observación General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, Observación General No. 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño; Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de niños, niñas y adolescentes; Observación General No. 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia; Observación General No. 14, Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, entre otras.

⁵⁴⁷ En este sentido, el Comité DN, ha interpretado los términos de “ser informado sin demora y directamente de los cargos”, del artículo 40.2 de la CDN, en el sentido de “lo antes posible, es decir

En una medida relevante sobre la detención de un NNA, la Corte señaló que:

“...en caso de ser necesario requerir identificar y determinar la edad de una persona, especialmente un posible menor de edad, el Estado, a través de sus autoridades competentes en la materia, debe realizar de oficio las acciones pertinentes para acreditar fehaciente la minoría de edad, a través de una evaluación con criterios científicos, teniendo en cuenta la apariencia física (características somáticas y morfológicas) y la madurez psicológica, realizada de forma segura, respetuosa y con consideraciones de género e impactos diferenciados. En caso que no sea posible llegar a una determinación certera de la edad, se debe otorgar “al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se le trate como tal.”⁵⁴⁸

Esta medida es necesaria para proteger y garantizar los derechos de un NNA, sobre todo en caso de no tener la certeza, la autoridad debe brindar el beneficio de la duda. Más aún cuando estamos ante la presencia de un NNA que requiere medidas especiales de protección.

Por otro lado, cuando un NNA es privado de su libertad debe ser puesto a disposición de un(a) juez(a) competente para que –sin demora– refrende la legalidad de esta y así se respeten los derechos del niño(a). Sobre este asunto, el Comité ha señalado que en la implementación de esta disposición todo NNA detenido y privado de la libertad deberá ser puesto a disposición de una autoridad competente en un plazo de veinticuatro horas para que se examine la legalidad de su privación de libertad o la continuidad de ésta.⁵⁴⁹

cuando el fiscal o el juez inicie las actuaciones judiciales contra el niño. Comité DN, *Observación General No. 10, op. cit.*, párr. 47 y 167.

⁵⁴⁸ *Idem.*

⁵⁴⁹ *Ibid.*, párr. 177.

Tomando en cuenta lo anterior, como medida de reparación, la Corte señaló que el Estado debe establecer programas de capacitación del personal administrativo y jurisdiccional, a efectos de asegurar que el funcionamiento concreto del sistema logre el objetivo de la plena realización de los derechos de NNA, entre ellos el respeto y aplicación correcta del ISN.⁵⁵⁰

Además, sobre el ISN, el Estado debe tomar en cuenta todas y cada una de estas medidas para poderlo determinar conforme a las obligaciones internacionales, más si la privación de libertad de un NNA ha de ser la excepción y, en caso de llevarse a cabo, han de establecerse requisitos mínimos.

Por otro lado, en lo que respecta al derecho a la vida sobre este caso, la Corte IDH señaló que:

“...en materia de derecho a la vida, cuando el Estado se encuentra en presencia de niños privados de libertad, tiene además de las obligaciones señaladas para toda persona, una obligación adicional establecida en el artículo 19 de la Convención Americana. “Por una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño. Por otra, la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión.”⁵⁵¹

Por esa razón, en presencia de NNA privados de libertad, el Estado tiene –además de las obligaciones señaladas para toda persona– una obligación adicional establecida en el artículo 19 de la Convención Americana. Debe asumir su posición especial de garante con

⁵⁵⁰ Informe pericial del Dr. Diego Camaño Viera, (expediente de fondo, folios 755 y 756. Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, op. cit., párr. 159.

⁵⁵¹ *Ibid.* párr. 182.

mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del ISN. Además, el Estado tiene la obligación de cuidar, proteger y garantizar el derecho a la vida de un NNA, sobre todo cuando se encuentra a su disposición y cuidado.⁵⁵²

La Corte ha afirmado que de esa manera los Estados son responsables en su condición de garantes de los derechos consagrados en la Convención, de la observancia de estos frente a todo individuo que se halla bajo su custodia.⁵⁵³ Cuando una persona, y especialmente un adolescente, muere de manera violenta bajo su custodia, el Estado tiene la carga de demostrar que esta muerte no le es atribuible.

En este sentido, los artículos 6 y 27 de la CDN, incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño(a).”

Sobre este asunto, el Comité DN ha interpretado la palabra “desarrollo” de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social. Por lo tanto, un Estado tiene, respecto de los NNA privados(as) de libertad y que están bajo su custodia, la obligación de, *inter alia*, proveerlos(as) de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los NNA están sujetos(as) no destruirá sus proyectos de vida.⁵⁵⁴

En resumen, sobre este fallo podemos señalar –primero– que el ISN como concepto (entre ellos como principio) no puede deslindarse de la libertad personal de un NNA, el cual será el último recurso.

En segundo lugar, que el ISN como derecho, en materia de derecho a la vida, el Estado tiene la obligación adicional de ser garante de este derecho de la supervivencia y el desarrollo del niño(a).

En tercer lugar, en caso de privación de la libertad, el Estado debe garantizar el ISN como procedimiento, el cual incluye ser separado de los adultos, contar con instancias especializadas en materia de derechos del niño(a), y contar con programas de capacitación en la materia, entre otros.

⁵⁵² Caso “*Instituto de Reeducación del Menor*” vs. *Paraguay*, *op. cit.*, párr. 160.

⁵⁵³ Corte IDH, Caso *López Álvarez vs. Honduras (fondo, reparaciones y costas)*, sentencia de 1º febrero de 2006, serie C, núm. 141, párr. 104-106, y Caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 202.

⁵⁵⁴ Comité DN, *Observación General No. 21, Sobre los niños de la calle*, CRC/C/GC/21, 2017, p. 12.

1.3. Opiniones consultivas

Además de la función jurisdiccional contenciosa, la otra facultad que tiene la Corte IDH es la función consultiva. Se ha señalado que esta facultad está orientada a fortalecer el sistema y coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, y al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen los distintos órganos de la OEA.⁵⁵⁵

En ese sentido, la Corte IDH ha señalado que la competencia consultiva ofrece un método judicial alternativo, el cual está destinado a ayudar a los Estados y a los órganos a cumplir y aplicar tratados en materia de derechos humanos sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso.⁵⁵⁶ En efecto, adoptar una interpretación que sometiera el artículo 64 a los requisitos exigidos por el artículo 62 en cuanto a competencia por el sólo hecho de que pueda existir una controversia sobre una disposición implicada en la consulta sería, por lo tanto, contradictorio con el objeto y fin de la Convención y con las disposiciones pertinentes de ésta, restándole así la utilidad.⁵⁵⁷

Las opiniones consultivas de la Corte IDH, si bien no son vinculantes directamente para los Estados como los casos contenciosos, lo cierto es que representan una interpretación auténtica del Derecho Internacional, que como fuente auxiliar del mismo, deben ser tenidas como norma por los Estados Parte para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.⁵⁵⁸ En el caso mexicano, el Poder Judicial de la Federación ha señalado que aunque esas opiniones no revisten la obligatoriedad de una sentencia en un asunto litigioso, tienen efectos jurídicos innegables. El Poder Judicial concluyó que, “a pesar de que estas

⁵⁵⁵ Corte IDH, “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte. (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82, de 24 de septiembre de 1982, serie A, núm. 1, p. 25.

⁵⁵⁶ Corte IDH, *Restricciones a la pena de muerte*, op. cit., párr. 43.

⁵⁵⁷ *Idem*.

⁵⁵⁸ Nikken, Pedro, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Memoria del Seminario del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, t. I, 2ª ed., Corte IDH, San José Costa Rica 2003, p. 176.

opiniones consultivas no son vinculantes, sí son orientadoras para los jueces mexicanos, ya que tienen la finalidad de desentrañar el sentido de la Convención.”⁵⁵⁹

Tomando en cuenta lo anterior, la importancia de las opiniones consultivas apunta a las posibilidades prácticas que ofrecen su utilización, es decir, como medio para asegurar la vigencia de los derechos humanos, al margen de los procedimientos contenciosos, y con la probabilidad de que –precisamente por eso– su utilización encuentre mayor receptividad por parte de los Estados.⁵⁶⁰

En una postura doctrinal distinta se encuentra HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA, quien señala que “las opiniones consultivas sí son vinculantes para los Estados Parte, ya que están ajustadas al objeto y fin de la Convención Americana, la cual es la protección de los derechos humanos.”⁵⁶¹ Además agrega que, “a pesar que no se pueden ejecutar internamente, del mismo modo como está previsto en la Convención en relación con las sentencias, ello no les resta fuerza jurídica, ni exime a los Estados de observar la Convención en los términos en que ésta ha sido interpretada por la Corte.”⁵⁶²

Tomando en cuenta la naturaleza jurídica de las opiniones consultivas, es importante señalar que, para el objeto de nuestra investigación, éstas constituyen una aportación relevante que pueden ayudarnos a establecer el contenido del ISN, pues configuran una interpretación del DIDH.

Dicho esto, para efectos de esta investigación, se tendrá en cuenta los siguientes criterios de selección:

1. Se tomarán en cuenta aquellas opiniones consultivas relacionadas con los derechos de los NNA.
2. También se escogerán aquellas que puedan aportar a identificar criterios sobre el ISN y,

⁵⁵⁹ Tesis Asilada: 2014178, Tribunal Colegiado de Circuito, (I Región), 8°. 1 CS, Décima Época, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Libro 41, abril de 2017, tomo II, p. 1768.

⁵⁶⁰ Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2004, p. 238.

⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 993.

⁵⁶² *Idem.*

3. Además, se seleccionarán aquellas que sean más recientes debido a que contienen criterios actualizados de la realidad de la niñez en la región.

Tomando en cuenta estos criterios se seleccionaron tres opiniones consultivas que cumplen con esta metodología de selección.

En primer lugar, en lo que se refiere a esta función consultiva, en el 2002, a solicitud de la CIDH y de la Corte IDH interpretó precisamente si los artículos 8 y 25 de la CADH presentan límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados para dictar medidas especiales de protección de acuerdo al artículo 19 de la misma, por lo que, a ésta se le denominó la opinión consultiva número 17 con el tema: “*la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*”.⁵⁶³

La importancia de esta opinión consultiva es evidente, ya que fue la primera opinión consultiva donde se refuerza el reconocimiento por parte de la Corte IDH que los NNA son sujetos de derechos. Por lo tanto, existen derechos que aplican específicamente a la infancia y adolescencia.

En este sentido, en la interpretación de los artículos 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la CADH, la Corte fue más allá al tomar también en cuenta la CDN. Esto lo hizo invocando las disposiciones generales de interpretación consagradas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, particularmente, el principio de buena fe para asegurar la concordancia de una norma con el objeto y fin de la Convención Americana.⁵⁶⁴

Otro argumento relevante de esta opinión consultiva es que, debido a las condiciones en las que se encuentran los NNA, el trato diferente que se otorga a las personas adultas y los NNA no es *per se* discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, la Corte IDH señala que dicho trato sirve precisamente a permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos a la infancia y adolescencia, desde que los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no

⁵⁶³ Corte IDH, “*Condición jurídica y derechos humanos del niño*” Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, serie A, núm. 17, p. 2.

La Comisión solicitó a la Corte que “Interprete si los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos presentan límites al árbitro o de la discreción de los Estados para dictar medidas especiales de protección de acuerdo con el artículo 19 de la misma.”

⁵⁶⁴ Corte IDH, *Restricciones a la Pena de Muerte*, *op. cit.*, párr. 49.

tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquella.⁵⁶⁵

Por último, otro punto de suma relevancia para nuestra investigación es que la Corte IDH señala que el ISN es reconocido por la CDN, así como por la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. De acuerdo con este argumento, el ISN se funda sobre tres pilares:

1. En la dignidad misma del ser humano;
2. En las características propias de los NNA;
3. En la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.⁵⁶⁶

Sobre este argumento la Corte señaló lo siguiente:

“Este asunto se vincula con los examinados en párrafos precedentes, si se toma en cuenta que la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.”⁵⁶⁷

Tomando en cuenta lo anterior y para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior, la Corte IDH sostuvo que los NNA deben recibir medidas

⁵⁶⁵ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, op. cit., párr. 55.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, párr. 56.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, párr. 59.

especiales de protección. Además, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados especiales proviene de la situación específica en la que se encuentra la niñez. Es decir, se debe atender a su debilidad, inmadurez, o inexperiencia.

A pesar de tan prometedor pronunciamiento, la Corte IDH no fue más allá de la simple interpretación del ISN en el marco de las normas del DIDH. De forma tal que no fijó criterios normativos u otros elementos que sirvan para brindar contenido al ISN cuando se le interprete o aplique por los(las) operadores(as) jurídicos. En cambio, lo que sí determinó fue que la observancia de este concepto permitiría al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades.⁵⁶⁸ Lo cual significa que los NNA merecen recibir una atención integral, es decir, no sólo con respecto a aquellas necesidades relacionadas con lo físico y emocional, sino también con todas aquellas que habiliten su desarrollo integral, como, por ejemplo, las propiamente espirituales.

Otro aspecto relevante que identifica a esta opinión consultiva es que se debe ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales de protección, sino también las características particulares de la situación en la que se encuentran los NNA al momento de determinar el ISN.

Sobre este asunto, la Corte IDH afirmó que el(la) aplicador(a) del derecho deberá tomar en consideración las condiciones específicas del NNA con su ISN para acordar la participación de éstos, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación y en la medida de lo posible, se procurará el mayor acceso del NNA al examen de su propio caso.⁵⁶⁹

Para lograr esto, el(la) operador(a) jurídico deberá tomar en cuenta las particularidades de la situación en la que se encuentra el NNA, también será indispensable considerar a la familia como núcleo central de protección. Incluso, se deberá también considerar a los(las) educadores(as), y a la comunidad. Es decir, que implique una evaluación mucho más integral que incluya las actividades en las que se desarrolla cotidianamente.

Por otro lado, sobre las medidas especiales de protección, la Corte IDH señaló que le corresponden al Estado, a la familia, la comunidad y la sociedad a la que pertenece.⁵⁷⁰ En el

⁵⁶⁸ *Idem.*

⁵⁶⁹ *Ibid.*, párr. 102.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, párr. 62.

caso particular de la familia, la Corte señaló que, en principio, ésta debe proporcionar la mejor protección de los NNA contra el abuso, el descuido y la explotación. Por su lado, el Estado se ve obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los NNA, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.⁵⁷¹

Por regla general, el NNA, sobre todo si está separado o no acompañado, debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes en función de su interés superior para que no lo esté.

En todo caso, la separación debe ser excepcional y preferentemente temporal.⁵⁷² El criterio de la Corte IDH es sumamente importante, ya que la unión familiar debe prevalecer cuando se aplique el ISN, a menos que existan razones suficientes para considerar que la reunificación o la unión familiar no sean procedentes en caso de que se afecte la protección integral de los derechos del niño.

Por lo tanto, existe una relación entre el ISN y la unión familiar, la cual tiene como finalidad brindar medidas de protección para satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de la familia es fundamental en la vida de la persona humana, el cual debe ser garantizado por el Estado, y sólo en caso excepcional podría darse la separación del NNA de su familia, la cual debe de estar justificada. Al respecto, en esta opinión consultiva, la Corte IDH citó la Directriz 14 de Riad, la cual señala lo siguiente:

“Cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los

⁵⁷¹ *Ibid.*, párr. 66.

⁵⁷² En casos de excepción, los términos de la convivencia pueden variar, como cuando se indica que los(as) hijos(as) pueden vivir separados de uno(a) o ambos(as) progenitores(as), por excepción, en caso de juicios del orden civil o familiar siempre que así lo determinen las autoridades judiciales considerando que sea lo que más convenga a los NNA.

Los Estados respetarán el derecho del niño que esté separado de uno(a) o de ambos(as) progenitores(as) a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al ISN.

hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el "desplazamiento" de un lugar a otro.”⁵⁷³

En conclusión, algunos de los elementos de esta opinión consultiva rescatados para nuestro trabajo de investigación, son:

En primer lugar, que la aplicación del ISN deberá permitir al NNA el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades.

En segundo lugar, el requerimiento de adopción de medidas especiales de protección también incluye la consideración de las características particulares de la situación en la que se encuentran los NNA al momento de determinar el ISN.

Y, en tercer término, se deberá observar –en función del interés superior– la regla general: que el NNA permanezca en su núcleo familiar; salvo que existan razones determinantes para no hacerlo.

Otra de las opiniones consultivas más recientes es la No. 21/14 solicitada por los Estados de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay y cuyo tema central son los derechos y las garantías de los niños y de las niñas en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional.⁵⁷⁴

El origen de la consulta tiene que ver con el fenómeno migratorio en la región de América Latina y el Caribe, en donde hay una creciente cantidad de NNA que migran junto con sus progenitores(as), o algunos de ellos(as) lo hacen de manera separada o no acompañada.

En esta opinión consultiva, la Corte IDH señaló que cuando se trata de la protección de los derechos de los NNA en materia de migración y protección internacional, la adopción

⁵⁷³ Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

⁵⁷⁴ 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, núm. 14, pp. 1-110.

de medidas para lograr dicha protección debe ser de acuerdo con los siguientes cuatro principios rectores de la CDN.⁵⁷⁵

Así, toda decisión sobre esa materia debe ser inspirada –de forma transversal– en los principios de: uno) no discriminación, dos) ISN, tres) respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y cuatro) el respeto a la opinión del NNA. Ellos deberán informar todo procedimiento que les afecte, de modo que se garantice en ellos su participación.⁵⁷⁶

Uno de los puntos más importantes de esta opinión consultiva es que la Corte IDH ha señalado que los Estados receptores de los NNA han de evaluar, a través de procedimientos adecuados que permitan determinar de forma individualizada su interés superior en cada caso concreto, la necesidad y pertinencia de adoptar medidas de protección integral, incluyendo aquellas que brinden el acceso a la atención en salud, tanto física como psicosocial, además que sea culturalmente adecuada y que tome en consideración las cuestiones de género.⁵⁷⁷

Además, el Estado receptor debe brindar un nivel de vida acorde con su desarrollo físico, mental, espiritual y moral a través de la asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, al vestuario y a la vivienda,⁵⁷⁸ así como debe asegurar el pleno acceso a la educación en condiciones de igualdad.⁵⁷⁹

También, es necesario que se cumplan las obligaciones señaladas tratándose de niñas o de niños migrantes afectados por alguna discapacidad física o mental y, consecuentemente, el Estado que los recibe debe prestarles particular atención y proceder a su respeto con la máxima diligencia.⁵⁸⁰

Cabe señalar que, en el texto de la opinión consultiva, la Corte IDH argumentó que la determinación del ISN debe llevarse a cabo en temas relacionados con la movilidad humana, tales como la reunificación familiar, la localización de los(as) progenitores(as) cuando el NNA haya sido separado o no se encuentre acompañado, en casos de detención o de acceso al procedimiento de asilo, de asistencia consular e incluso en el de designación de

⁵⁷⁵ *Ibid.*, párr. 69.

⁵⁷⁶ *Idem.*

⁵⁷⁷ Comité DN, *Observación General No. 6, op. cit.*, párr. 31, 47 y 48.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, párr. 44.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, párr. 41 y 42.

⁵⁸⁰ Comité DN, *Observación General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad*, UN Doc. CRC/C/GC/9, 2007, párr. 42 y 43.

un representante legal, entre otros. Si bien es cierto que estos derechos aplican a los NNA que se encuentran en situaciones de movilidad humana, lo cierto es que el ISN –tal como lo hemos visto– es transversal a todos los derechos aplicables a favor de los NNA.

De esta forma, la Corte IDH reitera que:

“...es necesario recordar que el principio de interés superior implica, como criterio rector, tanto su consideración primordial en el diseño de las políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña o del niño.”⁵⁸¹

Por lo tanto, el ISN aplica en todos los casos en los que se vean involucrados NNA, por lo que en movilidad humana también se debe tomar en consideración.

Ahora bien, sobre el tema de estudio, la Corte IDH señaló lo siguiente:

“En el contexto de la migración, cualquier política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una niña o de un niño, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado. En estrecha conexión con lo anterior, destaca la obligación de respetar plenamente el derecho de la niña o del niño a ser oído sobre todos los aspectos relativos a los

⁵⁸¹ *Ibid.*, párr. 70.

procedimientos de migración y asilo y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta.”⁵⁸²

Sobre estos asuntos, uno de los temas más importantes de esta opinión consultiva en relación con la movilidad humana es la devolución, expulsión, deportación, rechazo o no admisión de un NNA. Al respecto, el Comité DN ha concluido que la obligación de no devolver no se limita al peligro real de daño irreparable que pueda existir para los derechos de una niña o niño, contenidos en los artículos 6 y 37 de la CDN,⁵⁸³ sino que también aplica a otras violaciones de los derechos garantizados por dicho instrumento consideradas graves, como la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios que, por ejemplo, sean imputables a actores no estatales o de que las violaciones en cuestión sean directamente premeditadas o sean consecuencia indirecta de acción o inacción.

Sobre este asunto, la Corte IDH concuerda con el Comité DN en cuanto a que:

“[e]l retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redundan en el interés superior’ por lo que se encuentra prohibido cuando produce un ‘riesgo razonable’ de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del niño o de la niña y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución.”⁵⁸⁴

Siguiendo el análisis de la Corte, resulta prohibido devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a una niña o a un niño a un Estado cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros. Asimismo, donde el NNA corra el riesgo de ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; o a un tercer Estado desde el cual pueda ser enviado a otro en el cual pueda correr dichos riesgos.

⁵⁸² *Idem.*

⁵⁸³ Artículo 6. Derecho a la vida de los niños y las niñas.

Artículo 37. Derecho a la integridad personal de la niñez.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, párr. 231.

Como resulta sencillo suponer, la opinión encuentra en otras normas de derechos humanos una protección adicional del principio del ISN y que se extiende a otro tipo de graves violaciones a los derechos humanos, pero con un enfoque especial y preferente cuando sus víctimas potenciales puedan ser NNA. En efecto, un enfoque de edad y de género se imbrica en la lógica de la propia CDN, que hace que la determinación del interés superior deba rodearse de las debidas garantías al momento de adoptarse cualquier decisión que concierne a la niña o al niño; y, especialmente, si el principio de no devolución se ve involucrado.⁵⁸⁵

De tal suerte que, del análisis de esta opinión consultiva se destacan tres elementos importantísimos para el tema de nuestra investigación.

En primer lugar, el ISN como principio, la determinación debe ser transversal a los otros tres principios que informan a la Convención. Es decir, debe ser acorde a la no discriminación, al principio de participación del niño o niña a todo procedimiento que le afecta y al principio de respeto a la vida, supervivencia y desarrollo.

En segundo lugar, como norma de procedimiento que la determinación del ISN debe ser de forma individualizada en cada caso concreto, lo cual implica también el adoptar medidas de protección integral singularizadas.

Y, por último, como derecho subjetivo y en relación con los NNA no acompañados o separados dentro de los múltiples escenarios de movilidad humana, el ISN debe velar por la reunificación familiar y por el principio de no devolución.

Otra de las opiniones consultivas más recientes es la OC 24/2017,⁵⁸⁶ cuyo tema principal se refiere a la identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, la cual fue solicitada por el Estado de Costa Rica y contiene ella los derechos de las personas LGBTTTI, quienes constituyen una minoría que ha sido históricamente víctima de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales.

Esta opinión, aunque no habla sólo los NNA, toma en cuenta temas de identidad de género y sexual en el caso de los NNA.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, párr. 233.

⁵⁸⁶ Corte IDH, “*Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*”, Opinión Consultiva OC-24/2017 de 24 de noviembre de 2017, serie A, núm. 24, pp. 1-89.

Sobre este tema, la Corte IDH señaló que, en la debida protección de los derechos de los NNA, como sujetos de derechos, se debe tomar en consideración sus características propias y a la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.⁵⁸⁷

Además, la Corte IDH ha señalado que cuando se trata de la protección de los derechos de los NNA y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, además del principio de autonomía, también se deben de tomar en cuenta los cuatro ya mencionados principios rectores, a saber: no discriminación, respeto a la vida, la supervivencia y el desarrollo, el principio de respeto a la opinión del NNA y el ISN.⁵⁸⁸

Sobre este último, la Corte IDH señaló que implica, como criterio rector, tanto su consideración primordial en el diseño de las políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña o del niño.⁵⁸⁹ Por otra parte, y en estrecha relación con los otros principios y derechos, la Corte, sobre este punto en particular, especificó que los derechos y principios reconocidos a esta población constituyen no sólo en sí mismos, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.⁵⁹⁰

De conformidad con lo anterior y sobre el tema de esta opinión consultiva, es decir, sobre el derecho a la identidad de género y sexual en niños y en niñas, la Corte señaló:

“En el mismo sentido, los principios de Yogyakarta han establecido que “todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen [...] derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”, siendo que “una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niños y niñas será el interés superior del niño o la niña, y que un niño o una niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el

⁵⁸⁷ *Ibid.*, párr. 152.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, párr. 151.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, párr. 70.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, párr. 152.

derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño o la niña, en función de su edad y madurez.”⁵⁹¹

El argumento previo reafirma que una consideración primordial en todas las acciones concernientes a NNA debe ser el interés superior. Este concepto deberá tomar en cuenta las opiniones de los NNA, en función de su edad y madurez, con la finalidad que pueda ejercer su derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, incluyendo aquellos relacionados a su identidad de género y sexualidad.

Por último, esta postura señala que los NNA con identidad de género o sexual no sólo sufren discriminación y violaciones a sus derechos humanos dentro de su país de origen o residencia, sino también dentro de su ruta migratoria con la finalidad de encontrar un lugar en donde puedan desarrollar su proyecto de vida.

⁵⁹¹ *Ibid.*, párr. 155.

2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En el examen del concepto de ISN existen diversas razones para tomar en consideración la jurisprudencia del Tribunal Europeo DH.

En primer lugar, el Sistema Europeo de Derechos Humanos –en comparación con el Sistema Interamericano– posee una mayor experiencia debido a la vigencia que ha tenido la CEDH desde 1950, cuando se constituyó como un instrumento internacional vinculante. Adicionalmente, el objetivo primordial de ese Convenio es la protección internacional de los derechos humanos, con la singularidad que a través del Tribunal Europeo DH se actualizaría la protección que –en un inicio– estuvo a cargo de la Comisión Europea.⁵⁹²

En segundo lugar, el Tribunal Europeo DH –al igual que la Corte IDH– tiene competencia sobre casos contenciosos y asuntos consultivos. Pero, una diferencia con la Corte Interamericana es que sobre la competencia contenciosa el Tribunal Europeo de DH no requiere que el Estado parte ratifique o suscriba el reconocimiento expreso de esta facultad, sino que extiende su competencia a todos aquellos Estados que son parte de la Unión Europea.⁵⁹³ Ello sí se requiere en el ámbito de la Corte IDH.

En relación con la función consultiva, el Tribunal Europeo de DH la ejerce a partir de la solicitud que haga el Comité de Ministros y cuando se refiera a cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos.⁵⁹⁴ Sin embargo, el CEDH precisa las condiciones o los límites para la emisión de estas opiniones consultivas, al estipular que ellas no podrán apuntar a las cuestiones que guarden relación con el contenido y extensión de los derechos y libertades enunciados en el título I del Convenio y sus Protocolos, ni a los demás asuntos de los que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer con ocasión de la presentación de un recurso previsto por el mismo Convenio.

⁵⁹² Camarillo Govea, Laura Alicia, *op. cit.*, p. 70.

⁵⁹³ Salvioli, Fabián y Zanghí, Claudio, *Jurisprudencia Regional Comparada de Derechos Humanos: El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de Derecho Público Comparado, México D.F., 2013, p. 26.

De acuerdo con el artículo 32 del Convenio, la competencia del Tribunal Europeo DH se extiende a todas las cuestiones relativas a la interpretación y aplicación del Convenio y sus Protocolos que se le sometan en las condiciones previstas en los artículos 33, 34, 46 y 47.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 76.

Una vez que el Comité lo solicite, una opinión se adoptará por mayoría de los representantes con derecho a intervenir en el Comité, según establece el artículo 47 del Convenio Europeo.⁵⁹⁵

A partir de la entrada en funcionamiento del Tribunal Europeo DH, su jurisprudencia se fue convirtiendo en elemento fundamental para la interpretación del Convenio y sus Protocolos, y para la determinación del contenido de los derechos allí reconocidos. De forma tal que este Tribunal, a través de sus sentencias, se ha convertido en el mayor responsable del proceso de armonización del sistema europeo de tutela de los derechos humanos.⁵⁹⁶ Un proceso que se ha producido a lo largo del tiempo debido a la adopción por parte de los(las) jueces(zas) nacionales, obviamente con medidas distintas, de sus resoluciones judiciales como canon, guía o instrumento interpretativo.⁵⁹⁷

En tercer término, la Corte IDH, en diversas sentencias, ha enunciado o hecho referencia directa a la jurisprudencia del Tribunal Europeo DH.

Lo anterior remarca la importancia de contar con criterios orientadores a favor de la protección y defensa de los derechos humanos en los ámbitos regionales, más aún si el Tribunal Europeo DH ha mantenido una línea jurisprudencial coherente, numerosa y consolidada.⁵⁹⁸ Es más, algunas de las referencias que ha hecho esta Corte, han sido incorporadas en los casos contenciosos que hemos visto.

⁵⁹⁵ *Idem.*

Artículo 47. “1. El Tribunal podrá emitir opiniones consultivas a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos.

2. Estas opiniones no podrán referirse ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades enunciados en el Título I del Convenio y de sus Protocolos, ni sobre las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de resueltas de la presentación de un recurso previsto por el Convenio.

3. La decisión del Comité de Ministros de solicitar una opinión al Tribunal se adoptará por mayoría de los representantes con derecho a intervenir en el Comité.”

⁵⁹⁶ Argelia Queralt Jiménez, “El Efecto de cosa interpretada y la función de armonización de estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rogelio Flores Pantoja (Coord.), en: *La constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017, p. 696.

⁵⁹⁷ Milione, Ciro, *El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 48.

⁵⁹⁸ Garro Vargas, Anamari, “La influencia del tribunal Europeo de Derechos humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Cuestiones Constitucionales*, núm. 20, 2009, México, p. 179.

Adicionalmente, una de las razones por las cuales este Tribunal Internacional cuenta con vasta jurisprudencia se debe, en parte, a la medida de los textos normativos del sistema europeo (esencialmente el Convenio, sus Protocolos, el Reglamento de funcionamiento del Tribunal y el Reglamento del Comité de Ministros), los cuales se han visto “complementados” por una jurisprudencia que, si bien no puede evidentemente crear nuevos derechos, sí puede establecer el contenido y alcance de los existentes, adaptándolos para cada caso a nuevas necesidades y contextos.⁵⁹⁹

En este sentido, es muy pertinente señalar que, por ejemplo, la CEDH no reconoce expresamente en su texto los derechos de los niños y niñas y, por lo tanto, no contiene una norma específica referida a éstos. De lo cual resalta aún más el que el Tribunal Europeo DH resuelva casos sobre derechos de los niños y de las niñas interpretando y aplicando los artículos 8 y 12 del Convenio Europeo.

El primero de esos artículos se refiere al derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia; mientras que el segundo se refiere al derecho a casarse y a fundar una familia. A ellos se suma el artículo 5.1.d que determina la posibilidad de que un NNA sea detenido por medio de una orden legal con el fin de vigilar su educación, o detenerla con el fin de hacerla comparecer ante autoridad competente.

A pesar de esa carencia normativa expresa, dos de sus Protocolos sí comprenden disposiciones relacionadas a los derechos de los NNA, por ejemplo: el Protocolo 1, en su artículo 2º establece el derecho a la instrucción y la obligación de los(as) progenitores(as) a la educación de sus hijos;⁶⁰⁰ mientras que su Protocolo 7, artículo 5º, establece la igualdad de derechos y responsabilidades entre los cónyuges, lo cual también incluye a sus hijos(as).⁶⁰¹

⁵⁹⁹ Rodríguez Bandeira Galindo, George, *et. al.*, (Coord.), *Protección Multinivel de Derechos Humanos, Red de Derechos Humanos y Educación Superior*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Barcelona, 2013, p. 178.

⁶⁰⁰ Artículo 2. Derecho a la Educación.

“A nadie se le puede negar el derecho a la educación. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.”

⁶⁰¹ Artículo 5. “Igualdad entre los Esposos. Los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y de obligaciones civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el mismo y en caso de disolución. El presente artículo no impedirá a los Estados adoptar las medidas necesarias en interés de los hijos.”

Resumiendo, la jurisprudencia europea es importante para el sistema interamericano no sólo porque en múltiples ocasiones se han citado diversos criterios del Tribunal Europeo DH en la jurisprudencia interamericana, sino porque constituye una fuente material de destacada relevancia al incorporar criterios comunes y afines a los derechos humanos en sociedades democráticas.

El sistema europeo cuenta, además, con una gran experiencia en romper con diversas tradiciones jurídicas,⁶⁰² las cuales han sido reemplazadas por las interpretaciones que este Tribunal ha hecho a favor de los derechos humanos.⁶⁰³ Aún mas, cuenta con amplia experiencia en temas sobre la condición de refugiado, los cuales es muy relevante para nuestro tema de investigación.

Por otra parte, cabe recordar que ambos Tribunales Internacionales persiguen la misma finalidad, es decir, la protección de los derechos humanos dentro de su propia esfera de competencia; pero incluyendo –ambos– los derechos de los niños y niñas.

Analizaremos a continuación algunas de las sentencias del Tribunal Europeo de DH que atañen al tema de nuestra investigación. Se tomarán en cuenta los siguientes criterios de selección de los fallos del Tribunal Europeo DH:

1. Se consideran aquellos que tienen que ver con la evaluación y la determinación del ISN.
2. Se dará mayor prioridad a casos que han sido tomados en cuenta por la jurisprudencia de la Corte IDH, entre ellos por las opiniones consultivas ya examinadas.
3. También, se tomarán en cuenta casos emblemáticos y se dará mayor prioridad a fallos sobre hechos que, actualmente, afectan a la niñez, tal como la detención de NNA infractores de la ley y solicitantes de asilo. Lo anterior, para continuar estudiando el desarrollo progresivo de estos temas por este Tribunal Internacional y que actualmente están en discusión en nuestra región, como es el caso de NNA con necesidades de protección internacional.

⁶⁰² Un ejemplo de ello es el caso *Hass vs. Suiza*, (31322/07) 20 de enero de 2011, en el que se protegió el derecho a la vida, sobre el derecho a decidir la propia muerte derivado de una discapacidad mental.

⁶⁰³ Torres Pérez, A. "Report on Spain", in: *The national judicial treatment of the European Convention on Human Rights and the Europe laws: a comparative constitutional perspective*, Europe Law Publishing, Amsterdam, 2010, pp. 459-474.

En primer lugar, nos referiremos al caso *Hoffmann vs. Austria*.⁶⁰⁴ Los hechos de este caso consisten en que la Corte Suprema de Austria decidió negar la custodia de un niño y una niña a la progenitora debido a su pertenencia a la religión Testigos de Jehová. Uno de los principales argumentos de esta Corte nacional para negarle la custodia se basó en los perjuicios que causarían esta religión al niño y a la niña, quienes son católicos al igual que su progenitor.

En este fallo tuvo gran relevancia el ISN, ya que, en opinión de esa Corte, él se especifica en la protección al niño y a la niña sobre los posibles efectos socialmente negativos que enfrentarían al ser asociados con pertenecer a una minoría religiosa. Además, para la Suprema Corte austríaca, la vida y seguridad del niño y la niña se verían amenazadas debido a la religión de la madre. Lo anterior, debido a que ciertas normas de carácter religioso son contrarias a lo que consideraba esta Corte nacional como lo más beneficioso para el niño y a la niña.

Uno de los principales argumentos que tomó en cuenta la Corte Suprema de Austria para determinar el ISN fue la declaración judicial que realizó la progenitora, quien señaló que no permitiría que a su hijo o hija se les realizara una transfusión de sangre por considerar dicho procedimiento médico contrario a su religión. Además, la progenitora agregó que se revelaría médicamente, a pesar de que existiera una orden judicial que la obligara a realizarla.⁶⁰⁵

Finalmente, tomando en cuenta todos estos elementos, la Corte Suprema de Austria decidió no otorgarle la custodia a favor de la progenitora en razón, de la evaluación y determinación que hizo sobre el ISN.

El caso fue llevado ante el Tribunal Europeo DH, quien tomó en cuenta estos hechos y decidió analizar las siguientes violaciones:

- Derecho a la familia (artículo 8);
- Derecho a la no discriminación (artículo 14);
- Derecho a la libertad de religión (artículo 9); y
- Derecho a asegurar la educación de del niño(a) de conformidad con sus convicciones religiosas de la CEDH (artículo 2 del Protocolo No. 1).

⁶⁰⁴ Tribunal Europeo DH, *Caso Hoffmann vs. Austria*, Sentencia No. 12875/87 de 23 de junio de 1993.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, párr. 33.

En esa situación, el Tribunal Europeo de DH rechazó el argumento de la Corte austríaca para fundamentar el interés superior del niño y la niña, bajo el argumento del posible riesgo de afectación por estigmatización social derivada de las creencias religiosas de la madre.⁶⁰⁶

Al respecto, el Tribunal Europeo de DH estimó que para determinar el ISN era necesario contemplar la evaluación de la personalidad y las necesidades especiales del niño y la niña, más allá de las creencias religiosas de los progenitores. Incluso, el Tribunal Europeo DH señaló que, para determinar el ISN, también deben tomarse en cuenta los talentos, habilidades, inclinaciones y oportunidades de desarrollo de los NNA, así como las circunstancias materiales de los(as) progenitores(as).⁶⁰⁷

Sobre este asunto este Tribunal Europeo señaló lo siguiente:

*“In assessing the interests of the minor, his or her personality and needs must be duly taken into consideration, particularly his or her talents, abilities, inclinations and developmental opportunities, as well as the material circumstances of the parents.”*⁶⁰⁸

En conclusión, este tribunal consideró que todo aquello son elementos indispensables para evaluar correctamente el ISN.

Asimismo, el Tribunal señaló que ambos(as) progenitores(as) tuvieron que haber participado plenamente y durante el proceso en la toma de decisiones. La restricción de uno(a) de ellos(as) tuvo que haber sido proporcional a su objetivo legítimo, es decir, se debe establecer un equilibrio justo entre los intereses en competencia de todos los interesados.⁶⁰⁹

⁶⁰⁶ Tribunal Europeo DH, Caso *Hoffmann vs. Austria*, op. cit., párr. 15, pp. 33-36.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, párr. 20.

⁶⁰⁸ *Idem.*

⁶⁰⁹ Fortín, Jane, *Children's Rights and the Developing Law*, second edition, Cambridge University Press, New York, 2005, p. 405.

Sobre todo, cuando se refiere a la cuestión de equilibrar los derechos de la niñez versus los derechos religiosos de uno(a) de los(las) progenitores(as).⁶¹⁰

A pesar de esta posición, la académica de la Universidad de Londres, CARMEN DRAGHICI, consideró que “en este fallo el Tribunal Europeo de DH dio mayor importancia al principio de la libertad religiosa que al interés superior para determinar la compatibilidad de la orden de custodia conforme a la Convención Europea.”⁶¹¹

En resumen, podemos concluir, en primer lugar, que el ISN como principio debe ser compatible con el principio de no discriminación, elemento que observamos en el caso *Atala Riffo vs. Chile*, debido a que fue citado por la Corte IDH.⁶¹²

En segundo lugar, que el ISN como un derecho debe observar la personalidad y las necesidades de los NNA. Así, deberán observarse para su determinación los talentos, habilidades, inclinaciones y oportunidades de desarrollo de los NNA, tanto como las circunstancias materiales y la opinión de ambos(as) progenitores(as).

El siguiente fallo es un caso emblemático sobre el ISN, ya que ha sido citado por la Corte IDH⁶¹³ en su jurisprudencia, el caso *Muskhadzhiyeva y otros vs. Bélgica*.⁶¹⁴

Los hechos del caso son: la señora Muskhadzhiyeva y sus cuatro hijos originarios de Serbia solicitaron asilo a su arribo a Bélgica, donde se les negó y se ordenó su deportación por carecer de pasaportes y visas para entrar y permanecer en ese país. Debido a ello, la señora y sus cuatro hijos fueron asegurados en una estación migratoria por más de un mes sin contar con las condiciones óptimas para proteger los derechos de los niños. Además, uno de ellos enfrentó severos problemas de salud durante su aseguramiento en la estación migratoria.

⁶¹⁰ Lindholm, Tore, W. Cole Durham, Jr., Bahia G. Tahzib-Lie, *Facilitating freedom of religion or belief: a desk book*, Springer – Science + Business Media, B.V, 2004, New York, p. 164.

⁶¹¹ Draghici, Carmen, *The legitimacy of family rights in Strasbourg case law: 'Living instrument or extinguished sovereignty'*, Hart Publishing, Portland, 2017, p. 270.

⁶¹² Citado en la nota de pie de página número 146 de la Sentencia *Atala Riffo vs. Chile*. En este sentido, en un caso sobre discriminación por orientación religiosa en el contexto de una decisión judicial sobre la custodia de niñas. El Tribunal Europeo DH rechazó el argumento de un tribunal nacional, según el cual el interés superior de dos niñas podría verse afectado por el riesgo de una estigmatización social por las creencias de la madre, perteneciente al grupo religioso de los Testigos de Jehová. Tribunal Europeo DH, *Caso Hoffmann vs. Austria*, op. cit., párr. 15 y 33 a 36.

⁶¹³ Citado por la Corte IDH en la opinión consultiva 21/14 en la nota del pie de página 337.

⁶¹⁴ Tribunal Europeo DH, Caso *Muskhadzhiyeva y otros vs. Bélgica*, Sentencia No. 41442/07 del 19 enero de 2010.

Sobre este último hecho, en el fallo mencionado, el Tribunal Europeo DH reconoció que uno de ellos mostró síntomas graves a consecuencia de un traumatismo psíquico y somático.⁶¹⁵ Se comprobó entonces que, efectivamente, el aseguramiento dispuesto había causado daños graves de salud al niño.

Tomando en cuenta los hechos antes descritos, el Tribunal Europeo DH determinó una violación del artículo 5.1 de la CEDH, debido a la detención de los niños en un centro cerrado para adultos y, por consiguiente, en las mismas condiciones que una persona adulta.⁶¹⁶

El Tribunal hizo hincapié en que la detención de NNA solicitantes de asilo, acompañados por sus progenitores(as), en centros de detención cerrados, era contraria al ISN, ya que los centros de detención de adultos no ofrecen condiciones compatibles a las necesidades de los (de las) niños(as).

Además, el Tribunal señaló que –de acuerdo con la CDN– está estrictamente prohibido, incluso por el tiempo más breve posible, el aseguramiento o detención de niños y de niñas.

Lo anterior de acuerdo con los artículos 3º (interés superior) y 22 (protección de los niños solicitantes de asilo) de la CDN.⁶¹⁷ El Tribunal Europeo de DH concluyó que la detención o el encarcelamiento de un niño o una niña únicamente se ajustarían a la ley cuando se utilice como medida de último recurso y por el período más breve posible.

La decisión que fue sumamente relevante para el sistema belga de detención de NNA que, de acuerdo con el ISN, las familias con hijos(as) que esperan la expulsión no deben ser detenidas en centros cerrados, sino que –más bien– se les debe ofrecer alternativas a la detención.

⁶¹⁵ Traducción propia, el texto en francés es el siguiente: párr. 60... Il y était noté que les enfants, et surtout Khadizha, montraient des symptômes psychiques et psychosomatiques graves, comme conséquence d'un traumatisme psychique et somatique. Khadizha était diagnostiquée comme souffrant d'un stress post-traumatique et présentant un excès d'angoisse très largement supérieure aux enfants de son âge : elle faisait des cauchemars et se réveillait en hurlant, elle criait, pleurait, se cachait sous la table dès qu'elle apercevait un homme en uniforme et se cognait la tête contre les murs. Liana souffrait de sérieuses difficultés de respiration. *Ibid.*, párr. 60.

⁶¹⁶ *Ibid.*, párr. 56.

⁶¹⁷ *Ibid.*, párr. 43.

Sin embargo, a pesar de ese avance jurídico, también es cierto que las actuales regulaciones belgas no han excluido completamente la posibilidad de detención a NNA, acompañados o no acompañados en los centros cerrados.

En efecto, ese caso es aún posible, cuando los centros de detención les ofrezcan mejores condiciones de alojamiento. Se trata de una práctica que aún continúa implementándose, ya que, de acuerdo con el Estado belga, el Tribunal Europeo DH no resolvió si la detención de familias de solicitantes de asilo con niños y niñas en centros cerrados es incompatible con el CEDH, los cuales también incluyen a los centros específicamente diseñados y/o adaptados para la recepción de niños y niñas. En definitiva, es una decisión que dejó a un lado si ese criterio es compatible o no con la CDN.⁶¹⁸

Sin embargo, sobre este fallo podemos señalar que el ISN no debe ser visto de manera aislada a otros derechos a los niños y las niñas, tales como la libertad personal y el derecho a la salud.

Por tal motivo, el criterio que se rescata de este fallo es que el ISN como principio y derecho debe respetar los derechos a la salud y a la libertad personal; salvo que en este último se requiera aplicar la excepción.

Otra sentencia importante para nuestra tesis es *Rahimi vs. Grecia*,⁶¹⁹ caso que se refiere a la detención de un adolescente de 15 años, Eiva Rahimi, quien emigró después de que sus progenitores murieran en la guerra que asolaba su país, Afganistán. El mismo día que llegó a la isla griega de Lesbos fue arrestado y llevado al centro de internamiento *Pagani*, en donde fue notificado que debería abandonar el país sin contar con medida alguna de protección por tratarse de un adolescente y con indicios de protección internacional.

El Tribunal Europeo DH tomó en consideración varios elementos relacionados con los derechos de los niños y las niñas, entre ellos el ISN, ya que el Estado griego dejó sin protección y en desamparo a un adolescente al abandonar el centro de internamiento.

Tomando ello en cuenta, el Tribunal Europeo de DH concluyó que este hecho representó un trato inhumano o degradante en contra de un adolescente, ya que no se respetaron sus derechos y sobre todo el ISN.

⁶¹⁸ *Ibid.*, párr. 62.

⁶¹⁹ Tribunal Europeo DH, Caso *Rahimi vs. Grecia*, Sentencia No. 8687/08, de fecha 5 de abril de 2011.

Respecto al ISN, la decisión del Tribunal Europeo DH concluyó que cualquier medida administrativa en relación con un NNA siempre debe tomarse en consideración su interés superior.⁶²⁰ La determinación debe atender a que ningún niño o niña debe ser detenido, sólo en caso excepcional.⁶²¹

Para llegar a esta determinación, el Tribunal Europeo DH se apoyó en los preceptos de la CDN, particularmente en el artículo 3º, que consagra el ISN y en el artículo 37 que señala que un NNA no puede ser privado de la libertad, sino en casos excepcionales.⁶²²

En palabras del Tribunal Europeo DH:

“...The national authorities had given no consideration to the best interests of the Applicant as a minor or his individual situation as an unaccompanied minor. Furthermore, they had not examined whether it had been necessary as a measure of last resort to place the Applicant in the detention centre or whether less drastic action might not have sufficed to secure his deportation. These factors gave cause to doubt the authorities’ good faith in executing the detention measure. This was all the more true since the conditions of detention in the centre, particularly with regard to the accommodation, hygiene and infrastructure, had been so severe as to undermine the very meaning of human dignity.”⁶²³

⁶²⁰ *Ibid.*, párr. 23 y 25.

⁶²¹ El argumento de esta sentencia de este Tribunal Europeo también ha sido rescatado por la Corte Interamericana en diversos casos. En estos casos, la Corte Interamericana señaló que en los casos donde los NNA que se encuentran involucradas, el contenido del derecho a la libertad personal no puede deslindarse del interés superior de la niñez y el carácter que reviste la posición de garante del Estado respecto de los niños y las niñas. Caso *“Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 152; Caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 188 y Caso *Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*, *op. cit.*, párr. 161.

⁶²² *Ibid.*, párr. 109 y 110.

⁶²³ *Ibid.*, párr. 86.

Con ese argumento, el Tribunal Europeo de DH constató violaciones al debido proceso que debe ser compatible con el ISN, debido a que el adolescente fue registrado por las autoridades griegas como si hubiera entrado acompañado por un familiar, cuando realmente no lo estaba. Además, la orden de detención y de deportación se le comunicó en un idioma que el adolescente no entendía.

Así el Tribunal Europeo DH argumentó que la decisión administrativa dejaba sin posibilidad alguna a la defensa jurídica del menor de 18 años, ya que durante todo el proceso ni se le asignó un tutor, ni recibió asesoramiento legal ni de algún otro tipo. Tomando en cuenta todo ello, el Tribunal concluyó que hubo una violación del artículo 5.4 de la CEDH que afectó el debido proceso; y, por consiguiente, el ISN.

Recapitulando lo más importante de este caso, son los criterios que aporta el Tribunal Europeo DH en la determinación del ISN como principio y derecho.

En primer lugar, que con base a dicho principio, la privación de la libertad debe ser entendida como *ultima ratio* y definitivamente no como la regla general.

En segundo lugar, que la determinación del ISN como norma procesal, también debe tomar en cuenta los elementos propios del derecho al debido proceso reconocido y los que se deriven de él y de las circunstancias particulares del caso, tales como contar con un(a) representante legal o tutor(a), con un(a) traductor(a), y tener acceso a asesoría y defensa legal.

Ahora bien, para JUAN MANUEL LÓPEZ ULLA en la sentencia *Rahimi vs. Grecia*, “el Tribunal Europeo de DH realizó una interpretación abierta y finalista del ISN para su adaptación a la realidad de los tiempos que vive y demanda el Convenio sobre Derechos del Niño.”⁶²⁴ Es decir, el Tribunal Europeo comenzó a interpretar este concepto en una época en donde se presentaron varios casos de detención de NNA, como los infractores de la ley, migrantes y refugiados. Debido a ello, el Tribunal Europeo DH tomó en consideración los instrumentos internacionales, los cuales afirman de manera general, que la detención de niños y niñas debe ser una medida a la que sólo podrá recurrirse en último término.

Asimismo, la interpretación del ISN por el Tribunal Europeo DH concluye que la detención de niños y niñas solicitantes de asilo debe ser el último recurso y no la regla

⁶²⁴ López Ulla, Juan Manuel, “Alcance del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la detención de un menor extranjero no acompañado: la obligación positiva”, en: *Teoría y realidad constitucional*, núm. 32, 2013, p. 481.

general. Esto significa que, ante la disyuntiva de recluir a un niño o una niña en un centro de detención (sea común o especial), las autoridades nacionales deberán valorar, en primera instancia, todas las posibles alternativas para proteger su interés superior y promover su reinserción.⁶²⁵

Otro caso relevante es *Maslov vs. Austria*,⁶²⁶ cuyos hechos se refieren a la deportación de un adolescente de origen búlgaro de 16 años quien había sido condenado por varias infracciones penales cuando sus padres ya habían adquirido la nacionalidad austríaca y habían vivido en ese país desde que el adolescente tenía seis años. Desde entonces, el niño había perdido todo contacto con la sociedad búlgara, hasta el punto de que ni siquiera conocía el idioma de ese país.

Debido a los hechos expuestos anteriormente, el Tribunal Europeo de DH argumentó que, en lo relativo a las medidas de expulsión contra un NNA que cometió un delito, se debe tomar en consideración el ISN, el cual incluiría la obligación de facilitar la reinserción del adolescente, conforme al artículo 40 de la CDN.⁶²⁷

Para el Tribunal Europeo de DH, cortar los vínculos familiares o sociales del niño mediante la expulsión de Austria no sería el mejor modo de lograr su reinserción.⁶²⁸ Al contrario, la CDN es la fuente empleada para concluir que la expulsión supone una interferencia desproporcionada en los derechos del NNA, conforme al artículo 8 del CEDH, con respeto a la vida familiar.⁶²⁹

El Tribunal Europeo de DH, al valorar y determinar el ISN, señaló que deben tomarse en consideración los vínculos familiares, sociales y lingüísticos del NNA, los cuales estaban más relacionados con la sociedad austríaca que con los del país de origen, es decir, con los

⁶²⁵ El Tribunal Europeo DH ha tendido a interpretar en líneas generales que el artículo 5, apartado 1, letra c) y apartado 3, “exige que el sujeto sea recluido en un centro de detención únicamente cuando existan indicios razonables de que haya cometido un delito. Además, la prisión provisional no deberá superar un plazo razonable y se revisará a intervalos razonables. Cuanto mayor sea la duración de la detención, más sólida deberá ser la motivación esgrimida por las autoridades para justificar su necesidad.” Según la jurisprudencia del TEDH, el imputado por un delito deberá ser puesto en libertad a la espera de juicio, a menos que el Estado pueda demostrar que existen indicios «importantes y suficientes» para prolongar la privación de libertad. Tribunal Europeo DH, Caso *Smirnova vs. Rusia*, Sentencia No. 46133/99, del 24 de julio de 2003, apdo. 58.

⁶²⁶ Tribunal Europeo DH, Caso *Maslov v. Austria (First Section)*, Sentencia No. 1638/03, del 23 junio 2008.

⁶²⁷ *Ibid.*, párr. 83.

⁶²⁸ *Ibid.*, párr. 52.

⁶²⁹ *Ibid.*, parr. 83.

de Bulgaria. De tal forma que el Tribunal dictaminó que imponer la prohibición de residir en Austria, aunque fuere por un período limitado de tiempo, era desproporcionada con el fin legítimo buscado por el Estado austríaco, a saber, la defensa del orden y la prevención de los delitos.

En conclusión, el Tribunal Europeo de DH argumentó que, en virtud del artículo 40 de la Convención DN, a los niños y a las niñas acusados de crímenes deben respetárseles todos sus derechos, incluyendo los que deriven de la aplicación del ISN.⁶³⁰

Por lo tanto, con esta resolución podemos concluir, en primer lugar, que el ISN debe prevalecer en cualquier situación en que intervenga un NNA, independientemente de que haya o no cometido una infracción a las leyes administrativas o penales de un Estado en particular.

En segundo lugar, para determinar el ISN como derecho y norma procedimental se deben tomar en cuenta los vínculos familiares, sociales, lingüísticos de los niños y las niñas, independientemente de la nacionalidad u origen étnico.

Ahora bien, una vez analizados algunos casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, podemos concluir –en términos generales– que los derechos de los niños y las niñas articulados por la CDN han influido considerablemente en los fundamentos del Tribunal Europeo DH, especialmente en la interpretación del Tribunal acerca del artículo 6° de la CEDH, es decir, al derecho a un proceso equitativo en relación con el trato de los niños y niñas infractores de la ley.

Asimismo, en otros ámbitos, podemos señalar que el enfoque del Tribunal Europeo DH puede variar respecto al de la CDN. Un ejemplo de este argumento es lo referente a las visitas de niños y niñas ante los tribunales estatales, con respecto a las cuales el Tribunal Europeo ha establecido requisitos específicos para garantizar la participación efectiva de los niños y las niñas en los procesos penales.⁶³¹

⁶³⁰ Tribunal Europeo DH, Caso *T. y V. vs. Reino Unido* [GS], Sentencia No. 24724/94, del 16 de diciembre de 1999, párr. 74.

⁶³¹ *Idem*. El caso se trata sobre el asesinato de un niño de dos años por dos niños de 10 años, que afrontaron una vista pública con gran exposición mediática. El proceso judicial fue modificado en parte, acortando la duración de las sesiones, situando a los padres del denunciante cerca de él, acondicionando una zona de juegos durante los descansos, etc. Sin embargo, el denunciante y el otro niño acusado fueron juzgados ante un tribunal para adultos, que conservó las particularidades de un proceso penal casi íntegramente. El Tribunal Europeo DH sostuvo que el denunciante no había podido participar de forma efectiva en el procedimiento debido a la publicidad de la vista, que atrajo un gran interés mediático, y porque su capacidad para instruir a sus abogados y ofrecer un testimonio

Algunos ejemplos concretos sobre dichos requisitos de participación efectiva son: la presencia del niño o de la niña durante la audiencia a puerta cerrada, la publicidad restringida, el aseguramiento de que el niño o la niña entiendan de manera cabal lo que está en juego y la limitación de las formalidades durante la vista. A pesar de esto, en la mayoría de los casos, el Tribunal Europeo DH se ha basado expresamente en la CDN.⁶³²

Por lo tanto, podemos señalar que la evaluación y determinación del ISN, debe prevalecer siempre en consideración de la naturaleza, alcance y fin de la CDN, de tal forma que ha de establecerse un equilibrio justo entre los derechos de la niñez con los derechos de los(as) progenitores(as), prevaleciendo; sin embargo, los derechos de la niñez sobre cualquier otro derecho.

adecuado estaba limitada. Por tanto, se vulneraron los derechos que le confiere el artículo 6 del CEDH.

⁶³² *Ibid.*, pp. 31-32.

CAPÍTULO IV

CRITERIOS DEL INTERÉS SUPERIOR EN RELACIÓN CON NNA NO ACOMPAÑADOS Y SOLICITANTES DE ASILO EN MÉXICO

Introducción

El fenómeno de NNA no acompañados que solicitan el estatus de refugiado crece en el mundo en volumen e importancia. Para hacernos una idea, recientemente la UNICEF ha reportado que de 30 a 34 millones de NNA, de todo el mundo, son víctimas de desplazamiento forzoso a causa de la violencia y la guerra.⁶³³

En el caso de México, de acuerdo con las estadísticas de UNICEF, más de 18,000 NNA han cruzado la frontera sur en el año 2017, de éstos más de 7,000 eran no acompañados.⁶³⁴ Aún mas, de acuerdo con la Secretaría de Gobernación mexicana, el 92% del total de las detenciones realizadas por el Instituto Nacional de Migración en México (en adelante “INM”) corresponde a personas migrantes y refugiadas nacionales de alguno de los países del llamado “Triángulo Norte” (El Salvador, Guatemala y Honduras), entre las que se encuentran NNA susceptibles de requerir protección internacional.⁶³⁵ Además, se ha reportado que entre los años 2013 y 2017, de las 30.247 solicitudes de asilo, en 6.803 fueron casos reconocidos con el estatus de refugiado y en 1.868 de ellos las solicitudes recibieron protección complementaria, es decir, si bien fueron casos no habilitantes de la condición de refugiado, sí fueron merecedores de algún otro tipo de protección legal. Específicamente sobre NNA no acompañados, la misma fuente reporta 268 casos de solicitantes de asilo, de los cuales 104 NNA fueron reconocidos como refugiados, doce contaron con protección complementaria, en sólo dos casos no se otorgó el estatus de refugiado y el resto aún aparece

⁶³³ UNHCR, *Global Trends: Forced Displacement in 2019*, June 2019, p. 2. Consultado en: <<https://www.unhcr.org/globaltrends2019/>>

⁶³⁴ UNICEF México/DIF Nacional, *Modelo de cuidados alternativos para NNA migrantes, solicitantes de asilo y refugiados en México: guía para su implementación*, SNDIF, UNICEF, Ciudad de México, 2019, p. 3.

⁶³⁵ Instituto Nacional de Migración, *Estadísticas 2018*, Consultado en: <<https://www.gob.mx/inm>>

pendiente de decisión. Por su parte UNICEF, en el documento mencionado, menciona que 7,373 NNA no acompañados del Triángulo Norte fueron desde México deportados.

Cabe señalar que las estadísticas mencionadas en ningún caso representan la dramática realidad que viven las personas desplazadas y solicitantes de la condición de refugiado, incluyendo en ellas –por cierto– la apremiante situación de los NNA. En efecto, se sabe que en muchos casos la condición de estos(as) niños(as), es agravada por no contar con documentos de identidad, lo cual configura una cifra negra de NNA vulnerables y que se vuelve muy difícil de cuantificar porque en muchas ocasiones pasa inadvertida y que configura una situación no reflejada en las estadísticas de las autoridades migratorias de los países de asilo.

Cabe recordar que México ratificó la CDN de 1980. Este acto implicó la obligación del país de poner en práctica los derechos y principios consagrados en dicho instrumento internacional concerniente a la protección de NNA, independientemente de su estatuto migratorio o nacionalidad.

En efecto, no basta con ratificar los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y derecho de los refugiados, sino que resulta esencial que la legislación nacional sea conforme a las obligaciones internacionales. Además, se requiere que la implementación de las normas jurídicas legales y/o administrativas pertinentes se realice de manera efectiva para velar por la protección de los NNA en necesidad de ser protegidos internacionalmente. Así, no es suficiente contar con leyes sobre el tema, sino que además su aplicación e interpretación debe conformarse a los principios reconocidos por el DIDH y del DIR, tales como el derecho a la libertad personal, la prohibición de la tortura, el derecho a no ser devuelto al país donde se es perseguido, entre otros ya analizados en capítulos previos.

Además, la situación mundial actual de los NNA requiere que conceptos como éste se adecuen a la nueva realidad. En caso de no atender las nuevas tendencias, de acuerdo con CARLOS VILLAGRASA ALCAIDE “surgen nuevas formas de exclusión infantil y juvenil que requieren de políticas y de legislaciones capaces de dar respuesta a las tendencias actuales que avanzan en sentido contrario a la plena realización de esos derechos

fundamentales reconocidos nominalmente tanto por la Convención de los Derechos del Niño como por las normas internacionales y las legislaciones nacionales.”⁶³⁶

A pesar de que, en sí misma, la ratificación de dicho instrumento constituye un avance en la protección internacional de la niñez, la CDN no determina con precisión inequívoca qué debe entenderse por ISN, por lo que los diversos Estados Parte –entre ellos México– han desarrollado interpretaciones diversas sobre el contenido y alcance de ese concepto. En esta línea, ciertas autoridades jurisdiccionales mexicanas particularmente las altas Cortes de algunos de los estados federados, han propuesto líneas de interpretación jurisprudencial –aunque no necesariamente convergentes– acerca de lo que debe entenderse por ISN y cómo este principio normativo debería ser aplicado por las autoridades mexicanas.

El propio ACNUR ha sostenido que “la normativa interna en materia de derechos humanos y de refugiados no siempre es consecuente con los estándares internacionales en esas materias.”⁶³⁷ Afirmación que es sumamente relevante para esta investigación, pues corrobora la tesis de la interpretación y aplicación incorrecta de normativa interna en relación con los estándares internacionales a favor de NNA en situaciones indicativas de necesidad de protección internacional.

Este capítulo, entonces, se abocará a examinar los criterios actuales sobre ISN en relación con NNA no acompañados susceptibles de protección internacional reconocidos en la legislación y en la jurisprudencia de México con la finalidad de verificar si se ajustan a los estándares internacionales respectivos –esto es, de DIDH y DIR– analizados en el capítulo anterior.

Asimismo, se estudiarán algunas decisiones de organismos nacionales en defensa de los derechos humanos para determinar la aplicación realizada por las autoridades encargadas de la protección de todos(as) NNA, incluyendo aquellos no acompañados que tienen indicios de protección internacional, la cual debería ser acorde a la norma internacional.

⁶³⁶ Villagrasa Alcaide, Carlos, “Derechos de la infancia y adolescencia”, en: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm.49, 2015, p. 24.

⁶³⁷ ACNUR, *ACNUR y la protección internacional: Programa de iniciación a la protección*, ACNUR, Ginebra, 2006, p. 42.

1. El ISN de NNA no acompañados con necesidad de protección internacional en México

México ratificó la CDN el 21 de septiembre de 1990 y la publicó en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991. Mediante estos actos, ese instrumento internacional a favor de los NNA se volvió obligatorio para el Estado mexicano.

Sin embargo, en una primera instancia, las disposiciones normativas de la CDN no fueron automáticamente compatibles con el derecho interno existente, por lo que el Estado mexicano tuvo que adecuar paulatinamente su marco normativo interno no sólo de una manera formal –esto es, de acuerdo con el tenor literal de la CDN– sino que también en una profunda adecuación material y al sentido, alcance y finalidad de dicho tratado internacional en materia de derechos de la infancia y adolescencia. Este proceso fue muy lento, al punto que diversos informes del Comité DN y de UNICEF constataron la falta de adecuación del ordenamiento interno mexicano a las obligaciones internacionales emanadas de la Convención.⁶³⁸

Aunque pueda criticarse la lentitud general del proceso de adecuación normativa, lo cierto es que propició avances notables en la consolidación del concepto de ISN. En efecto, para cumplir con la CDN, los Estados Unidos Mexicanos no sólo reconocieron de manera expresa el concepto de ISN en el artículo 4º de su Constitución Política; sino que a través de diversas y sucesivas modificaciones a sus cuerpos legales y reglamentarios contemplaron y desarrollaron este principio modular de los derechos del niño.⁶³⁹

Además, la misma Constitución, en su artículo 1º, reconoció expresamente a los derechos humanos, con lo cual no sólo consagró su más alta jerarquía normativa interna: la

⁶³⁸ UNICEF, *Informe Anual de México: 2011*.

Consultado en: <[https://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_UNICEF_ReporteAnual\(1\).pdf](https://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_UNICEF_ReporteAnual(1).pdf)>
UNICEF, *Informe Anual de México: 2012*.

Consultado en: <https://www.unicef.org/mexico/spanish/ReporteAnual_2013_web.pdf>

Comité DN, *Examen de los informes presentados por los Estados Parte en virtud del párrafo 1 del artículo 12 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño*, 17 de enero a 4 de febrero de 2011, CRC/C/OPSC/MEX/CO/1. Comité DN, *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto consolidados de México*, 8 de junio de 2015, CRC/C/MEX/CO/4-5.

⁶³⁹ Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Ley de Migración, Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político, entre otras.

constitucional; sino que consecuentemente, también, su máxima fuerza obligatoria y coercitiva en el ámbito legal subordinado. Esta consagración constitucional robusteció –sin duda– el sistema general de protección de los derechos humanos, debido a que obliga al Estado mexicano a tomar las medidas internas e internacionales que sean necesarias para que los tratados que ha firmado en la materia se apliquen cabalmente.

Siguiendo con esta tendencia a favor de los derechos humanos y el compromiso estatal con el fortalecimiento de la protección internacional de los mismos, México también ha suscrito numerosos y variados instrumentos internacionales a favor de la niñez y de los refugiados, por ejemplo: el Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño, el cual fue ratificado en 2002; la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, ambos ratificados en 2000; y, de igual forma, incorporó en su legislación interna la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984. Todos estos pasos de recepción normativa interna encaminados a cumplir las obligaciones internacionales del país, los cuales fortalecen el asilo y brindan mayor protección a las personas que se ven forzadas a salir de su país de origen.

1.1.Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional de los Refugiados en México

La recepción del DIDH en el derecho mexicano ha sido un proceso largo y complejo. Por lo tanto, examinaremos las relaciones entre ambos sistemas jurídicos y las discusiones relevantes surgidas desde la jurisprudencia y la doctrina mexicana.

Sin duda, en dicho proceso destaca la reforma constitucional de 2011, la cual marcó un hito trascendental en el derecho de México en materia de derechos humanos y protección internacional de la niñez, la reconocer los derechos humanos en la Constitución.

Actualmente, en la doctrina general se distinguen tres aproximaciones teóricas a la manera en que el Derecho Internacional es recibido en el derecho interno: la teoría dualista, la teoría monista y la tesis de coordinación.

La primera plantea que el Derecho Internacional y el Derecho Interno no sólo son sistemas jurídicos diferentes, sino que también independientes el uno del otro porque sostiene, básicamente, que la fuente de la cual emanan es distinta, asimismo lo son los sujetos que las regulan y las materias que tratan. Es decir, ambos son sistemas jurídicos distintos que no se complementan ni tienen convergencias.⁶⁴⁰ Por lo tanto, en la perspectiva de la teoría dualista, un tratado internacional –una vez aprobado por el órgano competente– vincula u obliga al Estado internacionalmente, pero éste no forma ni pasa a formar parte del derecho interno.

El caso contrario postula la teoría monista, para la cual el orden jurídico nacional y el internacional tienen validez y efecto recíproco, esto es, las normas de un lado y de otro son recíprocamente reconocibles. Por lo mismo, para esta teoría, la aplicación normativa es de manera directa, ya que las normas internacionales forman parte del derecho interno, sin que se requiera un acto formal de incorporar todo el texto de un tratado en la legislación interna. Y, asimismo, la existencia, validez y efecto de las normas internas es reconocida en el sistema internacional al punto de poder implicar responsabilidad para un Estado determinado. En el entendimiento de esta teoría, por tanto, las disposiciones del Derecho Internacional y las del Derecho Interno existen, tienen validez y son vinculantes de manera automática en uno u otro sistema.

Finalmente, la teoría de la coordinación parte de la idea general de unificación de los sistemas –nacional e internacional– en un sólo sistema jurídico, pero en el que las relaciones (sinérgicas o contrapuestas) entre normas de distinta fuente, enfoque, alcance material y/o personal se resuelvan entre ambas mediante coordinación y no desde un plano de subordinación de unas a otras.⁶⁴¹

Pues bien, el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos dispone lo siguiente:

⁶⁴⁰ Ortiz Ahlf, Loreta, *Derecho internacional público*, Oxford University Press, México, 2004, p. 6.

⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 7.

“Esta Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.”

Tomando en cuenta las tres posturas doctrinarias reseñadas, se puede concluir que es la teoría monista la que mejor explica el caso mexicano, pues dadas sus características, el DIDH es considerado parte del sistema jurídico mexicano. Sin embargo, persiste la interrogante de cómo debe aplicarse dentro del derecho interno en México, sobre todo cuando en este campo se ha presentado de manera recurrente el incumplimiento de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, aun cuando muchas de ellas habían sido incorporadas adecuadamente en el ordenamiento constitucional mexicano.

Frente a ello, y a través de sus órganos de protección y monitoreo, el DIDH ha intentado asegurar la efectividad de sus estándares en el ámbito interno mexicano. Una solución que ha sido constantemente discutida en el derecho mexicano es tomar en cuenta las figuras jurídicas internacionales creadas por la jurisprudencia interamericana y desarrollarlas en el plano local. Por ejemplo, el llamado “control de convencionalidad”. Éste, como veremos, terminó generando una perspectiva nueva de interconexión entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno.

En efecto, el origen de la idea de “control de convencionalidad” se rastrea hasta el voto concurrente del Juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*.⁶⁴² Posteriormente, la Corte IDH recogió este punto de vista en la

⁶⁴² Corte IDH, Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, (Sentencia de fondo, reparaciones y costas), Sentencia del 25 de noviembre de 2003, serie C, núm. 101, p. 7.

sentencia *Almonacid Arellano vs. Chile*,⁶⁴³ donde señaló que el Poder Judicial chileno debe aplicar no sólo las normas jurídicas internas, sino también aquellas de la CADH, además de tener la obligación de tomar en cuenta la interpretación que la CADH ha hecho de la Convención misma. En el fondo, el “control de convencionalidad” es un estándar de adecuación normativo y/o fáctico a la interpretación de autoridad de la CADH.

Si bien es cierto que la Corte IDH señaló, en primer lugar, al Poder Judicial como la autoridad obligada a efectuar el control de convencionalidad, esto es, verificar el cumplimiento del estándar de adecuación de normas, hechos y conductas a la Convención. Con posterioridad, en el *Caso Gelman vs. Uruguay*⁶⁴⁴ la Corte IDH sostuvo que no sólo los órganos jurisdiccionales del Estado estarían obligados a llevar a cabo este examen, sino que –también– todas las demás autoridades estatales deben ejercer este control entre las normas internas y la CADH “*ex officio*”,⁶⁴⁵ en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.⁶⁴⁶

Es indudable que estas decisiones jurisprudenciales contribuyeron a la recepción interna del DIDH por todos los órganos del Estado mexicano, puesto que el efecto acumulado de ellas propició finalmente la armonización entre ambos derechos al involucrar a todas las instituciones del Estado parte.

Así, la aceptación de la tesis sobre el “control de convencionalidad” trazó una nueva manera de entender los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano, así como su interpretación y su aplicación en el derecho interno.⁶⁴⁷ Esta postura provocó un nuevo entendimiento y mejoró la aplicación de las obligaciones internacionales señaladas en la CADH por parte de todas las autoridades mexicanas. Por lo tanto, se puede afirmar que el estándar sirve para aplicar directamente el DIDH en el ámbito interno.

Sabemos que México es parte de la CADH y, además, que aceptó la competencia contenciosa de la Corte IDH, por todo lo cual el país está obligado a cumplir con sus

⁶⁴³ Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, (Sentencia de fondo, reparaciones y costas), Sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, p. 53.

⁶⁴⁴ Corte IDH, Caso *Gelman vs. Uruguay (fondo y reparaciones)*, Sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, pp. 1-87.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, párr. 193.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, párr. 239.

⁶⁴⁷ Nash Rojas, Claudio, “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, Bogotá, 2013, p. 490.

obligaciones internacionales en materia de derechos humanos –formal y sustantivamente– en el plano interno.

Pues bien, tal predicamento se refuerza precisamente con la mencionada reforma constitucional en materia de derechos humanos, la que tuvo como eje vertebral la apertura del sistema jurídico mexicano al ordenamiento internacional.⁶⁴⁸ En otros términos, hizo posible no sólo la recepción de los tratados internacionales y la incorporación de los mismos al derecho interno con rango constitucional, sino también y tal vez aún más importante incluyó el reconocimiento –por el Estado mexicano– del derecho derivado de los propios tratados y de la jurisprudencia interamericana.⁶⁴⁹

No obstante, tal avance notable en el plano normativo-formal, la correcta aplicación práctica-uniforme del control de convencionalidad aún suscita controversias en el plano de su alcance y materialidad. Lo que no puede resultar sospechoso, si se tiene en cuenta que el estándar mismo se encuentra sujeto a la evolución jurisprudencial de la Corte IDH. Más aún, si se recuerda que originalmente la vara de adecuación con la Convención nació dirigida restrictivamente a los tribunales nacionales y los órganos auxiliares de la administración de justicia, esto es, como una doctrina de alcance restringido,⁶⁵⁰ para luego extenderse a cualquier órgano del Estado que detentare competencias subsumidas o siquiera concomitantes con alguna de las materias reguladas por la Convención, en otros términos, como un estándar de amplio alcance.⁶⁵¹ Debido a ello, el alcance del “control de convencionalidad” no solamente se aplica a las medidas judiciales, sino también a medidas de política pública, legislativas o de cualquier otra índole.

Naturalmente, en México ha habido múltiples y variadas posiciones de la doctrina⁶⁵² acerca de la forma de incorporación y jerarquía normativa de la Convención en el derecho

⁶⁴⁸ Carbonell, Miguel, *Introducción General al Control de Convencionalidad*, Porrúa, México, 2013, p. 67.

⁶⁴⁹ *Idem.*

⁶⁵⁰ Corte IDH, *Caso Almonacid Arrellano y otros vs. Chile*, *op. cit.*, párr. 186.

⁶⁵¹ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, *op. cit.*, párr. 186.

⁶⁵² Castilla, Juárez Karlos, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco”, en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 11, UNAM, México, 2011, pp. 593-624. Castilla Juárez, Karlos, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, UNAM, México, 2013, pp. 51-97. Castilla Juárez, Karlos, “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, en: *Revista Derecho Estado*, núm. 33, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 149-172.

interno, sobre la organización de las facultades y funciones de los poderes y órganos estatales, entre otros. Asimismo, posiciones sobre la relación con el estándar que supone controlar la “convencionalidad” de determinadas medidas; o sobre la correcta interpretación de esta doctrina y los conceptos de aplicación cuando se trate de su implementación práctica y directa.

Pero, a pesar de la natural variabilidad de esas posturas doctrinales, la realidad es que a raíz de la reforma constitucional del artículo 1º, en los últimos años, han sido los órganos jurisdiccionales mexicanos quienes han incorporado y comenzado a considerar este concepto en sus decisiones judiciales, lo que ha hecho posible una nueva perspectiva acerca de la interpretación y aplicación tanto del Derecho Internacional como, particularmente, del DIDH y que ha permitido forjar un puente mucho más expedito en las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno.

1.2.Reconocimiento del ISN en la legislación mexicana

Debido a la recepción constitucional del Derecho Internacional en el Derecho Interno, México ha impulsado una serie de importantes pasos legislativos para adecuar su legislación interna al cúmulo de obligaciones internacionales emanadas de los tratados de los que forma parte, tales como introducir y/o reformar la Ley de Migración, la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria y la Ley General de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (en adelante “Ley General de NNA”), que contiene disposiciones en favor de los NNA refugiados, incluyendo a los no acompañados.

La adecuación es muy relevante ya que dicho marco legislativo debe contemplar garantías a los derechos de NNA, tales como: establecer sistemas de protección; contar con espacios dignos de estancia en el país, la obligación de otorgarles alimentos, contar con

lugares accesibles que no limiten el ejercicio de sus derechos, así como la de brindarles asistencia médica, psicológica y jurídica.

Analizaremos, en detalle, este proceso de adecuación legislativa interna en relación con el ISN.

En primer término, la Ley General de NNA. Aun cuando México había ratificado la CDN, el país no contaba con una legislación interna en materia de derechos del niño, por lo que el 1° de septiembre de 2014 el titular del Ejecutivo envió al Senado un proyecto de ley con carácter de trámite preferente.⁶⁵³ Lo anterior se justificaba, además, por la presión internacional sobre la falta de legislación especial en materia de infancia y adolescencia, y manifestada a través de diversas recomendaciones efectuadas por organismos internacionales del área.

Después de un proceso legislativo que incluyó consultas y análisis pormenorizados, la ley fue aprobada por el Congreso de la Unión el 6 de noviembre de 2014, y fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014.

Dentro de las características generales de esta ley cabe mencionar el que haya incorporado varias recomendaciones del Comité DN. Por ejemplo, no sólo reconoce a los NNA como titulares de derechos, sino también su derecho a opinar y a que su opinión sea tomada en cuenta; además, les considera personas en desarrollo y reconoce los principios y derechos contemplados por la CDN y muy especialmente, entre otros, el ISN.

Además, la ley creó un modelo para la concurrencia y bases de coordinación entre la federación, entidades federativas, municipios y demarcaciones territoriales de la Ciudad de México. También creó mecanismos institucionales para la garantía de derechos y estableció

⁶⁵³ Carácter preferente. Se refiere a que Proyecto de Ley o decreto que presenta el Ejecutivo Federal el día de la apertura de cada periodo ordinario de sesiones para agilizar aquellos proyectos que el Presidente de la República considere primordiales para la nación. El trámite preferente podrá pedirse hasta para dos iniciativas que no sean de reforma constitucional o señalar, con tal carácter, hasta dos que hubiere presentado en periodos anteriores, cuando estén pendientes de dictamen. Se establece que cada iniciativa será discutida y votada por el pleno de la cámara de origen en un plazo máximo de 31 días naturales. Si al término de este plazo no se hubiera discutido, ni votado, entonces deberá ser el primer asunto en abordarse en la siguiente sesión del pleno y de ser aprobado o modificado tendrá que ser turnado a la cámara revisora, la cual deberá discutirlo y votarlo en el mismo plazo y bajo las mismas condiciones que en la cámara de origen. Artículo 71. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

lineamientos y criterios mínimos obligatorios que todas las autoridades (federales y locales) deben cumplir.⁶⁵⁴

Entre los derechos que esta ley reconoce encontramos: el derecho a la igualdad, a la no discriminación, a la participación, a la autonomía progresiva, a vivir en familia, a la protección de la salud; y entre los principios que consagra: el principio *pro persona*, el de acceso a una vida libre de violencia y el de ISN, entre otros. Sobre este último, el artículo 2º de la Ley General de NNA señala lo siguiente:

“El interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes. Cuando se presenten diferentes interpretaciones, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva este principio rector. Cuando se tome una decisión que afecte a niñas, niños o adolescentes, en lo individual o colectivo, se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales.”

A pesar de que la ley no aclara qué se debe entender por ISN, sí resulta inequívocamente claro que trata dicho concepto como un principio rector de sus disposiciones, y que para ello tomó por referencia –tal como lo observamos en detalle en el capítulo previo– la Observación General N° 14 del Comité DN. Lo jurídico y materialmente relevante aquí es que este documento señala que el ISN debe ser considerado como un concepto tridimensional pues, de lo contrario, se estaría ante una restricción inapropiada de su ámbito de aplicación. El punto jurídico aquí es si, en el calculado reconocimiento de la

⁶⁵⁴ La ley señala que las autoridades federales y locales de manera concurrente deberán adoptar medidas de protección especial de derechos de niñas, niños y adolescentes que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

También la ley establece que las Procuradurías de Protección de las entidades federativas en coordinación con la Procuraduría Federal de Protección serán las autoridades competentes para: autorizar, registrar, verificar, supervisar los centros de asistencia social.

Ley General de NNA al principio de ISN, se debe o no ir tan lejos como para incluir en él el alcance tridimensional que postula el Comité DN.

No obstante, el poco feliz silencio de la ley sobre el enfoque tridimensional, ello no ha implicado necesariamente una lesión en la evaluación y determinación del ISN en términos de procesos administrativos, de presupuesto disponible, de elaboración de políticas públicas relacionadas en todos los casos que involucren a NNA dentro del contexto de la movilidad forzada.⁶⁵⁵

Cabe señalar que, debido a la relevancia del fenómeno de movilidad humana en México, el legislador consideró apropiado insertar un capítulo que garantiza los derechos y los principios que aplican a grupos poblacionales en movimiento, los cuales incluyen ciertamente a los NNA no acompañados con indicios de requerir protección internacional.⁶⁵⁶

Además, la ley mexicana establece claramente que durante el procedimiento administrativo migratorio al que estén sujetos NNA migrantes y refugiados, las autoridades deberán respetar las garantías del debido proceso y desempeñarán sus funciones teniendo como consideración primordial el ISN, lo que implica tomar en cuenta sus opiniones y privilegiar la reunificación familiar; excepto cuando ello sea contrario a su interés superior o su voluntad.⁶⁵⁷

⁶⁵⁵ Pérez Álvarez, Fabiola Edith, “Comentario a la Ley General de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, en: *Revista cuestiones constitucionales*, núm. 32, UNAM, México, enero-junio 2015, p. 297.

⁶⁵⁶ Artículo 92. Las garantías de debido proceso que se deberán aplicar en los procesos migratorios que involucran a niñas, niños y adolescentes son las siguientes: I. El derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; II. El derecho a ser informado de sus derechos; III. El derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario especializado; IV. El derecho de la niña, niño y adolescente a ser escuchado y a participar en las diferentes etapas procesales; V. El derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; VI. El acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; VII. El derecho a ser asistido por un abogado y a comunicarse libremente con él; VIII. El derecho, en su caso, a la representación en suplencia; IX. El derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña, niño y adolescente y esté debidamente fundamentada; X. El derecho a recurrir la decisión ante la autoridad jurisdiccional competente, y XI. El derecho a conocer la duración del procedimiento que se llevará a cabo, mismo que deberá seguir el principio de celeridad.

⁶⁵⁷ Artículo 92. Las garantías de debido proceso que se deberán aplicar en los procesos migratorios que involucran a niñas, niños y adolescentes son las siguientes: I. El derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; II. El derecho a ser informado de sus derechos; III. El derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario especializado; IV. El derecho de la niña, niño y adolescente a ser escuchado y a participar en las diferentes etapas procesales; V. El derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; VI. El acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; VII.

Sobre ese mismo asunto, el artículo 93 de la ley que nos ocupa, incorpora dos criterios señalados también por el Comité DN, en la mencionada Observación General N° 14, el que enfatiza que –en términos del ISN– debe prevalecer el criterio de la unidad familiar (si el grupo está unido); o, en su caso, el de reunificación familiar (si no lo está). Además, prescribe que, sobre este asunto, se deberá siempre tomar en consideración la opinión de los NNA. Criterio de suma importancia pues, en muchas ocasiones, los NNA no acompañados con indicios de requerir protección internacional han huido de su país de origen por persecución motivada por violencia doméstica.

En estos casos, la autoridad –al momento de determinar el ISN– debe oír y ponderar la opinión del NNA. Lo dicho tiene especial relevancia –tanto jurídica como práctica–, toda vez que existen reportes de algunas organizaciones que señalan que en México continuarían aplicándose políticas centradas en el control de la migración, las cuales no toman en cuenta el verdadero sentido del ISN. Algunas de estas organizaciones han reportado casos en que con frecuencia se utiliza, de manera discrecional, la repatriación de NNA sin tomar en consideración los motivos que originaron la huida desde el país de origen; y que, por este solo motivo podrían ser contrarios al ISN.⁶⁵⁸

Siguiendo la misma línea de argumentación, esta ley –en su artículo 95– también hace hincapié en que está prohibido devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a un NNA –incluyendo por cierto a los no acompañados– 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.

También, y en términos generales, la ley en comento reconoce el principio de ISN y contempla disposiciones que promueven su aplicación; sin embargo, también es cierto –como

El derecho a ser asistido por un abogado y a comunicarse libremente con él; VIII. El derecho, en su caso, a la representación en suplencia; IX. El derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña, niño y adolescente y esté debidamente fundamentada; X. El derecho a recurrir la decisión ante la autoridad jurisdiccional competente, y XI. El derecho a conocer la duración del procedimiento que se llevará a cabo, mismo que deberá seguir el principio de celeridad.

⁶⁵⁸ Center for Gender & Refugee Studies, *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos*, Universidad Nacional de Lanus, 2015, p. 9.

Sin Fronteras, *La detención migratoria: Un análisis desde el modelo penitenciario y el gasto público*, Ciudad de México, México, 2019, p. 12.

lo observamos en el capítulo previo— que la misma debe ajustarse cabalmente a los criterios desarrollados por la norma internacional. Es decir, por lo desarrollado tanto por la jurisprudencia internacional como por los criterios desarrollados por los organismos internacionales especializados en la niñez y que tienen indicios de protección internacional.

En relación con instituciones especializadas en materia de niñez, de acuerdo con el artículo 121 de la Ley General de NNA,⁶⁵⁹ para una afectiva protección y restitución de los derechos de los NNA, tanto la Federación como los Estados federados cuentan —dentro de la estructura del Sistema Nacional o Estatal para el Desarrollo Integral de la Familia (en adelante “DIF”),⁶⁶⁰ — con Procuradurías de Protección, quienes brindan protección integral, prestan asesoría y representación legal, ejecutan y dan seguimiento a las medidas de protección para la restitución de derechos, solicitan medidas urgentes, desarrollan políticas y procedimientos para la restitución de derechos, entre otros.

El artículo 122 de la Ley General de NNA, en tanto, señala que la Procuraduría Federal o Estatal determina qué acciones son necesarias para restituir los derechos vulnerados o restringidos de un NNA, y requiere conductas específicas de cualquier autoridad mexicana para que los NNA tengan acceso a sus derechos y los puedan ejercer.

Por otro lado, en materia de migración, la ley especial en la materia se aprobó por el Congreso de la Unión el 29 de abril de 2011, y fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011.

La Ley de Migración tiene por objeto regular lo relativo al ingreso y salida de mexicanos y extranjeros al territorio mexicano, el tránsito y la estancia de los extranjeros en el mismo, en un marco de respeto, protección y salvaguarda de los derechos humanos.

Algunos de los principios en los que se basa esta ley son: la no discriminación por situación migratoria irregular, la atención a grupos poblacionales en situación de vulnerabilidad como los NNA, la unidad familiar y el ISN.

⁶⁵⁹ Ley General de Niños, Niñas y Adolescentes, publicada en *Diario Oficial de la Federación* el día 17 de octubre de 2019.

⁶⁶⁰ Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, que aparte de encargarse de la protección y cuidado de las familias en México, tiene funciones de protección y cuidado de los NNA. De acuerdo con la Ley General de los Niños, Niñas y Adolescentes.

Sobre ese último, la Ley de Migración prescribe que el ISN no sólo se aplica como un principio, sino también como una norma de procedimiento. Al respecto, su artículo 11 señala que:

En los procedimientos aplicables a niñas, niños y adolescentes migrantes, se tendrá en cuenta su edad y se privilegiará el interés superior de los mismos.

Pues bien, una de las buenas prácticas migratorias que reconoce esta legislación se halla en su artículo 74, el cual prescribe que de acuerdo con el ISN de un NNA no acompañado, la autoridad migratoria regularizará provisionalmente su situación migratoria como visitante por razones humanitarias.

Otra disposición de dicha ley que reenvía a la determinación del ISN se relaciona con el aseguramiento de un NNA en estaciones migratorias, el artículo 107 dispone que:

“Las estaciones migratorias, deberán cumplir al menos los siguientes requisitos:

... III. Mantener en lugares separados y con medidas que aseguran la integridad física del extranjero, a hombres y mujeres, manteniendo a los niños preferentemente junto con su madre, padre o acompañante, excepto en los casos en que así convenga al interés superior del niño, niña o adolescente; ...”

Sin embargo, la finalidad de asegurar a un NNA no acompañado y/o solicitante de asilo en estaciones migratorias no corresponde, por regla general y de acuerdo con su concepción tradicional, al sentido y fin del principio del ISN.

Sobre este asunto, la CIDH ha señalado que “la privación de la libertad o la detención migratoria de NNA debe aplicarse como último recurso; y, además, sólo ha de proceder por el período mínimo necesario y deberá limitarse a casos estrictamente excepcionales.”⁶⁶¹

Paralelamente, el artículo 37 (b) de la CDN protege la libertad personal de los NNA. Ésta, sin embargo, no es exclusiva de este solo instrumento internacional pues el mismo es complementario a otros, tales como la CADH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pertinentes a esa misma garantía personal. Naturalmente, este artículo de la CDN enfatiza los derechos específicos de que son titulares los NNA y cuya garantía corresponde al Estado, tales como el prohibir que sean privados de su libertad de manera ilegal o arbitraria. Además, la CDN prescribe que, en el caso de detención, ésta se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.⁶⁶²

Si bien es cierto que la Ley de Migración mexicana se ajusta formal y sustantivamente a las disposiciones internacionales pertinentes de la Convención sobre la prohibición de la detención de NNA, su aplicación como *ultima ratio* y su brevísimo carácter temporal, la realidad es que existen reportes que señalan lo contrario.⁶⁶³

Por su parte, el ACNUR ha señalado que “los NNA no deben ser detenidos por cuestiones de su estancia irregular, por lo tanto, no se les puede privar de su libertad”.⁶⁶⁴ Si bien es cierto que la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados no prescribe expresamente sobre la detención de NNA no acompañados con indicios de requerir

⁶⁶¹ CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas*. Documento aprobado por la Comisión en su 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, Principio III, 2008, p. 2.

⁶⁶² Rea Granados, Sergio Alejandro, “Menores refugiados no acompañados en México...*op. cit.*”, p. 28.

⁶⁶³ Catholic Relief Services, *Niñez migrante: detención y repatriación desde México de niños, niñas y adolescentes centroamericanos no acompañados*, Wier, Betsy (coord.), Baltimore, Catholic Relief Services, 2010, pp. 1-77. CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, OEA/Ser. L/V/II, Washington, D.C. 2013, pp. 1-272.

Global Detention Project, *Annual Report 2016*. Consulado en: <<https://www.globaldetentionproject.org/global-detention-project-an-nual-report-2016>>

Rea Granados, Sergio Alejandro, “Menores refugiados no acompañados en México...*op. cit.*”, pp. 20-25.

CIDH, *Violencia, niñez y crimen organizado*, 2015, OEA/Ser.L/V/II, pp. 1-240.

⁶⁶⁴ ACNUR, *Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo*, Ginebra, ACNUR, 1999, p. 6.

protección internacional, la práctica no debería darse en razón de la figura de asilo y de conformidad con el enfoque de derechos humanos y el de los derechos de la niñez.⁶⁶⁵

Ahora bien, sobre el procedimiento de retorno asistido, la Ley de Migración que nos ocupa señala en su artículo 120 que:

“...se privilegiarán los principios de preservación de la unidad familiar y de especial atención a personas en situación de vulnerabilidad, procurando que los integrantes de la misma familia viajen juntos.

En el caso de niñas, niños y adolescentes no acompañados, mujeres embarazadas, víctimas o testigos de delitos cometidos en territorio nacional, personas con discapacidad y adultos mayores, se aplicará el procedimiento de retorno asistido con la intervención de los funcionarios consulares o migratorios del país receptor. Asimismo, se deberán tomar en consideración: I. El interés superior de estas personas para garantizar su mayor protección, y...

...En el caso de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados y el de víctimas o testigos de delitos cometidos en territorio nacional, no serán deportados y atendiendo a su voluntad o al interés superior para garantizar su mayor protección, podrán sujetarse al procedimiento de retorno asistido o de regularización de su situación migratoria.”

Pues bien, desde la perspectiva de los derechos de los NNA y en relación con el procedimiento, el ISN debe tomar en cuenta el derecho de poder acceder al asilo, ni más ni menos porque ello es lo único que podría garantizar efectivamente el principio a la no

⁶⁶⁵ Rea Granados, Sergio Alejandro, “Menores refugiados no acompañados en México...*op. cit.*, p. 25.

devolución de un NNA con necesidades de protección internacional. Asimismo, parte fundamental del derecho de los refugiados es que una persona solicitante de la condición de refugiado no deba ser retornado al lugar habitual de su residencia o a su país de origen, en donde su vida, libertad o seguridad se hallan en riesgo; y, por lo tanto, disponer lo contrario atentaría asimismo contra la institución del asilo.⁶⁶⁶

Por lo dicho es esencial que los NNA no acompañados puedan acceder al procedimiento de asilo, ya que su repatriación a su país de origen se convertiría en una gestión migratoria de peligro que atentaría contra los principios medulares de la institución del asilo.

Por otro lado, el ordenamiento jurídico que atañe directamente a nuestra investigación, la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político fue aprobada por el Congreso de la Unión en México el 26 de enero de 2011 y publicada por la Federación en el Diario Oficial de 27 de enero de 2011. La ley reconoce expresamente y entre otros principios al de ISN.⁶⁶⁷

En efecto, en su artículo 9 la citada ley dispone que:

“En el reconocimiento de la condición de refugiado deberá protegerse la organización y el desarrollo de la familia, así como el interés superior del niño”.

⁶⁶⁶ Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Artículo 33. Prohibición de expulsión y de devolución ("*refoulement*") 1. 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. 2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

⁶⁶⁷ Artículo 5. En aplicación de esta Ley se observarán, entre otros, los siguientes principios y criterios:

III. Interés superior del niño;

Cabe destacar que la protección del principio del ISN sea reconocida, *ab initio*, como una característica de la naturaleza del proceso de reconocimiento de la condición de refugiado, la que por cierto abarca a los NNA, ya sea que se hallen acompañados o no.⁶⁶⁸

Hemos adelantado; sin embargo, que la cuestión jurídica relevante es que la ley no señala qué debe entenderse por ISN de NNA no acompañados con indicios de necesitar protección internacional. En otros términos, la ley mexicana nos enfrenta a un término jurídicamente abstracto de ISN, del cual se requiere también –pero esta vez a nivel nacional– desentrañar su sentido y alcance. Afortunadamente, tras la reforma constitucional que consagró el monismo y que ya fue analizada en detalle, podemos partir de la base que existe identidad entre el término ISN empleado por esta ley y el empleado por los instrumentos internacionales que la preceden y a cuya implementación se dirige.

La cuestión práctica; sin embargo, recae en establecer qué derechos y qué principios son los que se deben aplicar para que la determinación local de este concepto y su implementación –en los hechos– sea acorde con el DIDH y el DIR. Lo anterior, reviste particular importancia, ya que el ACNUR ha señalado que “los NNA son quienes mayormente sufren vulneraciones de sus derechos humanos cuando son víctimas de persecución; y, además, porque en muchas ocasiones viajan sin la compañía de un adulto.”⁶⁶⁹

En efecto, en México se ha reportado que las autoridades migratorias realizan procedimientos acelerados, los cuales exponen a los NNA en situación de vulnerabilidad a retornar, indeseadamente, con sus progenitores(as), familiares o cuidadores(as) abusivos; o, a regresar a su país de origen donde han sido perseguidos, torturados o donde volverían a quedar expuestos a situaciones perjudiciales o de riesgo, todo lo cual es diametralmente contrario al ISN.

⁶⁶⁸ Artículo 20. Durante el procedimiento, la Secretaría tomará las medidas necesarias para garantizar el otorgamiento de asistencia institucional a los solicitantes que requieran atención especial, así como mujeres embarazadas, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, con discapacidad, enfermos crónicos, víctimas de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de abuso sexual y violencia de género, de trata de personas o a cualquier otra persona que pudiese encontrarse en situación de vulnerabilidad de conformidad con las disposiciones jurídicas que resulten aplicables en cada materia. Cuando un solicitante en situación de vulnerabilidad haya sido admitido provisionalmente o se encuentre en alguna estación migratoria, la Secretaría valorará las medidas que mejor favorezcan al solicitante, de conformidad con las circunstancias del caso. En el caso de niñas, niños y adolescentes deberá determinarse su interés superior.

⁶⁶⁹ ACNUR, *Manual del ACNUR para la Protección de Mujeres y Niñas*, op. cit., p. 12.

La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 no señalan expresamente cómo debe aplicarse el ISN a favor de los NNA merecedoras de la condición de refugiado. Sin embargo, en la práctica, las decisiones de los(as) operadores(as) gubernamentales no se ajustan a estándares mínimos del derecho de los refugiados y sobre todo de los derechos del niño, que estudiamos en el capítulo anterior.

En resumen, la importancia capital de la cuestión sobre la interpretación y la aplicación local del ISN en relación con NNA no acompañados con necesidades de protección internacional es puesta de relieve, precisamente, porque son éstas las personas que se hallan más expuestas a la ignorancia jurídica en el más leve de los casos; o al simple desinterés humano, en el más grave.

Con respecto a interpretar las obligaciones del Estado en relación con los NNA, la CIDH ha señalado que, adicionalmente a las disposiciones de la CADH se estima relevante atender, por referencia, a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección y derechos de la niñez,⁶⁷⁰ precisamente incluyendo aquellas aplicables a los refugiados tales como la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1961.⁶⁷¹ De esta manera, la CIDH destaca la regla que, para precisar el significado y contenido del concepto de ISN, se le deba ajustar a las circunstancias precisas del grupo poblacional en estudio.

En esta coyuntura, han sido los tribunales federales quienes han comenzado a trazar una línea jurisprudencial sobre lo que ha de entenderse por ISN y sobre cómo debería aplicarse este concepto por los operadores jurídicos y que podría aplicarse también el caso de los NNA no acompañados y que requieren protección internacional.

⁶⁷⁰ CIDH, Informe núm. 41/99, Caso 11,491, *Menores detenidos vs Honduras*, 1999, párr. 72. citado en: Rea Granados, *Evolución del derecho internacional...op. cit.*, p. 173.

⁶⁷¹ Convención de 1951 Sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de Julio de 1951 entrada en vigor 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43 Serie de Tratados de Naciones Unidas, No. 2545, vol. 189. Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, adopción en Nueva York, 31 de enero de 1967, citado en: Rea Granados, *Evolución del derecho internacional...op. cit.*, p. 175.

2. Jurisprudencia Mexicana

La jurisprudencia es una fuente material y formal del derecho que crea disposiciones jurídicas generales, abstractas, imperativas, impersonales, obligatorias, en su función de interpretación, unificación e integración del sistema jurídico.

En México, la función jurisdiccional federal está encomendada al Poder Judicial de la Federación, cuya función principal consiste en mantener el imperio de la ley, resolviendo casos contenciosos e interpretando la ley.⁶⁷²

El Poder Judicial de la Federación en México se estructura mediante una Suprema Corte de Justicia (en adelante, “SCJN”) en el máximo nivel jerárquico, seguida de Tribunales Colegiados de Circuito y Tribunales Unitarios de Circuito en un nivel subordinado, y por Juzgados de Distrito en el nivel jerárquico inferior; además de un Tribunal Electoral, y un Consejo de la Judicatura, ambos de carácter independiente. No todos estos órganos jurisdiccionales crean jurisprudencia, sino solamente la SCJN, los Tribunales Colegiados de Distrito y el Tribunal Electoral. Éste último, sólo en las materias de su competencia específica.

En el derecho mexicano se ha definido a la jurisprudencia de manera general, como la interpretación uniforme y reiterada que hacen determinados jueces sobre las normas legales o cuestiones de derecho positivo.⁶⁷³ En el caso mexicano se requiere, además, que el órgano judicial emita pronunciamientos en un mismo sentido en al menos cinco asuntos iguales o semejantes para que tal interpretación jurisdiccional constituya jurisprudencia, esto es, produzca efectos generales.

También, aunque en un sentido diverso, la jurisprudencia o los pronunciamientos de determinados tribunales puede servir como un criterio de interpretación judicial que haga prevalecer la postura de un tribunal –normal, aunque no exclusivamente superior en jerarquía– sobre otros, la cual no es obligatoria, pero sí actúa como criterio orientador de sus

⁶⁷² Moto Salazar, Efraín, *Elementos de Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2013, p. 121.

⁶⁷³ Espinoza Barragán, Manuel Bernardo, *Juicio de amparo*, Editorial Oxford Press, México, 2011, p. 252.

resoluciones. A estas resoluciones en derecho mexicano se les denomina tesis aislada, que aún no cuenta con el número suficiente en el mismo sentido que forme jurisprudencia.

En México, la misión de la judicatura es resguardar la seguridad jurídica como observancia de la ley en la solución de casos análogos o semejantes a través de sus fallos.

El Poder Judicial de la Federación ha señalado que concibe a la jurisprudencia como una fuente del derecho derivada de la interpretación constitucional y legal que, con fuerza obligatoria, crean determinados órganos jurisdiccionales al resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción, con el propósito de fijar el correcto sentido y alcance de las normas jurídicas y adecuar su contenido a la dinámica de la vida en sociedad, con el fin de mantener la seguridad jurídica en la esfera pública y privada.⁶⁷⁴

Debido a la importancia de la jurisprudencia mexicana en el tema de nuestra investigación, analizaremos cómo el Poder Judicial Federal ha interpretado el concepto internacional de ISN incorporado en la ley mexicana. Nuestro análisis tendrá por foco el hecho que toda la normativa mexicana sobre la materia debe necesariamente estar en plena armonía con las obligaciones internacionales de México. Por lo tanto, pondremos especial atención a que la interpretación jurisprudencial sea ajustada a lo ya desarrollado por el Derecho Internacional.

Primeramente, cabe señalar que la SCJN ha validado el que México deba aplicar el control de convencionalidad, el cual es una doctrina derivada precisamente de la ratificación de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales de su propio sistema. Para México, el control de convencionalidad es un concepto particularmente importante a raíz del caso emblemático de *Rosendo Radilla Pacheco vs. México*,⁶⁷⁵ en el cual la Corte IDH no sólo estableció la responsabilidad internacional del Estado mexicano, sino que condujo a la aplicación de la tesis sobre el control de convencionalidad en la interpretación de normas internas *vis a vis* aquellas de la Convención Americana, con lo que –de paso– habilitó que la determinación local de contenidos normativos asociados a conceptos internacionales deba necesariamente conformar o ajustarse a las prácticas y resultados interpretativos obtenidos en sedes

⁶⁷⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jurisprudencia, su integración*, 1era reimpresión, México, 2004, p. 186.

⁶⁷⁵ Corte IDH, Caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. México (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*, sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, pp. 1-106.

internacionales pertinentes, en otros términos, de la Convención por antonomasia (CDN); pero, asimismo, de otras que pudieren resultarle complementarias atendida la regla de pertenencia grupal, como sería el caso de los NNA acompañados necesitados de protección a través del status internacional de refugiado u otro igualmente eficaz.

En dicho caso, la Corte IDH dispuso que México debía adecuar su interpretación constitucional y legislativa a los principios establecidos en la jurisprudencia de ese tribunal.⁶⁷⁶ Evidentemente, la Corte IDH estableció que en el caso mencionado hubo una desviación relevante entre el entendimiento y el alcance internacional y el doméstico de un concepto decisorio-litis. Casos posteriores no sólo asentaron la jurisprudencia de que el control de convencionalidad resulta imperativo; sino que, como hemos visto, también ampliado en su alcance.

Pues bien, para abordar el dilema que representa cómo el sistema jurídico mexicano interpreta y aplica conceptos fundamentales originados en el Derecho Internacional, como el del ISN, con todo su contenido, alcance y significados de la forma en que lo ha concebido la jurisprudencia interamericana, es necesario estudiar primero cómo la jurisprudencia mexicana ha abordado e interpretado la obligación de aplicar la norma internacional en materia de derechos humanos; para, entonces, establecer si cumple (o no) con los parámetros interamericanos y cuya vulneración implicaría –potencialmente– la responsabilidad del Estado mexicano por el incumplimiento de sus obligaciones bajo los derechos y principios reconocidos por el DIR y DIDH.

Por lo tanto, analizaremos enseguida cómo la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación interpreta el alcance de los derechos humanos en México, por lo tanto, debemos analizar primeramente la llamada tesis jurisprudencial 18/2012.⁶⁷⁷

**“CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE
CONVENCIONALIDAD (REFORMA
CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011).**

⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 340.

⁶⁷⁷ Tesis jurisprudencial 18/2012, 10ª Época; Pleno; *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*; libro XV, diciembre 2012, t. 1, p. 420.

Mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se modificó el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rediseñándose la forma en la que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad. Con anterioridad a la reforma apuntada, de conformidad con el texto del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal, se entendía que el único órgano facultado para ejercer un control de constitucionalidad lo era el Poder Judicial de la Federación, a través de los medios establecidos en el propio precepto; no obstante, en virtud del reformado texto del artículo 1o. constitucional, se da otro tipo de control, ya que se estableció que todas las autoridades del Estado mexicano tienen obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el propio Estado mexicano es parte, lo que también comprende el control de convencionalidad. Por tanto, se concluye que en el sistema jurídico mexicano actual, los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces constitucionales, podrán declarar la

inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución o los tratados internacionales, mientras que las demás autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.”

Esta tesis postula que, a partir de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011 que modificó el artículo 1° de la Constitución, fue necesario rediseñar la forma en que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deben ejercer el control de convencionalidad. Evidentemente, lo anterior se relaciona con las facultades que la Constitución otorga al Poder Judicial de la Federación, por ser éste el único poder del Estado llamado a ejercer el control de constitucionalidad y legalidad de los actos del aparato administrativo y de gobierno.

Sin embargo, como vimos, la jurisprudencia de la Corte IDH ha ampliado el ámbito de las autoridades gubernativas que deben aplicar el control de convencionalidad. Esta jurisprudencia de alcance ampliado, por lo tanto, dio origen –entre los juristas mexicanos– al dilema constitucional acerca de si el Poder Judicial de la Federación continúa, o no, siendo el único órgano encargado de interpretar, adecuar y aplicar la doctrina del control de convencionalidad; o bien, si todas las autoridades mexicanas estarían facultadas para hacerlo.

La Suprema Corte de Justicia concluyó que en el sistema jurídico mexicano actual, los(as) jueces(zas) nacionales, tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamientos judiciales que respetasen y garantizarasen los derechos reconocidos por la Constitución mexicana y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Sin embargo, la Suprema Corte agregó que, en los casos sometidos a su consideración que fueren distintos de las vías directas de control constitucional previstas en la Carta fundamental, queda vedado a los(as) jueces(zas) nacionales hacer declaración de inconstitucionalidad.

Por lo tanto, el único que detenta esta facultad es el Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces(zas) constitucionales, quienes pueden efectuar la declaración de inconstitucionalidad de una norma inferior de derecho mexicano por no ajustarse a la Constitución o a los tratados internacionales pertinentes. Mientras, los otros órganos

jurisdiccionales del Estado mexicano, especialmente los(as) jueces(zas) de orden común, sólo podrán no aplicar la norma inferior en examen si consideran que no está conforme a estas normas jurídicas internacionales.⁶⁷⁸

Lo relevante de esta tesis jurisprudencial 18/2012 es que determina con claridad que el fundamento del referido “control de convencionalidad” arranca del artículo 1° de la Constitución mexicana; y, específicamente, de las obligaciones constitucionales de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos tanto aquellos de fuente interna como internacional. En otros términos, el *quid* de esta tesis jurisprudencial radica en poner de relieve el desarrollo del “control de convencionalidad” como una especie dentro del género “control de constitucionalidad”.⁶⁷⁹

Sabemos que, en general, los órganos jurisdiccionales deben aplicar los contenidos de los tratados interamericanos. Y, asimismo, también que no deben aplicar aquellas disposiciones legales mexicanas que sean contrarias a la Convención Americana.

En virtud de todo lo expuesto, el control de convencionalidad es un control jurisdiccional desarrollado siempre por tribunales, ejercido de manera concentrada por la Corte IDH –en el sistema interamericano– y como jurisdicción internacional vinculante para los Estados Parte; como, a su turno, por las jurisdicciones nacionales que además de jueces(zas) nacionales constituyen, al efecto, jueces(zas) descentralizados del sistema interamericano para la protección de los estándares de cumplimiento y garantía de los derechos humanos en el ámbito interno. Estos(as) jueces(zas) no deben, entonces, aplicar las normas de derecho interno contradictorias o que confronten a la Convención, utilizando para ello los principios de progresividad y en favor de la persona humana.

Aquello es sumamente importante, pues el Estado mexicano está obligado a honrar las obligaciones internacionales que ha asumido entre las que se incluye, en última instancia, el deber de ajustar su normativa local al sentido, contenido y alcance del DIDH y el DIR.

⁶⁷⁸ Tesis 1a. /J. 18/2012 (10a.), SCJN, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XV, t. 1, Registro 2002264, diciembre de 2012, p. 420.

⁶⁷⁹ Fajardo Morales, Zamir Andrés, *Control de Convencionalidad. Fundamentos y Alcance. Especial Referencia a México*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2015, p. 140.

Por lo tanto, ahora estudiaremos lo que han señalado los tribunales mexicanos sobre el ISN y que pudieran aplicarse, también, a los NNA no acompañados que requieren protección internacional.

2.1. Suprema Corte de Justicia de la Nación

Analizada la obligación internacional relativa a la recepción de los derechos humanos en México en el tema de esta investigación, tal recepción se refleja en una de las primeras tesis jurisprudenciales que abordó el ISN: la tesis aislada 172,003.⁶⁸⁰

“INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: SU CONCEPTO

En términos de los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991); y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño, en todas las medidas que tomen concernientes a éstos, concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de la siguiente manera: “la expresión interés superior del niño [...] implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados

⁶⁸⁰ Tesis aislada 172,003, 1ª. CXLI/2007, Primera Sala, Novena Época, *Seminario Judicial de la Federación*, t. XXVI, julio de 2007, p. 265.

como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.

En dicha tesis, que se remonta a 2007, la SCJN elaboró sobre la relación del Poder Judicial de la Federación con el concepto internacional de ISN y el desarrollo de su doctrina. El tópico era relevante, puesto que las materias pertinentes estaban contempladas en el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 3° de la CDN y en diversas otras normas especiales

Con la finalidad de establecer qué engloba el concepto de ISN, la SCJN citó lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

"la expresión 'interés superior del niño'... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño".⁶⁸¹

En el fondo, la tesis jurisprudencial de la SCJN avanzó en determinar con claridad que todos los tribunales tenían el deber de tomar en consideración el concepto de ISN; pero, con la mera cita de los parámetros CIDH sobre ISN, no puede afirmarse que haya avanzado lo suficiente para resolver –de una vez y para siempre– el dilema acerca de lo que el Derecho mexicano debe entender comprendido en el ISN. Esto es así, porque los parámetros CIDH no alcanzan a conjurar completamente la indeterminación jurídica del concepto empleado, lo cual sabemos que es relativamente normal en el plano de las normas del DI que requieren un determinado grado de indeterminación, precisamente, para concitar el mayor grado posible de adhesión; pero cuya desventaja –al mismo tiempo– se hace evidente en el plano local,

⁶⁸¹ Corte IDH, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, Opinión Consultiva OC-17/83, *op. cit.*, p. 86.

donde tales normas requieren un grado mayor de detalle para armonizar o suplir lo existente, por una parte; y para asegurar su eficacia práctica, por otra.

En efecto, los parámetros CIDH o el concepto del ISN esgrimidos por la Corte IDH, a saber: el grado de desarrollo del niño o la niña y el ejercicio pleno de sus derechos efectivamente han de ser considerados rectores, o esenciales en rigurosa terminología jurídica. Pero ello no implica necesariamente que en el plano local y en la coyuntura de especificar dicho concepto para su implementación efectiva en cada caso concreto, el sentido, el contenido y/o el alcance del ISN no requiera mayor detalle sustancial; o, al menos, que no deba observar parámetros o estándares complementarios que atiendan ya a su naturaleza o a circunstancias simplemente accidentales en que, por lo mismo, su variabilidad sea mayúscula.

En resumen, aunque este órgano jurisdiccional lo abordó e introdujo un avance en el nivel de aplicación subjetiva, la tesis aislada 172,003 quedó corta en avanzar una solución sustantiva al problema que la determinación nacional de contenido y/o alcance del ISN pueda –en la práctica– resultar contraria o insuficiente en relación con los estándares de implementación y, que no sólo pueda ser aplicada a todos NNA, sino también aquellos casos que requieren protección internacional efectiva.

En segundo término, debido a la prolongada falta de claridad acerca del ISN por la jurisprudencia mexicana, recién en 2015, la SCJN postuló una nueva tesis jurisprudencial sobre la materia.⁶⁸²

***“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. DIMENSIONES
EN QUE SE PROYECTA LA APLICACIÓN DE ESTE
PRINCIPIO.***

De la jurisprudencia 1a./J. 44/2014 (10a.), de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de título y subtítulo: "INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO

⁶⁸² Tesis 2010602, CCCLXXIX/2015(10ª.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, libro 25, diciembre de 2015, t. I, p. 256.

INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS." (1), deriva que el interés superior del menor es un principio vinculante dentro de nuestro ordenamiento jurídico, cuya aplicación se proyecta en tres dimensiones: a) como derecho sustantivo, en cuanto a que el interés referido sea consideración primordial y se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses respecto a una cuestión debatida; b) como principio jurídico interpretativo fundamental, en el sentido de que si una norma jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de forma más efectiva sus derechos y libertades, a la luz del interés superior del menor; y, c) como norma de procedimiento, conforme a la cual, siempre que se tome una decisión que afecte los intereses de uno o más menores de edad, deberá incluirse en el proceso de decisión, una estimación de las posibles repercusiones en ellos. Asimismo, la justificación de la medida adoptada deberá dejar patente que se consideró el interés superior del menor en el análisis de las diversas alternativas posibles."

En esta nueva interpretación, el concepto de ISN se configura o proyecta en tres dimensiones. En primer lugar, la SCJN concibe al ISN como un derecho sustantivo; la segunda dimensión lo entiende como un principio jurídico interpretativo fundamental; y, por último, el ISN es visto como una norma de procedimiento ineludible. Tras describir cada una de aquellas dimensiones, la SCJN señala, además, que en el análisis de diversas alternativas posibles toda fundamentación de medidas que atañan a NNA y que finalmente se adopten deberá siempre dejar patente que se consideró el ISN. En otros términos, ello supone que el(la) juzgador(a) no sólo deberá explicitar la consideración del ISN (exigencia formal), sino que –tomando en cuenta al menos una de sus tres dimensiones– deberá fundamentar la

decisión que adopte en el caso en concreto, por ejemplo, medidas de protección o de derivación especializada.

Lo anterior, en la práctica, supuso –para todos los tribunales nacionales concernidos– la obligación de incorporar, en todos sus procesos de toma de decisión que involucren niños o niñas –sea de manera directa o indirecta–, la consideración del concepto ISN, en otros términos, la elaboración argumentativa no sólo sobre las circunstancias de hecho sustanciales y pertinentes que –en el caso y para el niño o la niña en concreto– conformarían su interés superior; sino que, igualmente, la elaboración argumentativa sobre las medidas concretas que –en su favor– harían posible la consecución efectiva de dicho interés superior.

Cabe señalar que, a pesar de que se trata de una tesis de 2015, los argumentos que desarrolla se adecuan a la interpretación que hizo el Comité DN en la Observación General N° 14 la cual, como se ha dicho, representa en el plano internacional la perspectiva más amplia acerca del ISN, en otros términos, va más allá de lo que la doctrina local ha manejado tradicionalmente: considerar al ISN solamente como un principio de derecho general e indeterminado.

Por lo tanto, resulta evidente que, con esta nueva tesis jurisprudencial, la SCJN brinda mayor alcance al ISN, ya que el concepto no se limita a ser considerado un simple principio; sino que, además, engloba un entendimiento más amplio al considerarlo asimismo un derecho y una norma de procedimiento, dependiendo del contexto y del caso. Es decir, para cada caso en concreto el ISN puede poner de relieve cualquiera de las tres dimensiones referidas, sin anular a las demás. Esta característica no sólo hace al concepto mismo más comprensivo (dimensión tripartita); sino que, además, facilita su aplicación práctica ya que cada operador(a) jurídico podrá justificar la medida adoptada en su virtud de conformidad con la dimensión que mejor se ajuste a las características del caso en concreto, sin que ello perjudique el entendimiento de las demás.

En tercer lugar, otra jurisprudencia sumamente relevante en el tema de esta investigación es la Tesis 1ª./J.44/2014.⁶⁸³

⁶⁸³ Tesis 2006593, 1ª./J.44/2014, Primera Sala, Décima Época; *Seminario Judicial de la Federación*, libro 7, junio de 2014, t. I, p. 270.

“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS.

Resulta ya un lugar común señalar que la configuración del interés superior del menor, como concepto jurídico indeterminado, dificulta notablemente su aplicación. Así, a juicio de esta Primera Sala, es necesario encontrar criterios para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor y paralelamente determinarlo en concreto en los casos correspondientes. Es posible señalar que todo concepto indeterminado cabe estructurarlo en varias zonas. Una primera zona de certeza positiva, que contiene el presupuesto necesario o la condición inicial mínima. Una segunda zona de certeza negativa, a partir de la cual nos hallamos fuera del concepto indeterminado. En tercer y último lugar la denominada zona intermedia, más amplia por su ambigüedad e incertidumbre, donde cabe tomar varias decisiones. En la zona intermedia, para determinar cuál es el interés del menor y obtener un juicio de valor, es necesario precisar los hechos y las circunstancias que lo envuelven. En esta zona podemos observar cómo el interés del menor no es siempre el mismo, ni siquiera con carácter general para todos los hijos, pues éste varía en función de las circunstancias personales y familiares. Además, dicha zona se amplía cuando pasamos -en la indeterminación del concepto- del plano jurídico al cultural. Por lo anterior, es claro que el derecho positivo no puede precisar con exactitud los límites del interés superior del menor para cada supuesto de hecho planteado. Son los tribunales quienes han de determinarlo moviéndose en esa

"zona intermedia", haciendo uso de valores o criterios racionales. En este sentido, es posible señalar como criterios relevantes para la determinación en concreto del interés del menor en todos aquellos casos en que esté de por medio la situación familiar de un menor, los siguientes: a) se deben satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y las de tipo espiritual, afectivas y educacionales; b) se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y c) se debe mantener, si es posible, el statu quo material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro. Asimismo, es necesario advertir que para valorar el interés del menor, muchas veces se impone un estudio comparativo y en ocasiones beligerante entre varios intereses en conflicto, por lo que el juez tendrá que examinar las circunstancias específicas de cada caso para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor, principio consagrado en el artículo 4o. constitucional."

En ésta, la SCJN reconoció que el ISN es un concepto jurídico indeterminado; y, por lo tanto, señaló la necesidad de brindar una serie de criterios para su aplicación en casos concretos.

Debido a la dificultad en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados la SCJN reiteró la necesidad y la importancia de elaborar criterios para determinar en qué consiste el ISN; y, paralelamente, cómo hacerlo en cada caso en concreto. Precisamente

debido a la naturaleza jurídica indeterminada del ISN, este tribunal señaló que para delimitar dicha indeterminación la manera más apropiada de aproximarse a él debería estructurarse a través de “zonas”.

La primera de estas zonas aparecería delimitada por su función: brindar certeza positiva, y de la cual la SCJN identifica como aquella que contiene el presupuesto necesario o condición inicial mínima que debe incluirse dentro de su contenido y alcance.

La segunda zona, en cambio, es de certeza negativa, en la cual se aloja todo aquello que –inequívoca y naturalmente– se haya fuera o no puede reconducirse al concepto sin un esfuerzo deliberado o con sesgo. Por último, la tercera zona o “zona intermedia” según la denomina la SCJN, es la más amplia, caracterizada por su ambigüedad o incerteza y en la que inciden mayormente los casos prácticos en que los(as) operadores(as) deben tomar decisiones sobre medidas que afectan de una u otra forma a la niñez.

Precisamente en relación con dicha zona intermedia es que la Suprema Corte ha señalado que –a su respecto– es necesario precisar los hechos y las circunstancias que envuelve el caso determinado. Si ello es así, por lo tanto, la delimitación y determinación de alcance y contenido de la zona intermedia no siempre puede arrojar el mismo resultado, por ejemplo, ni siquiera con un carácter general para todos los hijos de una misma familia que solicite protección, ya que el ISN así delimitado puede variar –y sería perfectamente natural que así lo hiciera– según la situación fáctica y personal de cada interesado y aún de las específicas circunstancias personales y/o familiares en contexto. En el sentido al que apunta nuestro ejemplo, una de las conclusiones que emana de esta jurisprudencia –y que es, además, señalada por la SCJN– es que el derecho positivo no puede precisar con exactitud los límites del ISN para cada uno de los supuestos de hecho que la realidad pueda plantear. Este predicado del derecho positivo en general resulta particularmente aplicable cuando se trata del concepto de ISN.

De acuerdo con la Suprema Corte, entonces, son los tribunales quienes han de determinar el alcance y contenido del ISN moviéndose en aquella “zona intermedia” y haciendo uso de valores o criterios racionales. Pero ¿cuáles son éstos?

La Corte estableció como relevantes para la determinación en concreto del ISN tres criterios, en los casos de una situación familiar. Ellos son:

1. Se debe atender, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del NNA, incluyendo las de tipo espiritual, afectivas y educacionales;
2. Se deberá tener en cuenta los deseos, los sentimientos y las opiniones del NNA. Este criterio, sin embargo, debe ser compatible con el anterior y la voluntad, estado, u opiniones del NNA han de ser interpretadas de acuerdo con su nivel de madurez o discernimiento; y
3. Se debe mantener, si es posible, el *statu quo* material y espiritual del NNA; y atender a la incidencia que toda alteración de este pueda tener en su personalidad y para su futuro.

Ahora bien, de acuerdo con la Suprema Corte, en el caso de múltiples intereses diferentes en conflicto los intereses del NNA deben prevalecer sobre los demás que estén en juego. Para la Corte, el(a) juez(a) tendrá que examinar las circunstancias específicas de cada caso para llegar a una solución estable, justa y equitativa. Tomando en consideración esa triple finalidad, los jueces deben procurar concordancia e interpretar las normas jurídicas en la línea de favorecer al NNA.⁶⁸⁴

Aunque se trate de una tesis jurisprudencial muy relevante en relación con el ISN, ello no implica que esté exenta de crítica. En primer lugar, en el argumento de la SCJN está implícito el reconocimiento que el ISN es un concepto jurídico indeterminado. El reconocimiento de tal naturaleza jurídica es relevante, ya que supone *ab initio* un ámbito de disputabilidad más o menos difuso entre las diversas opiniones interpretativas que pueden surgir frente a contextos fácticos determinados entre los distintos operadores jurídicos llamados a respetar y hacer respetar su primacía normativa, como los(as) jueces(zas); a aplicarlo en consonancia por diseñadores de políticas públicas, por ejemplo; a implementarlo a nivel reglamentario y operativo, por las autoridades de nivel local como los agentes de inmigración; y a supervisar y evaluar la eficacia de sus medidas en cada nivel, por ejemplo, para conjurar *ex ante* o desterrar *ex post* su utilización y/o interpretación arbitraria por los(as) mismos(as) operadores(as).

Al tener claro los criterios internacionales sobre la determinación del ISN, nos ayudará a conjurar, en concreto, las situaciones discrecionales abusivas. Así, los(as)

⁶⁸⁴ Tesis: 1ª./J.44/2014, (10ª.) *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, 2006593, Primera Sala, Libro 7, junio de 2014, t. I, p. 270.

operadores(as) jurídicos no tendrán margen para incurrir en arbitrariedad que atente contra el concepto de ISN. La propuesta se traduce, entonces, en constreñir el potencial accionar arbitrario de los(as) diversos(as) aplicadores(as) jurídicos a un marco de criterios jurídicos reconocidos por el DIP y ajustado al Estado de derecho.

En segundo lugar, desde la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados se yergue la crítica que distingue que éstos sólo poseen en realidad dos ámbitos: uno denso y nuclear y otro inextricablemente ligado a éste, pero más difuso o menos cohesionado, que lo envuelve como un “halo”. De acuerdo con esta teoría los conceptos jurídicos indeterminados tienen, entonces, un núcleo denso y primario rodeado de un halo, que amplía o ablanda los límites del concepto primario.⁶⁸⁵ Pues bien, en este sentido, el concepto indeterminado de ISN poseería también estos dos ámbitos o zonas: un núcleo o zona de certeza jurídica y un halo, una zona de duda, donde no existe tal certeza de manera previa y cuya determinación (de alcance, contenido y efectos) requiere –de cierta manera– desplegar la idea nuclear del concepto.⁶⁸⁶

Naturalmente, el problema es cómo hallar los límites exteriores (o alcance) de un núcleo cuya irradiación mengua progresivamente a medida que nos alejamos de él, sin poseer antes algún mecanismo (criterio) de contención y sin el cual el ISN no sólo podría resultar ilimitado (arbitrario) en sus efectos, sino también completamente irreconocible.

En imagería prestada de la física, este halo o zona intermedia de alcance, contenido y efectos ambiguos y que residiría entre el núcleo de un concepto indeterminado y el vacío profundo de la alteridad, aporta efectivamente a la definición de los conceptos indeterminados –precisamente– como aquellos que se encuentran entre conceptos contrarios.⁶⁸⁷

La doctrina española, principalmente, elabora que la determinación de los conceptos jurídicos indeterminados –en verdad– pasa por aplicar un criterio triple o que distingue tres zonas bien delimitadas: la primera, la consabida zona fija, de certeza o nuclear en la que se cohesionan datos previos y seguros; la zona intermedia o de incertidumbre (halo del

⁶⁸⁵ Gómez Lívio, Marcus, *Instrumentos para la unificación de criterios administrativos en materia tributaria*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2011, p. 143.

⁶⁸⁶ Sainz Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, pp. 197-198.

⁶⁸⁷ *Idem.*

concepto), más o menos precisa y con las características ya mencionadas; y, finalmente, una zona de exclusión referida a casos o supuestos de hecho que claramente no se incluyen en el ámbito de aplicación conceptual y que delimitan con absoluta certeza aquello que el concepto no es y/o aquello a lo que no es aplicable, en otras palabras, la certeza negativa que delimita el vacío o que nos dice –con seguridad– lo que el concepto no es ni abarca.⁶⁸⁸

Como es posible concluir, al señalar que para establecer criterios con los cuales poder determinar el ISN se requiere abordarlo desde una perspectiva tripartita, la SCJN tomó en consideración esa última doctrina para formular su tesis jurisprudencial. En efecto, por un lado, reforzando el núcleo de certeza positiva que contiene el presupuesto necesario o la condición inicial mínima que remite al ISN. Por otro lado, uno precisamente en las antípodas, la perspectiva de certeza negativa o de todo aquello que se halla completamente fuera del concepto indeterminado en cuestión. Y, por último, una zona que –si bien delimitada por las dos previas– es una zona intermedia, de amplitud variable debido a su grado de ambigüedad o incertidumbre, y en donde cabe a los operadores adoptar decisiones y/o medidas.

En una muestra de realismo jurídico, la SCJN precisa que –tomando en cuenta esta última zona– el resultado interpretativo no será siempre el mismo, sino que él dependerá de las circunstancias de cada caso. No podemos sino coincidir, ya que el hecho que la determinación del ISN deba tomar en consideración las características especiales de cada caso en particular no constituye novedad alguna pues la casuística es –en el fondo– la razón de ser de la jurisprudencia, por lo que no podemos sino coincidir con la precisión de la SCJN.

Sin embargo, la utilidad que se asigna a la jurisprudencia es precisamente el identificar parámetros comunes de solución jurídica –o al menos no divergentes o contradictorios– a conflictos de iguales presupuestos fácticos, con los que se destierren o al menos se reduzcan los ámbitos de incerteza y/o de arbitrariedad en las decisiones judiciales o de otro carácter.

Es pertinente recordar que la SCJN también consideró que el derecho positivo no puede precisar con exactitud los límites del ISN para cada supuesto de hecho planteado. Lo que a primera vista pudiera parecer una muestra de profundo pesimismo jurídico, en realidad

⁶⁸⁸ Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de derecho Administrativo y Derecho Público en General*, Civitas, Madrid, España, 2004, p. 532 y, García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomas Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 123.

no es tal si –de la misma forma– recordamos que la determinación del ISN en el caso de NNA no acompañados con necesidades de protección internacional posee y debe ajustarse a los estándares internacionales del DIDH y el DIR ya estudiados y que, por su incorporación al ámbito local –y en grado constitucional en el caso de México– no sólo son derecho positivo; sino que –como veremos– bastan para establecer criterios jurídicos sobre la zona intermedia que permitan la aplicación eficaz de este concepto a la población de estudio.

En efecto, en casos de una situación familiar, según la SCJN, los criterios relevantes y amplios que todo(a) operador(a) jurídico debe tomar en cuenta al momento de determinar el ISN de NNA no acompañados y que requieren protección internacional, son:

1. La evaluación y la determinación del ISN ha de ser acorde con todos los derechos reconocidos por la CDN; asimismo, con el pleno ejercicio de todos ellos, incluyendo particularmente el derecho a la salud y a la educación.

Este criterio emana de un argumento enarbolado por la Corte IDH, el que señala que el ISN debe ser entendido como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños; y, por lo tanto, obliga al Estado a cumplir con dicha finalidad en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención.⁶⁸⁹ Además, es importante resaltar que la CDN es el instrumento internacional –por antonomasia– sobre los derechos de los niños y las niñas, en el cual se contienen una serie de derechos y principios relativos a ellos(as).

Ahora bien, a diferencia de cualquier otro niño o niña local de un país de acogida, nuestro grupo de estudio: los NNA no acompañados con indicios de requerir protección se encuentran en una evidente y grave situación de vulnerabilidad, porque están privados temporal o permanentemente de su medio familiar, el que –en situaciones normales– podría velar por su interés superior. Si el Estado debe proteger y garantizar todos y cada uno de sus derechos reconocidos por los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, esto es, independiente de las condiciones de uno u otro grupo; con mayor razón aún debe brindar y garantizar la protección de aquellos cuya condición es de notable desventaja y esta

⁶⁸⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Estándares internacionales latinoamericanos”, Silva E. Fernández, en: *Tratados de derechos de niños, niñas y adolescentes*, tomo I, Abeledoperrot, Buenos Aires, 2015, p. 127.

subsumida en instrumentos internacionales específicos sobre la niñez y cuya infracción acarrea la responsabilidad internacional del Estado.

2. La determinación del ISN debe tomar en consideración el derecho a la participación informada y la opinión individual del interesado en cualquier asunto que lo involucre.

Este criterio tiene relación con la Observación General No. 14, donde el Comité DN señaló que “no es posible la aplicación correcta del principio del ISN si no se atiende al derecho de este grupo a ser escuchado.”⁶⁹⁰

Tanto este criterio como el anterior tienen funciones complementarias: aquel tiene como objetivo hacer realidad un conjunto de condiciones esenciales estimadas de beneficio superior para los NNA no acompañados y que requieren protección internacional; mientras que éste, el derecho a ser partícipe y a ser escuchado, tiene una orientación instrumental o metodológica, en cómo llevar a cabo o acceder a dichas condiciones.⁶⁹¹ Además, el derecho a la participación informada también implica que la información sea efectiva y extensiva para garantizar el que ella resulte un aporte en la toma de decisiones que afectan al NNA.

3. Se debe atender al principio de autonomía progresiva.

La razón de ser de este criterio está en que la mayor o menor autonomía de un NNA no acompañado varía en función de la madurez del NNA y de la entidad de la actuación a la que sea sometido.⁶⁹² En otras palabras, en razón de su relativa inmadurez, los niños pequeños dependen de autoridades responsables que evalúen y representen sus derechos y su ISN en relación con decisiones y medidas que afecten su bienestar, sin perjuicio de que al hacerlo deban tener en cuenta sus opiniones y capacidades en desarrollo.⁶⁹³ Estas facetas son las que comprenden el principio de autonomía progresiva; y que implica que la consideración de este

⁶⁹⁰ Comité DN, *Observación General No. 14, op. cit.*, nota 3, pp. 11-12.

⁶⁹¹ *Ibid.*, párr. 43.

⁶⁹² Sánchez-Calero Arribas, B., “La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados”, en: *Anuario de Derecho Civil*, LIX-1, Ministerio de Justicia, España, 2006, pp. 355-365.

⁶⁹³ Comité DN, *Observación General No. 7, Sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia*, UN Doc. CRC/C/GC/7, noviembre de 2005, párr. 13.

principio en cada caso configure en sí mismo un criterio para llegar a establecer el interés superior de un NNA en concreto. En este sentido, el criterio es acorde a lo que ha señalado el Comité DN sobre la importancia de tomar en cuenta el desarrollo y madurez de los NNA no acompañados.

Ahora bien, en caso que un NNA no acompañado no posea un grado de madurez suficiente, el ACNUR ha señalado que “es necesario recurrir a factores objetivos, tales como las características del grupo o población que el niño o la niña ha dejado, la situación que prevalece en el país de origen así como la situación de los miembros de su familia, tanto dentro como fuera del país de origen.”⁶⁹⁴ El conjunto de parámetros de ACNUR es indispensable, asimismo, para que el procedimiento de la condición de refugiado sea posible y se ajuste a las necesidades específicas de todos los NNA no acompañados. También esto incluye que el NNA no acompañado debe ser informado de que, la institución mexicana especializada en temas de niñez, es decir los Sistemas Nacionales o Estatales para el Desarrollo Integral de la Familia,⁶⁹⁵ mediante la Procuraduría Nacional o Estatal de Protección a los Niños, Niñas y Adolescentes (en adelante “Procuraduría de Protección”) será su asesor jurídico o representante legal y quien, además, le brindará la asistencia psicológica necesaria y le proveerá otros servicios que coadyuven a garantizar su derecho humano al asilo.

4. Se deberá atender la no discriminación e igualdad, lo cual incluye que los NNA deban ser tratados, protegidos y cuidados de la misma manera.

Este criterio tiene que ver con que el ISN es un fin legítimo en abstracto; pero, además, con que los actos encaminados a su determinación deban ser acordes al ejercicio de todos los derechos involucrados (derechos humanos, derechos asociados a un colectivo o grupo determinado, etc.) sin discriminación alguna. En lo que atañe a esta investigación, esto

⁶⁹⁴ ACNUR, *Los niños refugiados: directrices sobre protección y cuidado*, ACNUR, Ginebra, 1994, p. 6.

⁶⁹⁵ Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, que aparte de encargarse de la protección y cuidado de las familias en México, tiene funciones de protección y cuidado de los NNA. De acuerdo con la Ley General de los Niños, Niñas y Adolescentes.

se traduce en que el ISN no puede ser utilizado para amparar situaciones de trato desigual injustificado o discriminación; por el contrario, son precisamente aquellas situaciones de desventaja injustificada o desigualdad entre los NNA no acompañados las que deben ser tomadas en consideración para reponer el equilibrio y la igualdad perdidos.

5. Se debe tomar en consideración el derecho a los recursos, las aptitudes y las contribuciones necesarias para la supervivencia y el pleno desarrollo del niño. Éste también incluye satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del NNA, incluyendo las de tipo espiritual, afectivas y educacionales.

Este criterio tiene que ver con lo que ha señalado el Comité DN, quien vincula expresamente el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo con los factores que determinan la salud del niño en relación con la obligación de los Estados Parte de garantizar la supervivencia, el crecimiento y el desarrollo del NNA, en particular, en sus dimensiones física, mental, espiritual y social.⁶⁹⁶

6. Se debe proteger la integración, reinserción, reunificación y consolidación familiar, salvo en aquellos casos en los que tal separación sea necesaria para proteger el ISN.

El ACNUR ha reconocido que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad; y, por lo tanto, tiene el derecho a ser protegida por el Estado.”⁶⁹⁷ El Estado, entonces, debe promover la reunificación para proteger y preservar la unidad de la familia, como elemento primordial de toda sociedad.

Ahora bien, este criterio debe ser cuidadosamente analizado por el(a) operador(a) jurídico, ya que en caso de que el NNA no acompañado haya escapado de violencia doméstica, el ISN sería contrario a la reunificación familiar.

⁶⁹⁶ Comité DN, *Observación General No. 15, Sobre el derecho del niño al disfrute más alto nivel posible de salud (art. 24)*, UN Doc. CRC/C/GC/15, 17 de abril de 2015, párr. 16.

⁶⁹⁷ ACNUR, *Consultas anuales tripartitas sobre el reasentamiento: La reunificación familiar en el contexto del reasentamiento y la integridad*, ACNUR, Ginebra, 2001, p. 1.

7. En cualquier decisión relacionada a un NNA el Estado deberá poseer normas especiales a favor de los derechos de la niñez, ya sea de tipo legal o procedimental, que ayuden a impedir o agilizar las demoras injustificadas y a simplificar los trámites legales.

Siempre que se deba tomar una decisión que pueda afectar o involucre a un NNA, los procesos que lleven a ella deberán incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión y si aquellos requieren garantías procesales.⁶⁹⁸

8. Institucionalidad especializada y capacitada. La aplicación del concepto de ISN requiere instituciones especializadas que conozcan los derechos de los niños y las niñas.

En cuanto norma de procedimiento, el ISN implica que los Estados deban contar con un marco de normas procesales que provean garantía suficiente a sus derechos materiales, pero, además, que ellas se apliquen por una estructura de instituciones especializadas conformadas por un personal capacitado adecuadamente y presto para asistir y resguardar los derechos de las niñas y niños involucrados en tales procesos.

En México, cabe resaltar, existen los Oficiales de Protección a la Infancia (en adelante “OPI”), agentes federales de migración cuyo principal objetivo es garantizar el respeto a los derechos humanos de los NNA migrantes y refugiados. Son autoridades migratorias que tienen la capacitación técnica apropiada para brindar información, identificar a posibles NNA no acompañados con necesidades de protección y revestidos de facultades legales suficientes para encausar a los NNA no acompañados en el procedimiento de asilo ante la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (en adelante “COMAR”), o bien, derivar hacia los Sistemas DIF.

Los OPI tienen la responsabilidad de canalizar a todos los NNA no acompañados que identifiquen dentro de los flujos migratorios mixtos –incluyendo, por cierto, a aquellos que requieran protección internacional– hacia los sistemas de protección de la infancia para el resguardo debido o la restitución de sus derechos. En el caso particular, los OPI tendrían que

⁶⁹⁸ Comité DN, *Observación General No. 14, op. cit.*, nota 3, p. 4.

canalizar a los NNA no acompañados a los Sistemas DIF, sea nacional, estatal o municipal, quienes serán los responsables jurídicamente de brindar acompañamiento, asesoría y representación legal.⁶⁹⁹

Por otra parte, en el caso del acceso al procedimiento de asilo, el –DIF por medio de la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, sea federal, estatal o municipal– deberá brindar a los NNA no acompañados información clara, sencilla y comprensible sobre el procedimiento de asilo. Por lo mismo, la información sobre este procedimiento deberá ser comunicada mediante un lenguaje que respete la edad, el desarrollo evolutivo, cognitivo y el grado de madurez del NNA involucrado.

Por último, el DIF –ya sea federal, estatal o municipal– deberá garantizar a los NNA no acompañados que puedan presentar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, ya sea mediante representación legal, o bien por sí mismos respetando el principio de autonomía progresiva. Este principio incluye también que el DIF deba asistir a los NNA no acompañados mediante personal especializado, que les brinde auxilio y protección a lo largo de todo el procedimiento de asilo.

9. Criterio sobre conflictos de interés. Deberá de tenerse en cuenta como valor primordial el interés del niño sobre el de cualquier otro adulto.

Lo cierto es que la regla internacional es clara. Ya desde la denominación misma del concepto: ISN, resulta indudable la jerarquía asignada al beneficio del NNA por sobre el de otros intervinientes en potencial conflicto.

La regla doméstica tampoco contradice a la internacional; antes bien, la remarca a nivel constitucional y legal. Si ello no bastare, la superioridad del ISN es acertadamente sancionada por la jurisprudencia de la SCJN, que hace primar siempre el ISN por sobre el de un adulto.

Sin embargo, cabe preguntarse cómo se resolvería un caso en que existiere una colisión entre los derechos de dos o más niños o niñas. Es decir, cómo se resolvería una

⁶⁹⁹ Ley General de Niños, Niñas y Adolescentes, Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de junio de 2018.

colisión múltiple de intereses de dos NNA, cuál de ellos debería prevalecer, cuál de ellos subordinarse.

Sabemos que, de acuerdo con el criterio inicial de la SCJN, deberían prevalecer los intereses de ambos niños o niñas por sobre los de cualquier tercero ajeno a esa condición. Pero para resolver la colisión múltiple de intereses entre NNA, la tesis de la SCJN no provee una solución. En esta particular coyuntura; sin embargo, la aplicación de los criterios explicados se vuelve aún más relevante al permitir, sucesiva y alternadamente –en cada una de las etapas de análisis de concurrencia de sus requisitos– distinguir y últimamente determinar el interés de uno y otro NNA.

Como sabemos, además, que las circunstancias que determinan la condición particular de un niño o niña como susceptible de protección pueden ser increíblemente variadas, su consideración puede –asimismo– admitir varianza. Por lo que, en último término, esta variabilidad concreta se erige –por sí misma– como un criterio residual o subsidiario; y, por su mismo carácter, de aplicación excepcional.

El supuesto meramente hipotético de una colisión de los intereses de dos o más NNA en exacta igualdad de circunstancias impresiona como un ejercicio teórico plausible; pero, al mismo tiempo, de bajísima probabilidad real y que –en la práctica– se resolvería más bien apostando por la armonización de los intereses y/o derechos en controversia de los NNA, con la finalidad de respetar y proteger los intereses de todos los involucrados en la medida máxima posible.

Por todo lado, tomando en cuenta todos los anteriores son –a nuestro juicio– los criterios más relevantes que deberían tomarse en cuenta para que la interpretación y aplicación del ISN y que, de igual forma, aplican a los NNA no acompañados con necesidades de protección internacional, ya que éstos se ajustan al DIDH. Sobre todo, primeramente, porque se refieren estándares internacionales ampliamente reconocidos por el Derecho Internacional.

En segundo lugar, porque ninguno de ellos se contraponen. Y, por último, porque son estándares de cierta amplitud y precisión relativa, o si se quiere de alcance vasto, pero no indeterminado y que, a su vez, ya por separado o en conjunto, cumplen la función de circunscribir el ámbito o zona de indeterminación del concepto de ISN, al servir de guía a

los(as) operadores(as) jurídicos al momento de especificar, en un caso concreto, el sentido, alcance y efectos de lo que constituye el beneficio superior de un niño o una niña.

Aunque podemos considerarles los más relevantes, lo cierto es que son sólo algunos de los lineamientos mínimos que permiten iluminar el sentido, dar contenido y prever los efectos de potenciales de medidas asociadas al concepto de ISN conforme al Derecho Internacional, pero están lejos de ser los únicos.

Por último, cabe señalar que la jurisprudencia analizada en el presente capítulo no es la única sobre el ISN emanada de los tribunales mexicanos, pero sí la de mayor jerarquía, relevancia y la más representativa de los criterios jurídicos actuales creados por la jurisprudencia mexicana a partir de la recepción del concepto internacional de ISN y enfocada a reducir su abuso discrecional y arbitrario.

2.2. Tribunales Federales

Los Tribunales Colegiados de Circuito también desarrollaron tesis jurisprudenciales sobre el ISN; pero, aunque no han producido un catálogo sistémico de criterios normativos, la cual tampoco se ha pronunciado sobre el grupo de interés de nuestra investigación, sí tuvieron el mérito de ser los pioneros en forjar el contenido del ISN. Así en una tesis jurisprudencial de 2011, el Tribunal Colegiado en materia Civil⁷⁰⁰ señaló que:

“El sistema jurídico mexicano establece diversas prerrogativas de orden personal y social en favor de los menores, lo que se refleja tanto a nivel constitucional como en los tratados internacionales y en las leyes federales y locales, de donde deriva que el interés superior del menor implica que en todo momento las políticas, acciones y toma de decisiones vinculadas a esa etapa de la vida humana, se

⁷⁰⁰ Tesis: 5°. C. J/14, Tribunal Colegiados de Circuito, Novena Época, *Seminario Judicial de la Federación y Gaceta*, t. I, p. 2187.

realicen de modo que, en primer término, se busque el beneficio directo del niño o niña a quien van dirigidos.”

Con esta tesis jurisprudencial, los Tribunales Colegiados reforzaron el argumento brindado por la Corte IDH de ser el ISN un concepto rector en la elaboración de políticas, acciones y en la toma de decisiones en todo lo que respecta a la vida de los niños y las niñas.

Otra tesis emanada de estos tribunales se encuentra en la decisión 200773585, de 2014, del Tribunal Colegiado en materia Penal, quien señaló:

“La participación de los niños en los procedimientos jurisdiccionales reviste una doble finalidad, pues al reconocerlos, como sujetos de derecho, se logra el efectivo ejercicio de sus derechos y, a la vez, se permite que el juzgador se allegue de los elementos necesarios para forjar su convicción respecto de un determinado asunto, lo que es fundamental para una debida tutela el interés superior de la infancia, evitando un conflicto de intereses. Circunstancia que ocurre cuando, por ejemplo, uno de los progenitores de un menor que es parte en un procedimiento penal denuncia el hecho que lo origina, mientras que el otro, solicita la representación del infante siendo este último, familiar del inculpado, evidenciándose que quien pretende ostentar la representación del menor, reviste un doble carácter –progenitor del representado y familiar del acusado- suponiendo un actuar tendencioso.”⁷⁰¹

⁷⁰¹ Tesis 2007385. II.3o.P.5 K (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 10, septiembre de 2014, p. 2450

En esta decisión el Tribunal Colegiado argumentó que el ISN debe observarse ya al designar al representante del NNA y quien participará en todo procedimiento jurisdiccional. En otras palabras, cuando un NNA deba ser parte en un juicio, es necesario que sea debidamente representado y esta designación ya debe importar la consideración del ISN.

Sin embargo, el obstáculo que se observa en la ley nacional mexicana radica en que la representación deben ejercerla los(as) progenitores(as), los(as) tutores(as) o quienes ejerzan la patria potestad sobre el NNA, lo que puede dar origen a un conflicto de interés.

Para salvar dicho escollo, ese Tribunal propuso como un criterio normativo sobre la aplicación del ISN que, cuando existiere conflicto de intereses entre un NNA y sus representantes naturales de acuerdo con la ley, la representación de aquél debe ser imparcial, esto es, desprovista de todo tipo de interés personal, familiar o económico. Por tal razón, la designación de un(a) representante para un NNA, en cualquier procedimiento que le afecte en sus derechos, debe estar exenta de tales conflictos; y, como consecuencia, podría prescindir de los(as) progenitores(as) u otros familiares, o de tutores(as), curadores(as) o cualquier otra persona que ejerza la patria potestad sobre el niño o la niña y que no cumpla con tal exigencia de desinterés o neutralidad como garantía de seguridad jurídica en el procedimiento.

En el caso de NNA no acompañados y que requieran protección internacional, la Ley General de NNA en el artículo 4 fracción XIII señala que la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes será su representante legal, situación que también debería explicitarse en el supuesto que exista un conflicto de intereses entre NNA identificados como NNA y sus progenitores(as) o familiares que sean los agentes persecutores. Es decir, que el riesgo que corre el NNA de regresar a su país de origen se deriva que sus progenitores(as) o familiares atenten contra su vida, libertad o seguridad porque le causan algún tipo de violencia.

Por lo tanto, esta tesis jurisprudencial, también debe ser relevante para el grupo de estudio, ya que en el supuesto antes mencionado la Procuraduría de Protección de NNA sería la encargada de velar por su ISN como su representante legal.

3. Medidas para Proteger a los NNA no acompañados en México

Debido a la situación actual de los países de América Central, México ha identificado cada vez mayor número de NNA no acompañados con necesidades de protección internacional. Sobre este fenómeno, el ACNUR ha constatado que “es cada vez más frecuente observar un número mayor de NNA viajando dentro de los grandes movimientos migratorios, fenómenos conocidos como flujos migratorios mixtos.”⁷⁰²

Frente a dicho fenómeno y, tal como lo menciona el académico, CARLOS VILLAGRASA, “la primacía del principio del interés superior del menor, trasciende la propia ley, planteándose su carácter transversal en la propia reformulación de conceptos, planteamientos e iniciativas, que se proyectan desde nuestro ordenamiento jurídico.”⁷⁰³ De este modo se requiere contar con una nueva perspectiva en la aplicación de ISN por todas las autoridades mexicanas ajustado a los nuevos retos que plantean los NNA no acompañados con indicios de protección internacional dentro de un contexto mundial cada vez más complejo. En donde no sea sólo necesario contar con normas jurídicas sobre este tema, sino que, además, se requiere la existencia de políticas públicas, acciones efectivas, actuaciones y diligencias orientadas a las nuevas necesidades y realidades conforme a la norma jurídica internacional.

Actualmente, las autoridades mexicanas encargadas de la protección de la niñez han tomado una serie de medidas para garantizar la protección de los derechos de los NNA no acompañados y que pudieran requerir protección internacional.

Como lo mencionamos anteriormente, la autoridad especializada en asistir y velar por los NNA es el DIF, que cuenta, por un lado, con organismos de protección integral de NNA, la Procuraduría Federal y Procuradurías Estatales de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes; y por otra, con organismos de asistencia social y de apoyo, tales como Unidades de Asistencia Social, Unidades de Desarrollo Social, entre otros.

⁷⁰² ACNUR, *La Protección Internacional de la Niñas y Niños No Acompañados o Separados en la Frontera Sur de México*, México, 2006-2008, ACNUR, p. 2.

⁷⁰³ Villagrasa Alcaide, Carlos, *op. cit.*, p. 32.

En el caso de la Procuraduría de Protección debe otorgar las medidas especiales de protección en la instancia que corresponda, así como garantizar el ISN de todos los NNA y de representar y defender legalmente a cualquier NNA.

Ahora bien, dentro de las múltiples funciones que tienen las Procuradurías de Protección, una de las más relevantes y que tiene que ver muy directamente con el objeto de esta investigación, es la elaboración de un Plan de Restitución de Derechos –Evaluación y Determinación del ISN–. Esta función está orientada por una visión multidisciplinaria. Esto quiere decir que para la elaboración de dicho plan se requiere la intervención de expertos(as) en diversas materias, tales como: médicos(as), abogados(as), psicólogos(as), trabajadores(as) sociales, entre otros, con la finalidad de lograr una restitución integral y efectiva de los derechos amagados.

Una de las formas más concretas en que se consigue lo anterior es que el Plan de Restitución de Derechos que hacen las Procuradurías se apegue a los criterios ISN de conformidad con la norma internacional que ya hemos estudiado anteriormente.

Es importante resaltar que, están son las únicas autoridades mexicanas especializadas encargadas de articular dicho plan, coordinar su ejecución y dar seguimiento a las medidas de protección y de restitución integral de derechos de cualquier NNA, incluyendo los NNA no acompañados y que requieren protección internacional.

Enfatizar la exclusividad de la competencia de estos órganos tanto como su especialidad resulta capital para la efectiva protección y la restitución de derechos humanos, conforme al concepto internacional que exige a los Estados contar con una autoridad especializada en protección de los derechos de los NNA, en la evaluación y en la determinación del ISN, tal como observado previamente.

A pesar de lo anterior, no hay que olvidar, sin embargo; que el ISN deberá siempre ser una consideración primordial de cualquier autoridad cuando esté involucrado un NNA, incluyendo a los no acompañados que requieren protección internacional, ya sea durante el procedimiento administrativo de asilo, migratorio o de cualquier otra índole.

Para conjurar toda confusión debemos explicitar, sin embargo; que el deber de considerar el ISN es –naturalmente– mucho más amplio que las determinadas competencias exclusivas y especializadas de los órganos que componen las Procuradurías de Protección.

La explicación es sencilla: el DIF, mediante las Procuraduría Federal y/o Estatales, constituye una orgánica estatal con una misión, competencias, un procedimiento formal y obligaciones determinadas que integran en su conducta la evaluación y determinación del ISN; pero no es –con mucho– el único sistema que debe ver su acción inspirada por dicho concepto.

En efecto, la distribución de tareas, conductas y responsabilidades requeridas para cumplir con el ISN abarca no sólo a las Procuraduría Federal y/o Estatales de Protección, sino –lo hemos visto– a todos los órganos del Estado incluyendo autoridades federales, estatales o municipales; sino que, también, a las organizaciones de la sociedad civil, a la familia, entre otros quienes todos ellos deben velar por el ISN.

Esto corresponde, que todos estos actores del Estado tienen la obligación de tomar todas las acciones y medidas necesarias para llevar a cabo el ISN. Por ejemplo: recopilar datos, planificar, asignar recursos, diseñar y ejecutar de proyectos, monitorear y revisar las directrices y políticas existentes o desarrollar de otras nuevas para el ISN.⁷⁰⁴

En resumen, la evaluación del ISN, que es la valoración realizada individualmente por parte de miembros de personal especializado, así como la determinación, que implica el proceso formal, con garantías procesales estrictas y realizadas por un agente especializado corresponde a las Procuradurías de Protección, quienes lo llevan a cabo en cada contexto y en caso por caso.⁷⁰⁵

Por otro lado, la responsabilidad de atender el ISN y proteger sus derechos no recae en una sola institución, sino a todos en general.

Es relevante consignar que el artículo 89 de la Ley General de NNA prescribe que todas las autoridades, de todos los órdenes de gobierno, deberán proporcionar –de conformidad con sus competencias– los servicios que correspondan a cualquier NNA, lo que incluye a aquellos independientemente de su nacionalidad o situación migratoria.

Esta disposición legal es ciertamente muy relevante, toda vez que hace extensiva la obligación que tienen todas las autoridades mexicanas con todos los NNA que se encuentran

⁷⁰⁴ ACNUR, *Directrices para evaluar y determinar... op. cit.*, p. 29.

⁷⁰⁵ UNICEF y DIF Nacional, *Guía Práctica para la Protección y Restitución de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, México, UNICEF, 2016, p. 13.

en territorio mexicano, incluyendo a los no acompañados y que requieren la condición de refugiado.

Sin embargo, a pesar de que los procedimientos del ISN recaen en una autoridad especializada, éste debe ser un hilo conductor entre los programas, actuaciones y acciones de protección integral de la infancia.

Ahora bien, para que la autoridad especializada pueda desarrollar un Plan de Restitución de Derechos de nuestro grupo poblacional de estudio, conforme a los criterios internacionales sobre el ISN, se requiere que cualquier otra autoridad mexicana, especialmente la autoridad migratoria, que identifique –dentro de los flujos migratorios mixtos– a un NNA no acompañado y con indicios de protección internacional, avise a los sistemas DIF a nivel federal o estatal.

Este a su vez, solicitará a su órgano especializado su intervención. Es decir, a la Procuraduría de Protección, quien elaborará un Plan de Restitución de Derechos y, por lo tanto, solicitará a cualquier autoridad competente de manera inmediata las medidas necesarias o urgentes para la protección integral, de asistencia social y, en su caso, la restitución de sus derechos.

Sin embargo, uno de los problemas prácticos recurrentes sobre la canalización de casos que enfrentan las autoridades mexicanas es la falta de conocimiento de las facultades que tiene el sistema DIF y, en particular, de las de que disponen las Procuradurías de Protección en relación con la determinación del ISN de NNA no acompañados y que requieren protección internacional, lo que dificulta no sólo el acompañamiento correcto de estos casos, sino que también provoca la afectación de sus derechos.

Aunado a ello, también conspira en contra la falta de coordinación con el sistema DIF, en particular con la, Procuraduría de Protección a nivel Federal y Estatal.⁷⁰⁶

⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 30.

CNDH, Recomendación No. 36/2020, *Sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la vida, a la protección de la salud, al trato digno y al interés superior de la niñez, en agravio de las personas en contexto de migración internacional alojadas en las estancias provisionales del instituto nacional de migración en Nuevo León*, 31 de agosto de 2020, pp. 65-74.

UNICEF, México: Caravana Migrante, *op. cit.*

CNDH, *Derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes y refugiados: una guía para su protección*, CNDH, México, 2018, p. 14.

De acuerdo con la Comisión Nacional de Derechos Humanos (en adelante “CNDH”),⁷⁰⁷ en su Recomendación 40/2019, en diversos casos de adolescentes no acompañados, se observó la falta de notificación a la Procuraduría de Protección por autoridades migratorias para que emitiera medidas de protección y se les brindara de forma inmediata atención médica y psicológica, así como acciones o diligencias encaminadas a respetar su ISN.⁷⁰⁸

Así la CNDH señaló que:

“A pesar de ello, esta Comisión Nacional observó diversas irregularidades en la integración de los procedimientos administrativos migratorios de Q-V2, Q-V3, V5 y V6, como la falta de acuerdo de inicio en los expedientes 5 y 6, la falta de notificación a la Procuraduría de Protección del acuerdo de inicio de los procedimientos de las cuatro personas menores de edad, que su situación migratoria se haya resuelto posterior a los 15 días que mandata la norma, sin pasar por alto que a pesar de haber permanecido más de 15 días en la Estación Migratoria no se emitió ni notificó el acuerdo de ampliación que exige la Ley, por lo que el interés superior de la niñez como norma de procedimiento

⁷⁰⁷ Con fecha 13 de septiembre de 1999 se reformó el artículo 102, apartado B constitucional, en el cual se señala que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos es un organismo que cuenta con autonomía de gestión y presupuestaria, así como personalidad jurídica y patrimonio propios. El objetivo esencial de este organismo es la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los Derechos Humanos previstos por el orden jurídico mexicano.

Para cumplir con los objetivos citados la CNDH tiene como atribuciones:

- I. Recibir quejas de presuntas violaciones a derechos humanos;
- II. Conocer e investigar a petición de parte, o de oficio, presuntas violaciones de derechos humanos en los siguientes casos:
- III. Formular recomendaciones públicas no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas, en los términos establecidos por el artículo 102, Apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

⁷⁰⁸ CNDH, Recomendación No. 40/2019. *Sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la seguridad jurídica en agravio de Q-V1, Q-V2, Q-V3, Q-V4, Q-V5 y Q-V6; a la integridad y seguridad y al acceso a la justicia en agravio de Q-V1, Q-V2, Q-V3 al interés superior de la niñez en agravio de Q-V2, Q-V3, Q-V5 y Q-V6, personas en contexto de migración, en el estado de San Luis Potosí*, 27 de junio de 2019, pp. 75-78.

*tampoco se garantizó.*⁷⁰⁹

En la Resolución 61/2020, la CNDH señaló que:

*Este Organismo Nacional reitera la importancia de que la COMAR, al tener conocimiento que entre las personas solicitantes había niñas, niños y adolescentes, debió requerir la colaboración de la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, para que a través del grupo multidisciplinario se determinara el interés superior de la niñez de las referidas víctimas, a fin de brindarles asistencia institucional para cada caso en particular; además, dicho interés superior es necesario para tomarlo como base en las resoluciones que en su caso se dicten en los procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiado; no obstante no hay evidencia de que lo hubiese hecho.*⁷¹⁰

Éste es, sin duda, un problema de hecho grave, por cuanto la Ley de Migración, en su artículo 112, prescribe claramente que cuando cualquier funcionario(a) migratorio u otro identifique a un NNA no acompañado deberá canalizarlo inmediatamente hacia el sistema federal o estatal de DIF.

Otro principal obstáculo que enfrentan los NNA no acompañados con indicios de necesitar protección internacional es el vasto desconocimiento de las autoridades mexicanas de base sobre el derecho que tienen para solicitar la condición de refugiado al ingresar a territorio mexicano.⁷¹¹ Debido a ello, muchos NNA no son informados sobre su derecho al

⁷⁰⁹ *Ibid.*, párr. 241.

⁷¹⁰ CNDH, Recomendación No. 61/2020, *op. cit.*, párr. 187.

⁷¹¹ CNDH, Recomendación No. 50/2020, *Sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la seguridad jurídica, a la integridad personal, al trato digno y al principio del interés superior de la niñez y adolescencia en agravio de personas en contexto de migración internacional, durante dos operativos migratorios en los municipios de Suchiate y frontera Hidalgo, Chiapas, 27 de octubre de 2020*, p. 30.

procedimiento de asilo lo que propicia que no sea respetado su derecho a la protección internacional.

Sobre este asunto, Human Rights Watch refiere que “el número de solicitudes recibidas por la COMAR es apenas una pequeña parte del número total de niños que llegan cada año a México provenientes de América Central.”⁷¹² Además, este organismo ha señalado que personal del INM disuade a los NNA no acompañados a solicitar la condición de refugiado ante la COMAR.⁷¹³

Por su parte, algunos autores(as) han señalado que los NNA no acompañados con indicios de protección internacional no acceden al procedimiento de asilo debido a múltiples obstáculos que enfrenta, tales como: la complejidad del lenguaje, la falta de información de las autoridades a los NNA, la burocracia y la falta de medidas adecuadas a favor de la niñez, ya que éste no se ajusta a sus necesidades específicas mediante procedimientos estatales adecuados y accesibles a NNA no acompañados con indicios de protección internacional.⁷¹⁴

Por su parte, el ACNUR ha recomendado que –en el caso de los(as) funcionarios(as) de gobierno relacionados con el control migratorio– “éstos deban contar con capacitación y directrices adecuadas en materia de vulnerabilidad, identificación, trato y comunicación de las NNA no acompañados, que ayuden a detectar por qué un NNA se encuentra fuera de su país, por qué está separado de sus padres o no acompañado por adulto alguno, así como para establecer las razones de huida de su país y que pudieran justificar el otorgamiento de protección internacional.”⁷¹⁵ Lo anterior, tal como lo marca la norma internacional sobre el ISN, visto en el capítulo anterior.

Ahora bien, sobre el análisis que la Procuraduría haga, primero sobre la identificación y canalización correcta de NNA; y luego sobre la restitución integral de derechos vulnerados, en el caso de NNA no acompañados y con indicios de requerir protección internacional, el sistema podría dictar medidas inmediatas para su protección, tal como avisar a la COMAR

⁷¹² Human Rights Watch, *Puertas cerradas. El fracaso de México en la protección de niños refugiados y migrantes de América Central*, México, marzo 2016, pp. 162 y 163.

⁷¹³ *Ibid.*, pp. 62-70.

⁷¹⁴ Ortega Velazquez, Elisa, *op. cit.*, pp. 712-713.

Rea Granados, Sergio Alejandro, “Acceso al derecho al asilo de los niños, niñas y adolescentes no acompañados en México”, *Huellas de la Migración*, vol. 4, núm. 8, julio-diciembre 2019, pp. 7-12.

⁷¹⁵ ACNUR, *op. cit.*, p. 7.

para que el NNA tenga acceso de manera inmediata al procedimiento de la condición de refugiado.

Paralelamente, podría solicitar al INM la regularización migratoria del NNA no acompañado mientras dura su procedimiento de la condición de refugiado.

Tales medidas de protección incluyen que las instituciones competentes en la materia puedan realizar una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad, con el fin de brindar un tratamiento adecuado e individualizado de conformidad con la norma internacional sobre refugiados.

Debido a las necesidades específicas de este grupo poblacional de estudio, el proceso de la condición de refugiado deberá tener en cuenta las características, condiciones específicas y necesidades de cada NNA.⁷¹⁶

Además y como vimos en el capítulo anterior, el ISN en cuanto norma de procedimiento implica que –dentro del proceso del reconocimiento de la condición de refugiado– se tomen en cuenta las garantías del debido proceso, tales como: el ser informado sobre sus derechos, que el proceso sea llevado a cabo por un(a) funcionario(a) especializado(a), que el NNA sea escuchado y que participe en las diferentes etapas procesales, el derecho a ser asistido por un(a) traductor(a), el acceso efectivo a la comunicación, a la representación legal, a que el procedimiento se desarrolle bajo el principio de celeridad o urgencia, a que se respete el principio de no devolución, a la confidencialidad en todas sus etapas, a que no se imponga sanción por ingreso irregular, entre varios otros.

El trabajo de las Procuraduría de Protección de NNA no termina con notificar a las autoridades encargadas de la determinación de la condición de refugiado ni a las autoridades de regularización migratoria sino que, también, debe dar seguimiento a cada una de las acciones del Plan Integral de Restitución de Derechos, para cerciorarse que todos los derechos del NNA no acompañado y con indicios de requerir protección internacional estén

⁷¹⁶ De acuerdo con las *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos* deben considerarse aspectos como la edad, los deseos, el nivel de comprensión, el sexo, la orientación sexual, las circunstancias étnicas, culturales, religiosas, lingüísticas y sociales, la casta, la situación socioeconómica y la condición de inmigrante o refugiado del niño, y también sus necesidades especiales, incluidas las relacionadas con su salud, sus aptitudes y su capacidad. ECOSOC, *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*, E/2005/INF/2/Add.1, párr. 16.

garantizados, tanto por estas autoridades como por otras que pudieran participar en el proceso.

Lo anterior es importante porque, como hemos mencionado, no basta la sola referencia de la aplicación del ISN por las autoridades mexicanas para justificar una decisión que afecte a un NNA; sino que ésta debe motivar, ajustarse a las necesidades específicas de protección del NNA e implementarse cabalmente hasta el cierre del caso.

Esto debe ser especialmente riguroso cuando se trata de NNA no acompañados susceptibles de necesitar protección internacional y que requieren una evaluación clara y a fondo sobre su identidad, su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como la determinación de sus necesidades especiales de protección.⁷¹⁷

Lo anterior, es sumamente importante para corroborar la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentran los NNA no acompañados y que requieran protección internacional, ya que pudieran estar en mayores riesgos de ser víctimas de múltiples formas de discriminación y violaciones de sus derechos humanos.

No obstante, la CNDH ha reportado casos en donde las autoridades mexicanas omiten evaluar las necesidades específicas en la que se encuentran los NNA que huyen de sus países y que solicitan la condición de refugiado en México.⁷¹⁸

Para ejemplificar este argumento la CDNH mencionó:

“...el día de hoy ingresaron dos menores de edad (...) quienes manifestaron ser solicitantes de la condición de refugiado (...).”, decidió notificar a la representación consular que V1 y V3 estaban en la estación migratoria, por lo que lejos de proteger sus derechos, vulneró en su contra la prerrogativa que tienen como solicitantes de

⁷¹⁷ Comité DN, *Observación General No. 6, op. cit.*, p. 9.

⁷¹⁸ CNDH, Recomendación No. 79/2019. *Sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la seguridad jurídica, protección a la salud y al interés superior de la niñez en agravio de V1, V2 y V3, adolescentes de nacionalidad hondureña solicitantes de la condición de refugiado*, 26 de septiembre de 2019, p. 18.

*refugio de que ninguna autoridad brinde información sobre ellos a sus representaciones consulares.”*⁷¹⁹

Asimismo, este organismo ha reportado que la Procuraduría de Protección en atención al ISN de varios adolescentes no acompañados, no tomó las medidas pertinentes para la protección de sus derechos, las cuales no concluyen con la sola remisión de un caso a una autoridad competente, sino que dependiendo del caso requieren un apoyo continuo, sobre todo cuando se está ante la ausencia de su progenitor(a).⁷²⁰

Un ejemplo de ello, es lo mencionado en la Recomendación en estudio:

*“De las constancias remitidas por la Procuraduría de Protección tampoco se advierte que AR2 elaborara un diagnóstico sobre la situación de vulneración en la que se encontraba V3 y un plan de restitución de sus derechos, bajo el principio del interés superior, en los que se determinara como medida de protección que lo mejor para ella era dejarla bajo la custodia de P, aún y cuando no fueran familiares, además no se desprende que AR2 diera seguimiento al caso de V3 y continuara realizando gestiones encaminadas a localizar a su familia para lograr su reunificación en México, siendo que como autoridad encargada de la protección de la infancia era su responsabilidad garantizar que V3 recibiera todos los cuidados, de conformidad con lo señalado en el artículo 37 de la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del estado de Chiapas.”*⁷²¹

⁷¹⁹ *Ibid.*, párr. 96.

⁷²⁰ *Ibid.*, pp. 26-56.

⁷²¹ *Ibid.*, párr. 90.

Como hemos visto, ISN es un proceso muy amplio de protección de los NNA con un enfoque integral que brinde una solución duradera o el seguimiento de las preocupaciones en materia de protección.

El ISN no debe ser sólo una actividad independiente, sino debe considerarse como un programa amplio de protección a favor de los NNA. En algunos casos, las intervenciones son inmediatas, pero también hay casos en donde se requieren seguimiento individual y gestión de sus casos a largo plazo que requieren un acompañamiento continuo.

Ahora bien, en este panorama específico de protección, otro de los criterios analizados en el capítulo anterior y que debe tomarse en cuenta al determinar el ISN es que, en ninguna circunstancia un NNA con necesidad de protección internacional – independientemente de su condición migratoria o de que se encuentre acompañado o no acompañado– puede ser privado de su libertad en una estación migratoria o centro de detención.

De acuerdo con la CDN, la privación de la libertad de un NNA debe ser la excepción y no la regla general. Por tal razón, para limitar una práctica que era realizada por las autoridades mexicanas, a finales de 2020, el Congreso mexicano aprobó una serie de reformas a varios artículos de la Ley de Migración y a la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político para prohibir en cualquier índole –incluyendo la excepción– la detención de NNA en estaciones migratorias, independiente si son o no acompañados o si requieren o no protección internacional.⁷²²

Lo anterior, acorde a lo que señala la CIDH “el uso automático de la detención migratoria resulta contrario al umbral de protección del derecho a la libertad personal y reiterado que tal detención debe ser una medida excepcional, de último recurso.”⁷²³

El aseguramiento privativo de libertad de cualquier NNA, acompañado o no acompañado, y que además requiera protección internacional no corresponde al sentido ni al fin del ISN.⁷²⁴ Al contrario, en el caso de este grupo se requieren alternativas a la detención para garantizar el ejercicio pleno de los derechos del NNA.

⁷²² Reformas a los artículos 3, 6, 20, 71, 79, 95 y 98 de la Ley de Migración. Reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de noviembre de 2020.

⁷²³ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, *op. cit.*, p. 191.

⁷²⁴ Sergio Alejandro Rea Granados, “Menores refugiados no acompañados...”, *op. cit.*, p. 27.

A pesar de este avance legislativo, a nuestra consideración, aún falta la existencia de medidas y espacios alternativos a favor de los NNA no acompañados, además acciones y políticas que fortalezcan los espacios de atención y cuidado para garantizar de manera efectiva y plena sus derechos, entre ellos el ISN. Sobre todo que, los espacios de cuidados alternativos o de acogimiento residencial, les proporcionen a los NNA no acompañados y con indicios de protección internacional un tratamiento adecuado e individualizado a sus necesidades específicas.

Lo anterior, debido a que esta reforma legislativa es de reciente creación y la autoridad migratoria comienza a ajustarse a la misma, la cual incluye un proceso integral que incluye brindar presupuesto, contar con infraestructura adecuada, contar con políticas públicas para asegurar este derecho, entre otros.

Además, que atienda las nuevas necesidades y realidades mundiales, entre ellos como la actual pandemia. Por ejemplo, contar con una infraestructura adecuada para evitar riesgos de contagios.

Antes de noviembre de 2020, la detención y aseguramiento de un NNA no acompañado a estaciones migratorias estaba a cargo del INM y de la Guardia Nacional y era una práctica generalizada.⁷²⁵ Esta última, al identificar un NNA extranjero lo ponía a disposición del INM el que, a su vez, lo aseguraba en una estación migratoria para –acto seguido– requerir la intervención del OPI competente.

Debido a esta práctica, en varias ocasiones, la CNDH ha documentado varias acciones de revisión migratoria, detención en estaciones migratorias y uso desproporcional de la fuerza en contra de NNA no acompañados por la Guardia Nacional, sin tomar en consideración el ISN ni la intervención del OPI.⁷²⁶

La figura del OPI conforme a sus competencias deben garantizar el respeto a los derechos humanos de los NNA, principalmente de los que viajan no acompañados, además

⁷²⁵ Artículo 9, Fracción XXV, de la Ley de la Guardia Nacional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de mayo de 2019.

⁷²⁶ CNDH, Recomendación No. 50/2020, *Sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la seguridad jurídica, a la integridad personal, al trato digno y al principio del interés superior de la niñez y adolescencia en agravio de personas en contexto de migración internacional, durante dos operativos migratorios en los municipios de Suchiate y frontera Hidalgo, Chiapas*, 27 de octubre de 2020, p. 39-44.

de estar facultados para brindarles de manera inmediata servicios básicos de salud, alimentación, vestido y descanso.⁷²⁷

Para cumplir con este mandato, el OPI realiza una entrevista a los NNA no acompañados con el objeto de determinar su nacionalidad y detectar necesidades específicas de protección, tales como unidad familiar, atención médica por condición grave y sobrevivientes de violencia.

El principal mandato de esta institución migratoria es proteger el ISN, mediante la canalización de manera inmediata a NNA no acompañados al sistema nacional o estatal DIF, con el objeto de privilegiar su estancia en lugares donde se les proporcione la atención adecuada mientras se resuelve su situación migratoria; o a otras instituciones públicas o privadas, cuando existan circunstancias excepcionales que imposibiliten la canalización directa a los sistemas DIF.

A pesar de ello, la CNDH reportó en su Recomendación No. 40/2019 omisiones del OPI en sus obligaciones legales. Algunas omisiones en el ejercicio de sus funciones, tales como: canalizar a NNA, en el contexto de movilidad humana, a estaciones migratorias, no haber tomado medidas urgentes de protección y no haber realizado una solicitud de canalización de atención médica y/o psicológica cuando se requería.⁷²⁸

Al respecto, la CNDH señaló lo siguiente:

“Consecuentemente, es evidente que el OPI no tuvo el acercamiento necesario con Q-V2, Q-V3, V5 y V6, que le permitiera conocer sus condiciones de vulnerabilidad y por tanto proteger sus derechos, obligación que encuentra sustento jurídico en el artículo 71 de la Ley de Migración, que dice que los “grupos de protección a migrantes” como lo son los Oficiales de Protección a la Infancia, “tendrán por objeto la protección y defensa de sus derechos, con independencia de su nacionalidad o situación migratoria”,

⁷²⁷ Acuerdo por el que se emiten los Lineamiento en Materia de Protección a Migrantes del Instituto Nacional de Migración, publicado en el *Diario Oficial de la Federal*, el día 29 de noviembre de 2012.

⁷²⁸ CNDH, Recomendación No. 40/2019. *Sobre el caso... op. cit.*, pp. 44-50.

*por lo que esta Comisión Nacional estima que AR2 conculcó también el derecho a la seguridad jurídica de Q-V2, Q-V3, V5 y V6.”*⁷²⁹

Por otro lado, la Procuraduría de Protección, en el caso de NNA no acompañados, debe actuar como su representante legal ante cualquier procedimiento, incluyendo el migratorio o el de solicitud de asilo.

De acuerdo con la Ley General de DNNA, la Procuraduría de Protección ejerce la representación en suplencia a falta de quien ejerza la representación originaria – progenitores(as) o quien ejerzan la patria potestad o tutela– de NNA, o por otra causa así lo determine el órgano jurisdiccional o autoridad administrativa competentes, con base en el ISN, la cual deberá entenderse como tutor(a).⁷³⁰

A pesar de esa obligación legal y de pasos que parecieran ser claros, existen algunos(as) autores(as) quienes denuncian que muchos NNA no acompañados no cuentan – en la práctica– con el apoyo de los OPI, ni con un Plan de Restitución de Derechos, ni gozan de tal representación legal, y aún falta de existencia de una política alternativa a la prohibición a la detención, por lo que, muchos son en definitiva retornados a sus países de origen sin que se haya tomado en cuenta sus necesidades específicas o siquiera básicas de protección.⁷³¹

Por su parte, la CNDH emitió la Recomendación No. 79/2019, en la que documentó varios casos de NNA no acompañados que no fueron debidamente representados(as) por la Procuraduría de Protección en sus procedimientos de asilo, por lo tanto, no se tomaron en cuenta las medidas pertinentes para la protección de sus derechos ni sus garantías procesales.⁷³²

⁷²⁹ *Ibid.*, párr. 143.

⁷³⁰ CNDH, *Derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes y refugiados... op. cit.*, p. 8.

⁷³¹ María Dolores París, Diana Peláez, *et al.*, “Procesos de Alojamiento y Devolución de NNA (NNA) migrantes no acompañados”, en: *Vulnerabilidad jurídica de la situación de Niños Migrantes Sin Compañía*, Colegio de la Frontera Norte, México, 2015, p. 22.

Wier, Betsy (coord.), *Niñez migrante... op. cit.*, pp. 52, 60 y 62.

⁷³² CNDH, Recomendación No. 79/2019, *op. cit.*, pp. 26-34.

Un ejemplo de ello es:

*“De las constancias remitidas por la Procuraduría de Protección tampoco se advierte que AR2 elaborara un diagnóstico sobre la situación de vulneración en la que se encontraba V3 y un plan de restitución de sus derechos, bajo el principio del interés superior, en los que se determinara como medida de protección que lo mejor para ella era dejarla bajo la custodia de P, aún y cuando no fueran familiares, además no se desprende que AR2 diera seguimiento al caso de V3 y continuara realizando gestiones encaminadas a localizar a su familia para lograr su reunificación en México, siendo que como autoridad encargada de la protección de la infancia era su responsabilidad garantizar que V3 recibiera todos los cuidados...”*⁷³³

Evidentemente todas estas acciones resultan ser absolutamente contrarias al ISN, ya que se debe considerar cómo afectará cada uno de los derechos del NNA en el futuro y en el momento actual de hacer su evaluación y su determinación.

Por otra parte, algunas organizaciones han reportado, casos de NNA no acompañados que han sido devueltos a sus países de origen sin una valoración ni un análisis previo por parte de la autoridad responsable en la evaluación y determinación del ISN.⁷³⁴ Esta situación, los pondría no sólo en una situación de riesgo; sino que también incurriría en una

⁷³³ *Ibid.*, párr. 90.

⁷³⁴ UNICEF, *Se multiplican los peligros para los niños migrantes obligados a regresar al norte de Centroamérica y México durante la pandemia*, 22 de mayo de 2020.

Consultado en: <<https://www.unicef.org/mexico/comunicados-prensa/se-multiplican-los-peligros-para-los-niños-migrantes-obligados-regresar-al-norte>>

Save the Children, Preocupa a Save the Children que el Instituto Nacional de Migración retorne a niñas y niños migrantes sin garantizar sus derechos, 30 de abril de 2020. Consultado en: <<https://www.savethechildren.mx/enterate/noticias/preocupa-a-save-the-children-retorno-de-ninas-y-ni>>

contravención al derecho de los refugiados, y al principio de no devolución de un NNA que necesita protección internacional.

De acuerdo con ACNUR, “la puesta a disposición ante las autoridades migratorias – INM, en el caso de México– supone para muchos adolescentes no sólo la certeza del fin de su viaje, sino su detención en una estación migratoria y el retorno a su país.”⁷³⁵

Debido a ello, en relación con todo NNA no acompañado se pone de relieve la intervención oportuna y efectiva de la Procuraduría de Protección para determinar el ISN y asegurar que los derechos del NNA sean restituidos, entre ellos: el acceso al reconocimiento de la condición de refugiado y al principio de la no devolución.

En su consideración del ISN, la Procuraduría deberá supervisar que a los NNA no acompañados y sujetos de protección internacional se les garanticen sus derechos de la misma manera y en la misma extensión que los de los nacionales mexicanos(as), y que la protección, atención y cuidados sean conforme a su desarrollo, sin discriminación alguna.⁷³⁶

También, que se les otorguen o restituyan las medidas de protección internacional especiales y diferenciadas que, en virtud de su condición, les hayan sido reconocidas en una evaluación cuidadosa y completa para la determinación del ISN,⁷³⁷ efectuada por la autoridad especializada y no por cualquier autoridad que no cuenta con las herramientas técnico-jurídicas.

El ACNUR ha destacado la importancia de que todos los casos de NNA sean debidamente examinados para la identificación de necesidades específicas; y si fueran detectados elementos que sugieran la necesidad de protección internacional, sean canalizados al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado en donde tales NNA puedan –independientemente y sin importar si están acompañados o no– interponer una solicitud de asilo.⁷³⁸

Sobre la identificación de necesidades específicas de los NNA no acompañados, la CNDH emitió una Recomendación 24/2020 en contra de la COMAR al no considerar que

⁷³⁵ Camargo M., Abbdel, *Arrancados de raíz: causas que originan el desplazamiento transfronterizo de niños, niñas y adolescentes no acompañados y/o separados de Centroamérica y su necesidad de protección internacional*, ACNUR, México, 2014, p. 56.

⁷³⁶ *Ibid.*, p. 25.

⁷³⁷ Comité DN, *Observación General No. 14*, *op. cit.*, párr. 1.

⁷³⁸ ACNUR, *La Protección Internacional de las Niñas y Niños No Acompañados o Separados en la Frontera Sur de México*, *op. cit.*, p. 3.

no se tomaron en cuenta, situaciones de vulnerabilidad, los derechos y necesidades en materia de educación y salud al determinar el ISN de varios NNA.⁷³⁹

Al respecto, la CNDH señaló que:

“Por tanto, COMAR y el INM omitieron atender el principio del interés superior de las víctimas niñas, niños y adolescentes mencionadas, adoptar las medidas de protección a su favor y brindar la asistencia institucional que requería cada uno de ellos, al no hacerlo se transgredió los supracitados artículos 4o., párrafo nueve de la Constitución Política, 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como 1.1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”⁷⁴⁰

Lo anterior, es sumamente importante, ya que UNICEF ha identificado y señalado que los NNA que se encuentran en el contexto de la movilidad humana en México requieren protección y servicios esenciales como: albergues, acceso a atención médica, agua potable y una alimentación adecuada.⁷⁴¹

Además, sobre las afectaciones a las garantías procesales dentro del procedimiento de la condición de refugiado, en esta misma recomendación la CNDH determinó que la COMAR no atendió el ISN, tras considerar que hubo omisiones y dilaciones para resolver solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado, entre ellas de NNA no acompañados y con necesidades de protección internacional.⁷⁴²

⁷³⁹ CNDH, Recomendación No. 24/2020, *Sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la seguridad jurídica, la legalidad y el interés superior de la niñez en agravio de 24 personas en contexto de migración internacional, solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado*, 16 de julio de 2020, pp. 74-79.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, párr. 190.

⁷⁴¹ UNICEF, México: Caravana Migrante, 18 enero de 2019. Consultado en: <https://www.refworld.org/es/country,,,MEX,,,5c48b93d4,0.html>

⁷⁴² CNDH, Recomendación No. 61/2020, *Sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la seguridad jurídica, a la legalidad y al interés superior de la niñez en agravio de 56 personas en contexto de migración internacional, solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado*, 26 de noviembre de 2020, pp. 71-77.

“Por tanto, es evidente que la COMAR no ha substanciado los procedimientos atendiendo el interés superior de la niñez, ya que no los ha priorizado y, por el contrario, se ha excedido en el plazo establecido en la Ley para emitir una resolución, siendo que las niñas, niños y adolescentes deben contar con la asistencia institucional respectiva, pues AR1, AR2, AR3 y AR4, autoridades de COMAR con injerencia en el trámite de las solicitudes de reconocimiento de V7, V8, V9, V10, V18, V23, V26, V27, V28, V31, V32, V43, V44, V46 y V47, al no resolver en tiempo y forma sus solicitudes, no consideraron su condición de múltiple vulnerabilidad, ya que además de ser niñas, niños y adolescentes, son personas solicitantes de refugio que tuvieron que huir de su país de origen...”⁷⁴³

Asimismo, sobre la garantía al derecho a expresar y tomar en cuenta la expresión del NNA, la CNDH ha señalado que:

“Por lo que la determinación del ISN debe ser el eje rector de todas las decisiones que tomen las autoridades respecto de la situación jurídica de las Niñas, Niños y Adolescentes en Contexto de Migración internacional no acompañados, siendo igualmente importante para este Organismo Nacional, escuchar la opinión de la niñez no acompañada, tomando en consideración sus características físicas y personales.”⁷⁴⁴

Por lo tanto, no se cumple con lo señalado por la Corte IDH al referirse que cuando un solicitante del reconocimiento de la condición de refugiado es un NNA “deben gozar las

⁷⁴³ *Ibid.*, párr. 184.

⁷⁴⁴ CNDH, *Informe sobre la problemática de niñas, niños y adolescentes centroamericanos en contexto de migración internacional no acompañados en su tránsito por México, y con necesidades de protección internacional*, CNDH, México, D.F., octubre de 2016, párr. 132.

garantías procedimentales específicas y probatorias para garantizar que justas decisiones sean tomadas en la determinación de sus solicitudes para la condición de refugiado...”⁷⁴⁵

Todo lo anterior, criterios internacionales mínimos que –cómo se ha analizado en este capítulo– son recogidos por la Constitución y jurisprudencia mexicanas y que obligan al Estado en los términos de los tratados internacionales que México ha ratificado y, especialmente, en los de la CDN que incluye el ISN.

⁷⁴⁵ Corte IDH, *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia...* *op. cit.*, párr. 224.

CONCLUSIONES

“La evolución histórica en el reconocimiento de los derechos de los NNA pasó del olvido hasta ser actualmente uno de los temas de mayor preocupación internacional. Esta evolución fue primero por razones humanitarias y sociales, posteriormente fue producto en el ámbito jurídico. Así, este reconocimiento jurídico se dio cuando se comprendió la necesidad de brindar protección jurídica a aquellas personas por encontrarse en una situación de vulnerabilidad por su condición de edad y de madurez.”⁷⁴⁶

“Dicha evolución no culminó con la adopción de la CDN, sino que constituyó un hito trascendental de protección de los derechos de los NNA a nivel internacional. Además, como hemos observado, los derechos de la niñez continúan consolidándose y transformándose no sólo desde el campo del DIDH, sino también desde otras ramas del derecho, más aún por la doctrina, quien continúa aportando elementos para la investigación y la consolidación.”⁷⁴⁷

“En la actualidad, se han vencido algunos obstáculos y barreras jurídicas a nivel internacional. En este sentido, al reconocerse el ISN por los instrumentos internacionales de derechos humanos relacionados con la infancia como principio fundamental de los derechos antes mencionados, provocó el que fuera ubicado en el centro de las decisiones que afecten a cualquier derecho de los NNA, y en cualquier situación, incluyendo aquellos(as) no acompañados y que requieren protección internacional.”⁷⁴⁸

Además, ante esta evolución constante del DIP, podemos señalar que este concepto también encuentra espacio en otras áreas, como el humanitario, y en particular para interés de nuestra investigación en el DIR.⁷⁴⁹

Sin embargo, como observamos en el cuerpo del primer capítulo, el ISN nació siendo un concepto jurídicamente indeterminado, debido a la falta de definición y precisión y, por

⁷⁴⁶ Con motivo de y en cumplimiento a las exigencias de investigación y publicación del Programa de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, parte de las conclusiones de este trabajo fueron publicadas anticipadamente en: Rea Granados, “Evolución...*op. cit.*, p. 183.

⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 183.

⁷⁴⁸ *Idem.*

⁷⁴⁹ *Idem.*

lo tanto, da la posibilidad de que los órganos de cada Estado Parte, encargados de su aplicación e interpretación, tengan un amplio margen de discrecionalidad.⁷⁵⁰

Aunque para algunos(as) autores(as) la discrecionalidad sea necesaria para darles contenido concreto y adaptabilidad del concepto del ISN a circunstancias concretas. También estudiamos que es necesario que cada una de las autoridades de cada Estado, incluyendo en el caso en concreto de las autoridades mexicanas que brindan protección a los NNA no acompañados y que requieran protección internacional, adopten sus decisiones a la luz de los criterios y elementos que han brindado el DIDH y el DIR.⁷⁵¹

En conclusión, sobre el primer capítulo de esta investigación se examinaron los diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que aplican a favor y en beneficio de los NNA y, dichos instrumentos nos ayudaron a estudiar en donde se encuentra plasmado el ISN, principalmente en relación con los NNA no acompañados con indicios de protección internacional y cómo es fundamental que éste se relacione y sea observado por otras ramas del Derecho Internacional.

En el segundo capítulo se estudiaron las diversas corrientes doctrinarias que nos ayudaron a evidenciar la importancia del ISN para nuestro grupo poblacional de investigación. Lo anterior, para formular propuestas doctrinarias para resolver problemas jurídicos, tal como la falta de contenido normativo en la aplicación e interpretación del ISN en relación con los NNA no acompañados y que solicitan la condición de refugiado.

Algunas de las diversas propuestas doctrinarias que examinamos son aquellas que proponen lo siguiente: una mínima intervención del Estado, o aquellas que defienden la intervención del Estado, o bien, una corriente garantista y, por último, la doctrina de los criterios objetivos preestablecidos.

Con el estudio de todas aquellas aportaciones doctrinarias, se tomaron en cuenta los elementos necesarios que nos ayudaron a una aproximación doctrinaria de lo que deba de entenderse por el ISN.

Incluso, cuando el contenido del ISN, como hemos visto en el cuerpo de nuestra tesis, es un concepto amplio y abierto, que provoca una interpretación que muchas veces, no se

⁷⁵⁰ *Idem.*

⁷⁵¹ *Ibid.*, pp. 183-184.

adecua a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, ni en materia de los derechos del(de la) niño(a), ni mucho menos al derecho de los refugiados.

En tal coyuntura y tomando en cuenta las diversas posturas doctrinarias, la teoría de los criterios jurídicos preestablecidos resultó sumamente relevante para nuestra investigación, ya que esta propuesta teórica nos ayudó a valorar los elementos que deben ser considerados por el(la) operador(a) jurídico al momento de determinar el ISN a los NNA no acompañados y con indicios de protección internacional.

Lo anterior, con la finalidad de reducir la interpretación y aplicación amplia y ambigua de este concepto y que no se ajustare a los criterios brindados por el DIDH y el DIR.

Además, bajo esta doctrina se permite dejar un marco mínimo reducido de aplicación que pueda ajustarse a cada caso en concreto y a cada contexto. Es decir, tomando las particularidades de cada caso, pero con requisitos mínimos establecidos, ya discutidos por la norma internacional, que debe observar el(a) operador(a) jurídico.

Además, como se observó, está propuesta doctrinaria tampoco está exenta de problemas en su aplicación. Sin embargo, en comparación con las demás, para nosotros brinda mayor seguridad jurídica al(a la) operador(a) jurídico para el cumplimiento y la aplicación de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos; y, por lo tanto, su decisión pueda ser mayormente ajustada al fin y naturaleza de este concepto conforme al Derecho Internacional. Además, como observamos más adelante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ante esa tesitura, resolvió en un tesis jurisprudencial pautas muy comunes a esta teoría.

Los criterios prestablecidos del ISN pueden recibir apoyo de las aportaciones dadas por la jurisprudencia internacional en la materia y por el derecho blando o *soft law*, quienes han brindado estándares internacionales sobre lo que ha señalado la CDN.

Por ejemplo: las Observaciones Generales del Comité DN sobre el ISN y sobre los NNA no acompañados. También se analizaron las resoluciones y opiniones del ACNUR en relación con los NNA y solicitantes de la condición de refugiado. Documentos que nos ayudaron a identificar el contenido y significado del ISN, que han aportado estos organismos especializados de la materia, para aplicar e interpretar el ISN desde la perspectiva de las dos áreas primordiales a nuestra área de investigación: el DIDH y el DIR.

Ambos, elementos jurídicos que son de gran ayuda para comprobar nuestra hipótesis si las autoridades mexicanas en relación con los NNA no acompañados y con necesidades de protección internacional aplican el ISN de conformidad con ambas ramas del Derecho Internacional. Son estándares relevantes debido a las características del desarrollo del NNA, pues requieren acciones especializadas para que en su caso los derechos vulnerados puedan ser identificados y el actuar de las autoridades resulte en protección y restitución efectiva.

Para brindar mayores aportaciones jurídicas, en el capítulo tercero se estudió la jurisprudencia internacional sobre el ISN, tanto de la Corte IDH y del Tribunal Europeo DH. Tomando en cuenta las aportaciones de ambos tribunales internacionales podemos afirmar que la evaluación y determinación de este concepto debe ajustarse al DIDH, pues este concepto es reconocido por esta rama del derecho y, posteriormente, ha sido incorporado por las legislaciones de los diferentes Estados, incluyendo a México.

Además, las características y el contenido dado al concepto de ISN por estos tribunales internacionales en su nutrida jurisprudencia no sólo ayuda a identificar su contenido normativo; sino también en cierta forma condiciona las decisiones de los tribunales mexicanos y su acatamiento por parte de las autoridades estatales. Esto, en razón que la externalidad de la jurisprudencia internacional sobre el ISN ha sido fijar los elementos esenciales del concepto precisamente a favor de los derechos humanos, incluyendo en ellos a los derechos del niño. La vinculación aludida resulta natural por cuanto la protección de NNA en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de su personalidad y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos.

Aunque el análisis de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha sido desde la perspectiva del DIDH y no desde la perspectiva del DIR. Esto se debe a que existe un mayor número de fallos que hablan del ISN en general, pero que pueden ayudarnos a comprobar nuestra hipótesis si el Estado mexicano aplica los criterios normativos internacionales mínimos en relación con los NNA y, que también, aplican a los no acompañados y solicitantes de la condición de refugiado.

A pesar de aquellos fallos, también se seleccionaron algunos casos relacionados al objeto de nuestro estudio, sobre todo los aportados por el Tribunal Europeo DH, que exhibe un desarrollo progresivo sobre casos relacionados a la movilidad humana de NNA que requieren protección internacional.

Sin embargo, estos criterios brindados por ambas Cortes Internacionales estudiados fueron, posteriormente, complementados con situaciones particulares en el caso concreto de los derechos y principios que aplican a los NNA no acompañados y con indicios de protección internacional.

En conclusión, la jurisprudencia internacional analizada nos ayudó a orientar el sentido y alcance de un concepto jurídico del ISN, indeterminado *ab initio*, aparentemente equívoco y que orilla –de buenas a primeras– hacia soluciones marcada por la subjetividad de los(las) operadores(as) jurídicos. En cambio, *ex post* y ajustada al DIDH, la importancia de la jurisprudencia internacional, despeja las ambigüedades y perfila –aún más nítidamente que ciertos textos convencionales– los contornos de este concepto en función de parámetros mínimos sobre los que debe asentarse todo actuar del(de la) operador(a) jurídico, teniendo como elemento interpretativo nuclear no sólo los derechos humanos reconocidos; sino que también y fundamentalmente las nuevas necesidades y realidades de los NNA y las nuevas necesidades de protección en los que ellos(as) pueden verse inmersos.

Por último, a modo de conclusión sobre todos los fallos referidos y estudiados, además, tomando en consideración los argumentos señalados por la jurisprudencia internacional, así como la propuesta del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, es decir, de considerar a este concepto como un principio, derecho y norma de procedimiento, pudimos identificar y analizar los elementos que deben ser tomados en consideración por las autoridades mexicanas para aplicar e interpretar el ISN de conformidad con el Derecho Internacional.

En el último capítulo se concluyó que, para cumplir sus obligaciones internacionales, el Estado mexicano tuvo que adoptar variadas medidas: primero, para recibir el Derecho Internacional; y enseguida, para adecuar legislativa y reglamentariamente el ordenamiento interno al espíritu, sentido y alcance de normas, principios y conceptos contenidos en instrumentos internacionales relevantes sobre derechos humanos, asilo y protección de la niñez con miras a conformar éste –ojalá sin contradicción alguna– al objeto y fin de tales obligaciones internacionales.

Observamos que el reconocimiento en la Constitución Mexicana de los derechos humanos robusteció –sin duda– el sistema general de protección de los derechos humanos confiriéndoles máxima fuerza obligatoria y coercitiva en el ámbito legal subordinado,

intentado asegurar la implementación y la efectividad de los estándares internacionales en el ámbito interno.

Debido a este paso jurídico, una de sus manifestaciones –pero, a la vez, de la mayor importancia– es el desarrollo, en México, de doctrinas emanadas de la jurisprudencia interamericana, como es el caso del “control de convencionalidad” o la recepción de la teoría sobre la “tridimensionalidad” del concepto de ISN que tiene sus raíces en la Observación General N° 14 del CDN y que expande su alcance al considerarlo simultáneamente principio, derecho y norma de procedimiento dependiendo del contexto y del caso.

Es necesario reconocer que el legislador mexicano intentó incorporar algunos de los criterios señalados en las diferentes observaciones generales del Comité DN, estudiadas en el capítulo anterior, sobre el ISN en la Ley General de los DNNA y en la Ley de Migración; sin embargo, en el caso en concreto de NNA no acompañados susceptibles de requerir protección internacional, el legislador no contempló brindar herramientas legislativas para dar mayor contenido normativo dentro de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político.

A pesar del avance legislativo interno que significa incorporar el principio de ISN y la regla internacional enunciada por la Corte IDH para considerar su contenido (normativo) asociado a las circunstancias de grupos poblacionales (*ergo*, también migratorios) específicos, el problema es la falta de precisión y claridad acerca de lo que constituye el concepto de ISN a este grupo poblacional en concreto; y consiguientemente el de su correcta aplicación, sigue constituyendo un obstáculo para convenir en que el Estado mexicano cumple con sus obligaciones internacionales.

Lo anterior se explica pues, aunque el concepto de ISN quedó plasmado jurídicamente en la legislación interna, en la práctica opera como una cláusula abierta de apreciación discrecional por autoridades mexicanas más o menos instruidas.

Del sistema jurídico de México se puede predicar como una gran ventaja el contar con el concepto de ISN como parte integrante. De la misma manera que puede decirse que es una desventaja importante el que dicho concepto jurídico sea indeterminado, tan amplio y abierto que permita alojar un sinnúmero de interpretaciones diversas con respecto a un abanico igualmente amplio de personas, situaciones, posibilidades y realidades sociales al alcance de múltiples operadores(as) jurídicos.

De igual forma estudiamos la jurisprudencia mexicana sobre la interpretación del ISN, cuya utilidad radica en identificar parámetros comunes y no contradictorios para resolver conflictos jurídicos de presupuestos fácticos similares, y así desterrar o al menos reducir la inseguridad y la arbitrariedad en los procesos de decisión.

Si bien es cierto que actualmente el Poder Judicial de la Federación ha comenzado a forjar una línea jurisprudencial sobre este tema, del cual la tesis 18/2012 es una de sus exponentes más relevantes, también es cierto que existen múltiples situaciones que afectan o se relacionan con la vida diaria de los NNA, sobre todo, de aquellos no acompañados y que requieren protección internacional, en donde no existe aún jurisprudencia sobre este grupo poblacional.

Por lo tanto, resulta indispensable que la jurisprudencia mexicana comience a interpretar el sentido y alcance del ISN en relación con los NNA no acompañados y con indicios de protección internacional, pero que, además, sea conforme a los estándares internacionales al menos en algún grado razonable y uniforme que provea certeza (positiva y negativa). A la vez, que permita un espacio considerable para adaptarse en el plano temporal (evolucionar) y a las características particulares de cada caso en concreto, eliminando o al menos reduciendo –por especificación– aquella zona de ambigüedad o indeterminación que deja a la autoridad mexicana actuar contrario a Derecho Internacional.

En efecto, debido a la importancia del ISN y a la constante evolución del Derecho Internacional en favor de la niñez, diversos estándares jurídicos internacionales afloran y/o continúan en constante evolución. En último término, el mismo proceso evolutivo general de los principios y conceptos del Derecho Internacional determina que –en una dimensión al menos temporal, aunque de extensión incierta– no sea posible que este concepto pueda considerarse sólo a la luz de estos criterios, sino que en alguna medida también debe considerárselo susceptible a que en el futuro o bajo determinadas circunstancias necesiten añadirse parámetros nuevos.

A pesar de que es indispensable determinar caso por caso el ISN de NNA no acompañados con indicios de requerir protección internacional, la certeza nuclear sobre dicha tarea o, en otros términos, el punto en común para la determinación del ISN ante la variabilidad inmensa de casos lo constituye siempre la conformidad al DIDH y al DIR.

Lo anterior ayuda a velar y fortalecer el principio de seguridad jurídica, que tiene como objetivo brindar predictibilidad, previsibilidad y certeza a los(as) ciudadanos(as) sobre los efectos jurídicos de su conducta, lo que trae aparejado una expectativa lo más precisa posible de los derechos y deberes recíprocos en una sociedad. La previsibilidad es importante para todos aquellos a quienes deba aplicársele el ISN, ya que podrán conocer de antemano y con certeza jurídica cuáles son los criterios generales y específicos que se aplicarán a la solución de su condición o estatus de protección; y, de esta manera, prevenir la arbitrariedad.

Por lo tanto, concluimos que el Poder Judicial Federal en México tiene aún la importante tarea de ajustar su jurisprudencia a los compromisos internacionales para evitar que el(la) aplicador(a) de este concepto jurídico internacional a nuestro grupo de estudio lo realice conforme a los criterios internacionales que permiten delimitan las consecuencias de la determinación y aplicación del ISN.

Por último, pudimos investigar sobre la implementación de este concepto a los NNA no acompañados y con indicios de protección internacional por las autoridades mexicanas, así como estudiar algunas recomendaciones resueltas por la CNDH que testifican la falta de implementación adecuada de las autoridades mexicanas del ISN en relación con NNA no acompañados y solicitantes de asilo con la norma internacional. Aunque son decisiones de un organismo de derechos humanos autónomo, cuya naturaleza jurídica son no vinculantes, éstas nos ayudaron a identificar cómo la autoridad encargada aplicar el ISN lo realiza y si ésta se ajusta a la norma internacional.

Además resaltar que, bajo el incremento de flujos migratorios de NNA no acompañados por México, representa un gran reto la correcta implementación del ISN para el Estado mexicano, agravado con la actual situación mundial de la pandemia del COVID-19. No sólo para detectar sus condiciones de vulnerabilidad y sus necesidades específicas de protección, sino para cumplir cabalmente con los estándares jurídicos internacionales mínimos estudiados en esta investigación.

A pesar que existe una nueva realidad mundial, en donde la prioridad es brindar la mejor y menos lesiva respuesta a la salud pública, el Estado mexicano no debe olvidarse de los NNA no acompañados y que requieren protección internacional, quienes también, deben ser considerados y tomados en cuenta frente a la actual pandemia.

Tomando en cuenta lo anterior, se concluye que la hipótesis que se planteó al iniciar esta investigación es parcialmente cierta, ya que, aunque el Estado mexicano tienen un marco legislativo a favor del ISN, incluyendo a los NNA no acompañados y con necesidades de protección internacional, así como una jurisprudencia que ha comenzado a sentar las bases de la interpretación de este concepto, aún existen retos en cuanto a la aplicación del ISN en relación con los NNA no acompañados y con necesidades de protección internacional, ya que las autoridades mexicanas, encargadas de ejecutar la ley, no lo hacen de conformidad con los criterios internacionales marcados por el Derecho Internacional por diversas razones:

En primer lugar, la evaluación y determinación del ISN como un principio no debe ir en contra de ninguno de los otros principios básicos de las normas internacionales en materia de la niñez. En otras palabras, la no discriminación, la participación del niño o niña y a ser escuchado en las decisiones que le atañen, derecho a la vida, la supervivencia y al desarrollo.

Sobre este asunto, descubrimos que los NNA no acompañados dentro de los flujos migratorios mixtos no son informados por las autoridades migratorias mexicanas sobre sus derechos, entre ellos el derecho a solicitar asilo, entre otros.

De igual forma, observamos que, debido al incremento del número de NNA no acompañados en territorio mexicano, no se considera la opinión de cada uno(a) de ellos(as). Esta práctica los sitúa en mayor vulnerabilidad porque las autoridades mexicanas no detectan los indicios de protección internacional.

En segundo lugar, el ISN como norma de procedimiento debe determinarse de manera rápida y expedita. Además, debe manejarse con suma diligencia en cuanto a las necesidades específicas de protección de los NNA.

Por lo tanto, se descubrió que, actualmente, los procedimientos migratorios de NNA en México –retorno– se han acelerado para dar una respuesta inmediata, sin tomar en cuenta las necesidades específicas de protección de los NNA, lo cual ha provocado no sólo a devolverlos –indeseadamente–; sino también, incluso, a tener que regresar a su país de origen donde han sido perseguidos, torturados o donde han vuelto a quedar expuestos a situaciones de riesgo. Situación que es contrario al sentido del ISN por la determinación rápida y expedita de su retorno inmediato sin detectar necesidades de protección internacional.

Al contrario, el ISN como norma de procedimiento, implica que el NNA pueda acceder al procedimiento de asilo y que deba darse prioridad a su reconocimiento como

refugiado durante un plazo razonable, agilizar las demoras injustificadas y a simplificar extensos trámites legales.

En tercer lugar y relacionada con la anterior, el ISN como norma de procedimiento debe contar con instituciones especializadas que conozcan los derechos del niño y puedan aplicar este concepto jurídico.

Se demostró que cuando se identifica un NNA no acompañado dentro de los flujos migratorios mixtos, no siempre, se cuenta con la intervención y acompañamiento de las instituciones mexicanas especializadas a favor de los derechos de la niñez (Sistemas DIF y/o Procuradurías de Protección). Este hecho provoca que no se le permitan la determinación del ISN y, por lo tanto, la restitución efectiva de sus derechos ni tampoco se les garantiza su debida protección.

En cuarto término, para proteger y aplicar este concepto como norma de procedimiento se requiere cumplir con el debido proceso y las garantías judiciales.

Se demostró que existen diversos obstáculos al debido proceso, entre ellos al acceso al procedimiento de asilo mexicano a todo NNA no acompañado mediante información clara y ajustada a la comunicación de los NNA mediante un lenguaje sencillo y acorde a la niñez.

Tampoco, en todos los casos existe una entrevista inicial adaptada a las necesidades, edad y sexo del NNA, realizada por profesionales calificados en un idioma que el NNA pueda comprender, que permita reunir datos y antecedentes personales para determinar la identidad del NNA y si cuenta con protección internacional.

Si bien es cierto que existen autoridades migratorias especializadas en temas de derechos de los (de las) niños(as) (Oficiales de Protección de la Infancia), no en todos los casos se identifican particularidades de vulnerabilidad y; la posible existencia de necesidades de protección internacional.

También se demostró que en los procedimientos del reconocimiento de asilo u otros, no existe formalmente el nombramiento de un(a) tutor(a).

Otra garantía de procedimiento es que la solicitud de asilo debe ser resuelta por una autoridad competente. Esto es importante, ya que se pudo demostrar que, en la práctica, los(as) funcionarios(as) públicos que identifican a NNA no acompañados deciden si requieren protección internacional sin ser la autoridad especializada.

Quinto, que la evaluación y la determinación del ISN como derecho subjetivo y principio debe ser acorde a todos los derechos reconocidos por la CDN, asimismo al ejercicio pleno de todos ellos, incluyendo el derecho a la salud y a la educación.

Nuestra investigación comprobó que la implementación del ISN por las autoridades mexicanas no siempre tiene una perspectiva de derechos humanos, de género y sobre todo enfocada a proteger los derechos del NNA, todo ello para que sea realmente conforme a la CDN.

Sexto, que en la aplicación de este concepto como derecho y principio se requiere tomar en consideración la personalidad y las necesidades especiales de protección que requiera el NNA. Debido a ello, se confirmó que, las autoridades mexicanas, no siempre toman en cuenta los vínculos familiares, sociales, culturales y lingüísticos de los NNA no acompañados con indicios de protección internacional.

Sobre todo, la condición de NNA no acompañado de su familia, la cual requiere inmediatamente tras su llegada al puerto de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país su reunificación familiar, siempre y cuando sea factible.

En séptimo lugar, se descubrió que este concepto, en muchas ocasiones, se aplica con su sola enunciación o citación, sin brindar un contenido normativo que argumente la explicación de su aplicación por el(la) operador(a) jurídico.

Finalmente, que el ISN como derecho y principio tampoco puede deslindarse de la libertad personal de un NNA, y que la privación de ella sólo puede considerarse una medida de último recurso.

Sobre este asunto, se demostró que el Estado mexicano, a pesar que reformó su legislación migratoria, no garantiza modelos de asistencia con medidas mínimas de atención y recepción, además, que éstos sean acordes a la nueva realidad mundial a favor de los NNA no acompañados y con necesidades de protección internacional.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y Revistas

1. A. Torres Pérez, "Report on Spain", in: *The national judicial treatment of the European Convention on Human Rights and the Europe laws: a comparative constitutional perspective*, Europe Law Publishing, Amsterdam, 2010.
2. Adams, Paul *et al.* *Los derechos de los niños, hacia la liberalización del niño*. 2ª (ed.) Julian Hall (comp.). Reyes de Baroco, M. A. (trad.), Extemporáneos, México, 1979.
3. Alascio Carrasco Laura y Marín García, Ignacio, "Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo artículo 92 CC" en: *Indret*, núm. 3, 2007.
4. Andrew T. Guzman, & Timothy L. Meyer. "International Soft Law", in: *The Journal of Legal Analysis*, vol. 2, num. 1, 2010.
5. Ara Pinilla, I., "Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados", en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2004.
6. Arendt, H. *Los orígenes del totalitarismo*, Alianza, Madrid, 1982.
7. Argelia Queralt Jiménez, "El Efecto de cosa interpretada y la función de armonización de estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rogelio Flores Pantoja (Coord.), en: *La constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017.
8. Ariès, Ph. "La infancia", en: *Revista de Educación*, núm. 281, 1986.
9. Baeza-Concha, Gloria, "El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia", en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 2, núm. 28, 2001.
10. Bainham, A. "Children: the modern law", in: *Jordan Publishing*, Bristol, 2006.
11. Bala, Nicolas, *The best interests of the child in the post – modern era: a central but paradoxical concept, revised version of paper presented at Law Society of Upper Canada Special Lectures 2000: Family Law*, Colloquium on Best Interest of the Child, Toronto, 2009.
12. Ballestrem, Sophie, "La Convención sobre Derechos del Niño y la administración de justicia de menores", en: *Crónica de la asociación internacional de magistrados de la juventud y de la familia*, núm. 1, vol. 6, 1997.
13. Barcia Lehmann, R. "Estudios de derecho de familia", en: *Actas primeras jornadas nacionales*, facultad de derecho Universidad de Chile, 2016.
14. Beloff, Mary, "Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en la Argentina", Alberto Bovino, Christian Courtis y *et al.* (comps.), en: *La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos en el ámbito interno: balance y perspectivas*. Editorial El Puerto, Buenos Aires, 2006.
15. Beloff, Mary, *Los derechos del Niño en el Sistema Interamericano*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
16. Bidart Campos, G. J. *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989.
17. Bobbio, N. *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.
18. Boggio, Carlos "Retos para la protección internacional de los menores no acompañados en la política de control de las fronteras exteriores de la Unión Europea", Claro Quintáns, Irene y Lázaro González, Isabel (coord.) en: *Infancia y Protección Internacional en Europa: Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*, Tecnos, Madrid, 2013.
19. Bonifaz A., Leticia, "La interpretación en el derecho y en el arte: primeras aproximaciones", en: *Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, Enrique Cáceres, Imer B. Flores, *et al.* (coord.), UNAM, México, 2005.

20. Boyle, Alan E., "Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law", in: *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, num. 4, 1999.
21. Buergethal, Thomas *et al*, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Civitas, Madrid, 1990.
22. Caballero Ochoa, José Luis. "Comentario sobre artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución (cláusula de interpretación conforme al principio de *pro persona*)", Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa y *et al.* (coord.), en: *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana I*, México, SCJN, UNAM y Fundación Konrad Adenauer, 2013.
23. Camargo M., Abbdel, *Arrancados de raíz: causas que originan el desplazamiento transfronterizo de niños, niñas y adolescentes no acompañados y/o separados de Centroamérica y su necesidad de protección internacional*, ACNUR, México, 2014.
24. Camarillo Govea, Laura Alicia, "Convergencias y Divergencias entre los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos", en: *Revista Prolegómenos*, vol. 19, núm. 37, Bogotá, 2016.
25. Cançado-Trindade, A. A. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.
26. Cantwell, Nigel, "La genèse de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la Convention relative aux droits de l'enfant", dans: *Journal du Droit des Jeunes*, núm. 303, 2011.
27. Carbonell, Miguel, "Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución Mexicana", Miguel Carbonell y Pedro Salazar (edit.), en: *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2011.
28. Carbonell, Miguel, *Introducción General al Control de Convencionalidad*, Porrúa, México, 2013.
29. Carmen Draghici, *The legitimacy of family rights in Strasbourg case law: 'Living instrument or extinguished sovereignty'*, Hart Publishing, Portland, 2017.
30. Cassagne, Juan Carlos, *El principio de la legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.
31. Cassese, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, New York, 2002.
32. Castán-Vázquez, J. M. "La reforma de la adopción en el Derecho francés", en: *Anuario de Derecho Civil*, vol. 24, núm. 3, Ministerio de Justicia, España, 1963.
33. Castilla Juárez, Karlos, "¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados", en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, UNAM, México, 2013.
34. Castilla Juárez, Karlos, "Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional", en: *Revista Derecho Estado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 33, 2014.
35. Castilla, Juárez Karlos, "El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco", en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* vol. 11, UNAM, México, 2011.
36. Catholic Relief Services, *Niñez migrante: detención y repatriación desde México de niños, niñas y adolescentes centroamericanos no acompañados*, Wier, Betsy (coord.), Baltimore, Catholic Relief Services, 2010.
37. Center for Gender & Refugee Studies, *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos*, Universidad Nacional de Lanus, Argentina, 2015.
38. Cillero Bruñol, Miguel, "El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención sobre los Derechos del Niño", en: *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, García Méndez, E. y Beloff M. (comps.) 3ª ed., Temis-Depalma, Bogotá, 2004.
39. Cillero Bruñol, Miguel, "Infancia y autonomía y derechos: una cuestión de principios", en: *Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, núm. 234, Montevideo, 1997.

40. Cillero Bruñol, Miguel, “La Convención internacional sobre los derechos del niño: introducción a su origen, estructura y contenido normativo”, Clara Martínez García (coord.) en: *Tratado del menor: la protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters, Navarra, 2016.
41. Clérico, Laura, “El caso Atala de la Corte IDH: Posibilidades y Perspectivas”, en: *Contextos*, núm. 6, Buenos Aires, 2013.
42. Coalición Internacional contra la Detención, *Infancia cautiva: Introducción de un nuevo modelo para garantizar los derechos y la libertad de los niños refugiados, solicitantes de asilo y migrantes irregulares, afectados por la detención migratoria*, 2012.
43. Comité Ejecutivo del ACNUR, *Sobre la situación de niños en situación de riesgo*, No. 107 (LVIII) ANCUR, Ginebra, 2007.
44. Executive Committee of the Programme of the United Nations High Commissioner for Refugees, *Conclusion No. 107 (LVIII) ‘Children at risk’*, g (viii), 2007.
45. Comité Ejecutivo del ACNUR, *Conclusión No. 22 (XXXII) ‘Protección de las personas que buscan asilo en situaciones de afluencia en gran escala’*, 1981.
46. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Convenio relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional*, La Haya, Países Bajos, 29 de mayo de 1993. Consultado en: <<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=69>>
47. Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), *Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina*, CIFECA 89/9, abril de 1989. Consulado en: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/MinimumAgeForMarriage.aspx>>
48. Cruz Gallardo, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012.
49. Charlow, A. “Awarding Custody: The Best Interest of the Child and Other Fictions”, in: *Yale Law & Policy Review*, num. 2, 1986.
50. Chinkin, C. “Normative Development in the international legal system” Shelton, D. (ed), Commitment and compliance, in: *The role of non-binding norms in the international legal system*, New York, Oxford University Press, 2000.
51. Dávila Balsera, Paulí y Luis María Naya Garmendia, “La Evolución de los Derechos de la Infancia: Una visión Internacional”, en: *Education and Social Processes*, Encounters, vol. 7, 2006.
52. Dávila-Balsera, P. y Naya-Garmendia, L. M. (comps.), *Derechos de la infancia y educación inclusiva en América Latina*, Garnika, Buenos Aires, 2011.
53. De Dinechin, Philippe, *Los utópicos derechos del niño*, Concepción, Chile, Escaparate Ediciones, 2009.
54. De la Iglesia Monje, M.I. “Examen de la jurisprudencia más reciente del principio general del interés del menor: Su progresiva evolución e importancia”, en: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm 745, 2014.
55. De la Rasilla, Margarita, “Los menores no acompañados y el asilo”, en: *La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía* (seminario), Save the Children, Andalucía, 2005.
56. De Torres-Perea, J. M. *Interés del menor y derecho de familia: una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid, 2009.
57. Del Real Alcalá, José Alberto, “Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional. El caso del término “nacionalidades” como concepto jurídico indeterminado” en: *Derechos y Libertades*, núm. 11, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2002.
58. Del Toro Huerta, M. I. “El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho Díez-Picazo, Luis, “El principio de protección integral de los hijos («Tout por l’enfant»)” en:

- Intervención en las Jornadas de Derecho del Menor*, Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba los días 29 a 31 de marzo de 1984.
59. Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, décima ed., t. I, Tecnos, Madrid, 2013.
 60. Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.
 61. Dromi, José Roberto, *Derecho administrativo económico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985.
 62. Eekelaar, John, "The role of dynamic self-determinism", in: *The best interest of the child: reconciling culture and human rights*, Oxford University Press, Oxford, 1994.
 63. Eekelaar, John, *Family Law and Social Policy*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1979.
 64. Espinoza Barragán, Manuel Bernardo, *Juicio de amparo*, Editorial Oxford Press, México, 2011.
 65. Etcheverry, Juan B. "Discrecionalidad judicial" Fabra Zamora *et al.* (ed.), en: *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. II, UNAM, México, 2005.
 66. Facultad Derecho Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012.
 67. Fajardo Morales, Zamir Andrés, *Control de Convencionalidad. Fundamentos y Alcance. Especial Referencia a México*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2015.
 68. Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2004.
 69. Feinberg, J. *Rights, Justice and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy*, Princeton University Press, New Jersey, 1980.
 70. Feler, Alan M., "Soft Law como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas conyunturas" en: *Lecciones y Ensayos*, núm. 95, 2015.
 71. Fernández Sánchez, Pablo Antonio, "Migrantes, Refugiados y Víctimas del Tráfico de Personas en el Mediterráneo", en: *Revista UIS* 2017, vol. 11, Puebla, 2017.
 72. Ferrajoli, Luigi, "Derechos fundamentales", Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds.), en: *Fundamento de los derechos fundamentales*, Trotta, España, 2001.
 73. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Garantías*, Andrea Greppi y Perfecto Andrés Ibáñez (trad.), Editorial Trotta, Madrid, 2016.
 74. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), *Estado mundial de la infancia: Edición Especial. Conmemoración de los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Nueva York, 2009.
 75. Fortín, Jane, *Children's Rights and the Developing Law*, second edition, Cambridge University Press, New York, 2005.
 76. Freedman, Diego, "Funciones normativas del interés superior del niño", en: *Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global*, núm. 4, Buenos Aires, 2007.
 77. Freeman, M.D.A. "Freedom and the welfare state: child - reading, parental autonomy and state intervention", in: *Journal of Social Welfare Law*, num. 70, 1983.
 78. Frutos, Pedro, *Compendio de Derecho Internacional Público*, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1932.
 79. Galindo Vélez, F. *Consideraciones sobre la determinación de la condición de refugiado, Derecho Internacional de los Refugiados*, en: S. Namihás (coord.), Fondo Editorial, Perú, 2001.
 80. Galinsoga-Jordà, A. (ed.) *El conflicto de Irak y el Derecho Internacional: el caso Couso*. Santiago de Compostela: Universitat de Lleida, 2013.

81. Garate, Rubén Marcelo, “El interés superior del niño como mandato de optimización”, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de la Plata, vol. 5, núm. 38, 2008.
82. García de Enterría y Fernández T.R. *Curso de derecho administrativo* (15ª ed.), Navarra, Thomson Civitas, 2011.
83. García de Enterría, Eduardo, Fernández, Tomas Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, España, 2003.
84. García Méndez, Emilio, *Infancia: de los derechos y de la justicia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.
85. García Ramírez, Sergio y Del Toro Huerta, Mauricio Iván, “México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Veinticinco años de jurisprudencia”, en: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 1, México, 2005.
86. García-Cano, S. *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, Colex, Madrid, 2003.
87. García-Sayán, Diego, “Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos” en: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, un cuarto de siglo 1979-2004, San José, 2005.
88. Garibo Peyró, A. P. *Los derechos de los niños: una fundamentación*, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.
89. Garreau, Olivia, *Acuerdos de tutela para niños no acompañados: ¿Qué puede aprender Australia de los demás?*, Documento de trabajo, La Trobe Centro de Investigación sobre Refugiados, 2011.
90. Garro Vargas, Anamari, “La influencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Cuestiones Constitucionales*, núm. 20, 2009, México.
91. Garro, C. R. *Declaración Universal de Derechos Humanos: Abriendo surcos*, Depalma, Buenos Aires, 1985.
92. Gatica, Nora y Chaimovich, Claudia, “La justicia no entre en la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre Derechos del Niño”, en: *La Semana Jurídica*, núm. 13, 2002.
93. Gianelli Dublanc, María Laura, Manly, Mark *et al.* *El asilo y protección internacional de los refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Leonardo Franco (coord.) Siglo XXI Editores Argentina y ACNUR, Argentina, 2003.
94. Global Detention Project, *Anual Report 2016*. Consulado en: <<https://www.globaldetentionproject.org/global-detention-project-an-nual-report-2016>>
95. Goldstein, J., “¿En el interés superior de quién?”, (GilmoPinto trad.), Mary Beloff (comps.), en: *Derecho, infancia y familia*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2002.
96. Golstein, Joseph, Freud, Anna y Solnit Albert J. *Beyond the Best Interest of the Child*, The Free Press, New York, 1979.
97. Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, “Las implicaciones de considerar al niño sujeto de derechos”, en: *Revista de Derecho*, Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, núm. 18, 2018.
98. Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *Sistema Filiativo: Filiación Biológica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
99. Gómez Isa, Felipe, “The role of Soft Law in the progressive development of indigenous peoples’ rights”, Stéphanie Lagoutte, Thomas Gammeloft Hansen *et al.* in: *Tracing the roles of soft law in human rights*, Oxford University Press, 2016.
100. Gómez Lívio, Marcus, *Instrumentos para la unificación de criterios administrativos en materia tributaria*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2011.

101. Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Derechos humanos en el sistema interamericano*, Porrúa, México, 2000.
102. Gómez-Robledo, A. *Fundadores del Derecho Internacional: Vitoria, Gentili, Suárez, Grocio*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992.
103. González Campos, Julio; Sánchez Rodríguez, Luis y Sáenz de Santa María, Paz Andrés, *Curso de Derecho Internacional público*, 2a. ed., Civitas, Madrid, 2002
104. González Contró, M. *Derecho de familia en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010.
105. González Contró, Mónica et. al. *Propuesta teórico-metodológica para la armonización legislativa desde el enfoque de derechos de niñas, niños y adolescentes*, t. 4, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012.
106. Goonesekere, S. "The Best Interests of the Child: South Asian Perspective", in: *International Law Policy Family*, vol. 8, num. 1, 1994.
107. Graham, Marisa A. y Sarda, Laura, "El caso Formerón" en: *Los desafíos del derecho de familia del siglo XXI: Derechos humanos, bioética, relaciones familiares, problemáticas infanto-juveniles: Homenaje a la Dra. Nelly Minyersky*, Errepar, España, 2011.
108. Grocio, H. *Del derecho de la guerra y de la paz*. J. Torrubiano-Ripoll (trad.), Reus, Madrid, 1925.
109. Gros-Espiell, H. "Los derechos humanos y el Derecho Internacional 1968-1977", en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, t. II, México D.F., 1978.
110. Grosman, Cecilia y Martínez Alcorta, Irene, *Familias ensambladas: Nuevas uniones después del divorcio; ley y creencias; problemas y soluciones legales*, Editorial Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2000.
111. Grosman, Cecilia, *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, editorial Universidad, Buenos Aires, 1994.
112. Grossman, C. "Reflexiones sobre el sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos", en: *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Rafael Nieto Navia-Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1997.
113. Guastini, Riccardo, "Interpretación y construcción jurídica", en: *Isonomía*, núm. 43, 2015.
114. Guilarte Martín-Calero, Cristina, "El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la ley orgánica, de 15 de enero, de protección jurídica del menor", Vicente Cabedo Mallol e Isaac Ravetllat Ballesté (coord.) en: *Comentarios acerca de las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
115. Guzman, Meyer, "International Soft Law", in: *Journal of Legal Analysis*, vol. 2, num. 1, 2010
116. Hitters, Juan Carlos y Oscar Fappiano, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2007.
117. Human Rights Watch, *Puertas cerradas. El fracaso de México en la protección de niños refugiados y migrantes de América Central*, México, marzo 2016.
118. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes*, t. I, San José Costa Rica, 2004.
119. Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2010*, Santiago, 2010.

120. Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2017*, Santiago, 2017.
121. Instituto Nacional de Migración, *Estadísticas 2018*, Consulado en: <<https://www.gob.mx/inm>>
122. Ivars Ruíz, Joaquín, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil: Aspectos procesales y sustantivos: doctrina y jurisprudencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
123. J. Levy, Robert. "Custody Law and the ALI's Principles: A little History, a Little Policy, and Some Very Tentative Judgments", Robin Fretwell Wilson (ed.), in: *Recovering the Family: Critique on the American Law Institute's Principles of the Law and Family Dissolution*, Cambridge University Press, New York, 2006.
124. James, Ariel José, "El significado ético de la protección: el caso de los menores no acompañados en España", Claro Quintáns, Irene y Lázaro González, Isabel (coord.) en: *Infancia y Protección Internacional en Europa: Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*, Tecnos, Madrid, 2013.
125. Jiménez De Aréchaga, E. *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas: comentario teórico-práctico de la Carta*. Escuela de Funcionarios Internacionales, Madrid, 1958.
126. Jornadas de Derecho Internacional, OEA. Secretaría General, International Bureau of the American Republics, & Unión Panamericana, en: *Jornadas de Derecho Internacional: Montevideo, Uruguay: 18 al 20 de octubre de 1999*. Washington, D.C.: Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, 2000.
127. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Estándares internacionales latinoamericanos", Silva E. Fernández, en: *Tratados de derechos de niños, niñas y adolescentes*, tomo I, Abeledoperrot, Buenos Aires, 2015.
128. Lacruz Berdejo J. L. et al. *Parte general del derecho civil*, vol. 1: Introducción, (4ª ed). revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, Editorial Dykinson, Madrid, 2006.
129. Lathrop Gómez, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008.
130. Lázaro González, Isabel, *Los menores en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 2010.
131. Lindholm, Tore, W. Cole Durham, Jr., Bahia G. Tahzib-Lie, *Facilitating freedom of religion or belief: a desk book*, Springer – Science + Business Media, B.V, 2004, New York.
132. Longobardo, T. "La Convenzione internazionale sui Diritti del Fanciullo", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, New York, 1991.
133. López Contreras, Rony Eulalio, "Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido", en: *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 13, núm. 1, 2015.
134. López Echeverry, O., "Situación, naturaleza y perspectivas del proyecto de convención sobre los derechos del niño", varios autores, en: *Derechos de la niñez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990.
135. López Medina, Diego Eduardo, et al. "La armonización del Derecho Internacional de los derechos humanos con el derecho penal colombiano", en: *International Law*, núm. 12, 2008.
136. López Ulla, Juan Manuel, "Alcance del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la detención de un menor extranjero no acompañado: la obligación positiva", en: *Teoría y realidad constitucional*, núm. 32, 2013.
137. López Contreras, Rony Eulalio, "Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido", en: *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 13, núm. I, Colombia, 2015.
138. Lloyd de Mause, *The evolution of Childhood*, The Psychohistory Press, New York, 1974.

139. María Dolores París, Diana Peláez, *et al*, “Procesos de Alojamiento y Devolución de NNA (NNA) migrantes no acompañados”, en: *Vulnerabilidad jurídica de la situación de Niños Migrantes Sin Compañía*, Colegio de la Frontera Norte, México, 2015.
140. Medina Graciela y Proveda, Eduardo Guillermo, *Derecho de familia*, Abeledoperrot, Argentina, 2017.
141. Méndez-Costa, María Josefa, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Editores Rubinzal
142. Meyer, Timothy. L., “Soft Law as delegation”, in: *Fordham International Law Journal*, vol. XXXII, 2008.
143. Milione, Ciro, *El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
144. Moderne, Franck, *Principios generales del derecho público*. Alejandro Vergara Blanco (*comps. y trad.*), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
145. Mondello, Juan Ignacio, *La Declaración de Cartagena en el MERCOSUR, Bolivia y Chile*, julio 2004. Consultado en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/3120.pdf>>
146. Mondragón Reyes, Salvador, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos”, en: *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 29, México, enero 2010.
147. Moreno-Torres Sánchez, J., *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menor español*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009.
148. Moto Salazar, Efraín, *Elementos de Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2013.
149. Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de derecho Administrativo y Derecho Público en General*, Civitas, Madrid, España, 2004.
150. Muñoz-Merkle, S. “Concepto de interés superior del niño en el Comité de Derechos del Niño”, Núñez Poblete, M. A., en: *La internacionalización del derecho público*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2015.
151. Mutua, M. “Politics and Human Rights: An Essential Symbiosis”, in *The Role of Law in International Politics*, M. Byers ed., Oxford University Press, 2000.
152. Nash Rojas, Claudio, “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, Bogotá, 2013.
153. Nikken, Pedro, “Derecho internacional y derecho interno en materia de derechos humanos, Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos”, en: *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 57, 2013.
154. Nikken, Pedro, “El concepto de derechos humanos”, en: *Estudios básicos de derechos humanos*, t. I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994.
155. Nikken, Pedro, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Memoria del Seminario del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, t. I, 2ª ed., Corte IDH, San José Costa Rica 2003.
156. Nikken, Pedro, “Los derechos del niño, de los ancianos y de la mujer: su protección internacional”, en: *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 4, San José de Costa Rica, 1986.
157. Nowak, M. *Introducción al régimen internacional de los derechos humanos*. Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo-Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009.

158. O'Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericana*, ACNUDH, Bogotá, 2004.
159. Ortega Velázquez, Elisa, “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*, vol. 51, núm. 152, 2018.
160. Ortiz Loreta, Ahlf, *Derecho Internacional Público*, Oxford University Press, México, 2004.
161. Palma del Teso, Ángeles de, “La protección de los menores por las administraciones públicas”, en: *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 2, 2004.
162. Parejo, Alfonso L., *Lecciones de derecho administrativo* (5ª ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
163. Parra Vera, Oscar, “Principales aportes Atala para la discusión regional sobre orientación sexual, igualdad y discriminación”, Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, Marcela Morales-Antoniuzzi (coord.) en: *Igualdad y Orientación Sexual: en el caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su Potencial*, Porrúa, México, 2012.
164. Peces-Barba Martínez, G. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995.
165. Pérez Álvarez, Fabiola Edith, “Comentario a la Ley General de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, en: *Revista cuestiones constitucionales*, núm. 32, UNAM, México, enero-junio 2015.
166. Pilotti, Francisco. “Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto”, en: *Serie Políticas Sociales*, División de Desarrollo Social, Cepal, Naciones Unidas, Santiago, Chile, marzo 2001.
167. Pinochet Olave, Ruperto y Ravetllat Balleste, Isaac, “El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 44, 2015.
168. Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, Abregú, Martín y Courtis Christian (comps.) en: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
169. Ravetllat Ballesté, I y Pinochet Olave, R., “Interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el Derecho Civil Chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, núm. 3, 2015.
170. Rea Granados, Sergio Alejandro, “Menores refugiados no acompañados en México, ¿Cómo proteger sus derechos y principios en caso de detención?”, en: *Revista Internacional de Derechos Humanos*, año VI, núm. 6, Mendoza, 2016.
171. Rea Granados, Sergio Alejandro, “Retos actuales en la implementación del Derecho Internacional de los refugiados en México: Identificación, Admisión y Acceso del Procedimiento de Asilo”, en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2016.
172. Rea Granados, Sergio Alejandro, “Acceso al derecho al asilo de los niños, niñas y adolescentes no acompañados en México”, *Huellas de la Migración*, vol. 4, núm. 8, julio-diciembre 2019.
173. Rea Granados, Sergio Alejandro, *Jurisprudencia Internacional sobre Interés Superior de la Niñez: Aportes de la jurisprudencia internacional*, Académica Española, Mauritius, 2018 “publicación anticipada del capítulo de tesis, según requerimiento de investigación del Programa de Doctorado”.
174. Rea Granados, Sergio Alejandro, “Evolución del Derecho Internacional sobre la Infancia”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, núm.

- 29, 2016. “publicación anticipada del capítulo de tesis, según requerimiento de investigación del Programa de Doctorado.”
175. Riquelme-Cortado, R. *Derecho Internacional: entre un orden global y fragmentado*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.
 176. Rivero Hernández, Francisco, *El interés del menor*, (2ª ed.), Editorial Dykinson, Madrid, 2007.
 177. Roca Trias, Encarna, *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.
 178. Rodríguez Bandeira Galindo, George, et. al, (Coord), *Protección Multinivel de Derechos Humanos, Red de Derechos Humanos y Educación Superior*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Barcelona, 2013.
 179. Rodríguez Jiménez, Sonia, “El caso Karen Atala: la conjugación de la orientación sexual y el principio del interés superior del menor”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 45, núm. 135, 2012.
 180. Rollet, C. "La santé et la protection de l'enfant vues à travers les Congrès internationaux (1880-1920)", dans: *Annales de Démographie Historique*, vol. 101, num. 1, 2001.
 181. Ruíz De Santiago, J. “Derechos Humanos, Derecho de los Refugiados: evolución y convergencias”, S. Namihas (coord.), en: *Derecho Internacional de los Refugiados*, Fondo Editorial, Perú, 2001.
 182. Sainz Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.
 183. Sajón, Rafael, “Nuevo Derecho de Menores, Fundamentos Doctrinarios y Legislación Vigente”, en: *Colección Desarrollo Social*, Editorial Hvmánitas, Buenos Aires, 1967.
 184. Salmón, E. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja, CICR-Fondo Editorial PUCP, 2004.
 185. Salvioi, Fabián y Zanghi, Claudio, *Jurisprudencia Regional Comparada de Derechos Humanos: El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de Derecho Público Comparado, México D.F., 2013.
 186. San Miguel, M. “Por la liberación del niño... Jules Vallès”, núm. 1, en: *Aula Revista Pedagogía de la Universidad de Salamanca*, 1985.
 187. Sánchez Frías, Miguel Enrique, “Principios necesarios y garantías del debido proceso para la construcción de un sistema de justicia juvenil en México”, en: *Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes, México - Comisión Europea*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México, 2006.
 188. Sánchez Rodríguez, Luis Ignacio, “La apoteosis del consentimiento: de la noción de fuentes a los procesos de creación de derechos y obligaciones internacionales”, en: *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, núm. 16, Madrid, 2003.
 189. Sánchez-Calero Arribas, B., “La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados”, en: *Anuario de Derecho Civil*, LIX-1, Ministerio de Justicia, España, 2006.
 190. Santos Pais, Marta, “Infancia y Protección Internacional”, Claro Quintáns, I. y L. González (coords.) en: *Infancia y Protección Internacional en Europa: Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*, Tecnos, Madrid, 2013.
 191. Save the Children, *Preocupa a Save the Children qu el Instituto Nacional de Migración retorne a niñas y niños migrantes sin garantizar sus derechos*, 30 de abril de 2020. Consultado en: <<https://www.savethechildren.mx/enterate/noticias/preocupa-a-save-the-children-retorno-de-ninas-y-ni>>

192. Sepúlveda, César, *Derecho Internacional*, editorial Porrúa, México, 2009.
193. Shaw, M., *International Law*, VI Ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
194. Simón-Campaña, Farith, *Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva* (Tesis doctoral), Universidad de Salamanca, 2013.
195. Sin Fronteras, *Adolescentes migrantes no acompañados: Estudio sobre sus derechos humanos durante el proceso de verificación migratoria, detención, deportación y recepción*, Sin Fronteras, México, 2010.
196. Sin Fronteras, *Evolución y retos del asilo en México: 20 años de asistencia legal e incidencia por las personas refugiadas*, Sin Fronteras, México, 2016.
197. Sin Fronteras, *La detención migratoria: Un análisis desde el modelo penitenciario y el gasto público*, Ciudad de México, México, 2019.
198. Sistema de información sobre la primera infancia en América Latina, “Los Principios generales de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en las Leyes y Códigos de Infancia”, en *Los caminos hacia la integración de la Convención internacional sobre los Derechos del Niño en los sistemas jurídicos nacionales*. Consultado en: <http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/dd_2_sipi_principios_generales.pdf>
199. Sotelo González, Joaquín, Carmen Marta Lazo y Gregorio Aranda Bricio, “El derecho a la información de la infancia: participación de los niños en los medios de comunicación”, en: *Revista Internacional de Derecho de la Comunicación y de las Nuevas Tecnologías*, núm. 11, Madrid, 2012.
200. Standley, K. y Davies Paula, *Family Law*, 5 ed., Palgrave Macmillan Law Masters, Hampshire.
201. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jurisprudencia, su integración*, 1era reimpresión, México, 2004.
202. Swinarski, Ch. *Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema internacional de protección de la persona humana*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1990.
203. Torres Zárate, Fermín y Francisco García Martínez, “El interés superior del niño desde la perspectiva del garantismo jurídico mexicano”, en: *Alegatos*, México, 2007.
204. Towers Ward, J. “Popular Movements” Towers Ward, J. (ed.) in: *The Factory Movement*, MacMillan, London, 1970.
205. Turner-Saelzer, Susan, “Sentencia sobre determinación de la titularidad del cuidado personal de los hijos menores: Corte de Apelaciones de Santiago”, en: *Revista de Derecho*, vol. 17, 2004.
206. Van Bueren, G. *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, Netherlands, 1995.
207. Vargas Carreño, E. *Derecho Internacional Público: de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2007.
208. Vasak, Karel, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Hernán Sabaté y María José Rodellar (trad.), vol. I, Serbal, Barcelona, 1894.
209. Vázquez, Luis Daniel y Sandra Serrano. “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad apuntes para su aplicación práctica” Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coord.). en: *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2011.
210. Villagrasa Alcaide, Carlos, “Derechos de la infancia y adolescencia”, en: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm.49, 2015 Villagrasa Alcaide, Carlos, “Derechos de la infancia y adolescencia”, en: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm.49, 2015.
211. Vivas Tesón, I. “La guardia y custodia compartida de los hijos en la práctica judicial más reciente” en *familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, Carlos Lasarte

Álvarez (coord.), en: *Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia*, núm. 27-29, Madrid, 2005.

Jurisprudencia nacional e internacional

1. CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas*. Documento aprobado por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, Principio III, 2008.
2. CIDH, Caso 10.506, *X e Y vs. Argentina* (Informe núm. 38/96), de 15 de octubre de 1996, considerando 103.
3. CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, OEA/Ser. L/V/II, Washington, D.C. 2013.
4. CIDH, Informe núm. 41/99, Caso 11,491, *Menores detenidos vs Honduras*, 1999.
5. CIDH, *Violencia, niñez y crimen organizado*, 2015, OEA/Ser. L/V/II.
6. CIDH, Informe núm. 41/99, Caso 11,491, *Menores detenidos vs Honduras*, 1999.
7. CIDH, *Informe sobre el derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*. OEA/ Ser. L /V/II. Doc. 54/13, 2013.
8. CIDH y Relatoría sobre Derechos de la Niñez, *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II, Doc. 78, 2011.
9. Corte IDH, “*Condición jurídica y derechos humanos del niño*” Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, serie A, núm. 17.
10. Corte IDH, “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte. (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Opinión Consultiva OC-1/82, de 24 de septiembre de 1982, serie A, núm. 1.
11. Corte IDH, Caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs. *Paraguay (sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C, núm. 112.
12. Corte IDH, Caso *Mendoza y otros vs. Argentina (sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones)*, Sentencia del 14 de mayo de 2013, serie C, núm. 260.
13. Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile, (Sentencia de fondo, reparaciones y costas)*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154.
14. Corte IDH, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile (sentencia de fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia de 21 de noviembre de 2012, serie C, núm. 254.
15. Corte IDH, Caso *Blake vs. Guatemala (fondo)*, Sentencia del 24 de enero de 1998, serie C, núm. 36.
16. Corte IDH, Caso *Canales Huapaya y otros vs. Perú, (sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia de 24 de junio de 2015, serie C, núm. 296.
17. Corte IDH, Caso *Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú (fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia del 30 de mayo de 1999, serie C, núm. 52.
18. Corte IDH, Caso *Cesti Hurtado vs. Perú (excepciones preliminares)*, Sentencia del 29 de septiembre de 1999, serie C, núm. 41.
19. Corte IDH, Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia de 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214.
20. Corte IDH, Caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala, (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)* Sentencia de 25 de mayo de 2010, serie C, núm. 212.
21. Corte IDH, Caso de la “*Masacre de Mapiripán*” vs. *Colombia, (fondo)* Sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C, núm. 134.
22. Corte IDH, Caso *Rosendo Cantú y otras vs. México (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C, núm. 216.

23. Corte IDH, Caso *Radilla Pacheco vs. México*, (sentencia excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209.
24. Corte IDH, Caso *de los “niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (fondo)*, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, núm. 63.
25. Corte IDH, Caso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado de Bolivia* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia del 25 noviembre de 2013, serie C, núm. 272.
26. Corte IDH, Caso *Fornerón e hija vs. Argentina*, (Sentencia de fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 27 de abril de 2012, serie C, núm. 242.
27. Corte IDH, Caso *Gelman vs. Uruguay (fondo y reparaciones)*, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221.
28. Corte IDH, Caso *Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*, sentencia de 27 de agosto de 2014, serie C, núm. 281.
29. Corte IDH, Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, (Sentencia de fondo, reparaciones y costas), sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, núm. 74, 2002.
30. Corte IDH, Caso *López Álvarez vs. Honduras (fondo, reparaciones y costas)*, sentencia de 1º febrero de 2006, serie C, núm. 141.
31. Corte IDH, Caso *Masacres de Río Negro vs Guatemala (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, serie C, núm. 250.
32. Corte IDH, Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, (Sentencia de fondo, reparaciones y costas), sentencia del 25 de noviembre de 2003, serie C, núm. 101.
33. Corte IDH, Caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. México (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*, sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209.
34. Corte IDH, Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador (sentencia de interpretación de la sentencia de reparaciones)*, Sentencia del 29 de mayo de 1999, serie C, núm. 51.
35. Corte IDH, Caso *Vélez Loo vs. Panamá*, (sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 23 de noviembre de 2010, serie C, núm. 218.
36. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002 serie A, núm. 17.
37. 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, núm. 14.
38. Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, serie A, núm. 16.
39. Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Opinión Consultiva OC-24/2017 de 24 de noviembre de 2017, serie A, núm. 24.
40. Corte IDH, *Paniagua Morales y Otros versus Guatemala (fondo)*, Sentencia del 08 de marzo de 1998, serie C, núm. 37.
41. Corte IDH, *Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-3/83, del 8 de septiembre de 1983, serie A, núm. 3.
42. European Court of Human Rights (ECHR), *Case of Titina Loizidou vs. Turkey*, 15318/89, Preliminary Objections, Judgment, 23 March 1995.
43. Tesis 1a. /J. 18/2012 (10a.), SCJN, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XV, tomo 1, Registro 2002264, diciembre de 2012.
44. Tesis 1ª./J.44/2014, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, 2006593, Primera Sala, libro 7, junio de 2014, t. I.
45. Tesis 2007385. II.3o.P.5 K (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, libro 10, septiembre de 2014.

46. Tesis 2010602, CCCLXXIX/2015(10^a), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, libro 25, diciembre de 2015, t. I.
47. Tesis aislada 172,003, 1^a. CXLI/2007, Primera Sala, Novena Época, *Seminario Judicial de la Federación*, tomo XXVI, julio de 2007.
48. Tesis jurisprudencial 18/2012, Décima Época; Pleno; *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*; libro XV, diciembre 2012, t. I.
49. Tesis 2006593, 1^a./J.44/2014, Primera Sala, Décima Época; *Seminario Judicial de la Federación*, libro 7, junio de 2014, t. I.
50. Tesis: 5º. C. J/14, Tribunal Colegiados de Circuito, Novena Época, *Seminario Judicial de la Federación y Gaceta*, t. I.
51. Tesis Asilada: 2014178, Tribunal Colegiado de Circuito, (I Región), 8º. 1 CS, Décima Época, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Libro 41, abril de 2017, tomo II.
52. Tribunal Europeo DH, Caso *Maslov vs. Austria (First Section)*, Sentencia No. 1638/03, del 23 junio 2008.
53. Tribunal Europeo DH, Caso *Hoffmann vs. Austria*, Sentencia No. 12875/87 de 23 de junio de 1993.
54. Tribunal Europeo DH, Caso *Kuric y otros vs. Eslovenia*, Sentencia No. 26828/06, de 26 de junio de 2012.
55. Tribunal Europeo DH, Caso *Muskhadzhiyeva y otros vs. Bélgica*, Sentencia No. 41442/07 del 19 enero de 2010.
56. Tribunal Europeo DH, Caso *Rahimi vs. Grecia*, Sentencia No. 8687/08, de fecha 5 de abril de 2011.
57. Tribunal Europeo DH, Caso *Smirnova vs. Rusia*, Sentencia No. 46133/99, del 24 de julio de 2003.
58. Tribunal Europeo DH, Caso *T. y V. vs. Reino Unido [GS]*, Sentencia No. 24724/94, del 16 de diciembre de 1999.
59. Tribunal Europeo DH, Caso *Tedh, Karner vs. Austria*, Sentencia No. 40016/98, de 24 de julio de 2003.

Comité DN

1. Comité DN, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del párrafo 1 del artículo 12 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño*, 17 de enero a 4 de febrero de 2011, CRC/C/OPSC/MEX/CO/1.
2. Comité DN, *Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores*, UN Doc. CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007.
3. Comité DN, *Observación General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado*, UN Doc. CRC/C/GC/12, 2007, 20 de julio de 2009.
4. Comité DN, *Observación General No. 14, Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, UN Doc. CRC /C/GC/1429, mayo 2013.
5. Comité DN, *Observación General No. 15, Sobre el derecho del niño al disfrute más alto nivel posible de salud (art. 24)*, UN Doc. CRC/C/GC/15, 17 de abril de 2015.
6. Comité DN, *Observación General No. 21, Sobre los niños de la calle*, UN Doc. CRC/C/GC/21, 21 de junio de 2017.
7. Comité DN, *Observación General No. 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 80º periodo de sesiones, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7, 29 de marzo de 2014.

8. Comité DN, *Observación General No. 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)* UN Doc. CRC/GC/2003/5, noviembre de 2003.
9. Comité DN, *Observación General No. 6, Sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, UN Doc. CRC/GC/2005/6, septiembre de 2005.
10. Comité DN, *Observación General No. 7, Sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia*, UN Doc. CRC/C/GC/7, noviembre de 2005.
11. Comité DN, *Observación General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad*, UN Doc. CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007.
12. Comité DN, *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto consolidados de México*, 8 de junio de 2015, CRC/C/MEX/CO/4-5.
13. Comité DN, *Vigencia del ejercicio de los derechos del niño*. Consultado en: <https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/>

Instrumentos Internacionales y Leyes Nacionales

1. Declaración Universal de Derechos Humanos.
2. Convención sobre Derechos del Niño.
3. Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.
4. Protocolo de 1967 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.
5. Declaración de los Derechos del Niño de 1959.
6. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
7. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
8. Convención Americana sobre Derechos Humanos.
9. Declaración de Cartagena de 1984.
10. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 5 de febrero de 1917.
11. Ley General de Niños, Niñas y Adolescentes, Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de junio de 2018.
12. Ley de Migración Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de mayo de 2011
13. Ley sobre Refugiados, Protección Complementario y Asilo Político, Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de enero de 2011.

Documentos ONU

1. ACNUR y Save the Children, *Declaración de Buenas prácticas, 2004*. Consultado en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/archivo/3559.pdf>
2. ACNUR, *ACNUR y la protección internacional: Programa de iniciación a la protección*, ACNUR, Ginebra, 2006.
3. ACNUR, *Consultas anuales tripartitas sobre el reasentamiento: La reunificación familiar en el contexto del reasentamiento y la integridad*, ACNUR, Ginebra, 2001.
4. ACNUR, *Creación del ACNUR*. Consultado en: <http://www.acnur.org/t3/el-acnur/historia-del-acnur/acnur-como-honrar-un-mandato/>
5. ACNUR, *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, ACNUR, Ginebra, 2008.
6. ACNUR, *Directrices para evaluar y determinar el interés superior de la niñez*, ACNUR, Ginebra, noviembre 2018.

7. ACNUR, *Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo*, Ginebra, 1999.
8. ACNUR, *Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo*, Ginebra, ACNUR, 1999.
9. ACNUR, *La Protección Internacional de la Niñas y Niños No Acompañados o Separados en la Frontera Sur de México*, México, ACNUR, 2006-2008.
10. ACNUR, *La Protección Internacional: Programa de iniciación a la protección*, ACNUR, Ginebra, 2006.
11. ACNUR, *La situación de los refugiados en el mundo: Cincuenta años de acción humanitaria*, ACNUR, Ginebra, 2000.
12. ACNUR, *Los niños refugiados: directrices sobre protección y cuidado*, ACNUR, Ginebra, 1994.
13. ACNUR, *Manual de reasentamiento*, ACNUR, Ginebra, 2004.
14. ACNUR, *Manual del ACNUR para la Protección de Mujeres y Niñas*, ACNUR, Ginebra, 2008.
15. ACNUR, *Respondiendo a los movimientos migratorios mixtos: Plan de acción de 10 puntos*, ACNUR, Ginebra, 2006.
16. ACNUR, *Situación del Triángulo Norte de Centroamérica*, Febrero de 2017. Consultado en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11040.pdf>
17. ACNUR, *Los derechos humanos y la protección de los refugiados. Módulo auto formativo 5*, vol. II, ACNUR, 2008.
18. ACNUR. *Manual del ACNUR para la Protección de Mujeres y Niñas*, ACNUR, Ginebra, 2008.
19. ACNUR. *Protección de los refugiados: Guía sobre el Derecho Internacional de los refugiados*, ACNUR, Ginebra, 2001.
20. ACNUR, *Tendencias Globales: Desplazamiento forzado en 2019*, 18 de junio de 2020, Consultado en: https://www.acnur.org/5eeaf5664#_ga=2.144336189.96253980.1612228217-268109126.1612228217
21. Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 Noviembre 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577. Aprobada y abierta a firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990.
22. ECOSOC, *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*, E/2005/INF/2/Add.1.
23. OIT, *Convenio C182, Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación*, Ginebra, Suiza, 17 de junio de 1999. Consultado en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C182
24. OIT, *Convenio C138, Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo*, Ginebra, Suiza, 26 de junio de 1973. Consultado en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C138
25. ONU, Asamblea General, *Carta de las Naciones Unidas*, San Francisco, 26 de junio de 1945. Consultado en: <http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>
26. ONU, Asamblea General, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, Viena, 23 de mayo de 1969, artículo 31.1. Consultado en: http://www.oas.org/xxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

27. ONU, Asamblea General, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, Resolución 2106 A (XX), 21 de diciembre de 1965.
28. ONU, Asamblea General, *Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios*, Resolución 1763 A (XVII), 7 de noviembre de 1962.
29. ONU, Asamblea General, *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el *Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas* (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su Resolución 429 (V), 14 de diciembre de 1950.
30. ONU, Asamblea General, *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer* (CEDAW), Resolución 34/180, 18 de diciembre de 1979. Consultado en:
<<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0031>>
31. ONU, Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la citada Asamblea, en su Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, y cuya entrada en vigor se dio el 2 de septiembre de 1990. Consultado en:
<<http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos>>
32. ONU, Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor 2 de septiembre de 1990.
33. ONU, Asamblea General, *Declaración de los Derechos del Niño*, Resolución 1386 (XIV), 14 UN GAOR Supp. (No. 16), 19, ONU Doc. A/4354 (1959), 20 de noviembre de 1959.
34. ONU, Asamblea General, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, adoptada en la Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948. Consultado en:
<<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>>
35. ONU, Asamblea General, *Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Infantil* (Directrices de Riad, 1990), Resolución 45/112, 14 de diciembre de 1990.
36. ONU, Asamblea General, *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*, Asamblea General, Resolución A/Res/66/138, New York, 27 de enero de 2012.
37. ONU, Asamblea General, *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados*, Resolución A/RES/54/263, New York, 25 de mayo de 2000.
38. ONU, Asamblea General, *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía*, Resolución A/RES/54/263, New York, 25 de mayo de 2000. Consultado en:
<<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPSCCRC.aspx>>
39. ONU, Asamblea General, *Recomendaciones sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y Registro de los Matrimonios*, Resolución 2018 (XX) de la Asamblea General, 1 de noviembre de 1965.
40. ONU, Asamblea General, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores*, A.G. Resolución 40/33, Anexo, 40 U.N. GAOR Supp. (No. 53) p. 207, ONU Doc. A/40/53 (1985) (Directrices de Beijing, 1985), Beijing, 29 de noviembre de 1985.
41. ONU, Asamblea General, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad*, Resolución 45/113 (Reglas de Tokio, 1990), Tokio, 14 de diciembre de 1990.
42. ONU, Centro de Noticias, *La Convención sobre los Derechos del Niño cumple 130 años*, (25 de septiembre de 2019). Consultado en: <<https://news.un.org/es/story/2019/09/1462802>>

43. ONU, *Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes, Informe presentado por la Relatora Especial*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002.
44. ONU, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, A/HRC/7/4, 10 de enero de 2008.
45. ONU, *Refugiados*, Consultado en: <http://www.un.org/es/sections/issues-depth/refugees/index.html>
46. Organización de Estados Americanos (OEA). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José de Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, artículos 46 y 47, y Organización de Estados Americanos, *Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, aprobado por la Comisión en su 137° Período Ordinario de Sesiones, 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009.
47. Organización Internacional para las Migraciones (OIM), *Migración Irregular y los Flujos Migratorios Mixtos: Enfoque de la OIM*, MC/INF/297, 2009.
48. UNHCR, *Global Trends: Forced Displacement in 2019*, June 2019. Consultado en: <https://www.unhcr.org/globaltrends2019/>
49. UNICEF México/DIF Nacional, *Modelo de cuidados alternativos para NNA migrantes, solicitantes de asilo y refugiados en México: guía para su implementación*, SNDIF, UNICEF, Ciudad de México, 2019.
50. UNICEF y DIF Nacional, *Guía Práctica para la Protección y Restitución de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, México, UNICEF, 2016.
51. UNICEF, México: Caravana Migrante, 18 enero de 2019. Consultado en: <https://www.refworld.org/es/country,,,MEX,,5c48b93d4,0.html>
52. UNICEF, *Informe Anual de México: 2011*. Consultado en: [https://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_UNICEF_ReporteAnual\(1\).pdf](https://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_UNICEF_ReporteAnual(1).pdf)
53. UNICEF, *Informe Anual de México: 2012*. Consultado en: https://www.unicef.org/mexico/spanish/ReporteAnual_2013_web.pdf
54. UNICEF, *Se multiplican los peligros para los niños migrantes obligados a regresar al norte de Centroamérica y México durante la pandemia*, 22 de mayo de 2020. Consultado en: <https://www.unicef.org/mexico/comunicados-prensa/se-multiplican-los-peligros-para-los-niños-migrantes-obligados-regresar-al-norte>
55. United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Refugee protection and mixed migration flows: a 10-point plan of action*, UNHCR, 2007.

Comisión Nacional de Derechos Humanos

1. CNDH, Recomendación No. 38/2019, *Sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la seguridad jurídica, legalidad y al interés superior de la niñez, en agravio de 112 personas solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado*, 25 de junio de 2019.
2. CNDH, Recomendación No. 40/2019, *Sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la seguridad jurídica en agravio de Q-V1, Q-V2, Q-V3, Q-V4, Q-V5 y Q-V6; a la integridad y seguridad y al acceso a la justicia en agravio de Q-V1, Q-V2, Q-V3 al interés superior de la niñez en agravio de Q-V2, Q-V3, Q-V5 y Q-V6, personas en contexto de migración*, en el estado de San Luis Potosí, 27 de junio de 2019.

3. CNDH, Recomendación No. 79/2019, *Sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la seguridad jurídica, protección a la salud y al interés superior de la niñez en agravio de V1, V2 y V3, adolescentes de nacionalidad hondureña solicitantes de la condición de refugiado*, 26 de septiembre de 2019.
4. CNDH, Recomendación No. 24/2020, *Sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la seguridad jurídica, la legalidad y el interés superior de la niñez en agravio de 24 personas en contexto de migración internacional, solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado*, 16 de julio de 2020.
5. CNDH, Recomendación No. 61/2020, *Sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la seguridad jurídica, a la legalidad y al interés superior de la niñez en agravio de 56 personas en contexto de migración internacional, solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado*, 26 de noviembre de 2020.
6. CNDH, Recomendación No. 50/2020, *Sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la seguridad jurídica, a la integridad personal, al trato digno y al principio del interés superior de la niñez y adolescencia en agravio de personas en contexto de migración internacional, durante dos operativos migratorios en los municipios de Suchiate y frontera Hidalgo, Chiapas*, 27 de octubre de 2020.
7. CNDH, Recomendación No. 36/2020, *Sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la vida, a la protección de la salud, al trato digno y al interés superior de la niñez, en agravio de las personas en contexto de migración internacional alojadas en las estancias provisionales del instituto nacional de migración en Nuevo León*, 31 de agosto de 2020.
8. CNDH, *Derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes y refugiados: una guía para su protección*, CNDH, México, 2018.
9. CNDH, *Informe sobre la problemática de niñas, niños y adolescentes centroamericanos en contexto de migración internacional no acompañados en su tránsito por México, y con necesidades de protección internacional*, CNDH, México, D.F., octubre de 2016.