UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

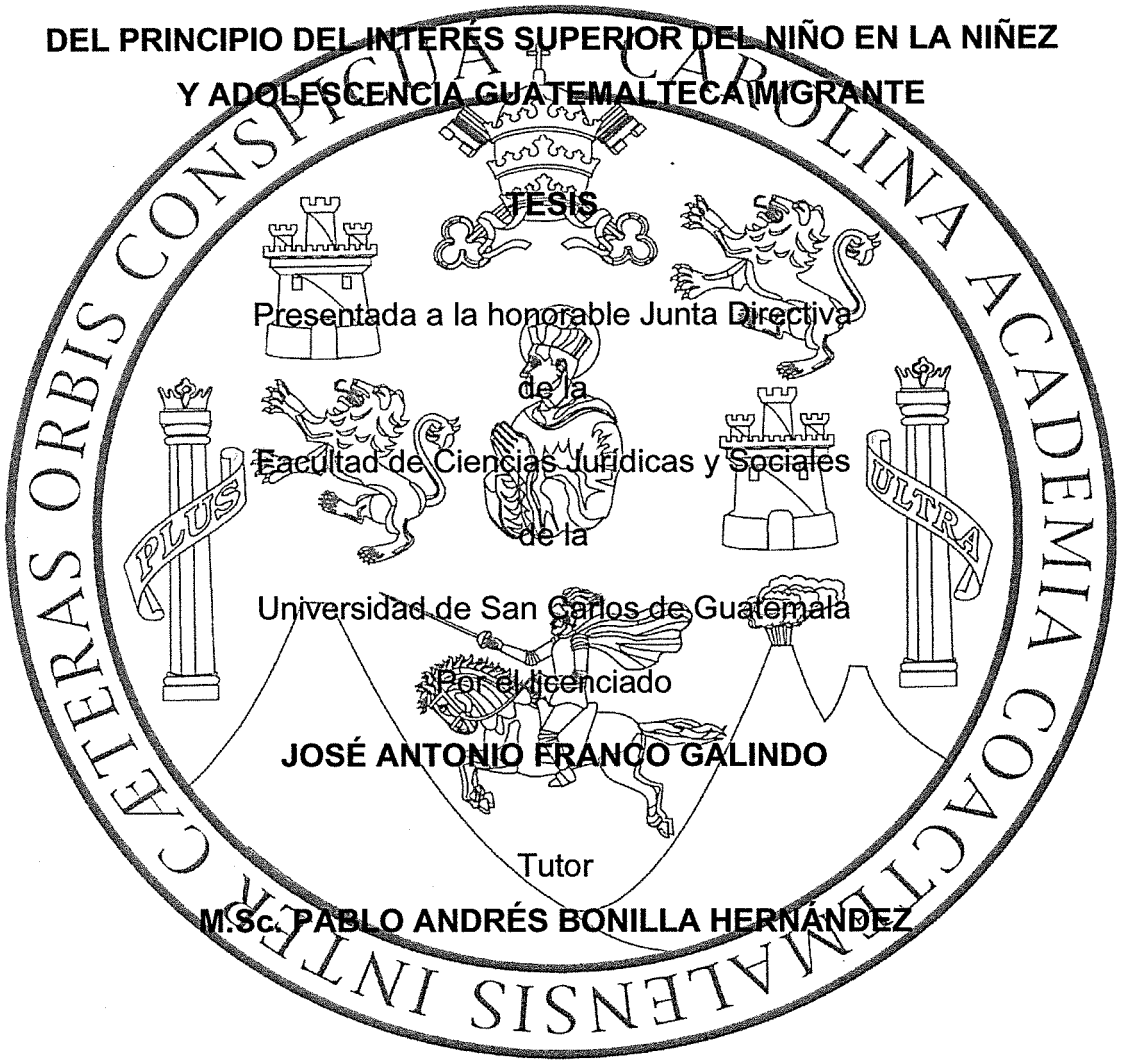
PROYECCIONES DE LA APLICACIÓN RACIONAL Y PROPORCIONAL DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA GUATEMALTECA MIGRANTE

LIC. JOSÉ ANTONIO FRANCO GALINDO

GUATEMALA, JUNIO DE 2024

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL

PROYECCIONES DE LA APLICACIÓN RACIONAL Y PROPORCIONAL DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA GUATEMALTECA MIGRANTE



TESIS

Presentada a la honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por el licenciado

JOSÉ ANTONIO FRANCO GALINDO

Tutor

M.Sc. PABLO ANDRÉS BONILLA HERNÁNDEZ

Previo a conferírsele el Grado Académico de

MAESTRO EN DERECHO INTERNACIONAL

(Magister Scientiae)

Guatemala, junio de 2024

HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Lcda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIA:	Lcda.	Evelyn Johanna Chevez Juárez

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSGRADOS

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
DIRECTOR:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr.	Nery Roberto Muñoz
VOCAL:	Dr.	Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL:	Dr.	William Enrique López Morataya

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS

PRESIDENTA:	Dra.	María del Carmen Bejarano Girón
VOCAL:	Dr.	Wiliam Aroldo Rodríguez Marroquín
SECRETARIO:	M.Sc.	Francisco Lemus Miranda

RAZÓN: «El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Escuela de Estudios de Posgrado).

Guatemala, 21 de julio de 2022

Doctor
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Distinguido Dr. Cáceres Rodríguez:

Por este medio le saludo de forma respetuosa y cordial, esperando que todas sus actividades laborales se estén realizando de la mejor manera y con amplias bendiciones.

El motivo de la presente es para hacer constar que se ha recibido de parte del Licenciado **JOSÉ ANTONIO FRANCO GALINDO** las enmiendas de su tesis, ahora denominada **"PROYECCIONES DE LA APLICACIÓN RACIONAL Y PROPORCIONAL DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA GUATEMALTECA MIGRANTE"**, mismas que fueron recomendadas por parte del Tribunal que realizó examen privado el día tres de mayo del año 2022.

Las recomendaciones de enmienda antes referidas fueron formuladas por el tribunal examinador conformado por el MSc. Francisco Lemus Miranda (Secretario), Dr. William Aroldo Rodríguez Marroquín (Vocal) y la Dra. María Del Carmen Bejarano Giron (Presidente).

Razón por la cual al concluir la labor emito la presente carta en donde se hace constar que el Licenciado **JOSÉ ANTONIO FRANCO GALINDO** a mi juicio cumple con observar las enmiendas requeridas por el Tribunal, las cuales hago constar tomaron lugar al haberse hecho los cambios respectivos en el contenido del documento final, por lo que me permito respetuosamente recomendar se prosiga con el proceso de graduación correspondiente.

Agradeciendo su atención, con respeto de su servidor,

Profesor Pablo Andrés Bonilla Hernández

USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, 18 de mayo del año dos mil veintitrés.----------

En vista de que el Lic. José Antonio Franco Galindo, aprobó el examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Internacional** lo cual consta en el acta número 10-2022 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **"PROYECCIONES DE LA APLICACIÓN RACIONAL Y PROPORCIONAL DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA GUATEMALTECA MIGRANTE.** Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.----------

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
DIRECTOR

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DEDICATORIA

A DIOS:

Porque me ha permitido conocerlo a través de las ciencias jurídicas y sociales, por medio de los casos y realidades que en la práctica se han manifestado; un Dios real y sempiterno que diariamente me abre las puertas del amor y del conocimiento, sin dejarme saber que mi ignorancia es tan grande como pueda ser mi humildad.

A MIS PADRES:

Que una vez más han estado a mi lado y han creído sinceramente en mi proyecto, pues han soñado a mi lado, viendo lo que siempre quisieron para su hijo con su inconmensurable amor y abnegación a pesar de las tribulaciones; orgullosos de ver el resultado de su esfuerzo y educación, que no solo tuvo que ver con conceptos aprendidos, sino con los valores y principios inculcados a lo largo de toda una vida.

A MIS HERMANOS:

Quienes siguen mi ejemplo y me colman de orgullo pues de su hermandad inquebrantable, les debo su apoyo y comprensión; son ustedes con quienes he compartido las dificultades y sueños de toda la vida para forjarnos como personas de bien en una sociedad tan necesitada.

A MIS AMIGOS: Por su confianza y ánimos en todas las etapas de la vida, pues me han dado momentos de inspiración para poder seguir su ejemplo; asimismo, me han ensañado a valorar su compañía con sonrisas y enseñanzas, pues me han aceptado tal cual me he forjado.

A MIS PADRINOS: Quienes me honran con su ejemplo de profesionalismo y emprendimiento, porque con su vida han demostrado que los cambios positivos son posibles.

A MI ASESOR DE TESIS: Por su esmero y dedicación en la revisión exhaustiva del presente trabajo de tesis, así como por su apoyo profesional intachable e incondicional para el desarrollo y mejoramiento científico.

A: La Gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser mi casa de estudios, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y la Escuela de Estudios de Postgrado las cuales han sido parte y me han visto crecer profesionalmente; seguiré en deuda toda la vida.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

ÍNDICE

Pág.

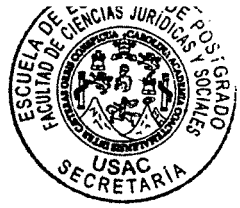
Introducción i

CAPÍTULO I

1. El principio de interés superior del niño aplicado a la niñez y adolescencia migrante 1
   1.1. Referencia histórica del principio de interés superior del niño 1
   1.2. Respecto a su concepto y esencia 13
   1.3. Características y reconocimiento 24
   1.4. Función y objeto 27
   1.5. Principios y *corpus iuris* de los derechos humanos de la niñez y adolescencia 30
   1.6. El interés superior del niño como principio garantista 37

CAPÍTULO II

2. La fenomenología de la migración infantil en el marco de los derechos humanos 43
   2.1. Aproximaciones fenomenológicas de la migración infantil en Guatemala 43
   2.2. Causalidad social de la migración infantil en Guatemala 53
   2.3. Estándares internacionales especiales en el contexto de la migración, refugio y asilo 62
   2.4. El *Corpus iuris* internacional de los derechos humanos de la niñez y adolescencia 72
   2.5. El control jurisdiccional de los derechos humanos de la niñez y adolescencia 79
      2.5.1. Control de constitucionalidad 80
      2.5.2. Control de convencionalidad 101
      2.5.3. Sustento jurídico de las normas convencionales en materia de derechos humanos (*ius cogens* y *pacta sunt servanda*) 111



Pág.

CAPÍTULO III

3. Las medidas de protección para niños, niñas y adolescentes migrantes 123
3.1. Entidades migratorias encargadas de la niñez y adolescencia 124
3.2. Política migratoria de Guatemala respecto a la niñez migrante 133
3.3. Política migratoria de Estados Unidos de Norteamérica para los NNA migrantes 144
3.4. Protocolos para atender a la niñez y adolescencia migrante 152
3.5. Medidas de protección para niñez y adolescencia migrante irregular 157

CAPÍTULO IV

4. Proyección aplicativa del principio de interés superior del niño en la niñez y adolescencia migrante irregular 167
4.1. Jurisprudencia en materia de derechos humanos sobre niñez y adolescencia 168
4.1.1. Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala (niños de la calle) 168
4.1.2. El caso V.R.P., V.P. C y otros vs. Nicaragua 169
4.1.3. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México 171
4.1.4. Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala 172
4.1.5. Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala 174
4.1.6. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile 175
4.1.7. Caso Veliz Franco y Otros vs. Guatemala 178
4.1.8. Sentencia dictada dentro del expediente 5181-2017 de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala 179
4.2. Jurisprudencia especializada en materia de niñez y adolescencia migrante irregular 180
4.2.1. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana 180
4.2.2. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana 182
4.2.3. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia 185

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Pág.

4.2.4. Opinión Consultiva. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 186
4.2.5. Opinión Consultiva 21/2014: Sobre derechos y garantía de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional 187
4.3. La responsabilidad de los Estados frente a la migración infantil 190
4.4. La separación de la familia y las medidas de protección para niños, niñas y adolescentes migrantes irregulares 204
4.5. Proyecciones del principio de interés superior del niño 213
4.6. Principio *pro persona* aplicable a la niñez y adolescencia 218
4.7. Principio de progresividad y no regresividad aplicable a la niñez y adolescencia 222
4.8. Balance final y métodos de la aplicación de principios aplicados al principio de interés superior del niño en los NNA migrantes 225

CONCLUSIÓN 239
ANEXOS 243
BIBLIOGRAFÍA 265

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

INTRODUCCIÓN

Para esta investigación se ha tomado como objeto de estudio a la niñez y adolescencia migrante irregular, que constituye uno de los grupos más golpeados por el fenómeno migratorio; mientras, los Estados son los principales responsables de garantizar sus derechos humanos para evitar la revictimización. Con sus instrumentos jurídicos, políticas públicas e instituciones especializadas, el Estado tiene a su disposición todo un sistema que debería funcionar para garantizar esos derechos, sin embargo, la desproporcionalidad o falta de ponderación de las normas y principios dan lugar a la victimización secundaria.

En el derecho internacional, los Estados están sujetos a los convenios y tratados internacionales suscritos, a la costumbre internacional, a los principios generales del derecho, a la jurisprudencia internacional y a la doctrina; de tal manera que, en el ámbito de la niñez y adolescencia, a pesar del marco jurídico internacional existente y de la suma de casos de violaciones a los derechos humanos relacionados con la migración o maltrato infantil, los Estados, a través de sus instituciones, continúan con prácticas, normas jurídicas y políticas que soslayan el Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En este tenor, la importancia de la investigación radica en la ínfima importancia que la niñez y adolescencia representa para el Estado, con mayor énfasis, en el problema migratorio, por lo que esta la problemática se demarca no solo en las fronteras sino dentro del territorio; empero, habida cuenta que la niñez y adolescencia es vulnerable

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

sin importar su origen ni nacionalidad, y en virtud que Guatemala sirve de país de tránsito, para el Estado guatemalteco representa una doble responsabilidad.

Del mismo modo, el tema de estudio es de capital importancia derivado de la disyuntiva generalizada del derecho, supeditada a la antigua bifurcación que surge entre el derecho positivo y el derecho natural, en especial cuando se trata del dilema de los derechos humanos y del Estado de derecho constitucional; por lo que para este caso representado por el fenómeno migratorio infantil irregular, la ponderación viene a ostentar un papel crucial, que en todos los ámbitos de aplicación del derecho, Guatemala aún se encuentra en incipiente desarrollo.

Atendiendo a lo planteado, el cuestionamiento fundamental que se invoca como pregunta de investigación es el siguiente: ¿qué relevancia tiene la ponderación del principio de interés superior del niño en la separación familiar y la revictimización de la niñez y adolescencia migrante, y cómo debe aplicarse por parte de las autoridades migratorias y judiciales guatemaltecas competentes que intervienen en los procesos irregulares de migración hacia Estados Unidos de América?

Dicha pregunta delimita el fenómeno migratorio infantil irregular a las deficiencias de aplicación jurídica del Estado de Guatemala, en especial de los casos de niños, niñas o adolescentes retornados o de paso por el territorio nacional, sin embargo, también busca abarcar *grosso modo* la problemática migratoria que Estados Unidos de América tiene ante sí.

Por consiguiente, en función de la pregunta planteada, se ha establecido como hipótesis inicial que las autoridades migratorias responden a políticas de repatriación y

cierre de fronteras que dan como resultado la separación de familias y la institucionalización de los niños, niñas y adolescentes migrantes sin atender al principio de interés superior del niño y su opinión, todo lo cual es consecuencia de fenómeno migratorio y de la discriminación por factores como la pobreza y la delincuencia. Mientras que las autoridades judiciales del Estado receptor, en los procesos de protección, cuando procede, no realizan la ponderación de conformidad con el principio de mérito de forma racional y proporcional, dando lugar a la revictimización en los derechos de los niños migrantes.

En este orden, el trabajo de investigación está conformado por el capítulo uno, que representa el contenido básico y descriptivo de la investigación en donde se pueden analizar conceptos generales, antecedentes históricos, características, función y objeto, todo alrededor del principio de interés superior del niño; en el capítulo dos, se entra a estudiar el aspecto fenomenológico de la migración infantil irregular que abarca su causalidad e historia de caso, asimismo, los estándares internacionales en el contexto de la migración, refugio y asilo, el *corpus iuris* internacional que se adopta para la niñez y adolescencia y el control de convencionalidad en conjunto con el bloque de constitucionalidad en materia de niñez y adolescencia; el capítulo tres, versa sobre las entidades migratorias encargadas de la niñez y adolescencia migrante, la política migratoria tanto de Guatemala como de Estados Unidos de América, los protocolos institucionales creados para atender los casos de niñez y adolescencia migrante irregular y las medidas de protección para niños, niñas y adolescentes migrantes. Finalmente, en el capítulo cuatro, se adentra en la ponderación de los principios elementales que asisten a la niñez y adolescencia; en tal virtud, primero se analiza la

responsabilidad del Estado frente a la migración infantil irregular, la separación familiar y medidas de protección para niños, niñas y adolescentes, proyecciones del principio de interés superior del niño, jurisprudencia en materia de derechos humanos aplicable a niñez y adolescencia migrante irregular y, por último, un análisis a la aplicación racional y proporcional del principio de interés superior del niño en función de la migración infantil irregular.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

CAPÍTULO I

1. El principio de interés superior del niño aplicado a la niñez y adolescencia migrante

En el presente apartado se hace una breve descripción histórica del principio de interés superior del niño y de la importancia que ha tenido para la humanidad aplicarlo. Debe anticiparse que esto no es un elemento nuevo, pero ha evolucionado en el último siglo, por lo que, en la doctrina, en la jurisprudencia y en el derecho internacional se le reconoce posteriormente.

Se nota que su evolución y desarrollo están conectados directamente a su conceptualización y características, que lo hacen muy particular en el ámbito de los derechos humanos y en la medida de otros principios igualmente importantes.

Asimismo, en cuanto a su función y objeto, se permiten observar sus características propias, esencia e importancia dentro del marco de los derechos humanos aplicados a la niñez y adolescencia, en especial, ante el escenario preocupante y en crecimiento del fenómeno de la migración infantil irregular, de tal manera que, este capítulo permitirá establecer generalidades relacionadas que, a su vez, darán perspectiva del capítulo siguiente.

1.1. Referencia histórica del principio de interés superior del niño

Es sabido que los valores de las sociedades cambian conforme la época histórica. La forma de vida de los niños varía conforme la cultura y su tratamiento ha evolucionado dialécticamente. Pero se puede observar que, a lo largo de la historia, los criterios para

su protección y desarrollo han estado supeditados generalmente a factores como la cosmovisión, los valores familiares, la religión e inclusive a la política; pocas veces las atenciones han sido *strictu sensu,* a las normas jurídicas que respaldan los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

La historia demuestra que la atención científica hacia los niños ha sido básicamente orientada a la educación, crianza y salud. Por consiguiente, en el derecho, su regulación ha sido limitada y más bien dirigida a las necesidades propias de los adultos; se busca mantener a los niños educados y sanos para evitar que sean una carga o amenaza, todo lo cual, representa un amplio margen de vacíos legales que no incluyen de forma sistemática todos los aspectos de la vida del niño.

Para ilustrar cómo a lo largo de la historia la atención hacia la niñez ha estado enfocada especialmente a la educación o la salud, Enesco (2009) detalla:

> Grecia y Roma. Es en Grecia donde nace el concepto de educación liberal y de desarrollo "integral" de la persona (cuerpo-mente). Algunos filósofos expresan la necesidad de que la educación se adapte a la naturaleza humana. [Plutarco: Sobre la educación de los niños; Platón: República; Aristóteles: Ética a Nicómaco]. Asimismo, se desarrolla la medicina e interés por la salud infantil (medicina hipocrática y galénica). Para Grecia y Roma, la institución social más importante y la encargada de la educación era el ESTADO. Cristianismo y edad media. Durante la Edad Media, por influencia del cristianismo, es la IGLESIA (controla tanto la educación religiosa como la seglar). A lo largo de la Edad Media desaparece por completo la idea de educación liberal. No se trata ya de

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

> formar a "librepensadores" sino que el objetivo de la educación es preparar al niño para servir a Dios, a la Iglesia y a sus representantes, con un sometimiento completo a la autoridad de la Iglesia. (...) El niño es concebido como homúnculo (hombre en miniatura) no hay evolución, cambios cualitativos, sino cambio desde un estado inferior a otro superior, adulto (Tomás de Aquino). Todo ello se refleja en la frase siguiente: "Sólo el tiempo puede curar de la niñez, y de sus imperfecciones." (p. 2) (sic)

Los niños eran vistos como seres imperfectos, y su objeto de ser, el aprendizaje; la preocupación era protegerlos contra las enfermedades o peligros de la naturaleza. De tal cuenta que el adulto siempre se encontraba en una posición superior y dominante, incluso con derechos que respaldaban o hacían caso omiso del trato hacia los niños, quienes han tenido más obligaciones que derechos.

Es un hecho que el niño ha sido de interés para la sociedad, sin embargo, en la antigüedad no estaba clara su posición, sino como un simple pequeño indefenso sujeto de cuidado constante. Zermatten (2003) al respecto describe:

> Egipto que ha creado las escuelas para los niños y el primer manual escolar, "le kémit" o a Mesopotamia que ha creado la más antigua escritura del mundo, para ser enseñada a los niños. Ya se preocupaban entonces, dos mil años antes de nuestra era, de la suerte de los niños. Esto significa que la suerte de los niños preocupaba a la sociedad, aunque esto no nos dé sin embargo muchas indicaciones sobre el estatuto de los niños. Más cerca de nuestra época, hacia la antigüedad griega y romana es cuando encontramos las primeras informaciones

útiles sobre el estatuto del niño. Para simplificar, digamos que, aunque el niño era objeto de mucha afección y amor, no existía como individuo. Estaba considerado como un pequeño hombre desprovisto de palabra (infant = el que no habla) y que no podía bastarse a sí mismo, en consecuencia, sin personalidad propia, ya que dependiente completamente de los adultos. A un tal punto, que su vida no era sagrada, si se piensa a la exposición (abandono del niño) permitida por el derecho romano. (p. 1)

En América Latina, la situación de los niños (incluso hoy día) se ha caracterizado por la violación constante a los derechos humanos, a raíz de las condiciones sociales paupérrimas, *verbigracia*, en cuanto al trabajo infantil que se relaciona íntimamente con la migración infantil, tema que es tratado como una cuestión moral pública y de preocupación estética, y no tanto como un problema social y jurídico, enfocado a los derechos humanos, si mucho, a su estatus civil y familiar. Ya lo señala Acubierre (2018):

> Durante los primeros años del siglo XX, se sumó a esta inquietud un elemento nuevo, constituido por una suerte de preocupación con respecto al tema del trabajo infantil. El niño trabajador comenzó a observarse como una desgracia social. De hecho, se optó por despojarlo del atributo "niño", enfatizándose la distancia que lo separaba del niño estudioso, aquél que en adelante se consideraría como el verdadero y único ciudadano del futuro. No se confunda esta preocupación con el tema de "los derechos del niño" que se desarrollaría varias décadas más tarde. (p. 25)

Se puede ver que el tema de la protección del niño en la antigüedad circulaba alrededor de criterios dogmáticos y circunstanciales, pues se basaba en los valores familiares inculcados por la religión o las creencias, sin embargo, no todo ha sido en detrimento de los derechos de la niñez, puesto que también en algunos momentos históricos, se les otorgaba una posición primordial en la sociedad. En el cristianismo, por ejemplo, la consigna era acercar a los niños a Dios y criarlos de manera que ellos adquirieran valores ineludibles como el respeto. Pero claramente estos eran preceptos ideales ya que en la práctica el niño queda sujeto a la voluntad de un adulto, por lo que dependía de la personalidad o estado emocional del encargado.

Es recurrente que la psicología moderna no justifique el maltrato hacia los niños para garantizar su educación;[1] contrario a lo que en otras generaciones era comúnmente aceptado para "educar" a los niños, niñas o adolescentes.

Puede analizarse el hecho que la niñez ha evolucionado circunstancialmente, porque al darse un trato con mayor rigidez —sin caer en el maltrato físico o psicológico— no se propiciaba su revictimización, por ejemplo, en algunas culturas nativas se les educaba con el objeto de alcanzar la madurez temprana y prepararlos para la caza o la familia, para lo cual, se les hace pasar por ciertas pruebas o rituales que fortalecían su educación.

[1] Véase el estudio de Alice Miller (2006)*: Por tu propio bien: raíces de la violencia en la educación del niño*, donde la autora argumenta que una educación basada en el castigo físico traerá como consecuencia un adulto que hará lo mismo. Esto es aplicable a cualquier método castigable en el ámbito de la educación.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Cada cultura en el mundo ha tenido su propia consideración sobre los niños en cuanto a su educación, y, su tratamiento, buscaba la supervivencia de su sistema social, que, por naturaleza, era necesario y que trae como consecuencia las grandes divisiones del trabajo, permitiendo así, la estabilidad relativa de la sociedad.

En el mundo jurídico ha sido escasa la regulación propiamente dicha sobre los derechos de los niños y, el principio de interés superior del niño, quizá, ha estado inmerso en prácticas o protocolos sociales que no priorizan al niño en sí, sino el flagelo que los afecta, por ejemplo, esto se puede observar con la frase que reza "mujeres y niños primero" que surge como una práctica de caballeros en siglo XIX ante el riesgo de una calamidad.

En este orden, de hecho, todos los principios jurídicos, técnicamente hablando, son relevantes a partir de la Revolución francesa en el siglo XVIII y del constitucionalismo liberal del siglo XIX, de manera que, en este punto, el principio de interés superior del niño tiene un reconocimiento paulatino, primero en la práctica y posteriormente en los tratados internacionales, como indican Murillo et al. (2020):

> Uno de los primeros precedentes se encuentra en el sistema anglosajón, que reconocía a la familia como el principal pilar para el progreso de una sociedad, donde las niñas, niños y adolescentes como parte de esta institución, debían ser sujetos de derecho para facilitar su pleno desarrollo personal; lo que motiva y da inicio al estudio del Interés Superior del Niño. (p. 2)

El interés superior del niño, como principio y concepto jurídico, es relativamente reciente y su reconocimiento se ha propiciado como consecuencia de las realidades

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC

que afrontan los niños en diferentes partes del mundo y en parte, también por el interés internacional de la Organización de las Naciones Unidas por medio de organismos internacionales tales como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), así como el auge académico y doctrinario en materia de derechos humanos enfocada especialmente hacia la niñez, que respaldan el origen y los movimientos pro niñez.

Los niños no pueden valorar sus propios derechos dada su naturaleza por sí mismos, sobre todo, porque entran a un mundo que desconocen completamente, por lo que el interés sobre ellos debe darse por sus padres y la comunidad. Previo al siglo XIX el interés sobre los derechos de los niños no se concebía de forma integral y, al contrario, era nula o escasa su regulación:

> (...) se puede decir que el interés que le damos al niño es una noción más bien moderna, nacida en los siglos XVII y XVIII, cuando han empezado a calmarse las grandes hambres y la mortalidad infantil severa que reinaban para considerar que el niño no era solamente un riesgo o una carga, sino que constituía o podía constituir también una fuente de esperanza. Toda la Antigüedad y la Edad Media han sido más bien épocas maltratantes para el infante del hombre, que no estaba considerado que como un adulto en miniatura, es decir un ser sin finalizar, frágil y débil. (Zermatten, 2003, p. 4)

En muchos casos se puede corroborar que los niños, niñas y especialmente los adolescentes, fueron objeto de maltrato y represión, producto de una educación dictatorial impuesta por los adultos en la que no tenía valor o importancia su opinión, ya que, dentro de la familia o la sociedad, el criterio del niño solo tenía voz por medio de

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

sus padres o tutores, violentando incluso, su derecho de defensa, puesto que se tenía por cierto lo que el adulto pudiera manifestar o comprobar, mientras que el Estado convalida esa forma de educación rigurosa al margen de los derechos fundamentales.

Sin menoscabo de los resultados en las generaciones que vivieron estas épocas, lo importante es que, la participación como sujetos de derecho estaba relacionada a la familia y en representación de los padres y/o encargados y en algunos casos, por el Estado.

En 1924 se tiene el primer antecedente histórico internacional que reconoce los derechos de los niños y niñas como sujetos de derechos especiales, con la primera Convención de los Derechos del niño en Ginebra. Esta declaración fue propugnada y motivada por Eglantyne Jebb, fundadora de *Save the Children*, quien advirtió las consecuencias en la niñez que había dejado la Primera Guerra Mundial.

Gracias a la activista, dicha declaración es aprobada en la V asamblea de la Sociedad de Naciones, que en su texto declara que el niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual, asimismo, que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma.

Además, la Convención también hace alusión a los niños hambrientos y la prioridad en caso de calamidad, sin embargo, este texto no fue vinculante aunado a que la situación de los niños en el ocaso de la primera guerra mundial estaba deteriorada, por lo que, Europa y el resto del mundo no tenían interés en el tema, asimismo, "la declaración pone más énfasis de los deberes del adulto hacia los niños y niñas que sobre los derechos de la niñez" (Humanium, s. f.), reforzando el hecho que la Sociedad de

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Naciones que la promueve no tiene un verdadero impacto en el mundo y mucho menos en la legislación.

Es importante resaltar que el niño nunca había estado dentro de las prioridades científicas, pues como manifiesta Enesco (2009): "Se puede decir que el estudio científico del niño empieza en la segunda mitad del S. XIX" (p. 3). En todo caso, en el derecho, la niñez y adolescencia tiene pleno reconocimiento de sus derechos a partir del siglo XX y previamente, solo de sus obligaciones relacionadas a la educación. Como continúa manifestando la misma autora: "Entre los problemas concretos que se plantean está la necesidad de identificar a los niños que tienen un desarrollo 'normal' distinguiéndolos de los retardados" (Enesco, 2009, p. 3).

El interés superior de los niños como principio jurídico incrementa sus efectos positivos de forma paulatina en los órganos legislativos y jurisdiccionales, pues se refuerza con la doctrina de protección hacia grupos vulnerables y se concreta especialmente en Latinoamérica con la Declaración de las 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, que busca darle mayor participación a los niños, niñas y adolescente en actos judiciales.

En 1959, la ya establecida Organización de la Naciones Unidas promulga la Declaración de Derechos del Niño y considera que debe darse protección especial a los niños y propiciar una infancia feliz y de bienestar. En esta declaración se configuran diez principios que deben aplicarse específicamente para los niños, dentro de los que se menciona, en su Artículo 7, el principio de interés superior del niño que sirve como guía para la educación y orientación, pero se aclara que la responsabilidad recae en

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

primer lugar en los padres, no obstante, no es una obligación para el Estado la protección.

Esta declaración no era vinculante y solo se estableció como una obligación moral, lo cual impidió un camino sistemático que permitiera operacionalizar e institucionalizar las figuras plasmadas en los tratados internacionales.

Por otro lado, en el contexto nacional, con el Código de Menores, Decreto 78-79 del Congreso de la República de Guatemala, toma partida de las regulaciones internacionales mínimas sobre los niños de forma muy incipiente, no obstante, su tratamiento no estaba basado en la protección o restitución de sus derechos, sino más bien, en razón de un concepto sobre la minoría de edad y, por lo tanto, se les consideraba inferiores ya que dicha normativa servía para proteger a la sociedad de los niños y no al contrario.

La terminología jurídica estaba orientada a tratar a los niños, niñas y adolescentes como objeto de riesgo, como menores de edad o en situación irregular. Pocas veces en esta norma se les refiere como sujetos de derechos humanos, pues la mayor parte de su contenido estaba dirigida a los adolescentes transgresores. Como indican Murillo et al. (2020):

> Los orígenes de la protección integral de la niñez y adolescencia, develan dos doctrinas diametralmente opuestas, una fundamentada en la relación adulto-menor mediada por el tutelaje, donde las niñas, niños y adolescentes no eran considerados sujetos de derecho, se concebían como objeto de patrocinio e intervención; por otro lado, se encuentra la doctrina de protección integral, que

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

> los reconoce como sujetos de derechos y que precisa del Estado la modificación de los marcos legales. (p. 1)

El desarrollo efectivo de los principios aplicables a la niñez y la adolescencia, en especial el principio de interés superior del niño, cobra verdadera relevancia práctica y vinculante con la Convención Sobre los Derechos del Niño de 1989 de la Organización de las Naciones Unidas, la cual Guatemala ratificó en 1990 y pone en práctica hasta el año 2003 con el Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Protección Integral y Adolescencia, propiciando un panorama de Estado garantista con una responsabilidad internacional.

El principio de interés superior del niño da realce jurídico a la naturaleza propia de los niños, que es la de crecer y desarrollarse física y psicológicamente como seres humanos plenos, que están en constante evolución y aprendizaje. Desde la etapa de su nacimiento, pasando por el juego infantil hasta la adolescencia, este principio ha buscado extender su aplicación a todos los ámbitos de la vida de los niños, niñas y adolescentes.

> La aparición de este principio en la palestra internacional, trae consigo el surgimiento de decisiones de los sistemas más amplios de protección de la niñez y la adolescencia, situándolo como la piedra angular que sustenta y guía la actuación de la jurisprudencia al momento de resolver sobre derechos y obligaciones relacionados con este grupo; de esta manera la situación de las niñas, niños y adolescentes pasa a un primer plano, relegando la postura

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

> ortodoxa enfocada en el adulto mediada por las consideraciones socioculturales. (Ochoa Toasa, 2016, p. 44)

El principio de interés superior del niño ha estado inmerso en la conciencia de la humanidad y en la necesidad de supervivencia, pues no habría otro modo de trascender como humanidad, sino es por medio de los hijos que, en principio, son niños y niñas. Lo cierto es que los valores son cambiantes y la forma de tratar a los niños varía con el transcurso de los años, pues en prospectiva, se ha buscado incasablemente su desarrollo con un objetivo principal: transformarlos en hombres y mujeres funcionales que sostengan a la sociedad y demás generaciones.

Este principio recoge todos los elementos básicos para garantizar la vida y desarrollo de los niños, pero además se le adhieren otros elementos imprescindibles de los derechos humanos como la dignidad, además de un mayor margen de libertades por el hecho que, ya se les considera sujetos de protección y de reconocimiento individual, de la misma forma que a los adultos:

> Estos acontecimientos en el plano internacional desembocaron en el perfeccionamiento de los sistemas jurídicos nacionales, convirtiendo la institución del "Interés Superior del Niño" en jurisprudencia para la toma de decisiones, protección y garantía de los derechos e interés de la niñez y la adolescencia. (Murillo et al., 2020, p. 3)

Las más grandes tragedias recientes de la humanidad tienen que ver con la niñez vulnerable y repercuten en los derechos humanos que deben garantizar los Estados a toda persona, pero en la medida que las violaciones se tornan constantes, los niños,

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

niñas y adolescentes se ven sometidos a mayores problemas en su desarrollo integral, como la historia lo demuestra, quienes sufren las consecuencias de un mundo, de por sí ya salvaje, pero, además, con diversos riesgos y amenazas modernas.

De lo anterior se infiere la relación histórica que existe con el fenómeno de la migración infantil como problema social evolutivo, porque a lo largo de la historia se ha demostrado que son los conflictos, la pobreza, la desintegración familiar, el maltrato, la ineficacia de las políticas públicas, y demás problemas adicionados o derivados, los que han tenido sumidos a la niñez y adolescencia en una desprotección parcial a sus derechos, que poco a poco se han ido reconociendo e implementando según la coyuntura social de la línea de histórica del tiempo.

1.2. Respecto a su concepto y esencia

Para comprender la profundidad del principio de interés superior de la niñez y adolescencia, es menester desentrañar la naturaleza propia de los niños desde una perspectiva jurídico-social, puesto que no solo se trata de un enunciado jurídico simplificado en su terminología, sino que se basa en el desenlace histórico y la suma de antecedentes fácticos que dan lugar a su categorización.

La génesis del principio se determina en la identificación de quiénes son considerados, en términos jurídicos, niños, niñas o adolescentes. Sin embargo, este principio tiene dificultades sistémicas y pragmáticas en su contenido que dan lugar a desacuerdos fundamentados, pues, al enunciarse como un principio, deviene de generalidades que propician las dudas prácticas en su aplicación y conceptualización teórica, en virtud que

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

la meta podría ser la de establecer su verdadera utilidad (filosófica) desde los prismas del ser y el deber ser. Así lo hace ver Zermatten (2003):

> Tratándose del concepto en sí mismo del interés del niño, "el interés superior del niño" es una alocución que ha entrado en la historia jurídica de la humanidad de manera muy reciente, primero bajo la noción de "bien del niño", después en su forma actual del "interés superior del niño" por la consagración que le ha dado la CDE al art. 3. (p. 6)[2]

Incluso el mismo autor manifiesta que no existe diferencia real entre bien del niño e interés del niño, pero si se pudiera establecer alguna diferencia funcional, se podría decir que el bienestar sobre el niño se refiere a sus derechos subjetivos, mientras que el interés del niño hace referencia a la protección que le otorga la Convención y leyes en materia de niñez y adolescencia.

Muchos autores se han manifestado sobre la dificultad técnica de este concepto y los criterios interpretativos que deben tomarse, incluso sobre la base de la misma Convención Sobre los Derechos del Niño; ya lo manifiesta el profesor López Contreras (2015):

> (...) se puede decir con suma facilidad que el interés superior de los niños y niñas se convierte en una frase trillada que se utiliza para resolver procesos de niñez; empero, no precisamente para resolverlos del modo que más convenga a los niños o niñas, sino que se resuelven con fundamento en criterios

[2] *Convention des Nation Unies relative aux Droits de l´enfant* CDE por sus siglas en francés que significa Convención de las Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

personalísimos, vagos e indeterminados, o con fundamentación en prácticas rutinarias. (p. 4)

El problema interpretativo que deviene de este principio es la generalidad de su acepción y frecuentemente está relacionado a valoraciones morales e intrínsecas de quienes tienen el deber de aplicarlo y, en algunos casos, bajo criterios que no son precisamente alineados a la técnica jurídica, con valoraciones alienadas que quedan fuera de la argumentación jurídica.

A diferencia, por ejemplo, de cualquier otro principio general más conocido, los efectos interpretativos son distintos porque están bien fundamentados en la jurisprudencia y sus definiciones a veces son más aceptadas por la comunidad jurídica y científica; asimismo, se adhiere el hecho que la niñez y adolescencia debe ser protegida en su dignidad para lo cual se cubre con la reserva y discrecionalidad, dando lugar a que solo cierto número de especialistas conocen su alcance empírico y teórico.

En el mismo sentido, según sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso conocido como Forneron e hija Vs. Argentina del 27 de abril de 2012, señala:

> 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 niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención Sobre los Derechos del Niño. (párr. 49)

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Bajo ese contexto, las preguntas básicas que se deben realizar para evaluar la conceptualización del principio de interés superior del niño, como lo hacen ver Aldecoa y Forner (2010), son: ¿quién es el sujeto a proteger? ¿Con qué instrumentos se pretende proteger? ¿Cuáles son las medidas con las que se busca proteger? Aun así, es difícil extraer de esa realidad un concepto claro.

Freedman, citado por López Contreras (2015, p. 53) expone que "el principio de interés superior del niño es el 'Caballo de Troya' de la Convención, al permitir cierto grado de discrecionalidad a las autoridades que lo aplican (...)".

Entendido esto, se debe acotar que la niñez y la adolescencia puede ser comprendida bajo diferentes enfoques: como un concepto social, político, religioso, moral, psicológico y especialmente jurídico o una mezcla del conjunto, pues no es un concepto aislado. En principio, bajo el enfoque social y psicológico, los niños, niñas y adolescentes, constituyen un grupo de seres humanos en desarrollo permanente de sus capacidades físicas y psicológicas (psicomotrices), en estado de aprendizaje y evolución; por consiguiente, con necesidades especiales.

A sabiendas de estas características, en el ámbito jurídico es menester incluirlos como sujetos especiales de derechos humanos y no solo como un grupo susceptible de protección como seres inferiores e indefensos, bajo límites difusos y arbitrarios de protección. Todo lo cual hace necesario tratar de acercar su realidad con su contenido, pero solo la práctica jurisprudencial y los protocolos administrativos podrán generarlo:

> Es de aclarar que hay muy pocos conceptos definidos en torno al tema, ya que el término "interés superior" describe de manera general el bienestar del niño(a).

ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

> A raíz de que cada caso es único, no se puede dar una definición general de lo que es el interés superior del niño. (Pradilla Rivera, 2011, p. 337)

Conforme estas premisas, el derecho debe cumplir una función integral de protección. En este momento, el principio de interés superior del niño cumple su papel como directriz fundamental en el uso, aplicación e interpretación de las acciones llevadas a cabo en nombre de los niños, niñas y adolescentes. Para comprender su conceptualización se le debe incluir dentro de los principios generales del derecho, en ese sentido reconoce Cavallo (2008):

> Uno de los principios rectores en materia de derechos del niño –niños y adolescentes– es el principio del interés superior del niño. Este principio goza de reconocimiento internacional universal y ha adquirido el carácter de norma de Derecho Internacional general (...) pudiendo ser considerado, además, por esa razón, como un "principio general de derecho", de aquéllos a los que se refiere el Artículo 38 letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. (p. 226)

Es sabido que la regulación sobre los derechos de los niños y adolescentes en la mayor parte de la historia encuentra influencia en la moral pública y en la doctrina religiosa aprehendidas en el seno de la familia, que, en el marco jurídico de los derechos humanos, no precisamente ha evolucionado para su protección sino hasta las últimas décadas, pues un niño por sí mismo, solo era sujeto de protección conforme los derechos que asisten a los adultos y valores mutables en épocas distintas.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

La protección contra el trabajo, la tutela y la adopción pueden ser algunos casos en los que se proponía determinar al niño en un estado de víctima, pero limitando un pleno desarrollo de derechos fundamentales de forma integral y razonada.

Es preciso partir con que el concepto de interés superior del niño jurídica y hermenéuticamente es abstracto, pero en esencia, constituye la evolución de la protección y cuidado hacia los menores de edad que se configura plenamente en el siglo XX. El interés en el niño como fin último marca el punto de partida para considerarlos como sujetos de derechos humanos y se transforma en una figura indispensable para la interpretación y aplicación en los procesos judiciales y administrativos que corresponden aplicar a un Estado garantista.

El estudio del tema ha dado lugar a la creación de nuevos términos para referirse a este grupo de la población y, por supuesto, ha creado polémica en cuanto a su terminología; recientemente se les empieza a denominar, niños, niñas y adolescentes, en sustitución del término *menor de edad* que se considera peyorativo, y en su defecto se viene a priorizar y exaltar el grupo al cual se pretende proteger, con el objeto principal de incluir a todos, sin importar su género o edad dentro de eso grupos etarios.

Sin embargo, es cuestionable si este debate semántico es trascendental, pues como mencionan González y Rodríguez (2011, p. 2), habría que ver si esta polémica representa una discusión baladí, del simple *nomen iuris.* Lo cierto es que el principio de interés superior debe ser el eje central donde converjan los demás derechos.

El interés superior del niño puede ser analizado atendiendo a los siguientes criterios que finalmente se pueden complementar:

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

a) En atención a su importancia sociopolítica.

b) Conforme el alcance histórico filosófico.

c) Conforme la noción convencional y jurídica (sentido literal).

En el primer criterio, la importancia social de los niños, niñas y adolescentes en toda la historia de la humanidad ha estado orientada al carácter vital que fungen los niños en prospectiva y planificación de la sociedad en términos de actores sociales, porque son indispensables para la supervivencia de la civilización. La política de protección y reinserción de la niñez está orientada, en teoría, a garantizar los derechos individuales especialmente aplicados a la niñez y adolescencia por medio de programas sociales y protocolos.

Por tanto, el concepto que deriva de este criterio es que el interés superior del niño se configura como una política pública que busca establecer programas e instituciones que faciliten la protección de los niños, niñas y adolescentes, así como los procedimientos aplicables para el adecuado tratamiento de sus derechos; estas obligaciones contraídas en los tratados internacionales suscritos, impulsan la activa participación de diferentes sectores de la sociedad para la consecución de los fines propuestos hacia la niñez y adolescencia.

En cuanto al alcance filosófico-histórico el interés superior del niño, este se orienta por un estudio epistemológico que se refiere los métodos de protección y restitución de los derechos inherentes a la niñez, para lograr en estos un desarrollo adecuado a partir de modelos éticos, estéticos y morales.

Los valores sociales van cambiando entre generaciones, es decir, dialécticamente, no obstante, se puede confirmar una tendencia histórica de las culturas que está basada en la protección de los niños como un factor natural de la familia en donde la niñez es susceptible ante un mundo que no conoce y es salvaje.

En la noción jurídica que se encuentra de la mano con el contenido de la Convención Sobre los Derechos del Niño de 1989; la importancia jurídica que se le otorga a los derechos fundamentales que deben asistir a los sujetos en cuestión, asimismo, en torno a la especialidad de la regulación que debe imperar para la creación de normativa adecuada con base en una guía o principio regulador universal. Esta forma de comprender el concepto del principio en la palestra es básicamente atendiendo a su sentido literal y contextual.

El Artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño es el pilar que sostiene el principio de interés superior del niño, la cual establece:

> En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

En un primer acercamiento del Artículo citado, se puede observar que la frase que reza "En *todas las medidas concernientes a los niños* (...)", implica que todas las medidas de protección son de interés social, emanadas del Estado o de instituciones privadas, pues estas medidas se aplican fuera del seno familiar, a partir de donde se considera que el niño, niña o adolescente ya se encuentra en un estado de indefensión.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

También se menciona a las instituciones públicas y privadas, haciendo especial énfasis en tribunales, órganos legislativos y autoridades administrativas, que son las entidades que tienen mayor incidencia en la consideración sobre los derechos de los niños y sus derechos subjetivos, así como de los procedimientos aplicados.

En cuanto al último aspecto, el Artículo analizado al indicar que el interés superior del niño debe primar, se hace en el sentido ineludible del término "debe ser" como una obligación *sine qua non* que, por tanto, las autoridades no pueden soslayar.

Por lo tanto, la conceptualización jurídica del principio de interés superior del niño la da la propia Convención Sobre los Derechos del Niño de 1989 y se puede comprender como el principio fundamental que asiste a la niñez y adolescencia, en el que las autoridades judiciales, legislativas y administrativas deben obligatoriamente poner en primer orden el interés superior del niño sobre cualquier decisión.

Esta conceptualización da pauta a establecer que las decisiones que toman las autoridades sobre los niños pueden tener varias vías que pueden alterar el interés superior y su comprensión teleológica, dada su

Algunas interpretaciones sobre intereses superior del niño pueden estar disfrazadas con consignas sobre el bien común, la seguridad del Estado, la protección económica de algunos grupos, la familia, el beneficio a algún funcionario,[3] las relaciones diplomáticas, el interés de algún familiar, comunidad o Estado extranjero, entre otras;

[3] Por ejemplo, con las adopciones ilegales en Guatemala en la década de los 70. Con el Decreto 54-77, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, la adopción podía ser formalizada ante un notario lo que daba lugar a irregularidades en adopciones internacionales, conforme una interpretación errada o falta de aplicación del bienestar superior del niño.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

empero, este Artículo obliga a los Estados a apelar al principio de interés superior del niño sobre cualquier otra consideración.

Como lo apunta Zermatten (2003) "El matiz es de talla: de una definición negativa: no hacer daño al niño, se ha llegado a una prescripción positiva: asegurarse del bien del niño" (p. 6).

Dado que los niños, niñas y adolescentes son seres humanos en constante crecimiento y son sometidos al aprendizaje empírico y teórico, puede decirse que se les ha determinado a alcanzar un adecuado desarrollo de esas etapas, sin embargo, el fin último no es la viabilidad de ser adultos funcionales, aunque sí es consecuente, el fin supremo es la vida por sí misma del niño, niña o adolescente como sujetos de derechos. En la misma Convención sobre los Derechos del Niño se indica que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

El principio de interés superior del niño es especial y puede considerarse la innovación más importante en materia de derechos humanos para la niñez. Con la aplicación de este principio, ya se considera a este grupo como sujetos de derechos humanos, pero no se queda solo allí, sino que la especialidad en este caso tiene un papel catalizador para que las autoridades actúen priorizando los grupos sociales en indefensión como son los niños, niñas y adolescentes.

Esta amalgama de postulados primordiales, son creados por y para los niños como fin supremo en la dimensión de los derechos humanos, pues, como indica Cillero Bruñol (1999) "el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos" (p. 55),

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

todo lo cual indica que su función principal es reunir todos los derechos para conjugarlos en beneficio de la niñez y adolescencia.

Lo que hace sumamente especial este principio es el hecho intrínseco en el que está basado, que es la protección de la vida de un ser humano inmaculado como centro de atención. Este principio no es más que el parámetro ineludible de los derechos fundamentales que asisten a todos los niños como sujetos de derecho y de protección especial por su posición en la sociedad.

Bajo la referida conceptualización que se pudo haber acotado sobre el principio, entonces viene oportuno hacer una breve introducción específica de una categoría fenomenológica, de una problemática internacional que cobra especial relevancia en el siglo XXI: la migración. Lo menciona en estos términos el autor Varela Huerta (2015):

> Los menores migrantes que protagonizan la "crisis" que nos ocupa están huyendo de la violencia del mercado, del terror de las maras y de la indefensión que el Estado administra. Huyen también de la violencia doméstica. Se fugan para seguir vivos. (p. 4)

El principio de interés superior del niño, como ya se dijo, viene a cobrar relevancia mundial a través de los procesos convencionales de las Naciones Unidas para la protección de este grupo vulnerable y entonces, la niñez migrante cobra especial atención por su alto contenido disfuncional en el tema de los derechos humanos y su internacionalización, tal como se verá posteriormente.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

En síntesis, el principio de interés superior del niño es un concepto multidimensional, pues abarca varios aspectos del niño en su entorno social, político, histórico y filosófico, asimismo, que, por ser incorporado recientemente al derecho internacional e interno, no tiene aún una delimitación jurídica propia.

Desde la apreciación conceptual vertida aquí, el interés superior del niño es un principio imperativo que adapta el *corpus iuris* internacional a los derechos humanos universales en todas las legislaciones del mundo, y que permite que permite que los Estados y cualquier entidad o persona ponga al niño, niña o adolescente como prioridad ante cualquier decisión que le afecte, para alcanzar su máximo bienestar, incluso, sobre aquellas normas y acciones que pretendan alcanzar su bienestar aparente.

1.3. Características y reconocimiento

Al ser el interés superior del niño un principio jurídico de origen internacional, este se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico para aquellos países que lo adoptan dentro de su legislación y lo reconocen en ese orden, en virtud que constituye una guía interpretativa de las normas y procedimientos aplicables a los casos concretos. Las cualidades básicas que distinguen este principio se determinan en el marco jurídico que les da origen, especialmente porque están relacionadas a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

De tal cuenta que las características propias de la forma de su legislación pueden variar en cada país, según la forma en que queda regulado, pero en general, del análisis de la legislación se proponen las siguientes:

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

- Se trata de un principio protector y tutelar de la niñez y adolescencia.
- Se sustenta en el *ius cogens* (para países no adoptantes de las convenciones) y en el *pacta sunt servanda* (para los Estados ratificantes).
- Es de orden internacional (requiere ratificación).
- Es especializado para la niñez y adolescencia.
- Es propio de los derechos humanos (especializado).

Algunos países ya reconocen literalmente el principio en su Constitución como es el caso de México. Por su parte, de conformidad con el Artículo 46 constitucional, Guatemala lo acopla al sistema de convencionalidad y lo categoriza en la cúspide del ordenamiento jurídico, asimismo, hace alusión referencial al principio en su Artículo 51 constitucional. También, como parte del bloque de constitucionalidad, el principio de interés superior del niño está plenamente reconocido en la legislación interna, en el Artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

Dichas características son propias del principio que prima a la niñez y adolescencia, en el marco del "deber ser" social, establecido en la norma jurídica derivada de las convenciones y leyes internas, por lo que su contenido solo puede comprenderse si se atiende a sus características para determinar su realidad.

En virtud que, como ya lo mencionó Freedman, citado por López Contreras (2015), el interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado que debe ser precisado por la práctica y que debería serlo por las reglas de aplicación otra característica

ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

teórica es su variabilidad ya que está sujeto al cambio positivo de sus contenidos, va nutriendo de la jurisprudencia, de la atención a casos particulares y de nuevas problemáticas que afectan a los niños. En este sentido puede decirse que:

- Es un concepto relativo (lugar y momento de aplicación).
- Es un principio evolutivo.
- Es una noción subjetiva.

Vale la pena descomponer el Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño para descubrir sus características intrínsecas; se hace mención del principio de interés superior del niño en los siguientes términos:

a) El principio es universal para todos los niños.

b) El sujeto obligado a atender el principio es el Estado.

c) El sujeto pasivo es cualquier niño, niña o adolescente involucrado en un asunto jurisdiccional o administrativo.

d) Las medidas aplicadas "deben ser" a favor de los niños. Es una obligación adquirida.

De forma elemental, se puede apreciar que la teleología del principio de interés superior del niño se adentra en la evolución de los derechos humanos, relativa a la protección de la niñez como grupo vulnerable, pues en el plano jurisdiccional, que es donde finalmente se busca el cumplimiento razonado del principio, encuentra su

verdadera función; tal cual lo afirma García Lozano (2016), es un principio jurídico interpretativo fundamental.

1.4. Función y objeto

Son varios los pensadores que se sostienen en el derecho natural como la raíz para describir los elementos del derecho, basados en principios o directrices dictadas por la razón, la conciencia o un ente supremo. Stammler, Kant, Kelsen y otros jusnaturalistas, dan pauta a lo que Bodenheimer (1940) considera la resurrección moderna del derecho natural basado en principios; él mismo indica que "la ley natural consiste en principios bastante generales y abstractos (...)", en oposición a la marcada influencia del positivismo.

Los principios, sin embargo, se han ido moldeando conforme las fuerzas modeladoras del derecho (fuerzas, políticas, económicas, y psicológicas) por lo que su resultado es intrínseco al desarrollo constitucional, de tal manera que pueden considerarse una guía de interpretación general que colma vacíos y dudas en la aplicación del derecho.

Un principio es una guía de aplicación general, una directriz que sirve como elemento condicionador para su aplicación, análisis e interpretación, en los quehaceres jurídicos de las autoridades. De modo que, un principio tiene sentido cuando se atiende a su sentido más fundamental y racional. Dada su naturaleza y realidad que abarca no puede ser aplicado solo en atención a su sentido literal.

El principio de interés superior del niño es nuevo y en el caso de Guatemala está reconocido en el Artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia,

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

que, como ya se ha indicado, lo hace parte del bloque de constitucionalidad, no obstante a diferencia de otras constituciones, como la de México, no está reconocido de forma enunciativa en la Constitución, sino que está reconocido de forma extensiva atendiendo a los Artículos 44, 46 y 51 de la Constitución Política de la República de Guatemala y en tratados internacionales suscritos. Independientemente de la forma del reconocimiento del principio, representa una necesidad apremiante en las sociedades y en los sistemas jurídicos modernos en materia de la niñez y adolescencia.

El principio de interés superior del niño es parte del marco de convencionalidad,[4] y por ende tiene como función dar efectivo cumplimiento a todos los derechos con los que se encuentra relacionado, sin menoscabo del uno con el otro, por lo que, deberán aplicarse de forma sistematizada y proporcional.

Según Fulchiron, citado por Zermatten (2003):

> El principio de interés superior del niño es una noción que tiene dos funciones "clásicas" el de controlar y el de encontrar una solución (criterio de control y criterio de solución. Criterio de control: el interés superior del niño sirve aquí para velar a que el ejercicio de derechos y obligaciones respecto de los niños sea correctamente efectuado. Es todo el dominio de la protección de la infancia que está concernida por este aspecto de control. Criterio de solución: en el sentido en el que la noción misma del interés del niño debe intervenir para ayudar a las

[4] El Control de Convencionalidad en Guatemala es dable a partir de lo indicado en el artículo 46 constitucional, reforzado por jurisprudencia del Corte de Constitucionalidad y la propia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual indica que "el *control de convencionalidad* se ha convertido en un instrumento especialmente útil para aplicar cotidianamente la *Convención Americana* y, en general, el *corpus iuris* interamericano". Ver capítulo 2.5.2.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

personas que deben tomar decisiones hacia los niños a elegir la buena solución. Esta es la que será elegida puesto que es "en el interés del niño". Es "la pasarela indispensable entre el derecho y la realidad psicológica". (p. 11)

En este orden de ideas, las funciones del principio de interés superior del niño son observables en dos planos, en el práctico y en el teórico, pero en el razonamiento ponderativo pueden conjugarse en uno solo para el cumplimiento de su finalidad; por lo que pueden considerarse las siguientes funciones:

a) Sirve como guía interpretativa de las normas jurídicas que asisten y protegen a los niños, niñas y adolescentes.

b) Funge como elemento catalizador en la búsqueda del mejor resultado para el caso concreto.

c) Establece límites al poder (diferente del *ius puniendi,* que es aplicable generalmente al ámbito penal) para la aplicación de medidas.

d) Hace posible la aplicación del derecho canalizado a un grupo especial.

e) Permite el desarrollo progresivo de derechos humanos de forma dinámica.

f) Llena vacíos legales que puedan surgir de la aplicación del derecho.

g) Especializa el conjunto de derechos humanos fundamentales de primera y segunda generación, a la niñez y adolescencia.

h) Simplifica los procesos administrativos y judiciales permitiendo la informalidad.

Si la función se describe como el conjunto de acciones mínimas para dar cumplimiento al principio en un plano material y realista, entonces el objeto es, en este contexto, el *deber ser*, tomando el objeto como sinónimo de objetivo, o ya sea la meta que se busca alcanzar con el principio de interés superior del niño.

La búsqueda de ese ideal puede verse difusa en virtud de la dificultad por definir y delimitar el principio; no obstante, se debe analizar que la meta no es el principio *per se,* sino el niño, niña o adolescente como ser humano; el principio funge solo como herramienta para un ser que ya se conoce y es real. Por ende, las normas jurídicas y las interpretaciones deben apegarse a la existencia de un individuo diverso, con cualidades y necesidades distintas en cada caso, y solo la razón acentuada en la proporcionalidad y la experiencia permiten generar un criterio adecuado para su debida protección integral.

1.5. Principios y *corpus iuris* de los derechos humanos de la niñez y adolescencia

El *corpus iuris*[5] internacional está conformado por todos aquellos preceptos legales que atienden a la niñez y adolescencia. Se trata del marco de convencionalidad que se complementa con los protocolos, jurisprudencia, directrices y, sobre todo, con los principios en materia de niñez.

[5] De acuerdo con Cabanellas (2008), la alocución latina *corpus iuris* se refiere a "cuerpo y derechos" (p. 98), por lo que, se deduce que el cuerpo normativo de determinada rama del derecho. En este caso debe entenderse que, no solo se refiere a normas sino a un sistema normativo que busca compilar todo el marco jurídico aplicable, incluidos principios, normas jurídicas, doctrinas y jurisprudencia, nacional e internacional.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

El *corpus iuris* está delimitado al sistema interamericano de los derechos humanos, la niñez y adolescencia, por lo general, es efectivo en el ámbito internacional con la incorporación e interpretación de las normas, tarea que realizan la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De acuerdo con el Artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la garantía principal se encuentra en las medidas de protección; el referido Artículo establece: "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".

Este Artículo abre la puerta para que la protección hacia la niñez obtenga el mayor contenido jurídico dedicado a la específicamente a niñez y no a las instituciones que aseguran el dominio de los adultos de sus derechos y que, por el contrario, la protección sea dada por todos sectores de la sociedad, comenzando por la familia y en su defecto, con la *última ratio* que el Estado debería proporcionar.

Se puede apreciar que las medidas de protección a que se refiere el Artículo de la Convención citada son obligaciones que adquiere el Estado y la sociedad, esto se hace, por un lado, por medio de las instituciones administrativas, judiciales y legislativas y por el otro lado, por las organizaciones no gubernamentales, asociaciones, las iglesias entre otros actores interesados en la niñez. En la redacción del Artículo se antepone, en primer plano, a la familia como eje central, que es donde los niños y adolescentes se encuentran resguardados, siendo el primer filtro que debe garantizar sus los derechos fundamentales.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

En el marco normativo de referencia, los Estados son los que ratifican y se obligan a lo pactado conforme el derecho internacional, de tal manera que, la protección a la que se alude debe amplificarse con todo el cuerpo normativo que surja del derecho internacional en primer lugar, así como de la jurisprudencia, los protocolos y resoluciones de los órganos especializados en derechos humanos:

> La Corte y la Comisión han señalado que el concepto de *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos distintos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), así como por las decisiones adoptadas por los órganos de derechos humanos internacionales un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos distintos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), así como por las decisiones adoptadas por los órganos de derechos humanos internacionales. (Relatoría sobre los derechos de la niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 19)

Todo esto lleva a establecer e identificar, como primer paso, las normas jurídicas internacionales que constituyen fuente primordial para el *corpus iuris* aplicable a la niñez y adolescencia. El conjunto normativo internacional en materia de derechos humanos para la niñez y adolescencia está compuesto por un conjunto de instrumentos internacionales que incluye tratados, convenios, resoluciones, declaraciones y decisiones adoptadas por organismos internacionales relacionadas a la protección de la niñez y adolescencia; en especial los siguientes instrumentos y documentos, que pueden incluir otros preceptos en desarrollo o por desarrollarse:

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

- Convención sobre Derechos del Niño 1989 (ratificada por Guatemala el 20 de noviembre 1990).

- Convenio 182, Convención sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (ratificada por Guatemala el 11 de octubre de 2001).

- Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969 (ratificada por Guatemala el 27 de abril de 1978).

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (ratificada por Guatemala el 27 de abril de 1978).

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer o Convención de CEDAW (Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979, Resolución 34/180, ratificada por Guatemala el 30 de abril de 2002).

- Convención Internacional Sobre La Protección De Los Derechos De Todos Los Trabajadores Migratorios Y De Sus Familiares (Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1990, Resolución 45/158, ratificada por Guatemala el 14 de marzo de 2003).

- Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belém Do Pará (ratificada por Guatemala el 4 de enero de 1995).

- Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo (Ratificada por Guatemala en marzo de 1996).

- Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado (Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 14 de diciembre de 1974, Resolución 3318).

- Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional (Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 3 de diciembre de 1986, Resolución 41/85).

- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores o Reglas de Beijing (Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 14 de diciembre de 1990, Resolución 45/110).

- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, las Directrices de Naciones Unidas sobre las Modalidades Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 14 de diciembre de 1990, Resolución 45/112).

- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 14 de diciembre de 1990, Resolución 45/113).

- Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los Niños (Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 2009, Resolución 64/142).

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARÍA

- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional, o protocolo de Palermo 2000 (Guatemala ratificó el 25 de septiembre de 2003 la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional -Convención de Palermo- y únicamente la adhesión protocolo de Palermo el 1 de abril de 2004).

Al respecto de estas, cabe indicar que algunas recomendaciones, directrices y declaraciones no son vinculantes *per se,* porque no constituyen un instrumento internacional ratificado el Estado, no obstante, sí constituyen un marco de referencia para la justicia en materia de niñez y adolescencia.

De los principios aplicables existen los específicos sobre la niñez y adolescencia que están consagrados en la Convención Sobre los Derechos del Niño de 1989, además, también están los principios genéricos que surgen de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y del derecho internacional que pueden aplicarse como complemento, en la medida que no contravengan los principios especiales.

De acuerdo con la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013), entre los principios generales del derecho internacional que pueden aplicarse en el contexto particular están los principios de interdependencia, de indivisibilidad, universalidad y progresividad. Todos rigen complementándose en su conjunto y permiten el máximo desarrollo de los derechos humanos. Asimismo, merece especial mención el principio de

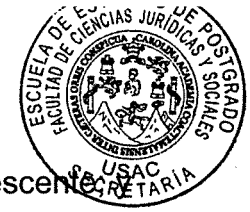
proporcionalidad de los derechos fundamentales, que, en el caso de la niñez y adolescencia, tiene un papel muy importante como se verá más adelante.

Los principios elementales en materia de niñez son cuatro en particular y su objetivo es interpretar la convención de forma sistemática que permite desarrollar todos los derechos de la niñez atendiendo a cada caso de forma especializada. Entonces, de la Convención Sobre los Derechos del Niño se pueden extraer los siguientes principios:

- El principio de no discriminación que se desarrolla en su Artículo 2.
- El interés superior del niño que consagra en el Artículo 3 y que también se encuentra disperso en los Artículos 9, 18, 21, 37, 40.
- El derecho a la vida, supervivencia y desarrollo que regula el Artículo 6.
- La opinión del niño en el Artículo 12.

Estos principios no se pueden quedar con la simple enunciación, ya que su incumplimiento da partida a la activación jurisdiccional de las garantías constitucionales o internacionales en el ámbito de los derechos humanos. La Constitución Política de la República de Guatemala, en su Título VI, Capítulo I, consagra la garantía constitucional y defensa del orden constitucional. Mientras que, en el plano internacional se encuentra el sistema universal y el sistema regional de derechos humanos.

Tanto los órganos legislativos, los administrativos como los judiciales deben velar porque el principio de interés sobre la niñez y adolescencia sea observado en sus actuaciones. En el orden indicado, se debe legislar en favor de la niñez; se debe aplicar



la ley y los protocolos atendiendo al mejor resultado para el niño, niña o adolescente se debe resolver para respetar, resguardar o restablecer los derechos vulnerados.

1.6. El interés superior del niño como principio garantista

Con las constantes e inminentes violaciones a los derechos de la niñez y adolescencia, la debida aplicación y restitución de sus derechos es vital. Las repercusiones físicas y psicológicas que sufren no son sencillas de reformar y son a largo plazo, toda vez afectan su individualidad como sujetos de derechos y fin primordial, pero también trae consecuencias ineludibles que afectan a su comunidad y a la familia de la que serán parte como adultos.

La debida aplicación del principio trasciende la aplicación de la norma jurídica, tal y como se conoce, en virtud que de ser errónea o desproporcionado, los efectos trascienden los derechos fundamentales ya reconocidos y carcomen los derechos en su forma evolutiva y por lo tanto la justicia equitativa queda relegada a un segundo plano.

El Estado se organiza con un fin supremo que es garantizar el bien común, lo cual solo logra con la protección a la persona individual y a la familia, tal y como reza el Artículo primero de la Constitución Política de la República de Guatemala. El poder que se le otorga al Estado es inconmensurable y por eso se torna incontenible si no existe un poder igual o mayor que lo limite y por eso, están los mecanismos o garantías constitucionales.

ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
POSTGRADO
USAC
SECRETARÍA

Básicamente, el Estado, o cualquier poder capaz de controlar a la sociedad, puede ser una amenaza para el individuo y sus derechos primordiales; para tales situaciones, es menester hacer uso del sistema de garantías que el mismo Estado se compromete a respetar.

Sobre la cuestión del garantismo Ferrajoli (2016) explica:

> (...) no es más que la otra cara del constitucionalismo, la que trata de asegurar su cumplimiento mediante la introducción y la actuación de las garantías de los derechos constitucionalmente establecidos. Las garantías son de hecho las técnicas con las que se tutelan y satisfacen los derechos. (p. 13)

La teoría garantista[6] se proyecta a los derechos que asisten a quienes se encuentran susceptibles de ser vulnerados o ya han sido vulnerados por el poder del Estado y de sus instituciones, pero también es aplicable al poder que se manifiesta en el ámbito privado pues las relaciones sociales implican necesariamente jerarquías y, en consecuencia, relaciones de poder. Las garantías pues, coadyuvan para que el poder sea sustentable y tolerable ya que también apelan al poder del sistema internacional.

> El paradigma garantista un sistema de límites y vínculos impuestos a todos los poderes, no solo al judicial, como garantía de todos los derechos fundamentales (...) como garantía no solo de los derechos establecidos por los ordenamientos nacionales frente a los poderes estatales, sino también de los derechos

[6] El garantismo no es exclusivo del derecho penal, aunque es más escandalosa la violación a estos derechos humanos, en virtud que el *ius puniendi* es obligatorio para estos casos y el poder se manifiesta de forma abrupta con el aparato coercitivo afectando directamente la libertad o incluso, la integridad.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

establecidos en las diversas cartas y convenciones internacionales. (Ferrajoli, 2016, p. 14)

La función del principio de interés superior del niño y de los demás principios sobre la niñez, es esencialmente la de solucionar las afrontas que surgen en el derecho y en el poder, por virtud de los vacíos y antinomias entre normativas. La técnica jurídica ya encuentra soluciones al respecto, cuando se trata de normas de jerarquía o del régimen en el tiempo, pero en la medida que las categorías presenten problemas argumentativos más complejos, el principio de interés del niño cumple su papel como elemento impulsador de la prioridad del niño con base en la interpretación o la ponderación.

Carbonell (2020) explica sobre el garantismo contemporáneo que:

> Es una filosofía política o teoría de la justicia (...) tiene dos postulados básicos, por un lado, la necesidad de justificación externa del derecho y del Estado, es decir, que la existencia del Estado no puede entenderse como algo natural, sino que es artificial (...) y (por otro lado) una razón que justifique de manera externa la creación del derecho (...) sustentada en valores compartidos, como la paz, la igualdad, la libertad. El garantismo profesa una desconfianza hacia los poderes públicos y privados, y propugna por un férreo control del poder (público o privado). (s. p.)

Desde un punto de vista epistemológico, hay una separación nítida entre el derecho y la moral; desde el punto de vista interno entre validez y vigencia también hay separación, ya que la validez depende de la conformidad material o sustantiva con los

derechos fundamentales, por tanto, la vigencia de una ley no legitimada puede contravenir derechos fundamentales.

El garantismo, como explica Carbonell (2020), "Es la desconfianza hacia todo tipo de poder, público o privado, nacional o internacional". Esta desconfianza es consecuencia de la constante violación a los derechos preestablecidos y reconocidos por el mismo Estado; la violación se da de forma pasiva o activa.

Ya anunciaba Montesquieu en el *Espíritu de las leyes* allá por el siglo XVI cuando formuló la separación de poderes:

> Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de los próceres o de los nobles o del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias de los particulares. (Montesquieu, trad. en 1906, p. 228)

El principio de interés superior se conforma con una figura garantista precisamente en el plano instrumental de su función como limitante al poder y se activa en la duda, vulneración o restitución de derechos fundamentales. Ya se ha dicho que es necesario que, por disposición de las cosas y menester de la sociedad, el poder frene al poder y para el efecto, los principios son interpretados en favor de la niñez.

La diferencia física y psicológica de los adultos con respecto a los niños y niñas e incluso adolescentes, se basa en su indefensión natural y fragilidad psicológica, debido a varios factores racionales, tales como el desconocimiento de sus derechos, la inconsciencia de sus acciones, el apego emocional, la complejidad de los asuntos

técnicos y, sucesivamente, por la cosmovisión particular impoluta de los niños, basada en pensamientos fantasiosos e inocentes y temores magnificados. Si el poder dentro de la familia ya es una amenaza, lo son más poderes externos del Estado o la sociedad.

Con esta base, a continuación, se puede estudiar entonces la fenomenología de la problemática de la migración infantil en consideración que el principio de interés superior del niño también se puede fusionar con las garantías constitucionales en virtud de su naturaleza.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

CAPÍTULO II

2. La fenomenología de la migración infantil en el marco de los derechos humanos

El presente capítulo tiene como objetivo estudiar a la niñez y adolescencia migrante irregular desde el enfoque fenomenológico, entendido este como la realidad que afrontan los niños, niñas y adolescentes en su travesía a una realidad fuera de sus orígenes; desde la decisión que los lleva a migrar, hasta el acto de encontrarse frente a un cumulo de obstáculos, riesgos y carencias a nivel fronterizo y transfronterizo que amenazan su integridad física, moral y psicológica.

La fenomenología, en los términos de Husserl (1992), pretende explicar el mundo "pura y simplemente existente" (p. 23), es decir, desde la esencia y la naturaleza misma de los fenómenos; lo hace partiendo de la fenomenología psicológica desde el sujeto cognoscente hasta la fenomenología trascendental para comprender los fenómenos externos concebibles.

El método fenomenológico permite reflexionar sobre la realidad de la migración infantil de forma muy íntima, desde la experiencia sensorial de los niños, en los derechos violentados, los derechos sufridos; y permite desarrollar elementos jurídicos internacionales que se relacionen a ese contexto.

2.1. Aproximaciones fenomenológicas de la migración infantil en Guatemala

Desde la perspectiva jurídica, los derechos humanos de la niñez y adolescencia, en efecto, ya se encuentran respaldados por el *corpus iuris* internacional ya aludido,

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

aunado a la positivización de las garantías dentro los sistemas jurídicos internos que permiten proteger o restituir los derechos conculcados.

En este caso, es muy apropiado analizar la realidad de la migración infantil por medio del enfoque fenomenológico en contraste con los derechos humanos de la niñez y adolescencia, todo lo cual permite cumplir con el objetivo de estudiar la migración infantil como una realidad, no solo con base en las conceptualizaciones ya conocidas, sino también con apoyo en los elementos objetivos que determinan las circunstancias intrínsecas y extrínsecas del acto de migrar y los derechos humanos involucrados.

No obstante, la tarea de la interpretación jurisprudencial en las Cortes da lugar al desarrollo progresivo de esos derechos e incorporación a los sistemas jurídicos positivos de los países firmantes.[7]

Ante todo, como lo ha indicado la Organización Internacional para las Migraciones en conjunto con el Instituto de Políticas públicas de Derechos Humanos del Mercosur (2019), hay que establecer que migrar constituye un derecho humano plenamente reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en donde se reconoce que toda persona tiene derecho de circular libremente y a salir de cualquier país.

Como derecho positivo, también tiene sus limitaciones técnicas y administrativas que se manifiestan en las fronteras y que sesgan de muchas formas su cumplimiento, en

[7] Hay una tendencia a la positivización de los principios o derechos humanos que a *posteriori* propician una conflagración epistémica entre la fundamentación moral que viene a ser por sí misma dinámica y la interpretación de su contenido. Los derechos humanos se justifican en sus conceptos morales y fuerzas sociales humanistas pero reconocidos en la medida más trascendental fuera de la fetichización cada vez más frecuente en las Constituciones, no obstante, ya reconocidos en los tratados internacionales ratificados.

parte, porque este derecho se alude en una connotación derivada y no precisamente como un derecho de migrar; tal como lo manifiesta Liwski (2008):

> En los instrumentos internacionales de promoción y protección de Derechos Humanos, encontramos que el derecho a migrar no está considerado explícitamente. En cambio se reconoce la libertad de circulación y residencia de las personas. Si bien los Estados son soberanos para definir sus políticas migratorias, todos deben proteger y garantizar en forma integral los derechos de niños, niñas y adolescentes. Esto supone la obligación de prevenir, sancionar y castigar toda violación de derechos reconocidos. (p. 3)

Por otra parte, la niñez y adolescencia migrante sufre de una vulnerabilidad duplicada en consideración con su edad y situación jurídica migratoria que se intensifica aún más, cuando se trata de niñas y adolescentes por razón de su sexo; grupo que por su situación de género está mayormente expuesta, y se extiende también a aquellos niños, niñas y adolescentes que por su etnia o color de piel sufren mayores amenazas, a veces por las mismas autoridades.

Los derechos humanos de los niños se ven en inminente peligro de ser vulnerados desde el momento que deciden o se ven forzados a migrar desde su país de origen, en donde, de entrada, se les vulnera y arriesga su derecho a la familia y estabilidad; posteriormente en el país o países de paso, son vulnerados sus derechos a la vida, salud y protección. Por último, cuando se encuentran en el país de destino, son propensos a ser vulnerados en todos sus derechos, especialmente a la familia, a un trato digno, opinión e integridad.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Cada niño, niña o adolescente migrante irregular tiene una historia y caso particular, puesto que las circunstancias y necesidades que les orillan a migrar son distintas; seguramente dichas circunstancias y necesidades encuentran una justificación psicológica y/o social, probablemente incluso, con la conciencia de los derechos que adquieren y de los riesgos a los que se someten o son sometidos.

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) documentó varias historias de niños, niñas y adolescentes migrantes irregulares con situaciones de vida que identifican a cada niño y lo relaciona con una problemática social, como la desintegración familiar, la pobreza, el desamparo familiar, la persecución, la discriminación, la falta de oportunidades, entre otras.[8]

Son muchas las historias personales en la que niños, niñas y adolescentes narran su situación ante la migración y que dan lugar a un profundo análisis de los derechos humanos que sí efectivamente están reconocidos en los instrumentos internacionales como derechos supremos ante fuerzas arbitrarias de la familia, la sociedad, la naturaleza y el Estado, pero que se carece de capacidad para garantizarlos. Este hecho se manifiesta especialmente en los derechos humanos de un grupo tan especial y vulnerable como lo es la niñez y adolescencia, porque, ante todo, vale preguntarse ¿Cómo un ser humano y el Estado pretenden hacer valer sus derechos si no puede proteger los de sus hijos?

---

[8] *Caminos de luces y sombras: Historias de niñas, niños y adolescentes migrantes,* un trabajo que documenta las historias de niñez migrante y sus casos de vida.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Así, las instituciones de protección, órganos jurisdiccionales, organizaciones gubernamentales y no gubernamentales que se involucran con la niñez y adolescencia migrante irregular se pueden encontrar limitados en su capacidad de actuar de forma permanente ante los problemas enraizados de fondo, toda vez que las herramientas jurídicas pueden ser inadecuadas o ineficientes.

Por otro lado, es importante mencionar que en Guatemala el Artículo 1 del Código de Migración, Decreto número 44-2016 del Congreso de la República de Guatemala, reconoce el derecho a emigrar o inmigrar de toda persona, que permite entrar, permanecer, transitar, salir y retornar del territorio conforme la ley, esto es de forma regulada.

La regulación cerrada o positivista de la migración implica trámites migratorios adicionales que se tornan rigurosos, que limitan el derecho a migrar y que propician la migración irregular. De ninguna forma podría considerarse como una transgresión a las normas internas, porque constituye un derecho humano, sino que se traduce en una imposibilidad de cumplimiento de requisitos adicionales, impuestos por los Estados para evitar la migración masiva de personas.

Esta migración regulada con requisitos inaccesibles y rigurosos transgrede el contenido del consagrado Artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ya que limita la libertad de circular y salir de cualquier país de forma legal y protegida por el Estado, porque, a fin de cuentas, las fronteras no son más que delimitaciones jurídicas y políticas, pero para un ser humano individual, la migración es una libertad que le permite alcanzar nuevas oportunidades.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

La migración regulada es necesaria y es una obligación del Estado, pues protege al migrante y les da instrumentos a las instituciones para protegerlos de arbitrariedades de grupos de la delincuencia organizada y de otros Estados. El punto es que, si no se atiende como un derecho humano, esta regulación rígida y basada únicamente en el derecho positivo estará sujeta a requisitos y trámites que menoscaben o limiten los derechos humanos y el compromiso adquirido por virtud del sistema Universal de Derechos humanos o el sistema regional adoptado.

En Guatemala, en teoría, la regulación migratoria sí parece adherirse a la protección del derecho humano a migrar, pues de la forma que lo hace el Artículo 10 del Código de Migración, se acerca a esa obligación internacional, al indicar que las instituciones del Estado no deberán exigir documentos de identificación o cualquier otro requisito, para brindar la protección requerida por una persona extranjera. En especial con la niñez y adolescencia, es innecesario determinar su procedencia en el primer acercamiento ya que la prioridad es la ayuda humanitaria inmediata requerida.

Entonces, para el caso de la niñez y adolescencia de otras nacionalidades, el Artículo 11 del Código de Migración, les garantiza la atención especializada y, además, en ningún caso podrán ser deportados si no es por su interés superior (lo que se conoce como el principio de no devolución).

En general, este derecho universal es coartado, incluso por la burocracia y los sistemas de seguridad migratorios que impiden el acceso en las fronteras. Se trata aquí de una interpretación del derecho de migrar que se regulariza con base en la documentación de formatos preestablecidos por medio de visas o permisos de paso, que conllevan a

su vez, bases de datos sobre la identidad, domicilio, motivos de la estadía y en general, sobre una investigación para determinar si las motivaciones convienen al país de destino y que trastornan el derecho a migrar e incluso lo criminalizan.

A la migración regulada, a la que acceden quienes gozan de los recursos económicos y la posibilidad de cumplir con los requisitos y políticas migratorias, además, implica el pago de tarifas o costos de emisión de pasaportes, visas y otros trámites migratorios, sujetos a la aprobación selectiva del país receptor que, para los niños, niñas o adolescentes, depende de las posibilidades de sus progenitores o responsables.

En el caso de los niños, niñas o adolescentes que provienen de familias de escasos recursos, o que han desistido del proceso migratorio regulado, tienen como alternativa la migración irregular. Esta es una migración no regulada, a la que se ven sometidas por fuerza o necesidad aquellas personas cuyos ingresos económicos, carencias materiales o estatus social, les impide cumplir con los requisitos para viajar con el aval internacional de los Estados. Los niños, niñas y adolescentes en estas circunstancias están prácticamente limitados por una barrera migratoria social y legal internacional que queda en suspenso hasta que, una vez realizada la migración irregular, es sometida a la suerte del derecho humanitario.

Por otro lado, es factible que los derechos humanos estén reconocidos por el sistema regional que tiene jurisdicción y competencia en razón del trazo internacional por el que está direccionado, de tal cuenta que el *corpus iuris* anunciado se acerca más a una región específica y en esa medida la aplicación conjugada del derecho migratorio con

el derecho de niñez y adolescencia se transforman en temas que competen no solo a los Estados involucrados sino al sistema regional. En ese sentido explica Liwski (2008):

> Por un lado, podemos entender el derecho a migrar como el principio voluntario de la persona a encontrar su desarrollo donde las posibilidades de vida le sean más favorables o estables. Por otro lado, esta idea está necesariamente vinculada con lo que podríamos llamar "el derecho a no migrar", es decir, con el derecho a que las personas, en este caso los niños, niñas y adolescentes, no estén obligados a moverse hacia otro territorio, a otra cultura, como un devenir natural signado por la imposibilidad de realizar un proyecto de vida en su país de origen. ¿Pero es posible hablar de un derecho a migrar que como tal se encuentre reconocido en el Sistema Interamericano y/o Universal de Derechos Humanos? (p. 3)

La migración irregular sigue siendo un derecho humano si se adopta en los términos que establece la Declaración Universal de Derechos Humanos y en una interpretación iusnaturalista, por lo tanto, los Estados no pueden criminalizar los movimientos humanos en las fronteras, sobre todo, si se trata de grupos vulnerables como la niñez y adolescencia, que casi siempre, deben ser considerados víctimas.

El acto de migrar ya acarrea, para cualquier persona, un cúmulo de problemas personales con los que debe lidiar, en mayor medida para los niños, niñas y adolescentes. El migrante arriesga todo lo que ha conocido como la familia, su patrimonio, su salud, la vida e incluso la dignidad y en el caso de los niños, su infancia.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

A pesar de que los seres humanos han sido nómadas durante gran parte de la historia, no obstante, el migrante se encuentra ante muchos más riesgos modernos que ya no tienen que ver solo con la naturaleza salvaje o las distancias, sino con problemas más peligrosos como la delincuencia organizada, los muros fronterizos, la discriminación y, además, la persecución, pues como menciona Olson (2016):

> Los niños solos no venían del vecino México, sino principalmente de los países que integran el Triángulo Norte de Centroamérica: El Salvador, Guatemala y Honduras. Esos niños —algunos menores de diez años, pero en su mayoría adolescentes— habían atravesado los países limítrofes y todo el territorio de México, en un atroz periplo sembrado de violentas redes delictivas, autoridades abusadoras e inescrupulosas, y la constante amenaza de padecimientos que abarcaban desde el hambre y la violencia sexual, hasta los accidentes, la desaparición e incluso la muerte. (p. 3)

En especial, las y los jóvenes adolescentes quienes se encuentran en una etapa de desarrollo psicológico ciertamente inestable y puesto que sus decisiones aún están sometidas a la influencia de terceros, el riesgo es más alto. Aún más dramática es la situación para las adolescentes quienes están más expuestas a un riesgo frecuente, relacionado a la trata de personas para la prostitución por su condición de mujeres.

No es nuevo el fenómeno de la migración infantil irregular, pero sí es cierto que en los últimos años se ha ido incrementando considerablemente, y dado que es imposible ocultar que los problemas estructurales, históricos y sociales de Guatemala son los que propician la migración irregular, es un hecho también que los niños, niñas y

adolescentes resultan ser los más afectados siempre en cualquier problemática social. En este sentido, se manifiestan Acuña et al. (2012):

> En las últimas décadas ha ocurrido una profundización de flujos sur-norte y además los flujos sur-sur se han producido con mucho mayor sistematicidad. Cuando se habla de los flujos, se habla de flujos mixtos, tanto migraciones como refugiados. Dentro de los flujos migratorios han ocurrido una incorporación o visibilización de nuevos actores, como mujeres, niños y niñas adolescentes no acompañados. (p. 85)

El meollo en el contexto de la migración infantil irregular se ubica alrededor de los derechos fundamentales en riesgo o ya vulnerados y que encuentran la posibilidad de ser protegidos y/o restituidos por las autoridades en aplicación de los principios, normativas y protocolos que se concentren en los sujetos a proteger, es decir, bajo parámetros infantocéntricos, lo cual es muy importante porque el esquema general ha sido enfocado y centrado al adulto.

A partir de aquí es donde se puede dar cuenta que están involucrados niños, niñas y adolescentes migrantes, algunas veces no acompañados, quienes se encuentran en situación migratoria irregular. Para un niño los riesgos a los que forzosamente se ve expuesto son multidimensionales, en virtud que arriesgan sus propios derechos fundamentales al dejar a su familia, su comunidad, sus amigos, su lugar de protección y todo aquello que conoce; ya sea para alcanzar a sus padres o familiares, o escapar de una vida difícil.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

Por otra parte, se debe apreciar que los derechos humanos se enfrentan a una paradoja entre el positivismo y el iusnaturalismo moderno, que tiene como consecuencia que las instituciones actúen de forma limitada y desproporcionada ante los problemas que requieren humanidad en su manejo. Como ya lo decía Bodenheimer (1940): "hoy, cuando el Derecho como instrumento esencial de la civilización está más que doblemente amenazado, no podemos permitirnos el lujo de una teoría jurídica positivista" (p. 9).

Es por mucho importante considerar que se deben dejar de mecanizar los procedimientos jurisdiccionales y administrativos, en donde no solo están en juego los fines del Estado sino, también los derechos de los niños, niñas y adolescentes en un ambiente en donde prima la legalidad rígida y poco flexible, y ante una realidad que oprime a la niñez y adolescencia por un sistema jurídico y político decadente.

2.2. Causalidad social de la migración infantil en Guatemala

Algunas causas y efectos de la migración infantil se pueden deducir con la simple observación de las problemáticas dadas por los medios de comunicación, los casos judiciales y las historias de las comunidades y familias que evidencian resultados, en su mayoría desfavorables, para los derechos humanos de la niñez y adolescencia.

La situación de precariedad en la que se encuentran muchos niños, niñas y adolescentes se relaciona con la pobreza y extrema pobreza, así como por el grupo etario al que pertenecen, el género, la condición socioeconómica, la etnia y su nivel de educación, sin embargo, las causales pueden ser aún más complejas y profundas.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Los desplazamientos humanos han sido ampliamente estudiados, así por ejemplo, el famoso cartógrafo Ruvenstein (1885) estableció doce leyes que explican las motivaciones de la migración, enfocado en los flujos migratorios especialmente hacia Europa y Estados Unidos, estudio que puede resultar muy útil para explicar las migraciones irregulares, sin embargo, se soslayan algunas variables que tienen que ver con las migraciones modernas como el crecimiento económico y poblacional, las tasas de desempleo y otros factores; lo que genera una dinámica en el flujo migratorio visible solo a través de un prisma multidimensional.[9]

Como punto de partida, se puede decir que las razones de migrar para el individuo pueden ser internas o externas. A grandes rasgos, las razones internas se basan en el proceso psicológico que se nutre de las vivencias personales, en este caso, del niño, niña o adolescente en un ámbito que compete a la psicología, pero que interesa en la percepción de sus derechos fundamentales que, ineludiblemente, encuentra desprotegidos, incompletos o violentados y de ahí la razón justificable de migrar.

En una debacle cíclica de las circunstancias adversas en la vida de un niño, niña o adolescente explotado, maltratado y abandonado, es orillado a aventurarse en una travesía peligrosa, con el fin de encontrar a su familia, alcanzar un sueño, o de escapar de amenazas para sí mismo o para sus seres queridos. Terminan por mezclarse ambas partes del fenómeno, pues, por un lado, está su connotación psicológica y, por el otro, están las fuerzas externas que ponen en riesgo los derechos humanos de la niñez y adolescencia y que propician la migración irregular, así lo indica Leguizamón (2019):

[9] Al respecto se sugiere ver: *The Laws of Migrations*. E. G. Ruvenstein 1885. También puede consultarse *Las Leyes de las Migraciones de E. G. Ravenstein Cien años después,* por Joaquín Arango.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

> En la actualidad, niños, niñas y adolescentes se desplazan internacionalmente por causas muy variadas: En busca de oportunidades, ya sean económicas o educacionales. Con fines de reunificación familiar, para reagruparse con familiares que ya migraron. Por cambios del medio ambiente que afectan adversamente sus condiciones de vida. Por efectos del crimen organizado, desastres naturales, abuso familiar o extrema pobreza. Para ser transportados en el contexto de una situación de explotación, incluida la trata infantil. Para huir de su país, ya sea por temor fundado de persecución o 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. (p. 9)

Por lo tanto, se puede considerar que las causales de la migración infantil irregular se pueden estudiar atendiendo a los siguientes criterios:

- **Escenario familiar:** los problemas que se originan en la familia, el maltrato y negligencia, la explotación laboral infantil, la desintegración familiar, el abandono, la negación a la educación, la falta de valores y la disfuncionalidad de la relación de los progenitores o encargados. Por otro lado, también se incluye la separación involuntaria de las familias que ya se encuentran en el país de destino.

- **Escenario geopolítico:** los conflictos bélicos, los desplazamientos humanos masivos, lo regímenes radicalistas, las persecuciones por pertenencia a un grupo, etnia o raza, las presiones etnocentristas y raciales.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

- **Escenario económico social:** Se tiene un papel importante de las condiciones económica de las familias y oportunidades laborales que, en primer nivel se da en el núcleo familiar, del cual si es deficiente tiene como consecuencia un gran número de problemáticas sociales, en virtud que, de ahí derivan las opciones educativas, de salud, vivienda, recreación y demás que pueda obtener un niño, niña o adolescente. También incide la infraestructura económica general del país de donde surgen las fuerzas y relaciones de producción que tienen un efecto directo en las condiciones y oportunidades para la niñez y adolescencia;

- **Escenario jurídico estructural:** El irrespeto a los derechos humanos de la niñez y adolescencia se manifiesta, en primer término, con la precaria técnica legislativa en la materia, en especial en lo relativo a los sistemas de protección a nivel administrativo y judicial que propician la revictimización. Adicionalmente, la falta de interés e inversión en programas sociales para la niñez y en mayor medida para la adolescencia.

Sin duda que, con la variedad de causales que propician la migración infantil irregular, puede afirmarse que el principal detonante de esta problemática se ubica en la familia, pues está relacionado con el abandono de sus familiares o progenitores y la desintegración familiar, entonces el niño, niña o adolescente huye de la delincuencia, de la falta de oportunidades económicas y académicas o por influencia de terceros, por lo que lo hacen para ellos mismos salvaguardar sus derechos fundamentales.

La migración ha existido desde que la humanidad se construye en comunidades nómadas y podría decirse que es parte de la naturaleza del ser humano. Las causas

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

han sido constantes en las diferentes etapas históricas, empero, los flujos migratorios se han transformado conforme las necesidades sociales.

Como se ha visto, en la niñez y adolescencia, la migración irregular se presenta con particularidades dadas por su condición de grupo vulnerable, porque la falta de experiencia y algunas veces, inmadurez física, mental y psicológica incrementan los riesgos y amenazas fronterizas y transfronterizas que deben atravesar, así mismo que sus derechos humanos quedan a merced de los adultos, encargados o autoridades que pueden vulnerarlos fácilmente.

Incluso, el riesgo de migrar para un niño, niña o adolescente es mayor cuando está en constante exposición a las motivaciones para hacerlo en su entorno y, en efecto por esa falta de madurez y experiencia aunado a las condiciones externas, se motivan a migrar con mayor ahínco. Vale la pena citar aquí, la historia de Álvaro, un niño que a su corta edad tuvo la necesidad de migrar por otras motivaciones:

> "Tengo 14 años. Yo vivía en el campo, entre ríos, junto a mi familia: mis cuatro hermanitos, mi hermanita, mi papá y mi mamá, yo soy el hijo mayor. Resulta que a mi papá le dio una enfermedad que se llama diabetes y el trabajo en el campo era muy peligroso para él, porque si se corta o se lastima, no se le sanan las heridas. Mi mamá tuvo que quedarse en la casa cuidándolo. Fue entonces que caímos en la pobreza, y como yo soy el más grande, me tocó salir de la casa y buscar trabajo. A veces encontraba algo qué hacer, pero no todo el tiempo, y como soy niño, no me pagaban lo que debería ser. Entonces casi ni nos alcanzaba para la comida y curar a papá". "Un día pasaron por mi pueblo dos

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

> hondureños que viajaban hacia los Estados Unidos. Según me dijeron, allí encontrarían buenas oportunidades de trabajo y podrían ayudar a sus familias. Pensé que esta era mi oportunidad para salir adelante. Ellos me dieron confianza y sentí que podrían protegerme. Además, me pareció que esos muchachos sabían lo que hacían, pues me explicaron que, si nos detenían, debíamos decir que cada uno viajaba por su cuenta". (Organización internacional para las Migraciones, 2015, p. 55)

Cada caso de niñez y adolescencia es distinto y merece ser tratado de forma particular, por lo que las medidas deben ser proporcionales en consonancia con los principios especializados, esto permite dar cuenta que el problema va más allá de la migración infantil en términos cuantitativos, como un fenómeno aislado; sino que, además, está complejamente conectado con las problemáticas sociales que derivan de un sistema fallido social e institucional, no de un solo Estado, sino de varios.

Se puede sostener entonces que, es vaga la posibilidad en la que un niño, niña o adolescente quiera, por sí mismo, estar lejos de su familia y amigos o arriesgarse a sufrir vejámenes a su integridad en un país distinto, así como estar lejos de su lugar de origen y entorno natural que es la familia, sin embargo, las motivaciones dependen de las fuerzas sociales que lo orillen a tomar esa decisión. Según la información de OIM y UNICEF (2010):

> Las causas principales que motivaron la migración de las y los adolescentes guatemaltecos menores a 18 años estaban asociadas a la mejora de las condiciones económicas (43.0%), para conseguir un empleo (39.0%), por la

búsqueda de la reunificación familiar (11.7%) o la huida de la violencia (1.4%). (p. 40)

Estos datos demuestran que la migración infantil del grupo poblacional con mayores índices de pobreza, se encuentran ante el riesgo constante de migrar debido a las problemáticas que ya tienen aparejados, siendo que en Guatemala la pobreza y pobreza extrema afecta a gran parte de la población.

No obstante, la globalización basada en el capitalismo y la mercadotecnia potenciada por las redes sociales y medios de comunicación, también incentivan un mejor nivel de vida en términos materiales. Entonces, el derecho de migrar se torna en una necesidad de la que depende la dignidad misma de la niñez y adolescencia, así lo explica Acuña (2012):

> Para hombres y mujeres el viaje al Norte, principal destino, implica serios riesgos de violaciones a sus derechos, incluso el peligro de perder la vida; no es la migración, sino las condiciones en que ésta se realiza, lo que hace vulnerable a la población. Hechos contundentes son los secuestros y asesinato de migrantes en su tránsito por México. Las consecuencias de la migración infantil irregular son enormes y son el reflejo de la situación de la sociedad a la que pertenecen, de la influencia eurocentrista y del fallido sistema de protección a sus derechos. Las violaciones a los derechos humanos más recurrentes son: el robo, extorsión, maltrato físico, secuestro, acoso y abuso sexual, básicamente a mujeres niñas y niños migrantes irregulares, sobre todo quienes viajan solos, e incluso la muerte. (p. 71)

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

La influencia centrista de sociedades industrializadas que proporciona un panorama capitalista y consumista es añorado por los países periféricos del sur, que desean tener acceso a ese esquema de vida, en perjuicio de las costumbres intrínsecas de las comunidades ancestrales a costa de la discriminación y rechazo en el país de destino. Este fenómeno tiene mayor impacto en los jóvenes indígenas, niñez de barrios marginales en situación de pobreza y baja educación.

Por lo tanto, las primeras consecuencias de la migración infantil irregular se manifiestan en el nivel educativo, porque los y las jóvenes que han migrado dejan de estudiar para buscar un trabajo no cualificado, de forma temporal o permanente. De hecho, el trabajo es el principal motivo para niños, niñas y adolescentes que ya trabajaban antes de migrar. Según datos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia y la OIM (2017) el 70.4 % realiza actividades productivas actualmente de lo cual el 54% estudia, asimismo, estos datos indican que:

> El 92.5% de la niñez migrante no acompañada retornada a Guatemala trabajaba (de forma remunerada o no remunerada) previo a emprender la ruta migratoria. Este porcentaje era levemente mayor para las niñas que para los niños. Más del 90% de la niñez y adolescencia migrante no acompañada retornada a Guatemala no cumple con la escolaridad esperada. Este porcentaje es mayor para el grupo que realizaba algún tipo de trabajo, lo cual sugiere que el tiempo dedicado a actividades productivas limita las posibilidades de desarrollo integral de esta población. (p. 19)

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Otra consecuencia es el deterioro de la misma familia que origina el problema, que funge como institución nuclear de la sociedad, en virtud que es la primera forma en la que un niño, niña o adolescente tiene acceso a salud, vivienda, educación, desarrollo integral.

La niñez y adolescencia migrante irregular tiene dos variables que se deben notar: primero, los que se encuentran acompañados por sus familiares, padre o madre e incluso conocidos y con ellos atraviesan las fronteras, y después, los que no están acompañados por un adulto o familiar. Antezana (2013) pone en la palestra este asunto de la siguiente forma:

> En cuanto al número de niños, niñas y adolescentes que integran los grupos de migrantes, los datos existentes son parciales y disgregados. No obstante, cabe afirmar que siguen los patrones generales de la migración de personas adultas, aunque con particularidades importantes como la que se da con la migración de personas menores de edad no acompañadas. En efecto, mientras que en la década de los años ochenta y noventa, los niños, niñas y adolescentes migraban acompañados o se quedaban en el país de origen a cargo de familiares (generalmente de la madre), actualmente es notable el aumento de personas menores de edad migrantes no acompañadas y que deciden, o se ven forzadas, a salir de sus países por diversos motivos, tales como: reunificación familiar, para trabajar, huyendo de situaciones de violencia (delincuencia lo violencia intrafamiliar), desastres naturales, etc. (p. 15)

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

Los niños, niñas y adolescentes, de manera similar que un adulto, ven vulnerados sus derechos en la falta de oportunidades, en la violencia intrafamiliar, en la falta de educación, en la escasez de recursos, en la desintegración familiar, sin embargo, las problemáticas son doblemente más complejas porque se ha llegado a minimizar la posibilidad de oponerse a ese sistema, es decir, se encuentran sin voz ni voto y a merced de quienes los encuentren.

Al hacer uso de su derecho de opinión ante la sociedad y las instituciones de Estado, e incluso en su propia familia, sus derechos se coartan e intervienen a conveniencia o criterio del encargado o adulto. Tal como se explicará a más detalle adelante, en cuanto al Estado de Guatemala, este soslaya subrepticiamente el derecho de opinión, también se violenta su libertad de opinar con la falta de manejo adecuado.

El derecho de opinión se basa en el Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y se toma en cuenta en función de su edad y madurez, considerando al niño, niña o adolescente como un ser humano y no como figura jurídica a quien se le representa para protegerlo pues su opinión debería ser expresada libremente en los asuntos que le afectan sin estar supeditada o manipulada por sus encargados.

2.3. Estándares internacionales especiales en el contexto de la migración, refugio y asilo

Los tratados internacionales en materia de niñez y adolescencia están diseñados para la protección y desarrollo de los derechos humanos previamente reconocidos en los instrumentos internacionales de carácter general, que en su conjunto constituyen una gama de derechos humanos que buscan abarcar todo el contexto fenomenológico de

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

este grupo diferenciado dentro de la sociedad, de tal cuenta que, tanto la Carta de las Naciones Unidas de 1945 como la Declaración Universal de Derechos Humanos constituyen la base y guía para el propósito de los tratados internacionales creados especialmente para la niñez y adolescencia.

En efecto, uno de los propósitos de la Organización de las Naciones Unidas en este sentido es "el desarrollo y estimulo del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales de todos" y la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Artículo 25 consagra la especialidad de la niñez al consagrar que "la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales".

Los puntos de referencia a los que como mínimo están alineados los tratados internacionales en materia de niñez y adolescencia, se refieren al respeto y aplicación de los principios generales y especiales, los procedimientos y decisiones resolutivas que emanan de las autoridades competentes, así como el apego a los derechos fundamentales aplicables; por lo que, en ese sentido, los estándares internacionales, en general, debe estar orientados a:

> En primer lugar, las medidas de protección especial y prioridad de intervención de las autoridades de infancia; el principio de no detención de niñas y niños migrantes; el procedimiento de determinación del interés superior en relación con la admisión y permanencia dentro del territorio del país de destino; el derecho a la vida familiar de los NNA (incluyendo el derecho a la reunificación familiar); las garantías jurídicas que deberían aplicarse en los procedimientos

migratorios que involucran NNA (incluyendo el derecho a ser escuchado) (Celesia, Morlachetti y Matilde, 2014, p. 19)

Este esquema general de los derechos humanos especializados marca el punto de partida y proporciona las herramientas para que la comunidad internacional en su conjunto, a través de los Estados, organismos internacionales y órganos de jurisdicción universal y regional, adopten estándares para garantizar y desarrollar los derechos fundamentales atendiendo a los sujetos especiales por tratar.

El problema de los casos de niñez y adolescencia migrante irregular no acompañada circunda alrededor de la protección diferenciada que se le da a este grupo. Por ende, es necesario establecer la condición jurídica en que se encuentra un niño, niña o adolescente migrante irregular como consecuencia de encontrarse en un país de paso o de destino, es decir, si su condición encaja en las figuras de, protegido, refugiado o asilado.

Específicamente, el asilo y el refugio se presentan como figuras jurídicas de apoyo alternativo para que niños, niñas y adolescentes migrantes irregulares puedan ser protegidos en su paso o estadía —sobre todos no acompañados—, dadas las circunstancias en que estos llegan al país receptor.

El régimen internacional reconoce dos figuras vinculadas. En primer lugar, la figura del asilo que se divide a su vez en, asilo diplomático y asilo territorial. Interesa en este caso

el asilo territorial, que se fundamenta en la Convención Sobre Asilo Territorial adoptada en Caracas Venezuela en 1954 y ratificada por Guatemala en 1983.[10]

En el caso del asilo que tiene como esencia "el amparo que se busca en un Estado diferente de aquel en el cual una persona es perseguida políticamente, molestada o amenazada en su integridad física, de sus allegados o bienes" (Larios Ochaita, 2014, p. 290), se constituye en una opción para aquellos que son perseguidos por delitos políticos. Es una figura cuyo alcance representa un costo oneroso para el Estado asilante dado que, una vez obtenido el salvoconducto, este corre con todos los gastos de vigilancia, de extradición, si procede, entre otros.

Es de notar que la figura del asilo permanece vigente, aun y cuando el ingreso de una persona a la jurisdicción territorial del Estado receptor se haya realizado subrepticia o irregularmente, lo cual podría ser interpretado para su aplicación en las personas migrantes irregulares, no obstante, sí se cumple la condición ineludible de tratarse de un asunto político.

En ese sentido, manifiesta Sorensen (1973): "El beneficio resultante de la concesión de asilo no es, por regla general, disfrutado por los delincuentes comunes; y el asilo se concede generalmente a delincuentes o a refugiados políticos que son extranjeros apátridas (...)" (s. p.), es decir, en el caso en que la persona salga del país de forma irregular y esté siendo perseguida políticamente.

[10] Dicha convención no está firmada ni ratificada por Estados Unidos de Norteamérica y varios países europeos quienes en cambio aplican la figura del refugio internacional.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

Por otro lado, está la figura del refugio humanitario. Los refugiados son personas que han sido o están propensas a ser vulneradas en sus derechos fundamentales por lo que buscan protección en otro país. Por lo general, esta figura se da en el contexto de los desplazamientos humanos originados por calamidades, guerras civiles, pobreza, hambruna y un sin número de necesidades que afectan directamente los derechos fundamentales, que obligan a las personas a emigrar (salir de su país de origen), por lo tanto, es una figura de carácter humanitario más amplia que el asilo.

La Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 justifica el carácter social y humanitario del refugio. Un aspecto importante es el hecho que el refugio, una vez adquirido, su estatus obliga al Estado receptor a sustentar la permanecía del solicitante, es decir a no ser devuelto, tal cual lo afirma Sorensen en su reconocido Manual de Derecho Internacional Público (1973):

> Además, el refugiado no ha de ser expulsado o devuelto (*"refoulée")* de ninguna manera a las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad estarían amenazadas debido a su raza, religión, nacionalidad, opinión política, o por ser miembro de un grupo social determinado. (p. 474)

Este principio de no devolución es aplicable al refugiado una vez adquirido el estatus ante las autoridades correspondientes, pero mientras tanto, continúa siendo un migrante irregular o extranjero, es decir, solo bajo el amparo de sus derechos fundamentales mientras el Estado receptor tome la decisión de repatriarlo o protegerlo.

No obstante, las obligaciones del Estado receptor se enmarcan en los tratados o convenios internacionales suscritos, empero, el hecho de no haber suscrito o

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

denunciado parte del tratado no implica la contradicción en las decisiones concernientes a los derechos humanos en virtud de formar parte de la comunidad internacional y de los propósitos de la Organización de las Naciones Unidas por lo que hay que considerar lo siguiente:

> Los Estados pueden fijar sus políticas migratorias y establecer medidas vinculadas con el ingreso, la permanencia y el egreso de las personas a su territorio. Sin embargo, dichas políticas deben contemplar el respeto por los derechos humanos y, siempre que se establezcan distinciones, estas deberán ser objetivas, proporcionales, razonables y compatibles con las normas de protección de estos derechos. (Courtis y Lawson, 2017, p. 401)

En el caso de la niñez y adolescencia migrante irregular el proceso es distinto, puesto que se establece el principio de no detención especial para niños, niñas y adolescentes en condición migratoria, que implica la obligación de los Estados a no revictimizar con el uso de medidas privativas de libertad o detención mientras dure el proceso de migración y en mayor consideración si no se encuentran acompañados por familiares.

Podría decirse que los niños, niñas y adolescentes migrantes son un caso *sui generis,* porque desde el principio, se debe de considerar la vulnerabilidad a la que se les expone si no se le protege de inmediato en su condición de migrante, por lo que es tarea de las autoridades, tanto migratorias como judiciales, hacer lo necesario para resguardarlos, pues como dice Leguizamón (2019) del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del Mercosur "debe primar la condición de niño antes que la de migrante" (p. 66).

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Es relevante verificar lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó en la Opinión Consultiva 21 del 19 de agosto de 2014 respecto a los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional:[11]

a) Las autoridades fronterizas no deben impedir el ingreso de niñas y niños extranjeros al territorio nacional, aún y cuando, se encuentren solos;

b) No deben exigirles documentación que no pueden tener;

c) Deben proceder a dirigirlos de inmediato al personal que pueda evaluar sus necesidades de protección, desde un enfoque en el cual prevalezca su condición de niñas y niños. (párr. 83)

Es decir que, los niños deben tener un trato especial, y en esa medida el personal de primera atención debe ser especializado por medio de psicólogos, pediatras y demás, lo que impulsa que los Estados creen procedimientos desde los puestos de control fronterizos con todo lo necesario para resguardar sus derechos, al menos ese sería el escenario ideal. En este sentido la Corte también señala:

a) Resulta indispensable que los Estados permitan el acceso de la niña o niño al territorio como condición previa para llevar a cabo el procedimiento de evaluación inicial.

[11] Para ver opinión consultiva completa, visite el siguiente enlace: http://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2015/12/OC-21-Completa.pdf

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

b) La creación de una base de datos con el registro de las niñas y los niños que ingresen al país es necesaria para una protección adecuada de sus derechos. (párr. 83)

De tal cuenta que el niño, niña o adolescente, ya sea en su condición de solicitante de asilo, refugio o de extranjero, debe ser tratado de forma integral atendiendo como mínimo las recomendaciones del Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados (ACNUR), que son el respeto a su opinión, no separación de su familia y resoluciones congruentes y proporcionales.

En el aspecto procedimental se manifiestan las falencias en el trato hacia los niños como resultado del desconocimiento de los principios aplicables y de personal con falta de capacitación para su trato, en virtud de las desventajas previas al encontrarse en un país donde su idioma es distinto y del miedo a defenderse al menos en su forma más básica. Los solicitantes de asilo o refugio en este caso deberían hacerlo si sus condiciones son adecuadas y representados por quienes defiendan sus intereses y necesidades. En el caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013) indicó que:

> Así, cuando son solicitantes, los niños deben gozar de garantías procedimentales específicas y probatorias para asegurar que justas decisiones sean tomadas en la determinación de sus solicitudes para la condición de refugiado, lo cual requiere de un desarrollo e integración de procedimientos apropiados y seguros para los niños y un ambiente que le genere confianza en todas las etapas del proceso de asilo. A la vez, y bajo este mismo principio, si el

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARÍA

> solicitante principal es excluido de la condición de refugiado, los familiares tienen el derecho de que sus propias solicitudes sean evaluadas de forma independiente. (párr. 224)

No obstante, en el supuesto anterior, implicaría también una vulneración al principio de reunificación familiar que busca que los progenitores o familiares encargados no sean separados en las fronteras. En casos específicos, empero, es donde se deben ponderar los principios y verificar si la separación familiar no es contraria y perjudicial al principio de interés superior, porque esta solicitud de refugio puede ser en beneficio del niño, niña o adolescente quien puede ser objeto de un riesgo mayor si su solicitud no fuera tomada de forma independiente.

De tal cuenta que la decisión del otorgamiento del estatus de refugiado para un niño, niña o adolescente puede incluso, vulnerar la unificación familiar si se pregona el interés superior sobre dicho principio que afecta directamente a los progenitores o encargados, por ejemplo, si ellos mismos son agresores o un potencial riesgo para los derechos del niño, pero esta decisión debería ser sopesada cuidadosamente.[12]

El Artículo 58 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia regula la garantía para solicitar o tener el estatus de refugiado, retornado o desarraigado para los niños, niñas y adolescentes, retornado o desarraigado, porque la misma norma jurídica indica que "tienen derecho de recibir, si están solos o acompañados de sus

[12] A través del Grupo Interinstitucional de Trabajo del presidente Biden para la Reunificación de Familias, se han impulsado estrategias que han disminuido las políticas del gobierno anterior basada en cero tolerancia y que generó casos de separación familiar en las fronteras.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

padres, algún pariente o cualquier persona, la protección y asistencia humanitaria adecuada."

En el mismo sentido, el Decreto No. 44-2016, Código de Migración en su Artículo 11 establece que: "Las autoridades competentes deben contemplar una respuesta diferenciada de protección hacia los niños y niñas refugiados, en especial aquellos no acompañados (...) No se puede deportar a los niños, niñas o adolescentes a no ser en su interés superior", por lo que la representación de los niños también involucra al mismo Estado de Guatemala por medio de la Procuraduría General de la Nación.

En conclusión, un niño, niña o adolescente migrante irregular acompañado o no acompañado, cuando se encuentra en el país de tránsito o de destino, puede solicitar el asilo o estatus de refugiado al amparo del derecho internacional, y su condición jurídica mientras tanto, sigue siendo la de migrante irregular, pero bajo la protección de los principios interés superior del niño y de no devolución mientras adquiere una condición determinada.

En este sentido, si hubiera colisión entre principios de derechos humanos, la ponderación constituye la máxima racional de la resolución en forma proporcional de cada uno de sus elementos, en la dirección que indica Alexy (2003): "La proporcionalidad en sentido estricto (es) la optimización relativa a las posibilidades jurídicas (...) (porque) una colisión de principios sólo puede resolverse por ponderación" (s. p.). Asimismo, con sustento en lo consagrado en el Artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño que prima el interés superior del niño sobre cualquier norma e incluso sobre una virtual contradicción de principios.

Aunque el procedimiento no debiera ser el de asilo puesto que técnicamente, la figura se vincula a cuestiones o delitos políticos, pero resulta ser irrelevante la denominación a sabiendas que es un sujeto de protección especial. En este punto es pertinente mencionar que Estados Unidos de Norteamérica, no reconoce el asilo, en cambio si la figura del refugio que encaja en la protección necesaria para la niñez y adolescencia en esa situación.

2.4. El *Corpus iuris* internacional de los derechos humanos de la niñez y adolescencia

A partir del año 2003 Guatemala implementa el instrumento jurídico sustantivo y operativo que desarrolla los derechos de la niñez y adolescencia. La referencia primordial de dicha ley es que persigue el desarrollo integral y sostenible para la niñez y adolescencia sobre la base de los derechos humanos. El Decreto 27-2003 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (en adelante referida simplemente como Ley PINA) busca proteger a un sector social vulnerable.

El Artículo 5 desglosa el contenido pragmático del principio de interés superior de niño que puede comprenderse esencialmente de la siguiente forma:

a) Es una garantía.

b) Se aplica a toda decisión, entiéndase legislativa, administrativa y judicial con relación a la niñez y adolescencia.

c) Asegura el ejercicio y disfrute de sus derechos.

d) Busca aplicar el respeto a los vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

e) Busca atender a su opinión en función de su edad y madurez.

En otro nivel jerárquico, la Constitución Política de la República constituye la norma jurídica que se alza sobre todas aquellas normas internas de un país, asimismo, se impone como norma suprema en el ámbito internacional con base en el principio de soberanía y autodeterminación, excepto y exclusivamente en materia de derechos humanos en donde los preceptos adoptados son iguales o superiores.

La Constitución Política de la República de Guatemala es de corte humanista e individualista, lo que quiere decir que se respetan, en primer orden, los derechos humanos de la persona humana, en esa virtud, el preámbulo afirma que la persona es el sujeto y fin del orden social. Pero lo cierto es que el Estado, en la práctica, se organiza para sí mismo y son las presiones sociales y políticas las que lo orientan a alcanzar su forma teórica.

La bien conocida parte dogmática reconoce extensiva y evolutivamente los derechos humanos primordiales, en especial, el derecho a la vida, la libertad e igualdad. Se reconocen los derechos humanos bajo un conjunto de principios que permiten la aplicación sustantiva y adjetiva de las normas ordinarias y de las normas derivadas inferiores.

El término *menor de edad* hace relación a los niños, niñas y adolescentes, (entiéndase menores de 18 o 21 años según el país), que se encuentran en ese periodo de

desarrollo, y están sujetos a un régimen jurídico diferenciado respaldado por el sistema constitucional. Este término en Guatemala, no obstante en desuso, está estipulado en el Artículo 20 constitucional y, únicamente hace alusión a los adolescentes transgresores de la ley penal, e indica que estos son inimputables, pero a su vez, sancionables con métodos socioeducativos para intentar su reinserción social, de lo cual el Estado se debe hacer cargo.

Por otro lado, debe tomarse especial atención en lo relativo a la protección de la niñez que se encuentra consagrada en el Artículo 51 de la norma Constitucional aludida, y en el apartado de derechos sociales, capítulo II, sección primera, se incluye dentro del derecho a la familia, es decir, lo que se conoce en el esquema de los derechos humanos como un derecho de segunda generación.

El principio de interés superior de la niñez *per se,* no se encuentra regulado taxativamente en la Constitución Política de la República de Guatemala, pero si amplificado en su marco de convencionalidad y bloque de constitucionalidad, este último con el Artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. El Artículo 51 de la Constitución Política de la República pone en una posición fundamental a la niñez con respecto a la familia.

Precisamente el Capítulo II de dicha norma jurídica suprema establece los derechos sociales y asegura la conformación de la familia como núcleo de las demás relaciones sociales, de donde deriva la procreación de los hijos. Se pregona en el citado Artículo constitucional que el Estado deberá proteger los siguientes elementos:

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

- La salud física: para lo cual debe existir un sistema de salud especializado que incluya pediatría, vacunaciones periódicas y nutrición.

- La salud mental: los niños, niñas y adolescentes en especial los jóvenes son los más propensos y requieren de servicios de apoyo psicológico permanente.

- La salud moral: que se inculca desde la familia y la sociedad por medio de valores y principios morales (incluso religiosos).

Además, la misma Constitución Política enumera los derechos fundamentales que, como mínimo debe garantizar el Estado de Guatemala, entre estos los siguientes, no limitativos:

- Alimentación.

- Salud.

- Educación.

- Seguridad.

- Previsión social.

- Además, el Artículo 46 establece la adopción.

Como ya quedó claro, la Constitución Política de la República de Guatemala no establece literalmente el principio de interés superior del niño, empero, sí se adopta conforme el Artículo 44, sin perjuicio del Artículo 46 que refiere a la preeminencia del derecho internacional en materia de derechos humanos, por lo que incorpora

automáticamente el Artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño que contiene el principio de interés superior del niño, pero además, como parte del bloque de constitucionalidad, el principio de interior superior del niño está reconocido en el Artículo 5 de una norma ordinaria, la Ley PINA.

Dicha Convención Sobre los Derechos del Niño de 1989 fue adoptada, abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la Naciones Unidas en su resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989. Para los países plenipotenciarios firmantes entra en vigor el 2 de septiembre de 1990. En el preámbulo de la Convención de mérito, se reconoce que el niño (entiéndase en su sentido genérico) busca ayudársele para la consecución de su fin principal en el desarrollo de su personalidad a través de su crecimiento, para lo cual se apela a la familia, al amor y la comprensión. Asimismo, dicha Convención ya toma en consideración la situación de los niños que viven en condiciones "excepcionalmente difíciles" por lo que deben aplicarse procedimientos especiales.

Conforme este enfoque, los niños, niñas y adolescentes se ven incluidos en un marco jurídico que depende de la Convención Sobre los Derechos del Niño y su adopción en los sistemas jurídicos internos de los Estados parte, con especial aplicación del Artículo 3 de dicha Convención que instituye el interés superior del niño, el cual está orientado al compromiso institucional de los Estados ratificantes quienes deben propiciar en cuanto a las decisiones que sobre ellos se tomen, el mejor resultado posible.

En algunos países la ratificación de la Convención Internacional no ha producido impacto alguno o, en todo caso, ha representado un breve cambio político superficial

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

en torno al discurso y debate sobre el tema. En este sentido se manifiesta Beloff (1999):

> En otros países, se ha llevado a cabo una adecuación meramente formal o eufemística de las normas de derecho interno al instrumento internacional. Finalmente, otros países han realizado -o se encuentran en proceso de realizar- una adecuación sustancial de su orden jurídico interno al instrumento internacional. (p. 12)

Otro instrumento de relevancia es la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el marco de los derechos de la niñez y adolescencia. En el análisis aquí propuesto es fundamental volver a traer al contexto el caso de los *"Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala* en donde por primera vez la Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpreta el Artículo 19 de la Convención referida y concluyó que: "tanto la CADH como la Convención sobre Derechos del Niño, *forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de derecho humanos de los niños".*

Este caso es muy relevante porque se pone en evidencia que el Estado de Guatemala violentó derechos humanos de niños y adolescentes en una situación de vulnerabilidad extrema ya que eran personas sin hogar y por ende desprotegidos, como actualmente sucede con muchos niños, niñas y adolescentes que ven la necesidad de migrar al extranjero. Si bien es cierto, la vulneración de derechos en este caso particular es a lo interno, lo que se pretende dejar en claro, es que el Estado tiene responsabilidad total

hacia los niños, niñas y adolescentes en estado de indefensión y no debe propiciar su revictimización.

Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos es un instrumento vinculante para los Estados miembros, lo que compromete sus acciones políticas a una orientación progresiva de los derechos humanos, por lo que, si en sus legislaciones internas las normas son en detrimento o desfasadas, estas deben ser modificadas o declaradas nulas de pleno derecho; sobre esto continúa Beloff (2019):

> Entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, al tornarse una obligación positiva del Estado la de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos también en las relaciones inter-individuales y privadas, ámbitos en donde los derechos de los niños tienen una centralidad evidente. (p. 546)

Tomando en consideración que el *corpus iuris* garantiza la protección de la niñez y adolescencia en un ámbito muy amplio que incluye a la familia y su entorno, no solo se trata de la responsabilidad del Estado, sino que se aplica, sobre todo, a las relaciones privadas en la sociedad y la familia.

Esta amalgama de derechos constituye el *corpus iuris* internacional de los derechos de la niñez y adolescencia, plasmados en instrumentos que se encuentran en la cúspide de los ordenamientos jurídicos o en su caso, que el mismo sistema constitucional incorpora *ad hoc*, mismo que es reforzado por la jurisprudencia nacional e internacional, pero, sobre todo, con el quehacer político y académico en beneficio de la niñez y adolescencia.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

2.5. El control jurisdiccional de los derechos humanos de la niñez y adolescencia

La supervisión de las normas y principios jurídicos, que corresponde a los órganos de control jurisdiccional establecidos, para que cobren vida los contenidos esenciales de los instrumentos internos e internacionales en materia de derechos humanos es en extremo importante.

Para llevar a cabo el control, estudio y desarrollo de estos preceptos, se han establecido mecanismos internos y externos que permiten garantizar el cumplimiento de las obligaciones estatales. En efecto, el control interno de normativas de rango constitucional se lleva a cabo por medio del proceso de constitucionalidad y jerarquía normativa que a su vez combina una serie de normas constitucionales en un bloque.

De esta cuenta, la internacionalización del derecho constitucional funciona en una fase de estandarización de los derechos humanos que permite el control y supervisión universal y regional de los órganos especializados, en este último caso y para los países de América, por medio del sistema interamericano y la aplicación del control de convencionalidad.

Surge la necesidad entonces de plantear la relación intrínseca del control de constitucionalidad y el control de convencionalidad aplicado a los derechos humanos de la niñez y adolescencia en el ámbito constitucional y el marco del sistema interamericano de derechos humanos.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

2.5.1. Control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad tiene su origen en Guatemala en la Constitución de 1879 con las reformas realizadas en 1921 que introduce, en su Artículo 93, el sistema difuso; posteriormente, con la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 y sus reformas de 1993, se introduce a la Corte de Constitucionalidad como un órgano concentrado en la defensa constitucional y, por lo tanto, la implementación del sistema mixto vigente.

Para tratar el marco de constitucionalidad que abarca su protección y control, es clave relacionar a la supremacía constitucional como principio que implica más que el concepto de imperio de la constitución sobre todo el sistema jurídico interno, ya que también equivale a control de constitucionalidad, que además es un sistema completamente conectado al bloque de constitucionalidad y a las normas convencionales que complementan su contenido de forma dinámica y evolutiva.

El primer elemento del control constitucional es el bloque de constitucionalidad que se refiere a todas aquellas normas y principios que adquieren rango constitucional, de un compendio normativo selecto, por disposición de la Constitución que forman extensiones complementarias a la misma. Especialmente el bloque constitucional deriva de los Artículos 44 y 46 constitucionales que invocan una serie de derechos especiales (derechos humanos) con el fin de llevar a cabo el control de constitucionalidad en la necesidad de activar su protección a través de los órganos jurisdiccionales.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Bajo este esquema, *prima facie*, el bloque de constitucionalidad constituye la herramienta y el control de constitucionalidad, es el mecanismo. Para el presente estudio, *verbigracia*, la Convención sobre los Derechos del Niño es parte del bloque de constitucionalidad, mientras que la acción jurisdiccional al caso concreto o aplicación de la normativa conforme los Artículos 44 y 46 de la Constitución, es el control de constitucionalidad en los sistemas difuso y concentrado consecutivamente, a la vez que implica el control de convencionalidad difuso.

La jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad considera al bloque de constitucionalidad como un elenco normativo de rango constitucionalidad, pero su delimitación se refiere, en la mayoría de los casos, a normas que amplían el catálogo de derechos humanos. No obstante, la normativa constitucional también puede originarse de otros mecanismos y para distintas finalidades, como es el caso de las normas de rango constitucional creadas por la Asamblea Nacional Constituyente.

Aplica para este caso la resolución emitida dentro del expediente 4708-2012[13] de la Corte de Constitucionalidad, que refieren que el bloque de constitucionalidad que también abarca aquellas normas creadas por la Asamblea Nacional Constituyente. El rango de estas normas depende de su origen y son las siguientes además de la Constitución Política de la República: a) la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; b) Ley de Emisión de Pensamiento; c) Ley de Orden Público; d) Ley Electoral y de Partidos Políticos.

[13] Amparo en Única Instancia. Expediente 47-2012. Corte de Constitucionalidad en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo, 24 de abril de 2013.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

La inclusión de estas normas no es necesariamente aplicable al control de constitucionalidad *strictu sensu*, sino que solo define su rango constitucional a nivel local, pero podrían quedar relegadas en rango si se llegan a contraponer a los derechos humanos, caso en el que el tribunal tendría que ponderar normas y principios constitucionales. Bajo este mismo enfoque podrían encontrarse los Acuerdos de Paz, que tienen relevancia en la medida que se refiere a derechos que agregan valor al control de constitucionalidad. Sobre este respecto, explica con claridad Isabel Calderón (2020):

> (...) esta referencia es utilizada por el Tribunal, no con el objeto de establecer que esas normativas ostentan jerarquía constitucional y puedan fungir como parámetro de control de constitucionalidad, sino únicamente a fin de realizar consideraciones sobre la posición preferente que ocupan respecto de la norma ordinaria y su especial proceso de reforma, así como de la competencia de la Corte para realizar un control preventivo y vinculante respecto a proyectos de reformas que sobre ellas se intenten. Por lo tanto, se considera que el enfoque que, del concepto de bloque de constitucionalidad, refiere el tribunal en los fallos citados, es distinto al analizado en el presente trabajo. Otro punto conveniente de mencionar, lo es la consideración de si los Acuerdos de Paz signados entre el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca forman parte del bloque. Hasta donde alcanza la información, este tema no ha sido objeto de tratamiento por parte del tribunal guatemalteco. (p. 212)

En este criterio también se perfilarían al bloque de constitucionalidad aquellas normas infraconstitucionales que, sin ser parte de una ley constitucional o un tratado

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

internacional, su contenido deriva de preceptos del sistema de derechos humanos, es el caso de los principios en materia de derechos humanos que establecen los tratados internacionales y que están dispersos inclusive, en normas ordinarias, *verbigracia*, las normas y principios de protección a la niñez que están dispersos en la Ley PINA; pero lo que realmente les otorga esa jerarquía constitucional es la sustentación del Artículo 44 constitucional y la Convención sobre los Derechos del Niño convocada por el Artículo 46 de la norma suprema.

En cualquier caso, la determinación del contenido normativo que se incluye al bloque de constitucionalidad está dado por la Corte de Constitucionalidad y sus sentencias han ido incorporando material jurídico que se acumula al bloque, que en general se trata de convenios y tratados internacionales que derivan del sistema universal de derechos humanos y especialmente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a nivel regional.

La Corte de Constitucionalidad según expediente 1822-2011 proporciona una definición de bloque de constitucionalidad que sirve de guía elemental de la siguiente forma:

> El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal (...). (p. 14)

El bloque de constitucionalidad cumple su función en el análisis ponderativo realizado a través del control de constitucionalidad que se demarca fundamentalmente en los derechos humanos. A partir de esta base se puede analizar el control de

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

constitucionalidad bajo el enfoque del principio de primacía constitucional en un esmero de respeto a los derechos humanos que cobran valor y práctica.

El control de constitucionalidad, como mecanismo de verificación jurisdiccional de todas las normas al contraste de la Constitución, constituye un elemento indispensable en el análisis ponderativo, del cual se deben conocer sus características, aplicación, teleología, jurisprudencia y demás elementos aplicables.

a) Carácter

La Constitución es el marco de referencia primigenio del que emana y se sostiene el resto de las normas jurídicas sustantivas y adjetivas, reglamentos y disposiciones individuales en el esquema kelseniano piramidal basado en la subordinación de las normas. El Artículo 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala que establece la jerarquía constitucional, de manera enfática establece la no contrariedad de disposiciones de inferior categoría y la nulidad de pleno derecho en caso exista esa contradicción.

Bajo este principio se sostiene y funciona el Estado constitucional de derecho que demanda la sujeción de todos los habitantes, gobernados y gobernantes a la Constitución, en especial de todos los actos que emanan del Estado y la obligatoriedad de hacerlos cumplir sin excepción. Villegas Lara (2017) manifiesta que:

> Los poderes del Estado deben ejercer su respectiva función y sus atribuciones, dentro del marco de la Constitución Política y en observancia de las leyes que

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

fijan las respectivas competencias, como manifestación del régimen de legalidad. (p. 122)

El control de constitucionalidad tiene una participación práctica que se relaciona con el bloque de constitucionalidad. El control de constitucionalidad lleva consigo la garantía de cumplimiento de los parámetros constitucionales desde un enfoque procesal. Básicamente constituye la regla y medida de la aplicación de todas las normas jurídicas que rigen el Estado mientras que el bloque de constitucionalidad es su mapa legal.

Por tanto, especial atención merece la jerarquía y primacía constitucional desde el enfoque en el conjunto de normas que se refieren a las garantías y derechos de humanos que buscan proteger a la persona humana del poder arbitrario. La violación, tergiversación, supresión o elusión de normas constitucionales no es declarada *ipso facto*, sino que requieren de la declaratoria de inconstitucionalidad por parte del órgano jurisdiccional para que su contenido sea excluido *ipso iure* del ordenamiento jurídico, es decir, en la práctica las normas o resoluciones puestas en vigor pueden ser nulas de pleno derecho, siempre y cuando, sea evidenciada su contradicción a criterio del tribunal constitucional y no de forma automática e inmediata una vez que está vigente.

En tal virtud, la naturaleza jurídica del control de constitucionalidad deriva de sus principios cardinales que le dan base para tomar acción en los tribunales de justicia. Fundamentalmente, el principio de jerarquía constitucional que regula el Artículo 175 constitucional constituye el origen de este sistema, mientras que la supremacía de la ley es un principio que está disperso en los Artículos 44, 149, 175 y 204 constitucionales que sirven de sustento aplicativo.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

El principio de supremacía constitucional establece que ninguna norma, acto o resolución puede ser contraria a la Constitución y su bloque de constitucionalidad, pues su contradicción posibilita la nulidad *ipso iure* en la acción de resolver su expulsión del ordenamiento jurídico. Del mismo modo, el principio de jerarquía constitucional, que está estrechamente conectado a la supremacía constitucional, se manifiesta en la subordinación escalonada de todo el sistema jurídico de un Estado.

Al respecto, la Corte de Constitucionalidad (1996) dentro del expediente 453-95 indicó que:

> El principio fundamental de control de constitucionalidad es el de supremacía de la Constitución reconocido con precisión en los Artículos 44, 175 y 204 de la Constitución, conforme el cual, todo ordenamiento jurídico debe adecuarse a dicha normativa, por prevalecer la norma constitucional sobre cualquier ley, y se sanciona con nulidad a las leyes que la violen o tergiversen. Del principio de supremacía constitucional se deriva el de jerarquía normativa como una necesidad de preservar la armonía en un sistema normativo por medio de la gradación jerárquica de las distintas clases de normas, entre las cuales la Constitución ocupa el grado supremo, de tal manera que ésta como norma superior impone la validez y el contenido de una norma inferior, careciendo ésta última de validez si contradice una norma de carácter superior. (p. 2)

La Constitución, por encontrarse en el pináculo del sistema jurídico interno, debe tener mecanismos de control que hagan efectiva la amalgama de principios supremos, a través de órganos de control especializados o dispersos en la administración de

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

justicia, lo cual solo puede llevarse a cabo en la aplicación de las normas, pues la norma jurídica cobra vida hasta que es interpretada en los tribunales.

El control de constitucionalidad y su bloque son elementos entrelazados que garantizan el cumplimiento de las normas constitucionales, por lo que su naturaleza es de carácter procesal tal como lo indica la Corte de Constitucionalidad (2011) en el citado expediente 1822-2011:

> El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir, que determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquél son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno. Así, a juicio de esta Corte, el Artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos. El contenido del bloque de constitucionalidad está perfilado por la Constitución, y esta Corte, como máximo intérprete de la norma suprema, cuyas decisiones son vinculantes a los poderes públicos, es la competente para determinar, en cada caso, qué instrumentos se encuentran contenidos en aquél. (p. 15)

El hecho de que tanto el bloque de constitucionalidad como el control de constitucionalidad tengan una naturaleza procesal se sustenta en la Constitución, en los Artículos 266 para la inconstitucionalidad de leyes en casos concretos y el Artículo 267 para la inconstitucionalidad de leyes de carácter general, lo cual relaciona a la Ley

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad como norma constitucional adjetiva. Con este sistema de defensa del orden constitucional se perfilan las normas que deberán ser verificadas en el análisis jurisdiccional.

De lo anterior, se extrae que el control de constitucionalidad tiene las siguientes características:

- Es un mecanismo de protección al principio de supremacía constitucional.
- Se basa en el principio de jerarquía normativa.
- Busca preservar la armonía de las normas primando a la Constitución.
- Es un elemento de naturaleza procesal.
- Se apoya en el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad.
- Es ejercido por un órgano jurisdiccional especializado (control concentrado) o por el resto de los órganos jurisdiccionales en todos los procesos (control difuso), e incluso por ambos medios (sistema de control mixto).

b) Aplicación

La organización de la jurisdicción constitucional determina su aplicación de conformidad con los procedimientos constitucionales. Para Guatemala, la jurisdicción y competencia constitucionales indicadas en la Constitución quedan definidas con detalle en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, así como en los autos y acuerdos emitidos por la Corte de Constitucionalidad.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Siguiendo el orden que recuerda Villegas Lara (2017), los sistemas de competencia aplicables son:

- Sistema concentrado: el cual es ejercido por el órgano especializado siendo el tribunal constitucional o la corte de constitucionalidad.
- Sistema difuso: el cual es ejercida por todos los jueces del sistema judicial.
- Sistema dual (o mixto): en donde ambos sistemas, concentrado y difuso, funcionan coordinadamente.

Guatemala se inclina por el sistema dual o mixto, que se aplica en un orden de principios y procedimientos en donde coexiste un sistema difuso con el sistema concentrado de inconstitucionalidad de las leyes. En el primer caso, por medio de los jueces competentes según la materia y a su vez, en el segundo caso, con la participación de la Corte de Constitucionalidad.

El control mixto conforme el Artículo 120 de la citada ley, aplica especialmente para la inconstitucionalidad en casos concretos, ejercido en primer grado desde los tribunales de justicia ordinarios, de ser necesario, la apelación la conoce la Corte de Constitucionalidad. Mientras que el control concentrado, según el Artículo 133 de la misma norma, aplica para inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general en única instancia.

Este sistema de protección constitucional, incluidas las garantías constitucionales del amparo y la exhibición personal, funcionan para defender a la Constitución y a las personas, siendo un sistema que abarca aquellos derechos extendidos al bloque de

constitucionalidad, así como sus principios constitucionales que circulan alrededor de los derechos humanos y que buscan armonizar el ejercicio del poder en el Estado. En palabras de Sáenz (2004):

> El derecho opera fundamentalmente para asegurar la libertad de las personas; de ahí que estructura su ejercicio reglado a fin de hacer posible la libertad en sociedad, habida cuenta de lo heterogéneo de sus componentes individuales; de modo que se erige a partir de una norma única y mayor -la Constitución- de la que deriva, por aplicación del principio de "separación de poderes", la delegación a sujetos con poder: unos, para la elaboración de la normativa que posibilitará el ejercicio de aquella libertad; otros, para ejecutarlas cumpliendo el propósito de su emisión; y unos más para permitir el control de su aplicación por medio de la jurisdicción. (p. 37)

El control de constitucionalidad se aplica conforme los parámetros procesales de control escalonado ejercido por los órganos jurisdiccionales de rango extraordinario y especializado establecidos en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, elementos jurídicos que han evolucionado con la jurisprudencia emitida por la Corte de Constitucionalidad y algunas disposiciones emitidas por la Corte de Constitucionalidad con carácter de legislador activo.

c) Finalidad

El control constitucional es un atributo de la jurisdicción constitucional que corresponde a un razonamiento jurídico basado en las normas y principios de esta categoría. Como forma de control jurisdiccional tiene como fin filtrar todas aquellas posibles

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

contradicciones a su contenido esencial bajo la interpretación de normas y principios realizada por los tribunales de esa competencia.

Como base, el mecanismo funciona en un sistema lógico y coordinado, haciendo uso del silogismo jurídico en donde la norma y principio constitucional es la premisa principal y la segunda premisa es la contradicción de una norma, resolución o decisión, dando como conclusión que, si la norma es contraria al orden constitucional será nula *ipso iure*, con el fin de sostener el sistema de legalidad y el Estado de derecho constitucional.

El Estado administra su poder en tres funciones que le garantizan su legitimidad bajo un sistema de contrapesos, donde la administración de justicia ha evolucionado y se ha adaptado a las corrientes iusnaturalistas que pregonan los derechos humanos, siendo el máximo protector el sistema judicial que alinea a los otros poderes del Estado. Como indica Alejandro Amaya (2015): "La jurisdicción constitucional constituye, por lo tanto, la garantía que sostiene la estructura del Estado de derecho o democracia constitucional" (p. 55).

El control de constitucionalidad tiene como fin supremo proteger el orden constitucional, que conlleva la subordinación de la ley de todos los actos y el equilibrio de los poderes, por medio de la declaratoria de inconstitucionalidad y la expulsión de pleno derecho de cualquier elemento jurídico y antijurídico contrario a la Constitución, su esquema jerárquico y su bloque de constitucionalidad. El orden constitucional es equivalente a protección a los derechos humanos.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

d) Contenido

Entendido el control de constitucionalidad, como la aplicación jurisdiccional de la supremacía de la constitución y todo su marco de constitucionalidad, es consecuente que su contenido teórico se circunscriba a los siguientes elementos:

- Principio de supremacía constitucional.
- Bloque de constitucionalidad.
- Sujeción de la función pública a la Constitución.
- Nulidad de pleno derecho.
- Mecanismos de defensa constitucional.
- Jurisdicción constitucional.

Conforme estos elementos funciona el concepto de control de constitucionalidad en un orden lógico donde, la Constitución es la norma suprema y su bloque de constitucionalidad, su complemento, de manera que las autoridades deben apegar sus actos y resoluciones a ese marco de legalidad, con la advertencia de nulidad de pleno derecho, a través del uso de las herramientas de control constitucional accionadas por el poder judicial en la jurisdicción constitucional.

Dicho contenido del control de constitucionalidad ha evolucionado conforme los *modelos* procesales constitucionales que se han perfilado en diferentes partes del mundo y que han moldeado sus teorías a partir de presupuestos filosóficos e históricos.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Del mismo modo, surgen los *sistemas* de control de constitucionalidad que son esquemas jurídicos que se han ido adoptando en la legislación *ad hoc* de los países. Siguiendo a Amaya (2015), los modelos históricos del control de constitucionalidad se dividen de la siguiente forma:

- Modelo estadounidense: basado en el derecho natural y en una constitución escrita como ley fundamental. Es un sistema judicial que recae en los jueces y es difuso porque todos los jueces pueden conocer la inconstitucionalidad; nace en un proceso judicial, se conoce en casos concretos; se ejerce a solicitud de parte; solo pueden conocer lo casos planteados.

- Modelo político o francés: surge del proceso de liberalismo en Francia. Su marco conceptual se desprende que hay un órgano especial concentrado (consejo constitucional); inicialmente solo control preventivo, a partir de 2008, también a *posteriori;* la legitimidad está limitada a algunos órganos del poder e indirectamente a los particulares; procedimiento contradictorio y público a partir de 2008.

- Modelo kelseniano o europeo continental: que surge de la Constitución Checoslovaca de 1920 y de la teoría de Kelsen posteriormente seguido en Austria. Este modelo tiene las siguientes características: hay un órgano especializado; hay control posterior; control abstracto y concentrado; legitimación en los sujetos públicos; efectos *erga omnes* (para todos) y ex nunc (efectos desde que se dicta la resolución).

- Por último, también están los denominados sistemas constitucionales que han surgido como practicas internas en algunos países y adaptados a sus legislaciones y

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

constituciones, por ejemplo, el sistema federal argentino; sistemas provinciales argentinos, sistemas duales o paralelos, sistemas latinoamericanos mixtos, en donde se incluye Guatemala que tiene la característica que su tribunal constitucional está fuera del poder judicial.

e) Efectos

Las normas constitucionales son cotidianamente violentadas por la aplicación inapropiada o arbitraria de normas infraconstitucionales, criterios institucionales o interpretaciones cerradas, estas, si bien es cierto, son nulas de pleno derecho, sus efectos ofensivos cobran vida con la resolución judicial del tribunal constitucional apegada a las normas y principios constitucionales, pues deben ser declarados *ad quo* o *ad quem,* según el sistema de inconstitucionalidad planteado.

Dependiendo del modelo o sistema de constitucionalidad sus efectos serán determinados por el procedimiento aplicable. Conforme el modelo constitucional austriaco o europeo-kelseniano los efectos, según Díaz Bravo (2016), son los siguientes:

- Al ser un sistema *concentrado o centralizado* está reservado a un órgano especialmente constituido.
- Es *principal*, porque la cuestión se ventila de forma independiente de toda otra.
- Es *general* en cuanto la declaración de inconstitucionalidad produce efectos *erga omnes*, expulsando así la norma del ordenamiento jurídico.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

- Es *constitutivo*, sus efectos se aplican *ex nunc*, solo hacia el futuro, sin perjuicio de las sentencias y situaciones jurídico cas del tiempo intermedio. (p. 2)

- Además, como indica Sáenz (2004): "su decisión es motivada y con efectos de cosa juzgada".

- Existe un efecto de legislativo negativo del órgano centralizado.

Del mismo modo, el modelo americano que se relaciona a la inconstitucionalidad a casos concretos tiene como efectos básicos los siguientes:

- Relaciona la inconstitucionalidad a casos concretos.

- El sistema es difuso y la potestad la ejerce cualquier juez.

- Se extiende exclusivamente a la validez de la norma, ley, reglamento al caso concreto planteado.

- Es especifico y sus efectos se producen para las partes *ad casum*.[14]

- Es declarativo y sus efectos se retrotraen a la vulneración de la norma.

Las disposiciones no alineadas al orden constitucional generan irregularidades en la validez de la norma y como consecuencia al abuso de poder en el ejercicio de la función pública que contraviene lo establecido en el marco de constitucionalidad. Esto

[14] No obstante, como indica López Guerra, citado por Sáenz (2004): "si una declaración similar se pronuncia estando sometido el caso al Tribunal Supremo, su inaplicación se convierte en general para el futuro, obligando al resto de jueces y tribunales" (s. p.).

ESCUELA DE FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES POSTGRADO
USAC
SECRETARIA

da lugar a dos tipos de contradicciones en los sistemas constitucionales conocidos en Guatemala que funcionan finalmente como un sistema mixto:

En primer lugar, la inconstitucionalidad a casos concretos. En principio se basa en el sistema de control difuso, que deriva del modelo estadounidense por el que cualquier juez (con excepción de los juzgados de paz) tiene la potestad de conocer e implica el examen de la denuncia de leyes que, de aplicarse a conflictos pendientes de fallarse en la jurisdicción ordinaria resultarán inconstitucionales. De conformidad con el capítulo tres de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad los efectos de este sistema son los siguientes:

- Se puede plantear directamente ante el tribunal que corresponda según la materia.
- El Tribunal asume el carácter de tribunal constitucional.
- Se tramita en cuerda separada.
- Se da la suspensión del proceso.
- La apelación de la resolución es elevada a la Corte de Constitucionalidad (esencia del sistema mixto).
- Limitación del tribunal constitucional de origen que conoce, solo puede conceder o denegar la alzada.

En segundo lugar, la inconstitucionalidad de carácter general, que está basada en el sistema de control concentrado y derivado del modelo austriaco. Según Sáenz (2004), este sistema "es el enjuiciamiento del apego a la ley fundamental de las normas

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

emitidas por el órgano encargado de la emisión de leyes, con la atribución de declarar la nulidad" (p. 43), eso implica que la Corte de Constitucionalidad se convierte en un legislador de carácter negativo. De conformidad con el capítulo cinco de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, los efectos de este sistema son:

- La integración de la Corte de constitucionalidad como órgano centralizado.
- La suspensión provisional del reglamento o disposición de carácter general, a juicio de la Corte de Constitucionalidad si fuera notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables.
- La declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, reglamento o disposición de carácter general total que quedará sin vigencia.
- La declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, reglamento o disposición de carácter general parcial que quedará sin vigencia en la parte que se declare inconstitucional.
- La sentencia firme se convierte en cosa juzgada y no cabe recurso alguno.
- Publicación de las sentencias en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a que queden firmes de la declaratoria de inconstitucionalidad total o parcial.
- En caso la inconstitucionalidad se declare sin lugar, tanto el tribunal de primer grado y la Corte de Constitucionalidad podrán sancionar con multas y costas a los abogados postulantes.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

En general, los efectos del control de constitucionalidad en un sistema mixto como el de Guatemala tiene como efecto y finalidad principal, la defensa del orden constitucional y la protección de las personas en sus derechos humanos, ahora bien, en caso de violación al orden, buscará el restablecimiento del orden constitucional por medio de la integración del bloque de constitucionalidad.

f) Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad

El control de constitucionalidad tiene como primer antecedente el caso Marbury vs. Madison (1803), sentencia que marca el punto de partida del sistema de control constitucional difuso que como indica Amaya (2015):

> El célebre fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos "Marbury v. Madison", sin lugar a dudas el caso más famoso del constitucionalismo moderno, que se presenta públicamente como el origen del control judicial difuso; así como el diseño positivista que Hans Kelsen planteara en su propuesta de "Tribunal Constitucional" (hoy vigente en los países europeos y en algunas naciones latinoamericanas) conforman los dos modelos de control de constitucionalidad que han atrapado con mayor fuerza el interés del mundo occidental. (p. 8)

En Guatemala, la Corte de Constitucionalidad ha hecho relación al control de constitucionalidad en diferentes expedientes, algunos de los más importantes son:

- Sentencia sobre inconstitucionalidad en casos concretos de fecha 30 de junio de 2010, Gaceta 97, de la Corte de Constitucionalidad. Sentencia que refiere al principio

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

de supremacía constitucional, legitimidad y el pronunciamiento del tribunal constitucional ante la inobservancia de la ley fundamental.

- En sentencia sobre inconstitucionalidad general, de fecha 8 de noviembre de 2016 expediente 3438-2016. Esta sentencia indica que el reconocimiento del bloque de constitucionalidad posibilita que en la tarea del control de constitucionalidad de las leyes se verifique si en el ejercicio de la función legislativa existe conformidad no sólo con normas de la Constitución Política de la República de Guatemala, sino también con los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos que conlleven compromisos estatales.

- Sentencia sobre inconstitucionalidad en caso concreto, expediente 2085-2015 de fecha 27 de enero de 2016. Básicamente hace referencia a que los principios de progresividad y de no regresividad constituyen parámetros de control de constitucionalidad para analizar las medidas adoptadas por los entes reguladores en relación con los derechos sociales, para determinar la inconstitucionalidad de ciertas medidas normativas, pues una vez alcanzado un determinado nivel de protección, el amplio margen de configuración de los entes reguladores en materia de derechos sociales se ve restringido; sobre todo, cuando se afecta derechos sociales de personas o grupos de personas especialmente protegidos por la Constitución, tales como la niñez, la maternidad, la discapacidad y la tercera edad, de conformidad con los Artículos 51, 52 y 53 constitucionales.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Asimismo, la Corte de Constitucionalidad ha hecho referencia al control de constitucionalidad en diferentes sentencias de las cuales vale la pena mencionar las siguientes:

- Inconstitucionalidad general parcial por omisión, expediente 1822-2011 de fecha 17 de julio de 2012, páginas 14 y 15.
- Inconstitucionalidad general parcial, expediente 56-2012 de fecha 03/05/2012, página 9.
- Inconstitucionalidad general parcial, expediente 3215-2011 de fecha 13 de diciembre de 2012, página 7.
- Inconstitucionalidad general parcial, expediente 6014-2017 de fecha 29 de marzo de 2001, página 21.
- Inconstitucionalidad general parcial, expediente 515-96 de fecha 10 de abril de 1997, página 3.
- Inconstitucionalidad general parcial, expediente 5952-2018 de fecha 19 de junio de 2019, página 4.
- Amparo en única instancia, expediente 4238-2008 de fecha 22 de julio de 2009, página 3.
- Gaceta número 40, Inconstitucionalidad general, expediente 669-94 de fecha 03 de agosto de 1995, página 3.

- Inconstitucionalidad general, expediente 2112-2016 de fecha 17 octubre de 2017, página 52.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un sentido extensivo, en el citado caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, serie C No. 158, párrafo 128. Esta sentencia básicamente indica que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

2.5.2. Control de convencionalidad

El control de convencionalidad es la relación de cumplimiento entre el derecho interno y el derecho internacional a través de la interpretación conectada de las normas establecidas en los convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos. Es un sistema jurisdiccional basado en el derecho internacional especializado y en el imperio de la ley constitucional, obligatorio para los países signatarios de las convenciones internacionales.

El carácter vinculante y obligatorio de los instrumentos sobre derechos humanos, funciona a partir del régimen jurídico y político internacional que está determinado por una forma de contrato entre Estados, verbigracia, la Organización de Estados Americanos (OEA), que deriva de las fuentes internacionales del derecho y que en su forma teórica, buscan alcanzar los propósitos fundamentales de la Organización de las

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Naciones Unidas a partir de 1945 en el sistema universal de derechos humanos que, posteriormente, se delimita a nivel regional, en este caso, el sistema interamericano de derechos humanos.

El ámbito regional de aplicación de los derechos humanos atiende a valores y criterios compartidos en una zona geográfica que tiene relaciones culturales. El sistema interamericano de derechos humanos funge como guardián dinámico de los instrumentos internacionales, en especial, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y, además, se nutre de los criterios judiciales de la Corte especializada a nivel regional en materia de derechos humanos.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene participación jurisdiccional y en el proceso acuña la teoría del Control de Convencionalidad como un criterio jurisprudencial de efectos *erga omnes* para los Estado parte y de obligatorio cumplimiento para la aplicación de controles internos derivados. Este criterio emana de los propios instrumentos internacionales suscritos y se manifiesta en la jurisprudencia como resultado de la declaratoria de responsabilidad de los Estados.

a) Carácter

Hay aspectos especiales que identifican al control de convencionalidad y que lo caracterizan como un sistema especial de control jurisdiccional internacional. Su evolución, desarrollo científico y jurisprudencial dan pauta a aclarar algunos de sus requisitos fundamentales. De hecho, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado el paso para determinar sus características esenciales.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

En el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú,[15] la Corte da luces de las características del Control de Convencionalidad, mismas que Ibáñez (2018) organiza así:

> i) es de **aplicación ex officio** por parte de los órganos del Poder Judicial, «evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes». En ese sentido, «[e]sta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones»; ii) es **complementario al «control de constitucionalidad»**, de manera que se debe aplicar además del citado control al que están obligados los órganos del Poder Judicial por su propia legislación interna. (p. 52) (sic)

En el caso citado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también es enfática en decir que el clima de inseguridad jurídica que limita la impugnación respecto del procedimiento de evaluación y eventual cesación de las presuntas víctimas, lo que origina una tercera característica que implica que el control de convencionalidad es aplicable "(...) en un **contexto de impedimentos normativos y prácticos** para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales (...)" (párr. 129).

---

[15] Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) especialmente los párrafos 128 y 129.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Por lo tanto, en síntesis, las características del control de convencionalidad que establecen su naturaleza jurídica y delimitan su contenido, se circunscriben a tres aspectos fundamentales, sin perjuicio de su paulatina evolución:

- Es de aplicación *ex officio.*
- Es complementario al control de constitucionalidad.
- Es aplicable en un contexto de impedimentos normativos y prácticos de acceso a justicia.

Es de esta forma que el control de convencionalidad también sirve como mecanismo o instrumento argumentativo jurídico que permite encontrar la esencia de los derechos humanos por parte del órgano jurisdiccional con una visión trascendental en las normas y principios convencionales y que complementan las normas constitucionales ante la inobservancia de los derechos humanos en cualquier instancia.

b) Contenido

La evolución y desarrollo del control de convencionalidad ha sido en gran parte determinada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que constituye su principal fuente y, como consecuencia, su contenido teórico y práctico se ha reflejado en los criterios de los órganos jurisdiccionales de los Estados parte, sin olvidar que esta teoría se ha reforzado por el análisis científico de los juristas que ordenan su esquema conceptual.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Las primeras aproximaciones del control de convencionalidad se dan con los votos razonados del destacado jurista mexicano Sergio García Ramírez, por primera vez, en 2003 en la sentencia Myrna Mack Chang vs. Guatemala;[16] después, en 2004 en la sentencia Tibi vs. Ecuador;[17] y, por último, en la sentencia del caso López Álvarez vs. Honduras.[18]

En estos casos, en ese orden, se estableció:

- La responsabilidad global del Estado en el régimen de convencionalidad.
- La actividad convencional y jurisdicción interamericana de la Corte en comparación con la jurisdicción constitucional.
- El análisis complejo que deriva del control de convencionalidad.

Pero no fue hasta 2006 que se da la aparición expresa del término "Control de Convencionalidad" que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, utilizó al resolver el caso Almonacid Arellano y otros vs Chile. Este caso se da en el contexto del derrocamiento del entonces presidente Salvador Allende en la República de Chile a inicios de los años 70, y que en Latinoamérica representaba una constante de gobiernos militares que resultaron en la comisión de delitos de lesa humanidad como desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales.

---

[16] Voto razonado concurrente, párr. 27. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25 de noviembre de 2003, serie C, núm. 101.

[17] Voto razonado concurrente, párr. 3. Caso Tibi vs. Ecuador, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C, núm. 114.

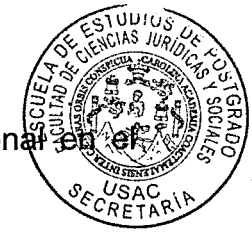
[18] Voto razonado concurrente, párr. 30. Caso López Álvarez vs. Honduras, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1 de febrero de 2006, serie C, núm. 141.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Esto evidenciaba la arbitrariedad a nivel interno de las cortes con el simple control interno de sus procedimientos constitucionales que no funcionaba para proteger los derechos humanos. Entonces, en el caso citado, sobre el control de convencionalidad, la Corte indicó:

> La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "**control de convencionalidad**" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Almonacid Arellano y otros vs. Chile, excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas, párr. 124)

El concepto del control de convencionalidad queda establecido en su forma genérica y marca el punto de partida para que posteriormente sea utilizado como jurisprudencia elemental de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vinculante y obligatorio, tanto para la misma, como para los tribunales y sistemas jurídicos internos de los



Estados parte del sistema interamericano por virtud del derecho internacional en el marco de la buena fe y demás principios del Derecho Internacional aplicables.

c) Alcance

El Control de Convencionalidad, como mecanismo de respaldo y verificación, tiene sus límites en las normas convencionales y constitucionales, es decir, se rige por los principios del derecho internacional público y por los principios constitucionales que demarcan su actuación en los derechos primigenios del ser humano y tiende a ser exclusivo de los derechos humanos en sus diferentes clasificaciones, cuando hay amenaza o efectiva vulneración a los mismos.

Esto quiere decir que el control de convencionalidad tiene su límite en normas o procesos que protegen derechos humanos, lo que permite considerar que en todos los ámbitos del derecho o sus áreas, la verificación adjetiva de los derechos de cualquier tipo debe estar bajo un razonamiento constante de los derechos humanos.

El control concentrado de convencionalidad lo ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene participación en la medida que todos los demás controles (de constitucionalidad y convencionalidad difuso) han sido eludidos o arbitrariamente excluidos, o sea que su mecanismo es convocado para cumplir con el control de los tratados, convenciones y jurisprudencia desarrollada que se relacionan con esta materia. No obstante, como indica Gonzaíni (2017):

> (...) la Corte IDH no tiene competencia para convertirse en una "nueva y última instancia" para resolver los planteamientos originales de las partes en un

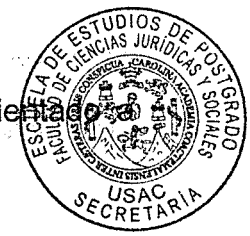
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

proceso nacional. Esto lo tiene claro el Tribunal Interamericano como no puede ser de otra manera. En primer lugar, no es un órgano que participe del proceso originario tramitado ante los jueces del Estado que corresponda. El tribunal no es una alzada y su margen de incidencia se reduce al correcto ejercicio del "control de convencionalidad", que supone realizar el test de compatibilidad de la actuación nacional a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de sus Protocolos adicionales y de su propia jurisprudencia convencional. (p. 216)

Es, por tanto, un control de normas jurídicas y principios *sui generis* diferenciado de los controles internos por la responsabilidad internacional de los Estados que son parte de una convención que se han obligado a cumplir, de manera que, en cuanto a la obligación de los Estados, el alcance del control de convencionalidad es el de retroalimentación de normas de categoría convencional, como ya lo indica Domínguez (2014):

> El control de convencionalidad obliga y permite a las autoridades tomar estas acciones positivas. Se sustenta sobre una base teórica que se distancia de la tradicional tesis dualista en relación al alcance de las obligaciones internacionales para las autoridades nacionales. La doctrina del control de convencionalidad responde a los recientes desarrollos que reconocen la especificidad de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, las cuales buscan proteger los derechos que se derivan de la dignidad intrínseca de cada ser humano. La condición especial de los tratados de derechos humanos ha flexibilizado los límites otrora impuestos por la soberanía

de los Estados, obligando así a que todo el aparato estatal esté orientado a garantizar la adecuada protección de los derechos humanos. (p. 19)



La finalidad suprema del control de convencionalidad es actuar como mecanismo de seguridad y garantía de la aplicación de las normas y principios convencionales a través de sus diferentes modalidades, ya sea por medio del sistema concentrado o difuso, sin menoscabo de los procedimientos internos que deban ser agotados sin afectar el debido proceso.

d) Modalidades

La aplicación y vigilancia de las normas convencionales como mecanismo de control requiere de la participación directa de los Estados parte por virtud del Artículo 2 consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, quienes se han comprometido a adoptar los procedimientos internos para llevar a cabo ese control desde sus instancias en consonancia con las normas constitucionales; del mismo modo, si este control interno no es realizado en perjuicio de los derechos que busca proteger, un control externo será necesario por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin que esto implique una clase de instancia superior.

El control de convencionalidad puede ser concentrado y difuso. Por una parte, el sistema de convencionalidad difuso lo ejercen los órganos jurisdiccionales internos, los tribunales de justicia de diferente competencia y materia; por su parte, el sistema de convencionalidad concentrado lo ejerce directamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos una vez activada su participación y agotados los procesos internos. Del mismo lo indica Bustillo (2013):

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

> El control de convencionalidad se parte en dos tipos distintos, que son llevados a cabo por dos órganos distintos: el primero es el control concentrado de convencionalidad, que realiza únicamente la Corte Interamericana; el segundo es el control difuso de convencionalidad, que realizan los Estados, en el ámbito de sus competencias a través de todas sus autoridades. (p. 7)

No obstante, como ya se indicó, el control concentrado de convencionalidad, en teoría, no constituye una instancia superior porque la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es independiente de la actuación jurisdiccional de los tribunales internos y es exclusiva para la verificación de las normas y principios convencionales.

Por lo general la participación de la Corte tiene cabida cuando la responsabilidad del Estado no ha sido cumplida transcurridos varios años e incluso década desde la violación de los derechos humanos, por lo que para el control concentrado de convencionalidad se requiere haber agotado todos los recursos internos que garanticen o restituyan los derechos consagrados en las convenciones sobre derechos humanos adoptadas y ratificadas por los Estados miembros.

Por su parte, el sistema de control difuso de convencionalidad tiene sustento en el Artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en lo indicado por la misma Corte en el ya citado caso Almonacid Orellano Contra el Estado de Chile en su ya famoso párrafo 124: "cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención".

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

De esta manera, el control difuso de convencionalidad es obligatorio para todos los jueces de cualquier categoría y ámbito en el marco de las obligaciones adquiridas por los Estados y puede ser iniciado *ex officio* o a instancia de parte, mientras que el control concentrado es ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de jurisdicción internacional y su participación es a instancia de algún Estado miembro de la Convención Americana sobre Derechos Humano, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de forma indirecta por los individuos o instituciones de derechos humanos.

2.5.3. Sustento jurídico de las normas convencionales en materia de derechos humanos (*ius cogens* y *pacta sunt servanda*)

La convencionalidad está sustentada en un sistema de control fundamental de principios del derecho internacional que todos los Estados buscarán proteger y si uno de estos deja de hacerlo, tendrá como consecuencia el rechazo y limitación política internacional que está dada por la ratificación de tratados internacionales en un ámbito especialmente regional, por lo que el sistema jurídico predominante en este caso es el sistema interamericano de derechos humanos originado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 o mejor conocido como pacto de San José.

Para el control de convencionalidad, además de la obligación de cumplimento por parte de los jueces (incluso otras autoridades) en la aplicación de las normas, también corresponde al sistema interamericano garantizar y establecer los procesos complementarios para que los derechos humanos sean examinados en su máxima

expresión por medio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido, hace mención Ibáñez (2018):

> De acuerdo con el preámbulo de la Convención Americana, el sistema interamericano se basa en una protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos. A partir de ello queda en evidencia que el "principio de complementariedad" también denominado "principio de subsidiariedad", es trasversal al sistema interamericano. (p. 43)

Por otra parte, el *corpus iuris* interamericano de derechos humanos está, sobre todo, proporcionado por el Pacto de San José. No obstante, la Convención Sobre los Derechos del Niño siendo una convención especializada, queda a merced de la Corte interpretar con base a sus referencias en virtud que el mismo Pacto de San José permite actuar *ex officio* aplicando normas pertinentes al caso concreto.

Tanto la Convención Sobre los Derechos del Niño y demás convenciones internacionales en materia de derechos humanos, como las normas constitucionales y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituyen un sistema referente de interpretación obligatorio, de tal manera que los principios del derecho internacional son el candado que vincula al Estado parte con las obligaciones internacionales.

El Estado obligado no solo está sujeto a las sanciones económicas y jurídicas resarcimientos de costas, daños y perjuicios, sino también a la presión política internacional en donde juega un papel importante el hecho de encontrarse el Estado

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

sancionado, en una posición pasiva frente al apoyo internacional como es el caso de la mayoría de los países latinoamericanos.

Las normas convencionales no son contrarias a la constitución y la supremacía constitucional pues están perfectamente equilibradas en su contenido, con base en la declaración expresa del Estado para proteger y desarrollar los derechos humanos ya reconocidos. Guatemala sustenta esta opción en los Artículos 46 y 149 de la Constitución Política de la República, lo que posibilita la implementación legítima de los elementos del control de convencionalidad.

Para estos efectos, dos principios fundamentales del derecho internacional tienen relevancia en el marco de los derechos humanos de cualquier clase: el principio de *pacta sunt servanda* (los pactos han de observarse), y el principio de *ius cogens* (derecho necesario o imperativo).

En primer término, *pacta sunt servanda* es un principio que determina el alcance de los instrumentos internacionales ratificados por los Estados. Las normas internacionales de esta categoría no atentan contra la soberanía de los Estados, sino que los acoge para que se beneficien de la paz y seguridad internacional y, entonces permite que estos adopten convenios internacionales que los obligan, eso sí, a cumplir sus obligaciones con base en el *pacta sunt servanda* como un principio internacional ineludible, porque como dice Ibáñez (2018):

> Un Estado queda vinculado a las obligaciones derivadas de un tratado internacional como consecuencia de haber manifestado su consentimiento a

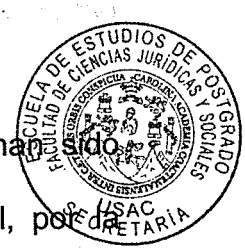
través de la firma, ratificación o adhesión al mismo, siempre en ejercicio de su soberanía. (p. 10)

El Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, establece dicho principio de *pacta sunt servanda,* que es la obligación de cumplimiento y resultado de la buena fe entre las partes que han suscrito un tratado o convenio internacional. Este principio es, con frecuencia, violentado por los Estados parte y su reestablecimeinto tambien depende del control jurisidiccional aplicable a nivel interno, regional o universal. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en resolución del caso Loayza Tamayo vs. Perú cumplimiento de sentencia de fecha 17 de noviembre de 1999 estableció que:

> Que esta obligación corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (pacta sunt servanda) y, como ya ha señalado esta Corte, no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. (p. 1)

Asimismo, en la Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también indicó que:

> Una cosa diferente ocurre respecto a las obligaciones internacionales y a las responsabilidades que se derivan de su incumplimiento. Según el derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas



> pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia. (párr. 35)

Mientras tanto, en Guatemala, la Corte de Constitucionalidad en inconstitucionalidad general, expediente 3438-2016, de fecha 8 de noviembre de 2016 indicó que:

> La Convención Americana sobre Derechos Humanos constituye tratado internacional conforme la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lo que implica que Guatemala debe cumplir las obligaciones allí asumidas de conformidad con los principios de derecho internacional pacta *sunt servanda y bona fide*, existiendo imposibilidad de invocar derecho interno para incumplir sus obligaciones internacionales. (p. 4) (sic)

Por otra parte, otro principio de especial contraste es el *ius cogens,* entendido como principio del derecho internacional general se acopla a la voluntad de los Estados por incorporarse a la comunidad internacional y el sistema de valores adoptados en los instrumentos internacionales como parte de un proceso histórico de protección a los derechos humanos.

El control que deriva de la ratificación de un tratado o convención internacional en materia de derechos humanos genera un impacto en la política internacional de los Estados miembros, en virtud que, si estas normas se refieren a principios y valores fundamentales como la dignidad, la justicia, la inclusión, la no discriminación y la igualdad, pasan a formar parte de las normas del *ius cogens.* El Estado ratificante se

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

obliga no solo a cumplir lo pactado, sino a desarrollar con carácter evolutivo el esquema de derechos y obligaciones incorporados a su legislación en materia de derechos humanos en una categoría imperativa.

El derecho imperativo o *ius cogens,* como su nombre lo indica son normas del derecho internacional general, especialmente de aquellos que ya se encuentran reconocidos de forma básica en la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero que constantemente se van adaptando a las nuevas realidades o valores y, por lo tanto, se suman a los derechos imperativos. Como indica Quispe Remón (2010):

> (...) al reconocer estos derechos, los estados crean una pirámide en el Derecho internacional y en cuya cúspide se encuentran las normas denominadas imperativas, cuyo valor es superior a las demás normas porque recogen los valores esenciales de la comunidad internacional que está fundamentado en la idea de humanidad. (p. 50)

Las normas de *ius cogens* no se limitan al ámbito regional, sino que forman parte de los derechos humanos universales respaldados a su vez por la Carta de las Naciones Unidas que consigna los derechos fundamentales y, por ende, sus efectos serían *erga omnes.* Al respecto continúa Quispe Remón (2010):

> La condición de norma imperativa de derecho internacional no implica que todos los estados la hayan reconocido como tal. El Artículo 53 (de la convención de Viena sobre el derecho de los tratados) establece el reconocimiento por parte de los estados de la comunidad internacional en su conjunto; ello no significa la totalidad de los estados. La práctica ha demostrado que para el reconocimiento

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

> de una norma con el estatus de norma imperativa es suficiente la aprobación por parte de algunos estados, cuya presencia en el mundo sea "importante e influyente". Se trata que sea una norma aceptada por un amplio número de estados, incluidos todos los estados y grupos de estados más significativos; ningún Estado tiene, pues, veto al respecto. La oposición aislada de un Estado no impediría el otorgamiento de la condición de imperativa. (p. 46)

La Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicio, en acción constitucional de amparo de fecha 10 de agosto de 2021 estableció que: "en el derecho internacional se ha reconocido que toda violación a los derechos humanos debe ser reparada, principio que ha sido elevado a la categoría imperativa de ius cogens". Por su parte, la Corte de Constitucionalidad en Inconstitucionalidad general parcial, expediente 1514-2017 de fecha 16 de septiembre de 2021, indicó que:

> No puede admitirse, entonces, en el desarrollo legislativo interno de un Estado, una regulación insuficiente o defectuosa que limite garantías fundamentales reconocidas en el derecho internacional contemporáneo, fundadas en reglas imperativas de derecho internacional (ius cogens)-. (p. 44) (sic)

Del mismo modo, el Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados que trata sobre el principio de *ius cogens* establece que constituye una norma imperativa para el derecho internacional general y que es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional, como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Esta normativa imperativa, por supuesto, no es estática y el Artículo 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados le permite un carácter evolutivo al establecer que, si surge una nueva normativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esta norma se convertirá en nulo y terminará.

Como corolario de este tópico, tanto el control de constitucionalidad como el control de convencionalidad tienen un vínculo muy estrecho y funcionan al unísono cuando se trata garantizar derechos humanos, pues se complementan diáfanamente y se puede entender su vinculación con la "internacionalización del derecho constitucional", a partir de donde los Estados adquieren responsabilidades y candados más fuertes. Pues como sistemas de control su función se fija en proteger derechos establecidos y/o reestablecer o reparar derechos violentados.

Entendidas estas dos teorias, control de constitucionalidad y control de convencionalidad, su importancia aplicativa deviene a ser clave en el análisis jurídico del fenómeno migratorio infantil desde el enfoque de los derechos humanos y la guía del principio de interés superior del niño en el plano internacional.

Conforme este lineamiento, se puede decir que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la cual fue ratificada por Guatemala hace ya tres lustros, puede considerarse parte del sistema constitucional que protege y garantiza los derechos humanos de la niñez y adolescencia sin distinción del conjunto constitucional supremo en la escala de la teoría kelseniana, en virtud que constituye parte del bloque de normas imperativas en materia de derechos humanos.

La efectividad de estos controles de más alto rango depende, en primer orden, de las mismas garantías constitucionales que establece la Constitución Política, es decir por medio de la acción constitucional de amparo, la inconstitucionalidad de leyes y el *habeas corpus.* La manifestación del control difuso de los derechos humanos se da precisamente en las cortes nacionales e incluso en la Corte de Constitucionalidad.

Corresponde a la jurisdicción ordinaria de los jueces y tribunales de la República resolver conforme el sistema de convencionalidad, pero, en su defecto, las Cortes de Apelaciones, las Cámaras, e incluso el pleno de la Corte Suprema de Justicia, así como los constituidos en calidad de tribunales extraordinarios y subsidiarios de amparo *a quo,* rectificar los defectos de forma y de forma que no se adapten al sistema convencional.

Asimismo, la Corte de Constitucionalidad debe resolver *ad quem* las apelaciones constitucionales para verificar ese sistema de convencionalidad; como lo señalan los juristas Ferrer Mac-Gregor y Pelayo (2017): "De esta manera, los jueces de los Estados parte de la CADH (y en general todas las autoridades) se encuentran obligados al cumplimiento de la normatividad convencional y la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH" (p. 141)

En tal virtud, la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también forma parte de ese sistema de interpretación convencional que deriva de los fallos emitidos en el control de convencionalidad en el sistema concentrado y, por lo tanto, estos fallos adquieren rango constitucional, debiendo todas

las autoridades del Estado velar por su cumplimiento insoslayable. Al respecto señala Ibáñez (2018):

> El control de convencionalidad es exigible a todas las autoridades y órganos administrativos, en cualquier nivel, de manera que, en el ejercicio de sus funciones, aquellos deberán verificar la conformidad de las normas y prácticas internas con lo establecido en la Convención Americana, los demás tratados del *corpus juris* interamericano y la respectiva jurisprudencia interamericana. (p. 86)

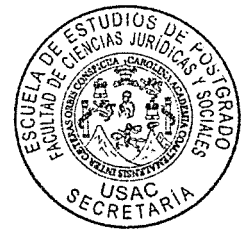
Las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con niñez y adolescencia pueden adoptarse como parte de las normas interpretadas con efectos y alcances *inter-partes* es decir para el Estado denunciado o efecto *erga omnes* para todos los miembros de la Convención Americana.

La protección internacional de los derechos humanos, sin lugar a dudas, es necesaria y las teorías que surgen del Control de Convencionalidad, control de constitucionalidad y bloque de constitucionalidad, no hacen más que reforzar el hecho que, los derechos humanos son violentados constantemente y, por ende, la necesidad de crear sistemas de protección imperativos que permitan garantizar los derechos humanos, en especial de la niñez y adolescencia migrante en vista de los reiterados casos a la violación de sus derechos.

De todo lo dicho, es necesario aterrizar en los siguientes puntos: en primer lugar, que el fenómeno de la migración infantil requiere ser estudiado atendiendo a los principios del derecho internacional, estándares internacionales, jurisprudencia nacional e internacional.

En segundo lugar, estudiar la realidad social de la migración infantil en sus causas y consecuencias que representan para la niñez y adolescencia un atropello a sus derechos humanos y las problemáticas colaterales de fondo que ya se encontraban sufriendo antes de migrar.

Asimismo, la relación que existe entre el fenómeno migratorio irregular con el cuerpo normativo internacional especializado aplicable, no se puede divorciar de los estándares internacionales; con estos datos, se puede entonces, construir el puente que enlace al siguiente tema ineludible: las medidas políticas y jurídicas de protección para la niñez y adolescencia migrante irregular.


ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

CAPÍTULO III

3. Las medidas de protección para niños, niñas y adolescentes migrantes

El presente capítulo tiene como objetivo estudiar a los actores que participan en las decisiones y procedimientos para atender a la migración infantil irregular, así como las prácticas institucionales respecto de la niñez y adolescencia migrante que se encuentran susceptibles a amenazas o violaciones de sus derechos humanos, y como consecuencia, las medias de protección adecuadas a cada caso.

Las autoridades migratorias especializadas en primera línea tienen asignada la tarea de asistir y velar por los derechos humanos de la niñez y adolescencia migrante irregular en las fronteras, delimitada su actuación en un marco jurídico adecuado, en tanto que los órganos jurisdiccionales se encargan de la consecución y seguimiento de los derechos vulnerados.

Este capítulo hace acopio de las acciones que toman los organismos estatales y no estatales acorde a los protocolos y tratados internacionales, pero fundamentalmente, de las acciones organizadas del Estado en su obligación internacional adquirida a partir de los instrumentos ratificados.

Así, el propósito de estudiar a estos actores es determinar las acciones que realizan en función de la migración infantil desde las operaciones legislativas, administrativas y judiciales del Estado. Asimismo, se busca estudiar la política migratoria que se extiende a la niñez y adolescencia migrante que da lugar a los mecanismos y acciones que

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES USAC SECRETARÍA

permiten atender los derechos humanos con base en la legislación internacional y normativa interna.

3.1. Entidades migratorias encargadas de la niñez y adolescencia

La migración irregular es una problemática interesante a nivel internacional, porque su impacto recae en poblaciones vulnerables como la niñez y adolescencia, por lo que son varias las entidades institucionales y humanitarias que velan por los derechos humanos de las personas afectadas.[19] Ante todo, los Estados tienen un papel crucial en la institucionalidad de las entidades migratorias para llevar a cabo la organización coordinada de entidades de carácter social y humanitario públicas o privadas, nacionales e internacionales.

Las obligaciones y deberes que los Estados adquieren respecto a los derechos humanos se tornan imperativas para la misma supervivencia de la estructura estatal y sobre todo de la sociedad, en virtud que, los derechos humanos se encuentran en la cúspide del ordenamiento jurídico y constituyen la finalidad ideal de su organización.

Por lo anterior, las instituciones que se especializan en garantizar estos derechos son de índole humanitaria y deben estar adecuadas a los estándares internacionales en esa materia, y conforme la Convención Sobre los Derechos del Niño, atendiendo cada caso particular sin importar la nacionalidad de los niños, niñas o adolescentes. Así lo

[19] A parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, otras instancias que funcionan en el sistema interamericano en beneficio de la niñez en el contexto migratorio son, por ejemplo, la Relatoría Sobre los Derechos de la Niñez; la Relatoría Sobre los Derechos de los Migrantes; el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes que es parte de la OEA.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

hizo ver el Comité de los Derechos del niño (2005) en la Observación General número 6:

> (...) las obligaciones del Estado de acuerdo con la Convención se aplican dentro de las fronteras de ese Estado, incluso con respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional. Por lo tanto, el disfrute de los derechos estipulados en la Convención no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores –sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes– con independencia de su nacionalidad o apátrida, y situación en términos de inmigración. (p. 4)

Para el caso de Guatemala, hay una variedad de instituciones públicas y privadas que se dedican a asistir a los migrantes y en especial niños, niñas y adolescentes. No obstante lo visto y considerado sobre el trato especial a la migración infantil, esta asistencia, que en algunos casos es obligatoria, requiere de bases técnicas y jurídicas para su prestación adecuada.

Es relevante, primero, estudiar a las instituciones públicas encargadas de llevar a cabo los procedimientos para su protección. Para esto es necesario volver a traer a colación el Artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, que estableció que todas las instituciones ya sean públicas o privadas, de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deben atender con una

consideración primordial a los niños, y en el mismo sentido lo declaró en reiteradas ocasiones la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Asimismo, hay que recordar que la posición de Guatemala respecto a la migración es, principialmente por su geografía, un país de tránsito y en este caso, la niñez y adolescencia, en la mayoría de los casos, se dirigen hacia el norte con destino común Estados Unidos de América y Canadá, pero pocas veces con destino final hacia Guatemala, México u otro país.

De acuerdo con los lineamientos internacionales, las autoridades migratorias de cada Estado deberían tener protocolos y personal capacitado para la recepción y protección de personas menores de 18 años quienes deben de ser atendidos de forma multidisciplinaria e integral, lo que quiere decir que se deben abarcar la protección a sus derechos fundamentales por medio de especialistas en cada área, *verbigracia*, pedagogía, salud y nutrición, psicología y trabajo social.

Adicional a esto, quienes deciden administrativa o judicialmente deben ser personal y operadores capacitados para la toma de decisiones que permitan el máximo bienestar del niño, niña o adolescente en situación de riesgo, ya que de antemano se considera que se encuentran vulnerados en sus derechos fundamentales por el hecho de migrar. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013), en el *Informe del derecho del niño y la niña a la familia*, al respecto resalta:

> Las decisiones en este tipo de procesos deben basarse en criterios objetivos y estar debidamente motivadas con base en el aporte de equipos técnicos multidisciplinarios, y evaluaciones especializadas que realicen. Asimismo, la

> regulación debe contemplar de modo claro los requisitos y los procedimientos para el ingreso y el egreso de los niños y niñas a los centros de acogimiento de carácter residencial, con el objetivo que ningún niño sea acogido en un centro de estas características sin que sea estrictamente necesario e idóneo, atendiendo a su interés superior, ni permanezca en el mismo por tiempo innecesario. (p. 9)

Por otro lado, la nacionalidad de los niños, niñas y adolescentes deja de ser un elemento urgente y relevante, mientras se debe priorizar su bienestar inmediato en su derecho a la vida, la salud, alimentación y abrigo, para posteriormente determinar otros derechos básicos como la educación, la familia e identidad.

Sin embargo, todos los derechos son importantes y tienen un objetivo en común que es el bienestar del niño, niña o adolescentes, simplemente tienen mayor o menor relevancia en un periodo de tiempo determinado, ya sea por su urgencia, por las circunstancias o por su naturaleza. Según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) (2010):

> Todas las autoridades e instituciones que entren en contacto con NNA migrantes deberán determinar que la protección de sus derechos sea primordial. Este principio debería prevalecer sobre todos los demás, incluidas las disposiciones contrarias de la normativa sobre migración en caso de que se planteara un conflicto. (p. 24)

Es importante aclarar que las autoridades migratorias de cada país son distintas, y cada uno tiene sus propios protocolos y toman sus decisiones sobre la base de su soberanía, obligaciones internacionales adquiridas y política migratoria, no obstante,

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

algunos países como Estados Unidos, no han ratificado la Convención Sobre los Derechos del Niño.

No obstante, más allá de la ratificación de un tratado internacional sobre la materia, el trato hacia los niños y niñas debe ser diferenciado y especializado con fundamento en la propia costumbre internacional que, siendo fuente primaria del derecho internacional,[20] se formaliza en el comportamiento de los Estados y de las acciones técnicas de los operadores migratorios, dada la vulnerabilidad inminente a la que están sometidos los niños, niñas y adolescentes en todo momento, por lo que, un trato contrario es moralmente contraproducente, sin perjuicio de los delitos o violaciones contra los derechos humanos que acarrea.

Respecto de la costumbre como fuente del derecho internacional, Larios Ochaita (2014) la clasifica dentro de las fuentes principales y manifiesta que se encuentra en la "práctica de los Estados" pero debe cumplir con ciertos requisitos que son: "a) práctica acordada por los Estados; b) continua y repetitiva; c) consentida por otros Estados" (p. 32), por lo que, a lo que a la niñez concierne, el trato a nivel general ha ido cambiando conforme las Convención Sobre los Derechos del Niño de 1989.

En estos procedimientos es menester que los sujetos a proteger sean tratados de forma congruente con su dignidad, que le atañe por el hecho de ser "seres humanos" aún y cuando la edad representa objeto de cuidado especial, pero no interfiere con las

[20] Respecto del derecho internacional y sus fuentes, cabe anotar que el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, tomado como referencia a este respecto, establece que la Corte debe aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares; b) la costumbre internacional; c) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

decisiones voluntarias, basadas también en sentimientos y necesidades intrínsecas de su naturaleza, de manera que, los órganos administrativos y judiciales principalmente, deben respetar su derecho de opinión para garantizar su interés superior.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en opinión consultiva OC-17/2002 sobre la interpretación de los Artículos 8 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos considera que:

> (...) las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en las que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento. (Jurisprudencia sobre el derecho del niño, 2002)

Por lo tanto, las entidades de esta índole tienen un papel clave en los derechos humanos de la niñez y adolescencia migrante, ya que su participación es el foco de revictimización si sus derechos no son debida y proporcionalmente protegidos por las mismas autoridades encargadas.

Ya se estableció que el Estado se basa en los estándares internacionales, pero, además, en el caso de la administración pública, esta tiene su propia forma de funcionar con base en los criterios de la organización que son la eficacia, eficiencia y efectividad. De la mano con el estricto cumplimiento de los principios de legalidad y la juridicidad, los funcionarios especializados en niñez y adolescencia y migración deben

ceñirse en todo momento a los principios básicos de la Convención Sobre los Derechos del Niño.

Vale la pena hacer mención somera de algunas instituciones que se encargan directamente de la problemática de la migración infantil y de los efectos que su funcionamiento tiene para paliar la problemática, por lo que viene a colación lo establecido en el Artículo 170 numeral 9 del Código de Migración para recalcar que los profesionales designados a estos procedimientos y a la atención de niños, niñas y adolescentes deben contar con formación especializada en derechos humanos de la niñez y adolescencia, que permita brindar una atención multidisciplinaria en las ramas de la psicología, trabajo social, salud y legal.

La actuación del profesional, técnico o cualquier persona que atiende a la niñez y adolescencia debe ser delimitada y por ende los empleados, funcionarios y operadores que se dediquen a estos casos, deben estar en constante capacitación, pues sus acciones son sumamente delicadas con respecto a la vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes. Sobre esto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *Caso Sandoval Chinchilla vs. Guatemala,* estableció que:

> (...) los Estados deben, *inter alia*, crear mecanismos adecuados para inspeccionar las instituciones, presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de las personas privadas de libertad. (Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala.* EPFRC. 2016, párr. 179)

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

En otro aspecto sobre el tema de la migración en general, el Consejo Nacional de Atención al Migrante de Guatemala (CONAMIGUA) se posiciona como la instancia coordinadora de las políticas públicas en materia de migración. Esta institución pública, figura como la entidad que vincula a las otras instituciones públicas y privadas en los procesos interinstitucionales para atender y buscar soluciones a la problemática de la migración.

Más específicamente, se creó la Comisión para la atención Integral de Niñez y Adolescencia Migrante mediante acuerdo gubernativo 146-2014, la cual se dedica a la atención de las niñas, niños y adolescentes migrantes con un enfoque de atención integral. Las instituciones que integran la Comisión son: Ministerio de Gobernación (MINGOB); Ministerio de Relaciones Exteriores (MINEX); Ministerio de Educación (MINEDUC); Secretaría de Bienestar Social de la presidencia de la República (SBS), quien preside; Procuraduría General de la Nación (PGN); Secretaría de Obras Sociales de la Esposa del presidente de la República (SOSEP) (Gobierno de Guatemala, 2017).

Asimismo, las siguientes instituciones trabajan en conjunto con respecto a la niñez migrante, que básicamente reúne a varios órganos del Estado, siendo las funciones ejecutiva, legislativa y judicial, aunque la función legislativa tiene una participación breve, ya que le corresponde al Congreso de la República de Guatemala presentar proyectos de ley o enmiendas necesarias. Entre las principales están:

- Procuraduría General de la Nación.
- Ministerio de Relaciones Exteriores.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

- Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia.
- Secretaría de Obras sociales de la Esposa del presidente.
- Policía Nacional Civil.
- Procuraduría de los Derechos Humanos.
- Dirección General de Migración.
- Organismo Judicial a través de los Juzgados y tribunales especializados en materia de niñez y adolescencia.
- Ministerio de Educación.
- Registro Nacional de las Personas.

Otras instituciones que tienen especial relevancia y son importantes para coadyuvar con la problemática de la migración infantil irregular son:

- Instituto Guatemalteco de Migración (IGM).
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).
- Organización Internacional para las migraciones (OIM).
- Secretaría de Obras Sociales de la Esposa del presidente (SOSEP).
- Autoridad Migratoria Nacional.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Conforme las funciones en las que se enmarcan las instituciones encargadas de proteger a la niñez y adolescencia migrante, se encuentran los organismos administrativos, los legislativos y judiciales. Prácticamente toda la estructura del Estado tiene una función específica respeto de la problemática, de manera que el principio de interés superior del niño es la piedra angular en todo proceso institucional.

Por último, vale la pena hacer mención que el Reglamento General del Código de Migración, en su Artículo 95, crea la Unidad Especializada de Atención y Protección de la niñez y adolescencia migrante a cargo de la Subdirección de Atención y Protección de Derechos Fundamentales de los Migrantes del Instituto Guatemalteco de Migración, cuyo principal objetivo es garantizar la atención, asistencia, protección y el respeto a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes migrantes, funciones que serán ejecutadas a través de los Oficiales de Protección de la Infancia (OPI).

Todos estos operadores en su ámbito deben tener la capacidad, desenvolvimiento y carrera profesional para atender a menores de edad en una línea delgada que marca la protección o vulneración de sus derechos.

3.2. Política migratoria de Guatemala respecto a la niñez migrante

En la práctica, la política en materia de migración de Guatemala está determinada por la *realpolitik* que proporciona la política internacional de Estados Unidos de América y otros países que sirven de destino para los inmigrantes irregulares, que, por lo general, son países industrializados y desarrollados. Guatemala es un país de origen, de paso, (algunas veces de destino) y de retorno, lo que significa que sirve de plataforma para la política de Estados Unidos de América en la región.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Sin la pretensión de ahondar sobre el tema, se debe hacer mención que la migración irregular es vista como una amenaza para los países receptores, porque principalmente puede perjudicar su seguridad nacional fronteriza y aumentar la delincuencia, así como también la sobrepoblación, desempleo y sobreexplotación de sus recursos.

Contrario a esta percepción negativa sobre los migrantes irregulares, la realidad es que, en términos macroeconómicos, este grupo representa un beneficio multiplicado para la economía del país de destino; primero, el beneficio buscado es para los países de origen que reciben las remesas para sus familias, pero, a su vez, los países receptores adquieren, cobro de impuestos indirectos, mano de obra y diversidad cultural. De acuerdo con Alicia Bárcena, secretaria ejecutiva de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2019):

> (...) los beneficios de la migración para el crecimiento económico son innegables: "en 2015, la contribución de los migrantes al PIB mundial fue de aproximadamente 6,7 billones de dólares equivalentes al 9,4% del PIB mundial" l 38% de la escasez de mano de obra en Estados Unidos entre 2000 y 2015 fue cubierto por inmigrantes latinoamericanos, entre los cuales mexicanos y centroamericanos aportaron con más del 80%. (p. 1)

Conforme el trabajo de campo realizado, se puede confirmar que la política migratoria está complejamente vinculada a los intereses internacionales, en un desbalance histórico norte-sur que inevitablemente victimiza a los más vulnerables, entre ellos mujeres, niños, niñas y adolescentes en las fronteras de ambos lados y propiciando escenarios inhumanos, violentos y humillantes a la integridad de la persona.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

En cuanto a la política migratoria del país de origen, siempre se determina por la regulación y monitoreo de los flujos migratorios que describe la política internacional de los países involucrados, pues en todo momento se pretende una migración regulada y controlada a nivel fronterizo, más que nada para proteger la seguridad nacional del país de destino y no necesariamente los derechos fundamentales de los inmigrantes.

En cambio, cuando se trata de niños, niñas y adolescentes la política migratoria debería estar más bien orientada a la reunificación familiar, al bienestar social y a la protección de los derechos fundamentales. Además, la política de este tipo incluye una dificultad adicional, que es la adecuación de los planes y estrategias a los principios delicados y especializados que se deben adoptar en niñez y adolescencia.

Para Guatemala, fijar una política migratoria dedicada a la niñez y adolescencia se vuelve en una necesidad de cumplimiento obligatorio, primero, por la suscripción de los tratados internacionales, pero además como una necesidad apremiante cada vez más aguda, que involucra una serie de problemáticas sociales quizá más profundas inmersas en la misma estructura y debilitamiento del Estado y la sociedad.

A este respecto, Caballeros Herrera menciona (2009):

> La atención que el Estado de Guatemala brinda al fenómeno migratorio todavía no se refleja en la adopción de una política migratoria integral por las diferentes instituciones gubernamentales en forma coordinada. En lugar de la definición de una política pública integral, se realizan programas y crean instituciones que buscan atender el fenómeno sólo como país expulsor en forma unilateral. (p. 17)

Por otro lado, la legislación nacional que contiene a la migración está enmarcada en el Código de Migración, Decreto número 44-2016 del Congreso de la República de Guatemala, que reconoce el derecho de migrar con fundamento en la institucionalidad y los derechos humanos y con prioridad en la reunificación familiar, así como el tratamiento especial hacia la niñez y adolescencia conforme los principios ya aludidos.

La importancia del Código de Migración radica en la regulación de la política migratoria nacional, por lo que constituye la plataforma legal para su funcionamiento. La norma jurídica relacionada crea dos instituciones importantes: la Autoridad Migratoria Nacional y el Instituto Guatemalteco de Migración.

Del mismo modo, conforme el Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Protección Integral de la niñez y Adolescencia, las políticas de protección integral deben ser formuladas por la Comisión Nacional y la Comisión Municipal de la Niñez y Adolescencia y la ejecución de estas, será responsabilidad de los diferentes organismos a quien corresponda según el área o materia.

En este sentido, la política migratoria y la seguridad en materia de migración están a cargo de la Autoridad Migratoria Nacional quienes tienen la tarea de formular, crear y supervisar su contenido; por otro lado, el Instituto Guatemalteco de Migración se encarga de la ejecución de la política migratoria. Por lo tanto, ambas instituciones deben coordinar la política con la Comisión Nacional de la Niñez y Adolescencia en relación con el tema de la migración.

Estas instituciones deben trabajar coordinadamente para que la política migratoria sea distribuida en las demás instituciones públicas que se encargan de niñez y

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

adolescencia migrante para su ejecución, por lo que en teoría se establece una política migratoria integral, sin embargo, su alcance debe ser en todas las instituciones del Estado y no solo las especializadas, tal cual lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño.

En este contexto, el Gobierno de Guatemala se ha dedicado a realizar algunas estrategias y políticas de gobierno que permiten adecuar las necesidades de la niñez y adolescencia migrante, para lo cual, en efecto, se tienen formulaciones de programas y protocolos que dan pauta a una política pública migratoria, sobre todo, que atienda a grupos vulnerables como la niñez y adolescencia.

Se tiene que, en 2017 el Consejo Nacional de Atención al Migrante de Guatemala (CONAMIGUA), se presenta la Política Pública Integral en Materia Migratoria del Estado de Guatemala que está propuesta en tópicos que incluyen el control fronterizo, la trata de personas, el tráfico ilícito de migrantes, la unificación familiar, las formas de contratación de trabajadores migratorios, los procedimientos de expulsión y deportación desde Guatemala, la implementación de los convenios bilaterales y multilaterales suscritos en materia migratoria.

Para la niñez y adolescencia migrante dicha política, pone énfasis en la observancia de la normativa nacional y de la prioridad del Estado de observar el interés superior de los infantes en todos los procedimientos a través de sus instituciones, asimismo, en relación con la cooperación interinstitucional e internacional y evolución de los procesos de protección, al respecto la institución de gobierno enfatiza que (2017):

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

> Se redoblarán los esfuerzos interinstitucionales destinando los recursos con que cuenta el Estado en la materia para brindar una atención integral que evite la permanencia de los infantes en condiciones de vulnerabilidad. Los mandatos legales de las instituciones competentes en el tema de la atención a la niñez, deberán ser revisados periódicamente para asegurar que aspectos relevantes no sean desatendidos; particularmente se apoyará la implementación de la política pública para la Atención Integral de la Niñez, teniendo en cuenta el componente de la migración en que puedan estar inmersos los infantes. (CONAMIGUA, p. 36)

El enfoque proporcionado a la política pública presentada por CONAMIGUA, en teoría, es de carácter integral en beneficio de la niñez y adolescencia migrante, no obstante, la institucionalidad es el pilar más débil de la ecuación que se plantea, en virtud de las problemáticas estructurales que afrontan y están relacionadas a la baja ejecución y cumplimiento de estrategias que permitan resultados óptimos en consideración del crecimiento de casos de niños, niñas y adolescentes migrantes.

Asimismo, el Gobierno de Guatemala plantea, con base en la Política Pública de Protección y Atención a la Persona Migrante 2019-2032, coordinar esfuerzos interinstitucionales e intersectoriales en favor de los migrantes guatemaltecos. Dicha política, se basa en los siguientes ejes básicos:

I. Protección de los derechos humanos de la persona migrante guatemalteca y su familia, en el país de tránsito, radicadas en el país de destino y en su retorno.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

II. Fortalecimiento de la red consular para ampliar la asistencia, atención, protección y documentación brindada a la población migrante guatemalteca.

III. Protección de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes guatemaltecos migrantes, con énfasis en los no acompañados y separados.

IV. Impulsar el uso productivo de las remesas familiares. (Gobierno de Guatemala, 2019, p. 32)

En especial, de esta política se debe resaltar la línea estratégica del eje de protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes guatemaltecos migrantes, con énfasis en los no acompañados y separados de sus familiares. En esta estrategia, la política migratoria está orientada a las siguientes medidas:

a) El abordaje integral en la atención, recepción y retorno de niños, niñas y adolescentes migrantes, así como la sensibilización y capacitación del personal que realiza el proceso de recepción.

b) Protección consular especializada y diferenciada y promover las garantías de los derechos fundamentales en la repatriación por medio de la incidencia en la agenda multilateral y apoyo legal para los niños, niñas y adolescentes migrantes.

c) Promoción del desarrollo local para reducir las causas de la reincidencia de la migración irregular en infantes, por medio de programas sociales. (Gobierno de Guatemala, 2019, p. 32)

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

En efecto, la política pública de Guatemala referente a la migración infantil parece estar orientada a la protección y prevención del fenómeno y como propuesta está bien encauzada, pero los programas sociales son su debilidad debido a la mala gestión.

No obstante, les da participación a instituciones clave en el proceso tales como el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Instituto Guatemalteco de Migración, la Procuraduría General de la Nación, la Policía Nacional Civil, la Secretaría de Bienestar Social, Secretaría de Obras Sociales de la Esposa del Presidente, la Autoridad Migratoria Nacional, el Consejo de Atención y Protección, las ONG y otras instituciones relacionadas.

Asimismo, Guatemala ha tratado de reflejar en su política migratoria el desarrollo de planes que le permitan dirigir de forma correcta sus acciones respecto a la niñez y adolescencia migrante, como por ejemplo, la Política Pública Desarrollo Integral de la Primera Infancia 2010-2020, que plantea el Programa de Niñez Migrante, mediante el cual se presta servicios de búsqueda de recurso familiar idóneo, acompañamiento a procesos de reinserción familiar después de su retorno al país, apoyo y asesoría legal en el proceso judicial, protección y abrigo temporal (incluye alimentación, vestuario, y hospedaje), posterior a su retorno al país.

También, la Política Nacional de Juventud 2012-2020, que, según la propuesta, aunque no cuenta con un eje o estrategia específica que aborde el tema migratorio, en sus áreas estratégicas y líneas de acción se denotan prácticas que coadyuvan a la prevención de la migración. Entre las líneas estratégicas que se pueden mencionar:

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

educación, trabajo y productividad, salud, recreación, cultura y deporte, prevención de la violencia, vivienda, equidad de género, pluriculturalidad y participación y ciudadanía.

En efecto, estas estrategias específicas ponen de manifiesto que Guatemala tiene un marco legal y político referente a la migración infantil y quizás las bases jurídicas para acoplarse a las obligaciones internacionales en la materia, que en el papel genera las directrices y procedimientos para salvaguardar a la niñez ya adolescencia migrante. No obstante, la inestabilidad y decadente institucionalidad, así como falta de ejecución de los proyectos adecuadamente, pueden ser factores que den lugar a la continuidad de a la niñez y adolescencia vulnerada y/o desprotegida.

Según la Organización Internacional para las Migraciones (2018), Guatemala ha mejorado los sistemas de recepción para los niños, niñas y adolescentes migrantes en especial para aquellos no acompañados, lo cual ha logrado con el apoyo internacional de esta organización, para lo cual ha implementado una serie de mejoras:

> Por ejemplo, se estableció en el Aeropuerto Internacional La Aurora una sala de bienvenida para la niñez y adolescencia migrante no acompañada y familias retornadas, con el fin de optimizar la asistencia después de la llegada de esta población. En relación con el tema de reintegración, existe el Programa de Emprendimientos de Migrantes de Retorno que ayuda a encontrar empleo para las personas retornadas. El Gobierno de Guatemala ha mejorado su proceso de registro y atención inmediata a personas retornadas, tanto en los centros de recepción como en la creación de los centros de formación Quédate, a cargo de la Secretaría de Bienestar Social (SBS). Estos centros proporcionan servicios de

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

formación técnica a las y los adolescentes retornados o que estén en riesgo de migrar, brindando herramientas y posibilidades de la empleabilidad y autoempleo en sus departamentos de origen. (p. 8)

De esa cuenta, la capacidad de las instituciones para migrantes depende de los lineamientos adecuados para lograr los objetivos de nación, pero además de personal con vocación y capacidad para atender a poblaciones especiales como en este caso, en virtud que, al pretender proteger a un niño, niña o adolescente, se le puede estar vulnerando si no se tienen los conocimientos y herramientas adecuados.

A pesar de estos mecanismos de recepción, los problemas surgen con posterioridad debido que los casos deben tener un seguimiento permanente, a lo cual, los niños, niñas o adolescentes vuelven a migrar una vez se encuentran en la posibilidad de hacerlo, lo que evidencia que las medidas carecen de apoyo integral en los ámbitos familiares, emocional, psicológico, laboral, educativo y demás. En este sentido, la OIM (2018) continúa diciendo:

> Sin embargo, aún faltan esfuerzos por realizar en el tema de reintegración en los territorios. Esto es fundamental porque empodera y protege a las personas retornadas facilitándoles los instrumentos y la asistencia necesaria para su reinserción en la sociedad de su país de origen. Además, en Guatemala no existe un programa oficial o política especial del Gobierno centrado en atraer a las personas que han emigrado del país para estimular el retorno voluntario. En la actualidad, este es un tema que ha sido poco visibilizado en la agenda del Gobierno. (p. 9)

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARÍA

Esta posición planteada podría lograrse en cierta medida si las problemáticas socioeconómicas de fondo del país son resueltas o mermadas, puesto que la desigualdad y la pobreza son los principales alicientes para que las migraciones ocurran, y, en el caso de los niños, niñas y adolescentes la separación de sus familiares o encargados. Por lo que una política de gobierno para atraer a los migrantes menores de edad puede ser viable en la medida que se incentive la reunificación familiar, con alguna metodología, *verbigracia*, el uso de la tecnología de forma remota o de visitas periódicas que eviten represalias para los mismos migrantes ilegales.[21] (sic)

Aún y cuando hay instituciones privadas que se dedican a atender a migrantes con un alto conocimiento de la problemática de forma muy íntima y con propuestas reales, poca es la incidencia de su participación, puesto que las decisiones son tomadas con base en las presiones de grupos ajenos o sin conocimiento del problema de fondo. Como señalan Dirk y Santos (2020):

> Las asociaciones aún no cuentan con la influencia política necesaria y las remesas de los migrantes, lejos de transformar la sociedad, fluyen hacia o fortalecen ciertos círculos y sectores, con poca capacidad de crear empleo y combatir pobreza y desigualdad en las zonas de alta migración. Es más, Guatemala tendrá que preguntarse si el sistema político real existente tiene la capacidad de impulsar vías complementarias. (p. 26)

[21] Según el secretario de Seguridad Nacional, Alejandro Mayorkas (2021), el gobierno del demócrata Joe Biden recientemente anuncia medidas que permiten la reunificación familiar en beneficio de la niñez y adolescencia migrante no acompañada. Véase entrevista completa en la página oficial de la cadena de televisión CBS: https://www.cbsnews.com/news/biden-task-force-to-reunite-migrant-families-separated-under-trump/

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

La política internacional de Guatemala en materia migratoria debe impulsar estrategias evolutivas sobre la niñez y adolescencia acorde a las necesidades reales de los afectados, siendo los niños, niñas y adolescentes y sus familiares. Por lo que cada gobierno cada cuatro años, independientemente de su ideología, debe darles un seguimiento a los buenos resultados de las estrategias planteadas por gobiernos anteriores y continuar con los programas que han tenido efectos positivos, y a su vez, implementar nuevas metodologías y acciones que permitan proteger y garantizar los derechos humanos fundamentales de este grupo vulnerable.

3.3. Política migratoria de Estados Unidos de Norteamérica para los NNA migrantes

Las políticas migratorias de Estados Unidos de América, en algunos gobiernos, han sido violatorias a los derechos humanos, porque han estado cargadas de discursos discriminatorios, xenofóbicos y antiinmigrantes y, en consonancia con una ideología supremacista blanca. El principal problema radica en la nula suscripción de tratados internacionales en materia de derechos humanos que a pesar de ser el mayor impulsor se niega a adaptar a su legislación, lo cual es contradictorio pero conveniente a sus intereses políticos y económicos.

Uno de los mayores ejemplos de la política antiinmigrantes es del gobierno de Donald Trump. En palabras de Hines (2019) de la revista *Nueva Sociedad*, traducida del inglés al español por Rodrigo Sebastián:

> (...) aunque en un primer momento la retórica y los cambios de política estuvieron enfocados en los inmigrantes no autorizados, el gobierno nunca tuvo

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

> la intención de orientar sus acciones únicamente hacia esta parte de la población. En reiteradas ocasiones, antes de la elección de Trump, el Partido Republicano empleó el discurso de que los inmigrantes no autorizados «debían hacer la fila» para obtener una visa legal, a sabiendas de que tales filas no existen. De hecho, las leyes inmigratorias de EE. UU. anteriores al desmantelamiento de muchos de los programas producidos bajo el gobierno de Trump son extremadamente limitadas y acumulan demoras de muchos años para los pocos que califican para migrar de manera legal. (p. 2)

Estados Unidos de América es un país esencialmente de migrantes de todo el mundo, lo que a su vez lo ha enriquecido multiculturalmente, sin embargo, esta diversidad, también ha generado grupos de choque que dan pauta a las problemáticas que arremeten a su estabilidad como potencia mundial hegemónica, con relación a las tasas de desempleo, criminalidad y demás problemáticas sociales que derivan de la convergencia social.

Cada año las políticas migratorias de Estados Unidos buscan detener a los migrantes, incluso antes de la llegada a las fronteras, por medio de medidas de contención desde los países de origen y de paso, como es el caso de Guatemala que en 2019 firma el llamado Acuerdo de Cooperación en Materia de Asilo (ACA), suscrito con Estados Unidos de América, que básicamente obligaba a Guatemala a encargarse de los solicitantes de asilo mientras se resuelve la petición de asilo.

El riesgo de la niñez y adolescencia al tratar de traspasar la frontera es incluso la antesala del desprecio y la muerte, pero la situación se complica cuando ya se

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

encuentran a cargo de las autoridades estadounidenses; al respecto se debe mencionar que en el proceso recepción en la frontera estadounidense los niños están en riesgo, no solo en sus derechos de protección para resguardar su salud, educación y familia, sino aquellos derechos como la vida y la integridad física por las mismas autoridades.

La política exterior asumida no hace más que recrudecer la situación de los migrantes irregulares y violentar sus derechos fundamentales puesto que hace más difícil regular su situación, de forma indirecta se les está condicionando su derecho universal de migrar ya que su posición es vulnerable en todo momento, y más aún en el caso de los niños, niñas y adolescentes no acompañados propensos a muchos riesgos adicionales. El gobierno estadounidense implementa estas medidas que tienen un impacto negativo en las oportunidades económicas y de reunificación de los migrantes, por ejemplo, entre otras:

a) No renovación del Estatus de protección Temporal (TPS, por sus siglas en inglés). Hay cerca de 270,000 personas de Honduras y El Salvador que son actualmente beneficiarios del TPS. La no renovación de este estatus migratorio afectará las posibilidades económicas de la población.

b) Eliminación de la Acción Diferida para los llegados en la Infancia (DACA, por sus siglas en inglés). La eliminación de DACA tendrá un impacto sobre los 60,000 jóvenes que se han beneficiado del programa, con resultados similares a los de la no renovación del TPS.

c) Incremento del control migratorio en el interior del país. Según informes de prensa se han incrementado los operativos por parecer de Servicio de Inmigración y Control de Aduanas de EE. UU., (ICE, por sus siglas en inglés) para la detección de trabajadores irregulares.

d) Endurecimiento de las políticas de control laboral. Aunque no está en discusión la obligatoriedad de los estados de adherir a sistemas como el E-Verify, se podría esperar que la situación actual incrementase la reticencia por parte de los empleadores de contratar migrantes irregulares.

e) Fortalecimiento del control en fronteras. La administración de los EE. UU. ha solicitado un aumento sustantivo orientado al fortalecimiento del control de fronteras, incluyendo la expansión del muro en la frontera sur. (Abuelafia, 2018, p. 10)

En relación con la niñez y adolescencia migrante, desde la perspectiva de país receptor (inmigrantes), los infantes son interceptados por la autoridad fronteriza y retenidos en condiciones deplorables e inhumanas, sin embargo, las autoridades migratorias estadounidenses sí tienen limitaciones conforme sus leyes migratorias nacionales. De acuerdo con el Servicio de Ciudadanía e Inmigración de los Estados Unidos (USCIS por sus siglas en inglés) se tiene un catálogo de leyes en materia de migración que debe aplicarse en los procedimientos.[22] Estas leyes los obligan a respetar y adaptar sus instituciones a la crisis migratoria de niños, niñas y adolescentes en ese país.

[22] Se puede consultar el catálogo de leyes en su sitio web oficial: https://www.uscis.gov/es/leyes-y-politicas/legislacion/ley-de-inmigracion-y-nacionalidad

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Resalta entre estas disposiciones el Acuerdo de Flores, que sirve de respiro para este grupo tan vulnerable, siendo que los niños, niñas y adolescentes quedan a su disposición; después de unos días de estar recluidos en centros de migración y procesamiento, quedan a cargo del Departamento de Salud y Servicios Humanos y en seguida el gobierno estadounidense debería de proveer vivienda, educación y alimentación mientras logra establecerse quién quedará a cargo y cuidado en ese país, pero lamentablemente, la realidad es que se busca la devolución inmediata.

El Acuerdo Judicial de Flores es un precedente emitido en octubre de 1992 que obliga a las autoridades migratorias de Estados Unidos a dar un trato digno a los niños, niñas y adolescentes inmigrantes. Este fallo judicial emitido por la Suprema Corte de Estados Unidos tiene su antecedente en 1985 con la detención de la adolescente Jenny Liseth Flores, una joven salvadoreña de 15 años, que junto con su tía intentaron ingresar ilegalmente la frontera, pero al ser detenida fue violentada en su dignidad. Al respecto se puede observar que:

> Las garantías que otorga este acuerdo provee de protección ante las arbitrariedades de las autoridades migratorias estadounidenses, ya que limita el tiempo de detención a 20 días y después de trascurrido ese tiempo, deben ser devueltos a un familiar, encargado o centro de tratamiento especial, asimismo, obliga al gobierno a cumplir estándares de cuidado especial para garantizar condiciones mínimas de calidad de vida. En 2015, luego de una revisión el acuerdo se extendió a menores de edad que eran detenidos junto a sus padres. (Matute Urdaneta, 2018, s. p.)

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

A pesar del acuerdo y de las leyes de migración vigentes en Estados Unidos, las instituciones no han cumplido a cabalidad y continúan los tratos crueles hacia los migrantes, sobre todo hacia niñez y adolescencia, en especial con la práctica de separación de sus familiares en las fronteras.

La importancia de este acuerdo es vital porque obliga a las autoridades migratorias de Estados Unidos a darle una consideración especial a los niños, niñas y adolescentes migrantes que son detenidos y darles un trato adecuado a su edad, sin embargo, la política anti-inmigratoria de gobiernos como el de Donald Trump han tratado de frenar estas disposiciones y buscan a toda costa, sacudirse esa obligación humanitaria, para forzar la detención en centros migratorios para la posterior repatriación de menores de edad; como indica Bleiker (2019) así es la lógica de Trump: "si los niños y los padres deben permanecer juntos, entonces deben estar retenidos juntos por más tiempo pues con esto, ya no habría un tiempo límite para que los migrantes sean retenidos" (s. p.).

Las medidas radicales que se buscan implementar en la política migratoria de Estados Unidos tienen consecuencias graves, incluso para el mismo país, porque contrario a frenar la inmigración infantil, simplemente la complicaría y no funciona como disuasivo porque las motivaciones de fondo siguen vigentes, y la separación familiar no haría más que motivar a los infantes o a sus familiares a volver a migrar, pero lo que sí es preocupante es que un Estado sea a todas luces violador de derechos humanos, así lo continúa diciendo Hines (2019):

> (...) la separación forzosa de niños de sus padres en la frontera sur; la detención de niños y sus padres migrantes en celdas y jaulas en condiciones deplorables;

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

> la deportación de migrantes que han residido toda su vida en el país, que incluso deben dejar a sus hijos nacidos en EE. UU. junto con muchas otras iniciativas, tienen como objetivo la destrucción del sistema inmigratorio del país tal como lo conocemos. (p. 3)

La separación familiar es el principal problema porque, en muchos casos típicos, los progenitores o infantes van a buscar reencontrase y es posible que agoten las vías legales para poder recuperarlos. Lo que hacen estas políticas es destruir a las familias y, por lo tanto, violentar una variedad de derechos fundamentales, en donde los principales afectados son los niños, niñas o adolescentes.

En su paso por la frontera norteamericana hay instituciones que se encargan de proteger y monitorear las fronteras y atender a los inmigrantes. Estas entidades son las que captan a los inmigrantes irregulares, siendo muchos de estos menores de edad. En primer lugar está la Oficina de Aduanas y Protección Fronteriza (CBP por sus siglas en ingles), la cual es una entidad policial que depende del Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos y que tiene su actividad muy de cerca con inmigrantes de estas características.

Según la Embajada de Estados Unidos en Santo Domingo (2021), la CBP protege las fronteras contra el terrorismo, tráfico ilegal de personas y de narcóticos, la inmigración ilegal, y plagas de agricultura mientras simultáneamente facilita el flujo legítimo de turismo y comercio.

Otra entidad relacionada es el ICE (por sus siglas en ingles) que significa Servicio de Inmigración y Control de Aduanas de Estados Unidos. Este es un equipo policial

migratorio que puede detener a migrantes ilegales que intentan cruzar las fronteras, dentro del país y, de acuerdo con su página web oficial, tienen varios centros de procesamiento, entre los cuales se pueden mencionar, por ejemplo, el centro de procesamiento del sur de Texas, centro residencial familiar del sur de Texas.

La mención de estas instituciones se hace importante porque sus acciones dependen de la política migratoria de Estados Unidos, y porque también tienen un trato directo y de primera mano con la niñez y adolescencia migrante desde las fronteras, pues según UNICEF (2015) cuando un niño, niña o adolescente entra a la frontera de Estados Unidos de forma irregular, son detenidos por la CBP o el ICE, y después los llevan a un centro de procesamiento para recabar datos de identidad en donde son evaluados para conocer su estado de salud y le dan lo necesario para su bienestar, agua, comida y Artículos de higiene, por último son llevados a un albergue procurando que sus encargados no sean separados.

Adicionalmente, los oficiales de inmigración atienden al manual de políticas del Servicio de Ciudadanía e inmigración de los Estados Unidos (USCIS por sus siglas en ingles);[23] por ejemplo, el volumen seis, parte J, sobre jóvenes inmigrantes espaciales, menores de 21 años, a los efectos, se hace mención de una serie de protecciones que se le otorga a un menor de edad que cumpla con requisitos establecidos en dicho manual, apelando al bienestar y principio de interés superior del niño, por parte de los tribunales de menores (Gobierno de Estados Unidos de América, 2021).

[23] De acuerdo con la última actualización de la página web oficial del USCIS al año 2021, el manual de políticas se divide en 16 volúmenes que incluye áreas relativas a procedimientos sobre ciudadanía, naturalización, protección humanitaria, refugio y asilo entre otros. Para un despliegue detallado se puede ver en: https://www.uscis.gov/policy-manual.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Por último, es relevante hacer una mención superficial de la política migratoria de los países de paso, como es el caso de México que, según este esquema, si bien es cierto también se encuentra determinada por las presiones de Estados Unidos de América, la migración infantil representa una problemática directa para el país, debido a los altos flujos migratorios y caravanas de migrantes. Está claramente marcada la posición del país aledaño en relación con el bloqueo de los grupos de migrantes, en primer lugar, por la carga económica y asistencial que representa la ayuda humanitaria y, asimismo, por los intentos de Estados Unidos por detener lo antes posible la masificación de migrantes.

3.4. Protocolos para atender a la niñez y adolescencia migrante

Las acciones de las instituciones públicas son estructuradas en los protocolos especiales que delimitan el área o género específico a tratar. En este caso, la niñez y adolescencia migrante tiene una serie de protocolos implementados por diferentes instituciones, entre estas, el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Comisión para la Atención Integral de Niñez y Adolescencia Migrante la Secretaría de Bienestar Social y la Secretaría de Obras Sociales de la Esposa del Presidente.

La importancia de los protocolos de esta clase se manifiesta en el cumplimiento específico que le dan las instituciones públicas asignadas en las tareas propuestas, puesto que les da las instrucciones y herramientas que permiten evidenciar resultados más exactos. Respecto de la niñez y adolescencia, se hacen imprescindibles para el procesamiento de las normas jurídicas, porque su tratamiento es muy especializado.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Es menester mencionar tres protocolos especiales en materia de niñez y adolescencia migrante que Guatemala implementa para atender la problemática y que, de alguna manera, buscan delimitar las acciones de los operadores migratorios y la burocracia relacionada. Y es que, existiendo una variedad de protocolos para atender a la migración en general, en especial son tres los que refieren e involucran a la niñez y adolescencia:

a) Protocolo nacional para la recepción y atención de la niñez y adolescencia migrante

Este protocolo fue autorizado bajo la Resolución 19-2013 del Ministerio de Educación y dentro de sus objetivos está el desarrollar las funciones de las instituciones que se van a encargar de atender y recibir a los niños migrantes en su llegada a Guatemala que han sido retronados vía terrestre o aérea.

Dos instituciones son importantes en este protocolo que le dan cumplimiento, y estas son la Procuraduría General de la Nación y la Secretaría de Bienestar social. Para la recepción de niños, niñas y/o adolescentes migrantes no acompañados, la Procuraduría General de la Nación, se encarga de representarlos inmediatamente y realizar las gestiones administrativas para determinar el recurso familiar idóneo para su cuidado, representación y protección. La Secretaría de Bienestar Social se encarga de dirigir los albergues y hogares, así como de establecer los programas para la atención psicosocial.

Lo importante dentro de su contenido, es que describe la ruta metodológica para atender a la niñez y adolescencia migrante no acompañada por medio de pasos detallados y una descripción de la acción a proyectar. En especial acciones para la

atención de las Unidades Familiares de personas migrantes que han retornado vía aérea hacia Guatemala por medio del Aeropuerto Internacional la Aurora, así también vía terrestre en el puerto fronterizo de Tecún Umán.

Este protocolo también propone una campaña de acción que se denominada "Quédate", que posibilita oportunidades educativas y técnicas para motivar a los niños, niñas ya adolescentes propensos a migrar, a no hacerlo, así como brindar seguimiento para evitar que vuelvan a migrar.

Se debe resaltar de este protocolo el hecho de que establece lo relativo a la atención y recepción de niñez y adolescencia por medio de las rutas aérea y terrestre, lo cual lo hace partiendo de una serie de pasos detallados, proporciona elementos conceptuales, principios rectores, flujogramas de las rutas y directorio de instituciones participantes (Gobierno de la República de Guatemala, 2017, p. 11).

b) Protocolo para la atención integral a familias migrantes con enfoque de derechos y enfoque psicosocial

Elaborado con el apoyo técnico de UNICEF en 2015 y tiene como énfasis fortalecer los equipos técnicos de apoyo a migrantes ya que les proporciona herramientas para que la atención brindada sea apegada al principio de dignidad, a los derechos migratorios y al respeto de la opinión.

Este protocolo busca proporcionar herramientas, acciones y técnicas centradas en el abordaje psicosocial hacia las familias. Dentro de las herramientas psicosociales se

mencionan la observación, la relación de confianza, entrevistas de confianza entre otras.

La atención que se busca brindar con este protocolo pone fortalezas en acciones específicas para atender a niños, niñas y adolescentes con ayuda de la psicología y otras áreas como la pedagogía y el trabajo social. Lo interesante en este protocolo es que propicia la práctica y cumplimiento del principio de interés superior del niño conforme un sistema estructurado:

- Desarrollar un proceso estructurado que tome en cuenta las circunstancias específicas de cada niño.

- Abrir un espacio de conversación con los niños, niñas o adolescentes para conocer cómo están viviendo la experiencia migratoria y la repatriación forzada.

- Identificar si existen situaciones que vulneren gravemente sus derechos fundamentales ("gravemente" en el entendido de que en Guatemala las y los niños/adolescentes en un gran porcentaje tienen dificultades para lograr un desarrollo humano pleno).

- Implementar mecanismos de protección integral acordes con sus deseos y necesidades al mismo tiempo que se protege su salud física y mental. (Gobierno de Guatemala, 2017, p. 18)

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

c) Protocolo para la atención psicosocial en la recepción a la niñez y adolescencia migrante no acompañada en la Secretaría de Bienestar Social

Este protocolo se fundamenta en acuerdo Interno No. 134-2014 de la Secretaría de Bienestar Social, que crea el Programa de Niñez y Adolescencia Migrante no Acompañada, que está adscrito a la Subsecretaría de Protección, Abrigo y Rehabilitación Familiar, de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República. Con este programa se planifica, organiza, coordina, dirige y supervisa la atención y servicio para la niñez y adolescencia migrante no acompañada.

Se basa en tres objetivos: 1) brindar atención adecuada, 2) determinar el principio de interés superior del niño y 3) abrir espacios íntimos de la vivencia del niño, niña o adolescente en su proceso de migración. Respecto al interés superior del niño, la interpretación que se le da al principio de la siguiente:

> (...) los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar su opinión sobre lo que quieren y como lo quieren, y, tomando en cuenta sus deseos y necesidades construir o poner en marcha su plan de vida. Su desarrollo como seres humanos desde las primeras etapas debe estar en un ambiente de armonía y rodeado de personas que velen por su protección y bienestar. (Gobierno de la República de Guatemala, 2014, p. 23)

Este protocolo tiene la participación de asociaciones, albergues, hogares y organizaciones sin fines de lucro que permite ampliar el ámbito de participación y apoyo hacia otros sectores de la sociedad que trabajan más de cerca con los grupos vulnerables.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Los protocolos mencionados tienen incidencia técnica y orientan al personal administrativo y de campo que los aplican; de instituciones tales como la Procuraduría de la Niñez y Adolescencia de la Procuraduría General de la Nación por medio del Área de Niñez y Adolescencia Migrante y sustracción internacional (ANAMSI), y también la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, a través de la Dirección de la Atención No Residencial. Estos instrumentos les permiten tener una guía para aplicar coordinadamente los derechos y medidas de protección para la niñez y adolescencias migrante, asimismo, se hace ver que, a pesar de esos protocolos, aún existen deficiencias que repercuten principalmente en niños, niñas y adolescentes migrantes extranjeros.

Es preciso comentar que, a diferencia de las normas jurídicas generales y reglamentos, los protocolos permiten establecer un plan de acción detallado acorde a la política migratoria con base a una metodología y un cronograma, permitiendo así desarrollar los derechos de la niñez y adolescencia afectada por la migración irregular.

3.5. Medidas de protección para niñez y adolescencia migrante irregular

De conformidad con la Ley PINA, las medidas de protección para los niños, niñas y adolescentes serán aplicables siempre que los derechos reconocidos sean amenazados o violentados. La tutelaridad del derecho de niñez y adolescencia les otorga una protección jurídica preferente, de manera que las disposiciones de la ley son de carácter público e irrenunciable.

Cabe mencionar que esta tutelaridad toma en cuenta a la niñez y adolescencia como sujeto titular de los derechos reconocidos e inherentes no excluidos por el Estado en un

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

ambiente garantista e integral, en donde la relación ontológica está centralizada en el niño como fin último y capaz de opinar en las medidas de protección que serán aplicadas a su favor.

Es decir, la relación entre los niños y el Estado se da en el reconocimiento a la niñez y adolescencia como sujeto de derechos con participación, contrario a las doctrinas tutelares que pregonaban que los niños eran considerados objeto de protección y era el Estado quien determinaba y declaraba invariablemente la medida de protección adecuada. En este sentido la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013) resalta:

> (...) con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención Sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas predominaba en la región la denominada doctrina de la situación irregular o paradigma de la protección tutelar, la cual partía de la lógica de entender al niño como objeto de protección para la toma de decisiones relativas a su situación personal y bienestar, en una aproximación eminentemente asistencialista. Esta aproximación suponía desconocer la condición del niño como sujeto titular de derechos y la necesidad que cualquier medida que el Estado adoptara en relación a su situación tuviera que realizarse con un estricto respeto a sus derechos y de conformidad con todas las garantías procesales. El cambio de paradigma que supuso la entrada en vigor de la Convención de los Derechos del Niño y el reconocimiento expreso de los niños como sujetos titulares de derechos, también conocido como el paradigma de la protección integral, supuso una transformación profunda en la concepción de las medidas de protección, su objetivo y los principios y garantías que deben regir la

regulación, determinación, aplicación, supervisión y revisión de las mismas. (p. 176)

El Estado puede determinar medidas de protección especiales para niños, niñas o adolescentes violentados o amenazados en sus derechos humanos conforme los lineamientos que establecen la Convención y la ley PINA. De esa cuenta, un infante o joven migrante irregular que viaja solo, por lógica, ya puede considerase amenazado y violentado en sus derechos fundamentales, y dependiendo del caso particular, se pueden incluir los siguientes:

- **Derecho a la vida:** la supervivencia, seguridad y desarrollo integral se ven expuestos en la medida que las vicisitudes que deben afrontar los niños, niñas y adolescentes amenazan su vida en los diferentes tramos hacia su destino, por lo que la migración irregular de los infantes puede llevar a la muerte probable.

- **Derecho a la igualdad:** la discriminación para los niños, niñas y adolescentes migrantes irregulares puede catalogarse como causa de la migración, pero a su vez, se asume como una consecuencia porque, por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional, étnico social, posición económica y otras, estas personas están sujetas, sobre todo, en su recorrido hacia su destino.

- **Integridad personal:** de hecho, el descuido, abandono y violencia están inmersos en el fenómeno de la migración infantil no acompañada, porque generalmente se encuentran huyendo de su realidad o buscan reunificarse con sus familiares.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARÍA

- **Libertad:** derecho que es vulnerado en los centros de procesamiento migratorios en los países de destino y en algunos casos, por parte del crimen organizado a través del secuestro, la prostitución, reclutamiento y la trata de personas.

- **Identidad:** la nacionalidad y el nombre de los niños, niñas y adolescentes se encuentran vulnerados desde el momento en que salen del país, muchas veces sin documentos que los identifiquen y, sobre todo, que determinen su edad puesto que se trata de una migración irregular, lo cual perjudica gravemente las medidas impuestas con mayor frecuencia hacia jóvenes adolescentes.

- **Respeto y dignidad:** la integridad física y psíquica, del niño, niña o adolescente migrante no acompañado son violentados y el Estado y la sociedad muchas veces atentan contra su dignidad con la acción u omisión desproporcionada de sus obligaciones.

- **Derecho de petición:** el derecho de opinión y de expresión se manifiestan con las solicitudes de ayuda y auxilio hacia las autoridades, aun así, los niños, niñas o adolescentes son minimizados o ignorados.

- **Derecho a la familia:** para los niños, niñas o adolescentes migrantes no acompañados su derecho a la convivencia familiar se encuentra vulnerado tanto en su estabilidad como en su bienestar dentro del seno familiar. Es importante resaltar que, por carencia material no pueden ser separados de su familia.

- **Derecho a la salud y nivel adecuado de vida:** para la niñez y adolescencia migrante, este derecho social se encuentra limitado debido al colapso del sistema de

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARÍA

salud, aunado a la falta de medicamentos, insumos médicos y personal en los nosocomios.

- **Derecho a la educación:** la educación pública también se encuentra limitada por el bajo nivel académico y la problemática de la pobreza que incentiva el trabajo infantil que a su vez motiva la migración.

- **Derecho a la protección:** tanto el Estado como la sociedad a través de los diversos sectores e instituciones, desprotegen a los niños, niñas y adolescentes ante la delincuencia, la prostitución, explotación económica, el maltrato y otros. Los niños, niñas y adolescentes refugiados en Guatemala que son extranjeros, también son desprotegidos con la adopción de políticas públicas que vulneran su estatus, verbigracia, el Acuerdo de Cooperación en Materia de Asilo (ACA) ya mencionado, suscrito entre Estados Unidos de América y Guatemala.

Corresponde, por lo tanto, a los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia determinar las medidas aplicables y, en particular para los efectos de la problemática de la migración infantil irregular, pueden ser aplicables las medidas que conforme el Artículo 112 de la ley PINA se detalla, variables según el caso concreto:

- Remisión de la familia a programas oficiales o comunitarios de auxilio, orientación apoyo y seguimiento temporal.

- Ordenar tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen de internamiento en hospital o tratamiento ambulatorio.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS USAC SECRETARÍA

- Ordenar a los padres, tutores o responsables, su inclusión en programas oficiales o comunitarios de auxilio, que impliquen orientación, tratamiento y rehabilitación a cualquier desviación de conducta

- Colocación provisional del niño, niña o adolescente en familia sustituta

- Abrigo temporal del niño, niña o adolescente en entidad pública o privada, conforme las circunstancias particulares del caso.

- En caso de delito o falta cometido por adulto o adolescente, certificar lo conducente a un juzgado correspondiente.

Asimismo, se debe tomar en consideración de la directriz que establece el Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en lo relativo a que las medidas que tomen las instituciones públicas o privadas concernientes a los niños, deben atender al principio de interés superior de estos que a su vez se complementa por lo establecido en el Artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, que lo establece como una garantía para asegurar el ejercicio y disfrute de los derechos de forma amplia y no limitativa.

Por lo que, en contexto sobre lo que lo que establece la Convención citada, estas medidas están obligando, sobre todo al Estado, a garantizar los derechos de la niñez y adolescencia con un enfoque integral que involucre todos los derechos garantizados de forma extensiva.

Puede decirse que la Convención se refiere especialmente a la separación familiar en la problemática que involucra la migración infantil, para lo cual manda a los Estados

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

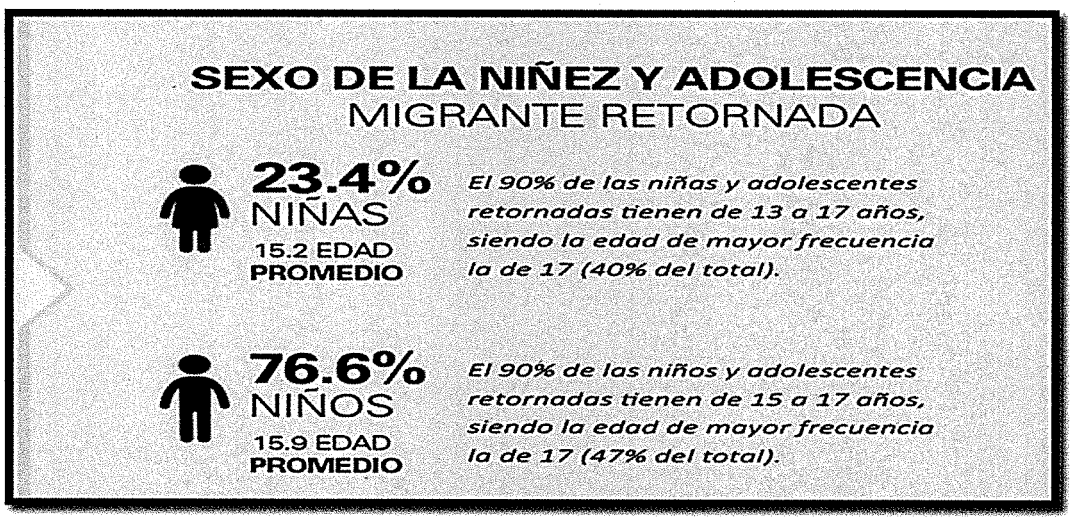
parte a tomar en cuenta la reunificación familiar con prioridad y, por lo tanto, mantener de modo regular contacto con sus familiares, salvo que sea contrario al principio de interés superior del niño, niña o adolescente tratado.

Estas medidas de protección son indispensables para detener la revictimización o también la victimización secundaria de la niñez y adolescencia migrante, toda vez que el Estado debe procurar que los niños no vuelvan a ponerse en riesgo por medio de programas sociales e instituciones que incentiven en la niñez y adolescencia el no abandono de las medidas de protección.

Los datos demuestran que la mayor cantidad de menores de edad retornados son niños y que a su vez requieren medidas de protección al ingresar al país. No obstante, las adolescentes y niñas son doblemente vulnerables como ya se apuntó.

Figura 1

Niñez y adolescencia migrante retornada



Fuente: Organización Internacional para las Migraciones (2017).

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

De acuerdo con los datos proporcionados por la Organización Internacional para las Migraciones en 2017, la gran mayoría de los niños, niñas y adolescentes retornados, son de sexo masculino en un promedio de edad de 15 a 17 años, siendo que los jóvenes se encuentran en una edad productiva físicamente, en una etapa emocional y psicológicamente inestable y por ende, con frustraciones que se deben, entre otras, a la falta de oportunidades y por eso en búsqueda de empleo constante, mientras que en el caso de las mujeres jóvenes, en general, sus motivaciones están más orientadas a la reunificación familiar con sus padres o familiares, empero, la labor es la misma y el fenómeno es equivalente debido a los riesgos adicionales.

Es propicio considerar que las medidas de protección deben tener un impacto positivo en la niñez y adolescencia migrante con relación al cambio y calidad de vida que deben tener una vez declarada la amenaza o vulnerabilidad, en virtud que, el retorno o deportación vía aérea o terrestre, no implica más que la continuidad de la vida en que se encontraban antes de migrar y, por lo tanto, su revictimización. Así lo menciona la Organización Internacional para las Migraciones (2017):

> El 99.2% de la niñez migrante retornó al mismo domicilio en el que vivía antes de migrar ver informe migración y trabajo infantil Guatemala 2017. De acuerdo con el Instituto Nacional de Migración, en el año 2008 más de 32,000 niños, niñas y adolescentes que migraron fueron repatriados desde Estados Unidos a México. De éstos 18,192 viajaban solos. Al mismo tiempo, en ese mismo año 5,204 niños centroamericanos fueron repatriados desde México a sus países de origen; de ellos, 3,565 viajaban solos. Los principales países de procedencia eran Honduras, Guatemala, El Salvador y Nicaragua. (p. 10)

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Estos datos dan perspectiva general de la situación sobre la migración infantil en la región, pero además permiten evidenciar que, pese a existir un marco de derechos humanos, protocolos, instituciones y medidas de protección favorables a la niñez y adolescencia, la realidad orilla a resultados cuantitativos negativos, en proporción al crecimiento migratorio anual de este grupo vulnerable.

En el anexo VI, tabla I de este trabajo, se puede observar que el Instituto Guatemalteco de Migración presenta algunos datos estadísticos del año 2020 de la cantidad de niños, niñas y adolescentes migrantes retornados vía área y terrestre, dando una perspectiva general de la situación de la niñez y adolescencia en Guatemala ante el fenómeno migratorio.

Los datos observados dan cuenta que, tanto por vía aérea como terrestre, los niños, niñas y adolescentes son retornados con mayor registro en los meses de enero a mayo. En cuanto a aquellos que llegan desde Estados Unidos acompañados por un familiar o adulto vía aérea, conforman la mayor cantidad (el doble), con respecto de los niños, niñas o adolescentes que llegan sin acompañamiento. Mientras que, desde México, vía aérea, la mayor cantidad de NNA retornados son aquellos que no están acompañados.

Ante la pandemia que ha sufrido el mundo por la enfermedad Covid-19 a partir de 2020, se deben establecer lineamientos para el trato en esta realidad y medidas de protección adaptadas, puesto que, implica una doble dificultad para personas que de por sí, ya son vulnerables y quienes, además, deben ser protegidos de la crisis sanitaria por la enfermedad.

Para finalizar, las medidas de protección aplicables a la niñez y adolescencia deben encontrarse en sintonía con una política migratoria especial, asimismo, no solo deben ser declarativas de los juzgados competentes sino también deben ser ejecutadas de forma integral y evolutiva por las autoridades migratorias.

Además, debe resaltarse que el sistema político y las normas jurídicas están conectados íntimamente, por lo que, al menos, dentro de las capacidades del Estado, deben priorizarse políticas públicas adecuadas que gestionen garantizar los derechos fuera de las fronteras, en virtud que ambos elementos constituyen la plataforma en donde se desarrolla la justicia en beneficio de la niñez y adolescencia, haciendo posible su aplicación ponderativa más efectiva y clara a partir del principio de interés superior del niño, como se verá en el siguiente capítulo.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

CAPÍTULO IV

4. Proyección aplicativa del principio de interés superior del niño en la niñez y adolescencia migrante irregular

El capítulo que a continuación se presenta se enfoca en la actividad del Estado a través de sus operadores estatales relacionada al análisis jurídico sobre el fenómeno de la migración infantil irregular, especialmente de autoridades migratorias y judiciales que tienen a su cargo la delicada tarea de proteger y garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

De manera que se atenderán asuntos relacionados a la jurisprudencia internacional de referencia y especifica en materia de niñez y adolescencia migrante irregular, la responsabilidad del Estado, la afectación de la separación familiar y las proyecciones del principio de interés superior del niño.

Asimismo, este capítulo se adentra en la resolución de casos de niñez y adolescencia migrante en situación irregular y las dificultades aplicativas de fondo, especialmente de principios y normas constitucionales, que buscan desarrollar al máximo los derechos fundamentales que se encuentran en riesgo o vulnerados. Esta contradicción virtual o real entre principios y normas constitucionales requiere de un análisis especializado que verifique el choque parcial o total en el caso concreto, en mayor medida cuando se trata de la vulnerabilidad y revictimización de niños, niñas o adolescentes en condición migratoria irregular.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

4.1. Jurisprudencia en materia de derechos humanos sobre niñez y adolescencia

A continuación se presenta una serie de casos conocidos por la Corte Interamericana de Derechos humanos u otros órganos jurisdiccionales que en sus decisiones, tienen un impacto en la niñez y adolescencia y que sirven de referencia jurisprudencial para conocer casos similares que le dan obligatoriedad a los Estados miembros del sistema interamericano, de incorporar y atender dentro de sus resoluciones; algunos tienen un impacto indirecto pero preciso y necesario para la interpretación en materia de niñez y adolescencia migrante irregular.

4.1.1. Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala (niños de la calle)

Los hechos de este caso se ciñen al abuso de autoridad y negligencia de parte de las autoridades guatemaltecas, que dan como resultado el secuestro y asesinato de varios jóvenes que se encontraban en situación de calle quienes eran considerados delincuentes y una amenaza para la sociedad. Los hechos ocurrieron en 1990 y tuvo la participación de miembros de la policía, sin embargo, no hubo investigación y no se determinó la culpabilidad de los hechores por parte del Estado de Guatemala, por lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos entra a conocer hasta 1997.

En sentencia de fecha 19 de noviembre de 1999 la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió, en lo conducente, en el párrafo 196, las medidas de protección que contempla el Artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la que se encuentran la no discriminación, asistencia especial a niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación.

Lo importante de esta resolución, en el contexto que en este trabajo se analiza, es que deja un precedente para que la niñez y adolescencia en Guatemala que viven en situaciones de conflicto o riesgo, sean protegidos preferencialmente. La sentencia recomienda al Estado de Guatemala reestructurar su derecho interno en relación con las medidas administrativas y judiciales con el fin de adecuar la normativa guatemalteca con el Artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que tiene como efecto posterior la reforma del Código de menores que estaba en vigor desde 1979 y se crea la nueva ley que actualmente rige en materia de niñez y adolescencia.

El aspecto relevante de esta sentencia es que marca el punto de partida para que el Estado de Guatemala se responsabilice de la niñez y adolescencia en condiciones de vulnerabilidad. Lo cierto es que a raíz de esta sentencia el Estado de Guatemala es evidenciado como un Estado que vulnera derechos humanos a personas que se encuentran en una situación diferenciada y, además, no se apega a los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

4.1.2. El caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua

El origen del caso se da a partir de la violación sexual de una niña por parte de su progenitor; se da inicio al juicio penal en su contra, sin embargo, el sistema de justicia en Nicaragua luego de diversos procesos y recursos declaró inocente al procesado en

las diferentes instancias, en donde se presume que hubo cohecho por parte de los jurados, irregularidades en la investigación y el proceso.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la sentencia el 8 de marzo de 2018 declaró responsable internacionalmente al Estado de Nicaragua por la violación de los derechos a la integridad personal y prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, a las garantías judiciales a la vida privada y familiar, a la protección de la familia, de residencia y a la protección judicial, en relación con las obligaciones generales de respeto, garantía, no discriminación y protección especial de niñas, niños y adolescentes.

La relevancia de este caso es que se da pauta al *corpus iuris* internacional de protección de los niños y las niñas y se da la aplicación de los principios rectores de la Convención Sobre los Derechos del Niño que son el principio de no discriminación; el principio de interés superior de la niña; el principio del respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; y el principio de respeto a la opinión de la niña. Aunado a este marco jurídico de protección está la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará, en perjuicio de V.R.P. y de su grupo familiar.

Este silogismo que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos crea el escenario de aplicación intersectorial de los derechos humanos en beneficio de las víctimas, que en todo caso es un precedente para quienes sufren tratos crueles y violaciones sexuales que se dan, incluso, en el contexto de la migración infantil irregular.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

La sentencia de la Corte pone en evidencia que el sistema de justicia en los países de Latinoamérica históricamente se ha apartado de su fin primordial que es garantizar la justicia y, al contrario, se alinea frecuentemente al sistema de gobierno imperante en contubernio con malas prácticas de justicia.

4.1.3. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México

El presente caso, si bien es cierto no tiene relación con la migración infantil, sí sirve de referencia y puede ser citado como jurisprudencia internacional para los procesos de medidas de protección que deben seguirse y de la debida diligencia de las autoridades al recibir una denuncia, que puede ser, de niños, niñas o adolescentes en riesgo de migración irregular, en virtud que pone en evidencia la debida diligencia y atención que deben poner las autoridades al tener conocimiento de la vulneración de los derechos de la niñez y adolescencia, con énfasis en género y etnia.

El caso se origina en el año 2002 en donde Rosendo Cantú, una mujer indígena quien fue abusada física y sexualmente por militares en el Estado de Guerrero, en México. Al momento de los hechos ella tenía 17 años, pero estaba casada y tenía una hija. Ella y su esposo presentaron las denuncias correspondientes, pero el caso, al ser remitido a la jurisdicción penal militar, fue archivado misteriosamente.

En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que el Estado debió haber adoptado medidas especiales a favor de la señora Rosendo Cantú, no solo durante la denuncia penal, sino durante el tiempo en que, siendo una niña, estuvo vinculada a las investigaciones ministeriales seguidas con motivo del delito que había denunciado, máxime por tratarse de una persona indígena, pues los niños indígenas

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos toma en cuenta que el interés superior de la niñez es primordial e ineludible y lo analiza en el aspecto procedimental, de tal cuenta que, se asegure que los niños, niñas y adolescentes puedan gozar de procedimientos adecuados y adaptados a la edad de estos, en especial, al interrogatorio a fin de no revictimizarlos evitando "sean interrogados en más ocasiones de las necesarias" para no generar traumas multiplicados.

Por lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que el Estado violó, entre otros derechos, el derecho de protección especial en vista que Rosendo Cantú era una niña cuando ocurrieron los hechos y por ende no se le trató conforme a su edad. Entonces deviene oportuno indicar que, con esta sentencia, las autoridades están obligados, por ejemplo, en los procesos de migración irregular cuando se trata de niños, de realizar un esquema de trato y protección especial. Esto da pauta a que en los procesos de protección de niñez y adolescencia migrante irregular sean evaluados sin preámbulos y atendiendo a su grupo etario.

4.1.4. Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala

El caso de Mayra Angelina Gutiérrez Hernández psicóloga, socióloga y catedrática de la Universidad de San Carlos de Guatemala se origina a raíz de su desaparición en abril del 2000. Asimismo, Gutiérrez Hernández era activista de izquierda e investigadora sobre las prácticas de adopción en Guatemala. En este caso la Comisión

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Interamericana de Derechos Humanos informó que en investigación hubo negligencia sobre lo sucedido.

Esta es una sentencia que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de agosto de 2017 con incidencia en perspectiva de género pero que también tiene efectos de interpretación jurisprudencial en el orden de los derechos humanos aplicables a los niños, niñas y adolescentes, en específico sobre la discriminación de la cual son víctima la mayoría, cuestión que ha citado la Corte en diferentes ocasiones en sentencias y observaciones. En su párrafo 150 la Corte hace ver que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto

Para Guatemala, es sobre todo un elemento de capital importancia el respeto a los derechos humanos, que no se puede dar sin igualdad, es decir, con discriminación, dada las particularidades del país, al constituirse por diferentes culturas. Además, la Corte recuerda que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens* (véase página 115 sobre el principio de *ius cogens*).

Los derechos humanos deben cumplir con los principios de igualdad y no discriminación, sin hacer distinción de género, raza o edad; no obstante, la importancia de la distinción por grupos surge de la disparidad en la aplicación de justicia, precisamente la importancia de la diferenciación de la aplicación de los principios e instituciones, como es el caso de la niñez y adolescencia.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

4.1.5. Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala

En sentencia de fecha 9 de marzo de 2018 la Corte Interamericana de Derechos Humanos resuelve sobre el caso de los hermanos Tobar Ramírez a quienes se les declaró en abandono e institucionalizó. El contexto de este caso se da en relación con las adopciones ilegales puesto que a ambos hermanos se les llevó a cabo un proceso extrajudicial notarial en donde se autorizó la adopción internacional con familias distintas.

En lo conducente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, trata el interés superior del niño e indica que es un concepto triple que constituye un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento. De aquí la jurisprudencia de la Corte empieza a moldear el alcance del principio aludido y le otorga efectos en tres vías, por lo que no solo constituye un principio, sino que también le da un carácter sustantivo y adjetivo. En este sentido la Corte indicó:

> Como derecho sustantivo, crea la obligación en los Estados de evaluar y considerar el interés superior del niño en toda cuestión que les concierna. Como principio interpretativo, garantiza que en todo supuesto en que una disposición jurídica permita más de una interpretación se debe seleccionar la interpretación que mejor satisfaga el interés superior del niño. Como norma de procedimiento, este principio asegura que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a una niña o niño, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

una estimación de las posibles repercusiones de la decisión en el niño o los niños interesados. (párr. 215)

En este párrafo la Corte Interamericana de Derechos Humanos deja claro que el interés superior del niño como derecho, y como principio sostiene todo el marco de actuación hacia la niñez y adolescencia, por lo que las decisiones a tomar por las autoridades y demás deben prever o proyectar los posibles escenarios y se debe decidir por el que menos afecte al niño, niña o adolescente.

4.1.6. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile

Los hechos del presente caso inician en el año 2002 y es llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivado de la custodia de tres niñas y de la convivencia de personas de la misma orientación sexual en donde las autoridades chilenas en sus diferentes instancias decidieron otorgar la custodia de las niñas al progenitor, lo que generó un trato discriminatorio en detrimento de los derechos humanos de la progenitora Karen Atala Riffo y su pareja. Finalmente, la Corte decidió en la sentencia de fondo, reparaciones y costas otorgarla a favor de Atala Riffo y declaró responsable al Estado de Chile.

Dentro del análisis que se realiza en esta sentencia en relación con el interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

En este caso se sienta un precedente respecto al cuidado y custodia de los niños, niñas y adolescentes por parte de sus familiares, porque se indica que en la evaluación para determinar el impacto negativo del bienestar y desarrollo, se debe hacer con base en comportamientos parentales específicos y no sobre especulaciones y prejuicios, de manera que la orientación sexual de la madre no sirve de medida para esa evaluación y por ende, no se puede utilizar el principio de interés superior del niño como amparo para decidir sobre su custodia.

De esta manera, se puede observar que el principio de interés superior no se adapta a criterios sociales que vayan en contra de los derechos humanos de otras personas y en esta medida se descarta cualquier sustento jurídico que impida o tergiverse el pleno ejercicio del derecho a la familia.

Sobre este particular, el derecho a la familia busca establecerse como el máximo beneficio para la niñez y adolescencia y su interés superior, no obstante ¿es probable una confrontación casuística en donde la reunificación familiar no se enlace con el interés superior? La directriz 14 de Riad revela lo siguiente:

> Cuando 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 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.

En el mismo sentido, Guatemala establece en el Artículo 116, literal j), de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia la garantía procesal a no ser separado de sus padres o responsables contra la voluntad de estos, excepto cuando el juez determine, previa investigación de los antecedentes, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, en caso de que este sea objeto de maltrato o descuido.

En este contexto, sobre la protección a la familia, el caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala en sentencia del 20 noviembre del 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos[24] afirma que:

> (...) la protección a la familia, consagrada en el Artículo 17 de la Convención, implica el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, siendo que una de las interferencias estatales más graves es la que tiene por resultado la división de la misma. (Fondo Reparaciones y Costas). (párr. 312)

No obstante, el elemento clave puede ser, en todo caso, la ausencia o imposibilidad de reunificación familiar o derecho a la familiar y esto determinaría el interés superior del niño sin estar violentando la protección a la familia.

[24] Este caso se relaciona con las desapariciones forzadas entre 1983 y 1986 en el contexto del conflicto armado interno en donde existía una política estatal orientada a la separación o desintegración familiar.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

Todo lo anterior permite indicar que para en el caso Atala Riffo y Niña Vs. Chile la separación familiar (en este caso de su madre) no está justificada por los prejuicios sociales y, en general, ninguna autoridad estaría facultada para justificar la separación familiar por aspectos que derivan de la orientación sexual o ideológica, la pobreza, o la condición migratoria que de ninguna manera tampoco se apareja al interés superior del niño.

4.1.7. Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala

Este caso fue presentado ante la Corte Interamericana el 3 de mayo del 2012 y versa sobre la inacción del Estado de Guatemala sobre la desaparición y posterior muerte de la adolescente María Isabel Veliz Franco quien, al momento de los hechos en 2001, tenía 15 años. Básicamente el Estado, vulneró el debido proceso, y demoró injustificadamente el seguimiento del caso en virtud que, en primer lugar, el Ministerio Público no llevó a cabo una investigación en los plazos legales, asimismo, no se estableció con prontitud la competencia del juzgado que iba a conocer.

Este caso es relevante para reforzar la intersectorialidad de los derechos humanos cuando se trata de niñas y adolescentes violentadas, en virtud que se encuentran amenazadas de forma multiplicada por su condición de mujeres y de niñas.

De tal cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace ver que el deber estatal de actuar con la mayor y más estricta diligencia para proteger y asegurar el ejercicio y goce de los derechos de las niñas frente al hecho o mera posibilidad de su vulneración por actos que, en forma actual o potencial implicaren violencia por razones de género o pudieren derivar en tal violencia.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Por lo que concluye que las acciones del Estado y la sociedad deben ceñirse al interés superior del niño y las medidas de protección deben estar orientadas a lo establecido en el Artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

4.1.8. Sentencia dictada dentro del expediente 5181-2017 de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala

Vale la pena referirse a este caso que llegó, al menos, a instancias de la Corte de Constitucionalidad porque proporciona elementos indispensables en materia de derechos humanos para la niñez y adolescencia y donde finalmente, se termina otorgando el amparo en definitiva y restaura la situación jurídica afectada dejando en suspenso la sentencia dictada por la cámara penal en un proceso que venía cursando en diferentes instancias, en donde se había absuelto a Juan Antonio Reyes López y/o Sergio Antonio López Santizo por el delito de violación sexual.

En su primer considerando, analiza que la protección preferente tiene su fundamento en el conjunto de principios y valores que la Constitución llama a preservar respecto de los niños, y en las obligaciones convencionales que para el Estado de Guatemala dimanan por haber ratificado la Convención Sobre los Derechos del Niño.

En su segundo considerando, la Corte de Constitucionalidad indica que la realización del control de convencionalidad entre normas de derecho interno y las de un instrumento normativo internacional, es un control que debe realizar *ex officio* todo juez dentro de sus respectivas competencias y de acuerdo con las regulaciones procesales correspondientes, es decir, que la iniciativa en materia de niñez y adolescencia está cargada al juzgador.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

En su tercer considerando indica postulante denuncia falta de aplicación de las reglas de la sana crítica razonada en la valoración de los medios de prueba aportados al proceso, pues manifestó que era un criterio en exceso rigorista por lo que estimó la autoridad incumplió con su obligación de aplicar el control de convencionalidad en materia de Derecho Humanos al caso concreto.

Por lo tanto, esta sentencia se incorpora al cúmulo de jurisprudencia que las autoridades deben aplicar al momento de resolver, especialmente los órganos jurisdiccionales que conozcan casos que derivan del maltrato o violación a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

4.2. Jurisprudencia especializada en materia de niñez y adolescencia migrante irregular

La Corte Interamericana también ha conocido casos específicos en materia de niñez y adolescencia migrante, por lo que constituye jurisprudencia aplicable al *corpus iuris* internacional en materia de derechos humanos de la niñez, que, en adelante, se presentan como casos judiciales u observaciones generales vinculantes a los sistemas jurídicos internos.

4.2.1. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana

El caso fue sometido a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 1999 y fue admitido hasta 2005, posteriormente la Corte Interamericana de Derechos

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Humanos conoce en el año 2012. Es un caso relativo a la migración irregular por lo que constituye jurisprudencia ineludible para la niñez y adolescencia.

Los hechos se dan en República Dominicana en el contexto de población haitiana y personas nacidas en el territorio dominicano quienes sufrían de pobreza y discriminación, inclusive por las mismas autoridades, por lo que las expulsiones colectivas y masivas de personas afectaba a nacionales y extranjeros, a pesar de estar amparadas por el nacimiento *ius soli* privándoseles de asistencia jurídica y de procedimientos legales. Dentro de estas expulsiones masivas había niños, niñas y adolescentes que incluso habían nacido en ese país o incluso, de sus progenitores, dejándolos al desamparo.

En este sentido, la Corte reiteró que en los procesos de expulsión donde se encuentren involucrados niños y niñas el Estado debe observar, además de las garantías básicas, otras cuyo objetivo sea la protección del interés superior de los niños y niñas y este se relaciona directamente con la protección de la familia y particularmente el disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible.

El argumento de la Corte también indica que cualquier decisión de órgano judicial o administrativo que deba decidir acerca de la separación familiar, debido a la condición migratoria de uno o ambos progenitores, debe contemplar las circunstancias particulares del caso concreto, garantizando así una decisión individual. En este argumento la Corte hace mención del fin a perseguir en la decisión, el cual, debe ser legítimo de acuerdo con la Convención Sobre los Derechos del Niño, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Por último, el criterio de la Corte es que no se puede recurrir a la privación de libertad de niños, niñas que se encuentren con sus progenitores, así como de aquellos que se encuentren no acompañados o separados de sus progenitores con el objetivo de asegurar el proceso migratorio.

El principio de no devolución es un elemento indispensable para la protección de la niñez y adolescencia de forma universal, pues todos los niños, niñas o adolescentes, sin importar su procedencia o nacionalidad, merecen la protección diferenciada y especializada del Estado por su condición de vulnerabilidad.

4.2.2. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana

El caso fue conocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2003, previamente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tenía conocimiento desde 1998. En términos generales, se trata sobre la responsabilidad internacional del Estado por la negación de la emisión de actas de nacimiento a favor de dos niñas (Dilicia Oliven Yean y Violeta Bocico), a través de las autoridades del Registro Civil de República Dominicana, en vista que ambas niñas eran de ascendencia haitiana.

En este sentido, las niñas no eran consideradas como nacionales a pesar de haber nacido en ese país, ya que los padres se encontraban de tránsito por motivos laborales y las autoridades se apegaron a la condición migratoria de estos para negar la inscripción y ambas estuvieron sin obtener nacionalidad desde 1998 hasta 2001, momento en el que la Corte ya consideró contencioso el caso y por lo tanto competente para conocerlo.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Dentro de los elementos que resaltan en esta sentencia son:

a) El estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos99;

b) El estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos, y

c) La condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron. (Párr. 156)

De tal cuenta que la Corte estableció que el Estado actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos y contraria al interés superior del niño, lo que constituyó un trato discriminatorio; asimismo, aseveró que la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad.

La problemática que deriva de la crisis humanitaria en las fronteras de República Dominicana y Haití revela el impacto de la política exterior de un Estado en detrimento de los derechos humanos de los migrantes y sus descendientes en un ambiente de discriminación y que genera rechazo al principio de *ius soli* aceptado en la costumbre internacional del sistema interamericano.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Con el fin de frenar las odiseas masivas de migrantes que buscan seguridad social y alimentaria, hay mayor afectación a los derechos de la niñez y adolescencia, a quienes, como el caso de las niñas Yean y Bosico, se les mantuvo en una condición de apátridas y consecuentemente impidiendo el ejercicio de sus derechos especiales como la nacionalidad y la educación, en su condición de niñas.

La decisión de las autoridades de República Dominicana, efectivamente, fue contraria en dos sentidos a la Convención Americana de Derechos Humanos, en primer lugar, con el Artículo 19 que se refiere a los derechos de protección hacia la niñez por parte de la familia, la sociedad y el Estado; en segundo lugar, por lo establecido en el Artículo 20, sobre el derecho de nacionalidad que adopta el criterio del *ius soli* en su numeral 2.

De lo anterior, al ser parte del sistema interamericano, la aplicación del control de convencionalidad es una cuestión ineludible para la propia Constitución de República Dominicana que en su Artículo 18 numeral 3 considera nacionales a los nacidos en territorio nacional (*ius soli*), con dos excepciones: a) los hijos de diplomáticos y consulares, y b) los extranjeros que se hallen en tránsito o residan ilegalmente en territorio dominicano, y entiéndase bien el sentido literal de esta segunda excepción pues no indica *los hijos* de los extranjeros que, en todo caso, se viene a consolidar con la aplicación del convencionalismo en materia de derechos humanos y la protección especial de la niñez y adolescencia. Pero como bien lo indicó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia analizada: "es inaceptable calificar a las presuntas víctimas del presente caso 'extranjeros en tránsito', ya que las personas que viven por diez, quince o más años en un país no pueden tener la calidad de transeúntes" (párr. 111).

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

Las Constituciones de los países que están adheridos al sistema interamericano, están automáticamente conectadas a los principios y derechos que trascienden su propio sistema normativo interno, pues tratan de proteger históricamente lo más importante de la humanidad, que es la humanidad misma.

4.2.3. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia

Este caso sirve de referencia importante en virtud que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace alusión a tres aspectos en relación con el derecho a la situación de los niños migrantes, el derecho a buscar y recibir asilo y la expulsión de extranjeros del territorio de un Estado.

El caso fue sometido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2012 y se relaciona con la expulsión de una familia peruana de Bolivia. Se trata de la familia Pacheco Tineo quienes estuvieron en condición de migrantes irregulares en ese país y solicitaron el amparo y estatuto de refugiados. La vulneración a sus derechos humanos se da cuando el Estado, a través de las autoridades migratorias, realizaron gestiones administrativas dirigidas a la expulsión y no consideraron su solicitud de asilo, por lo que posteriormente fueron expulsados de inmediato sin atender al debido proceso, a quienes no dio audiencia ni oportunidad de expresar sus razones de la solicitud de asilo.

Agravante fue el hecho que Bolivia ya tenía información que los solicitantes también tenían una solicitud de asilo a un tercer Estado y se les negó la posibilidad de ser trasladados a Chile, asimismo, que dentro del grupo familiar estaban involucrados niños.

La resolución de la Corte determinó que existe una relación intrínseca entre el derecho a la protección a la familia y los derechos de niños y niñas, asimismo, que la separación de los niños de sus padres puede en ciertos contextos poner en riesgo la supervivencia y desarrollo de estos, siendo el Estado el máximo responsable de garantizarlos.

Asimismo, la Corte consideró que cuando los solicitantes de asilo sean niños, estos deben gozar de garantías procedimentales específicas y probatorias para garantizar que justas decisiones sean tomadas en apego al derecho de expresar sus opiniones y participar de manera significativa en los procedimientos.

El derecho de asilo es un recurso innegable para los seres humanos que se encuentran en riesgo de ser vulnerados en su dignidad, vida y salud; los niños tienen ante sí dificultades adicionadas como la dificultad de materializar su petición, por eso la Corte estimó que los procedimientos de solicitud deben hacerse con apego a esas garantías que incluyen a personas idóneas que los atiendan.

4.2.4. Opinión Consultiva. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Por último, dentro de este compendio jurisprudencial, se debe tomar en cuenta la opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2013 específicamente en su párrafo 101 que desde el año 2002 México realiza a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el contexto de la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales a los trabajadores migrantes y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos

De forma muy escueta y en contexto con el tema de niñez y adolescencia migrante, se debe mencionar que el análisis de la Corte es que, por las manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante de que son objeto los migrantes, especialmente las mujeres y los niños, en diferentes partes del mundo.

De esa cuenta, la Corte consideró indispensable, entre otras cosas, la obligación de los Estados de implementar políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, a su vez, que los principios de igualdad y no discriminación acarrea obligaciones *erga omnes* y que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos.

4.2.5. Opinión Consultiva 21/2014: Sobre derechos y garantía de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional

De la OC 21/2014 del 19 de agosto del 2014, ya se ha hecho referencia en el capítulo segundo de esta investigación y a lo largo de la misma, sin embargo, por su importancia, deviene oportuno hacer algunos apuntes. Esta opinión consultiva es solicitada por la República de Argentina, la República Federativa de Brasil, la República de Paraguay y la República Oriental de Uruguay a fin de que la Corte determine con mayor precisión cuales son las obligaciones de los Estados en relación con las

medidas respecto de las niñas y niños ante el fenómeno de la migración, asimismo, a la de sus progenitores.

Como opinión vinculante, se constituye en una herramienta imprescindible en la práctica jurídica y administrativa de los Estados miembros, asimismo, para el cumplimiento de los estándares internacionales en materia de niñez y adolescencia en el contexto de la migración irregular.

En primer lugar, se debe resaltar que la Corte considera que el principal obligado es el Estado que recibe al niño o niña extranjero, sin embargo, el Estado de origen, de donde viene el niño o niña, también debe hacerse cargo de todo aquello que le compete para garantizar los derechos, comenzando por la asistencia y seguimiento consular.

En segundo lugar, también la Corte hace ver que los Estados están obligados a acoplar su sistema jurídico interno con la Convención Americana de Derechos Humanos y, por lo tanto, deben eliminarse aquellas disposiciones que afecten los derechos y principios que asisten a la niñez y adolescencia.

En tercer lugar, la opinión consultiva indica que los Estados deben tomar medidas de protección a favor de las y los niños en virtud de su condición, por lo que, debe apreciarse que los niños, niñas y adolescentes, ejercen sus derechos progresivamente en la medida de su desarrollo y nivel de autonomía personal.

En general la opinión consultiva tiene como aspectos centrales: el derecho a la familia, el principio de no devolución, la prohibición de la privación de libertad, las políticas y leyes migratorias, garantizar el debido proceso, las obligaciones estatales, el asilo y

refugio, separación familiar por expulsión, protección integral para el niño o niña, entre otros.

El efecto más importante de esta opinión consultiva, de acuerdo con la Organización Internacional para las Migraciones (2016) es que, "por primera vez en ejercicio de su función consultiva, la Corte IDH reconoció al niño como sujeto de derecho"; representa, por lo tanto, una aclaración respecto al conocimiento de los casos sometidos a su jurisdicción que tiene efectos importantes en dos direcciones, una para informar el sometimiento de los Estados conforme los lineamientos allí establecidos y, dos, para reconocer la posición de la niñez y su realidad internacional.

A manera de colofón, con la jurisprudencia analizada se pueden colegir que los derechos de la niñez y adolescencia, en general, están debidamente respaldados por un complejo andamiaje jurídico internacional que hace asequible reclamar a los Estados su cumplimiento, en virtud que de los casos particulares se desprenden elementos que facilitan una comprensión profusa de su contenido. La jurisdicción en materia de derechos humanos constituye un pilar fundamental para garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales en casos específicos.

La niñez y adolescencia, especialmente la que sufre de migración irregular, requiere de mecanismos jurídicos que protejan como mínimo su derecho a la vida, dignidad, la familia, la salud, educación, estabilidad familiar e identidad; pero la jurisprudencia ha demostrado que siendo uno de los grupos más vulnerables dentro de la sociedad, siguen sufriendo de flagelos contra sus derechos fundamentales, debido incluso, a la

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

inobservancia de principios, lineamientos y directrices ya reconocidos en el *corpus iuris* de la niñez y adolescencia.

4.3. La responsabilidad de los Estados frente a la migración infantil

De la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se puede entender la implicación de la responsabilidad internacional. El Estado a través de sus instituciones públicas, figura como el principal protagonista en todas las obligaciones internacionales que adquiere un país, dada su personalidad jurídica ante la comunidad internacional, lo cual también le hace susceptible de adquirir sanciones y reclamos, en especial cuando se trata de derechos humanos violentados.

La característica más importante del Estado es esa capacidad jurídica que, a su vez, delimita sus funciones establecidas en el marco constitucional y convencional. En su actuar ante la migración, especialmente de la emigración de su población, adquiere una doble responsabilidad, en primer lugar, la de atender las problemáticas de fondo que la originan, y, en segundo lugar, atender los efectos propios del fenómeno, como pueden ser la migración infantil y la separación familiar.

Debe hacerse una distinción importante entre responsabilidad gubernamental y responsabilidad internacional del Estado, en virtud que en la primera hay una actividad de los funcionarios o agentes del Estado que incurren en la ilegalidad, como dice Prado (2012) "(...) recae personalmente en un funcionario porque este es el que actúa y no el Estado" (p. 221); mientras que la responsabilidad internacional del Estado en este contexto requiere del incumplimiento evidente, manifiesto o reiterado de los derechos

que garantiza su marco de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad, agotadas todas las instancias internas que se confabulan al sistema.

Es decir, la responsabilidad internacional de un Estado es un acto declarativo de justicia internacional y es diferente de la responsabilidad de sus agentes estatales quienes se acogen a los procesos previos de la justicia nacional, la cual protege y garantiza derechos fundamentales violentados por estos. Sin embargo, como lo indica Medina Ardila (2009) existe:

> (...) responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares, si se presenta en relación con la tolerancia, complicidad o aquiescencia, por parte de agentes estatales, a particulares que creen, mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias y violatorias de derechos humanos. (p. 19)

Si el Estado convalida esos actos u omisiones violatorios de derechos humanos por parte de sus agentes estatales, tiene responsabilidad internacional. No obstante, se debe atender la teoría que sostiene que los Estados no son los únicos sujetos del derecho internacional que se considera que violentan derechos humanos, pues los agentes particulares del Estado también pueden vulnerar derechos humanos, empero, se habla de responsabilidad internacional del Estado bajo la premisa de su calidad como garante y responsable de las obligaciones adquiridas en el derecho internacional.

La doctrina se ha divido sobre la responsabilidad del Estado. Hay corrientes filosóficas que sostienen que los particulares no pueden violentar derechos humanos, únicamente el Estado, mientras que otras corrientes se inclinan por aceptar que los derechos humanos, también pueden ser violentados por otros actores.

En el primer caso, Zaffaroni (2018) sostiene que debe tomarse en cuenta que los derechos humanos tienen aparejadas garantías que los Estados deben sostener, de manera que solo los Estados pueden violentar derechos humanos, mientras que los particulares solo pueden cometer delitos.

La teoría de la responsabilidad única del Estado frente a la violación de los derechos humanos solo podría ser válida en la medida que este se encuentra en una posición de garante y sea destruida su participación como actor pasivo o activo en la vulneración a los derechos humanos fundamentales, es decir que un órgano jurisdiccional competente declare la vulneración.

Por otro lado, Corral (2019) sostiene que si se examinan las fuentes internacionales más vinculantes como son los tratados y convenciones, no aparece ninguna indicación que restrinja la posibilidad de que los derechos humanos sean vulnerados por personas que no son agentes del Estado.

También Carbonell (2020) expone que con anterioridad se tenía la idea que los derechos humanos "solo pueden ser exigibles para las autoridades" y sostiene que esta idea ya ha cambiado, que los derechos fundamentales también son oponibles frente a particulares, los particulares están obligados a respetar, no violar y respetar los derechos fundamentales, siendo que hay derechos que solo pudieran ser violados por las autoridades, pero si hay derechos fundamentales que pueden vulnerar los particulares, y como ejemplos el derecho a la igualdad, a la no discriminación, el derecho al medio ambiente y los relacionados a la familia, se aplican a las relaciones entre particulares.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

La Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala (1999) en el párrafo 1659 de su informe *Memoria del silencio*, también sustenta este criterio de la forma siguiente:

> Sin embargo, una violación de los derechos humanos, también puede provenir de la actuación de un particular, si dicho hecho se ha producido con el apoyo o la tolerancia del poder público; en este supuesto el Estado incumplió su deber de garantizar estos derechos. El Estado también incumple su deber de protección respecto de hechos violatorios perpetrados por terceros, aunque no los haya conocido originalmente, cuando una vez realizados no los investiga, juzga y sanciona. (p. 304)

No todos los actos los actos de los particulares pueden considerarse violaciones a derechos humanos pues la mayoría de sus actos está sujeta a la jurisdicción penal, civil, familiar etc., de sus Estados, pero, excepto algunas acciones muy particulares, pueden considerarse violatorias a derechos fundamentales y que requieren de la atención del marco de convencionalidad y de la jurisdicción en materia de derechos humanos. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la condición jurídica de los derechos de los migrantes indocumentados, indicó:

> (...) se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y,

> particularmente, por la teoría del Drittwirkung, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares. (p. 117, párr. 140)

La responsabilidad sobre los derechos fundamentales de las personas la tiene cargada en su mayoría el Estado; se puede apreciar esta constate en diferentes instrumentos internacionales, como la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en su Artículo 2, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Artículo 2 y, la Convención sobre los Derechos del Niño en su Artículo 2. Pero es interesante observar que la Declaración Universal de Derechos Humanos es más genérica y los derechos consagrados son declarativos, sin distinguir quien es el actor que debe garantizarlos, aunque la mayoría de estos, por antonomasia deben ser cumplidos por el Estado.

Sobre esta cuestión, lo importante es hacer la diferencia entre:

a) Responsabilidad internacional del Estado que se declara por el incumplimiento de tratados internacionales en materia de derechos humanos.

b) Responsabilidad internacional de Estado por actos de particulares (que puede ser de sus agentes), que se da cuando este tolera o convalida por acción u omisión delitos que atentan contra los derecho humanos.

c) Responsabilidad propia de los particulares u otros actores por violaciones a derechos humanos que puede surgir por actos de lesa humanidad, discriminación, daño al medio ambiente, que tienen efectos *erga omnes*.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

No se puede eludir que, si bien es cierto, el Estado no es el único responsable sobre violación de derechos humanos, sí se le puede atribuir la característica como el único garante de los derechos humanos porque tiene a disposición el aparato coercitivo y la administración de justicia, mientras cualquier otro sujeto del derecho internacional puede ser violador de derechos fundamentales.

Por otra parte, los derechos mínimos que garantiza la Constitución son básicos para el funcionamiento del Estado, lo cual no implica que permanentemente estos derechos no estén siendo vulnerados, sino que al menos las instancias institucionales establecidas para garantizarlos sean accesibles y efectivas. Es prácticamente imposible que los derechos y deberes sean en todo momento cumplidos, pero es la quintaesencia del derecho y finalidad de las instituciones hacerlos cumplir.

Se puede decir que la migración es un problema social que involucra a varios actores, entre estos el Estado; pero, ciertamente no es el único responsable de dar solución a estas problemáticas. La sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales, la comunidad internacional, así como otros Estados, también adquieren responsabilidad directa para dar solución o apoyo ante esas problemáticas conjuntas, dado que los efectos trascienden en la humanidad, pero queda claro que es el Estado firmante obligado a dar cumplimiento y responder como sujeto del derecho internacional.

Así, el Estado legitimado tiene autodeterminación para decidir sobre sus asuntos internos atendiendo a su soberanía que le otorga el marco constitucional, no obstante, la convivencia exterior con otros Estados y sociedades también le obligan a apegarse a un tipo de contrato social de carácter internacional, en cierta medida, menos coercitivo

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

y fiscalizador, pero sujeto a consecuencias impuestas por la globalización y la relación con otros Estados a través de las Naciones Unidas y sus fines; ejemplo de esto pueden ser el rechazo internacional de la comunidad, las sanciones económicas y las sanciones militares. Como dice Kristicevic (2009):

> Un principio elemental del derecho internacional reconocido en la propia Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que un Estado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de los tratados que ha suscrito. (p. 10)

La responsabilidad del Estado, por lo tanto, está dada por las normas jurídicas internas e internacionales y principalmente, por su marco constitucional, en mayor medida, en materia de derechos humanos, puesto que el fin ideal del Estado es la persona humana (principio *pro persona)*. Las acciones o inacciones del Estado, pues, tienen repercusiones en la vida común de cualquier persona y funge como un ente racional y congruente ante el caos permanente.

Para Alexy (2009), el Estado presta una acción positiva, que divide en tres grupos:

> (1) derechos a protección, (2) derechos a organización y procedimiento, y (3) derechos a prestaciones en sentido estricto. Y de la misma forma, indica que a cada uno los derechos indicados, le corresponde, un problema consecuente: en función de su (1) fundamentación, (2) contenido, y (3) estructura. (p. 51)

Para los derechos de protección en cuestión, con anticipación, el Estado ya considera los riesgos de la indefensión natural del ser humano, por lo que lo protege de la

inseguridad, la muerte y a veces, incluso, de los mismos derechos de otros. Se manifiestan en especial estos derechos con los niños, niñas y adolescentes quienes deben ser protegidos en todo momento por un encargado, familiar o una institución.

Se debe tomar primordial consideración que, los niños, niñas y adolescentes, tienen los mismos derechos que los adultos más aquellos necesarios especiales para protegerlos, por lo que la responsabilidad del Estado en los derechos de protección está fundamentada en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y en la propia Convención sobre los Derechos del Niño.

Por lo tanto, rige la especialidad, pero convergen los demás fundamentos jurídicos convenientes que le dan validez y los principios se concatenan con aquellos elementos que son más favorables al niño, niña o adolescente vulnerado. En la medida que surja una eventual colisión entre principios aplicables a la niñez y adolescencia en un contexto de la migración, habrá que apelar a la ponderación, la cual estará condicionada a su vez por el principio de interés superior del niño, porque es una cuestión ineludible en la responsabilidad que contrae el Estado.

Para que una acción del Estado se materialice, es menester que esta se manifieste a través de su misma estructura proporcionada por el sistema jurídico e institucional, es decir, por medio de sus actos, normas, resoluciones y políticas. Por un lado, las normas jurídicas proporcionan el soporte y previenen la actuación desproporcionada de las acciones estatales, asimismo, las instituciones tienen el rol de cumplir el papel político en un juego constante entre la legalidad y las decisiones de gobierno.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

El Estado se encuentra en constante movimiento, es decir, tomando acciones positivas o negativas (inacciones) en todo momento, pero estos derechos de protección requieren una acción positiva permanente del Estado para que sea efectiva su consecución. Pues como dice Alexy (2009): "(...) no basta con que el estado se abstenga de interferir en los ámbitos que protegen, especialmente la vida, la libertad y la propiedad. El estado debe *hacer* algo" (p. 52).

Las obligaciones internacionales adquiridas también obligan al Estado para implementar acciones que permitan cumplir con las convenciones ratificadas a través de políticas públicas adecuadas, pero cada acción del Estado involucra inversión económica que depende en gran medida del presupuesto asignado y del apoyo de la comunidad internacional.

En general, la problemática de la migración infantil es atribuida a los países no desarrollados, a su vez, el Estado tiene una participación deficiente como consecuencia de la falta del desarrollo económico o mala gestión de los recursos que, involucra temas como la corrupción en las instituciones públicas. Esto da lugar a que los programas de atención a la migración solo cubran de manera superficial las obligaciones estatales, pero no constituyen una solución sistematizada a largo plazo.

En esta línea de ideas, el Comité de los Derechos del Niño (2011), en la Observación General número 13, indica respecto de las obligaciones de los Estados parte que la limitación de recursos no justifica que un Estado parte no adopte ninguna de las medidas necesarias, o suficientes, para proteger a los niños. En consecuencia, se insta a los Estados parte a que adopten marcos de coordinación globales, estratégicos y con

plazos definidos para la atención y la protección de los niños. En particular, el Comité hace hincapié en la necesidad de consultar a los niños en la elaboración de estas estrategias, marcos y medidas.

Si bien es cierto, Guatemala invierte en programas que buscan apoyar a la migración infantil, la mayor parte de los esfuerzos se enfocan en la recepción de migrantes, atención primaria, y algunos programas que incentivan la no migración. Este último rubro es el más débil y lo refuerzan las condiciones estructurales y materiales a las que se encuentran propensas la niñez y adolescencia guatemalteca lo que incentiva una política migratoria cortoplacista en todo caso.

Es factible considerar que estas medidas, al menos, son posibles, en virtud de la presión internacional y a las obligaciones adquiridas, no así como resultado de una cultura de respeto a los derechos humanos que históricamente ha estado relegada a un segundo plano; entonces, esto implica un tropiezo para implementar formas innovadoras para rescatar a los niños, niñas y adolescentes migrantes o víctimas de violencia.[25]

Por otro lado, en relación con la responsabilidad del Estado, la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el sexagésimo noveno periodo de sesiones del 18 de diciembre de 2014, que trata sobre los niños y adolescentes

[25] El caso de Guatemala, al menos hasta el año 2010, es que la mayoría de los fondos que provienen de la cooperación internacional de fuentes bilaterales y multilaterales, un porcentaje mínimo está destinado al cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de justicia y cohesión social, que son los rubros que corresponden al problemática en cuestión, de acuerdo con el primer informe nacional sobre cooperación internacional para el desarrollo y eficacia de la ayuda en Guatemala 2008-2010, y entra en juego la Declaración de Paris Sobre la Eficacia de la Ayuda al desarrollo de 2005 que busca gestionar bien estos recursos.

migrantes establece, entre otros, los siguientes elementos importantes a tomar en cuenta:

a) Se subraya la importancia de que los Estados, en cooperación con la sociedad civil, incluidas las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones de trabajadores y el sector privado, entre otros interesados pertinentes, emprendan campañas de información para explicar las oportunidades, las limitaciones, los riesgos y los derechos en el contexto de la migración, a fin de que todos puedan adoptar decisiones con conocimiento de causa y para evitar que se utilicen medios peligrosos para cruzar fronteras internacionales.

b) Se exhorta también a los Estados a que, adopten medidas alternativas a la detención que tengan en cuenta como consideración primordial el interés superior del niño y que respeten los derechos humanos de los niños migrantes, incluidos los adolescentes.

Con base en el principio de no devolución, los Estados están obligados a resguardar a los niños, niñas y adolescentes, nacionales o extranjeros, aun y cuando estos se encuentren cerca de la frontera o consulado de su país hasta el momento en que se determine que existe recurso familiar idóneo que se haga cargo, evitando a toda costa, la separación de sus familiares. Con especial atención deben ser tratados aquellos casos en donde no existe recurso familiar idóneo y como consecuencia la separación familiar.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

c) Los Estados, de conformidad con las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, son responsables de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los migrantes que se encuentren en su jurisdicción territorial, sea cual sea su estatus migratorio, entre ellos los niños acompañados y no acompañados, incluidos los adolescentes.

Estas obligaciones son efectivamente cumplimentadas por medio de programas sociales y con el apoyo de la sociedad civil, las comunidades e incluso con la coordinación con otros países contiguos para que los trámites no contengan formalismos que atenten contra los derechos fundamentales.

d) También se indica que el principio del interés superior del niño debería guiar la legislación, las políticas y las prácticas relativas a la infancia, independientemente del estatus del niño, incluso en el contexto de la migración, y exhorta a los Estados a llevar a cabo evaluaciones individualizadas y exhaustivas del estatus de los niños migrantes, incluidos los adolescentes, y sus necesidades de protección, y realizar evaluaciones tempranas y rápidas de los casos en que las víctimas de la violencia puedan tener derecho a ampararse en la condición de refugiado u otras formas de protección.

Los programas de prevención para la migración deberían considerar que al derecho de migración se contrapone el derecho a no migrar, en el sentido que los niños, niñas o adolescentes, migran por alguna necesidad y por ende es crucial que se les restituyan

todos los derechos fundamentales vulnerados que motivan la migración, por lo tanto es responsabilidad del Estado ya en este punto, verificar que el estatus del niño, niña o adolescente migrante sea el más favorable en otro país, por medio de sus consulados y representantes en ese país.

Todas estas recomendaciones, a la luz de los tratados internacionales suscritos por Guatemala, se tornan imperativas y son vinculantes al *corpus iuris* de la niñez y adolescencia en tanto que, las sesiones especializadas de las Naciones Unidas se realizan para actualizar y reiterar esas obligaciones internacionales de los Estados.

Para retomar lo que decía Alexy sobre los derechos de protección, en su célebre obra *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1993), se indica:

> Por derechos a protección habrán de entenderse aquí los derechos del titular de derecho fundamental frente al Estado para que este lo proteja de intervenciones de terceros. Lo común detrás de esta variedad es el hecho de que los derechos a protección son derechos subjetivos constitucionales frente al Estado para que este realice acciones positivas fácticas o normativas que tienen como objeto la delimitación de las esferas de sujetos jurídicos de igual jerarquía como así también la imponibilidad y la imposición de esta demarcación. (p. 435)

Esto refuerza el hecho que el Estado está inmerso en la Constitución y su mayor directriz y cadena ante su descomunal poder son los derechos de protección y garantías establecidas en el marco de convencionalidad, pero a su vez, tiene una responsabilidad paternalista de proteger a la niñez y adolescencia contra terceros, entiéndase, otros Estados, organizaciones y personas.

El énfasis que se hace sobre la responsabilidad del Estado es extremadamente relevante porque ya es sabido que el poder que ostenta es inconmensurable cual "Leviatán", que si no se limita con esos derechos de protección fundamentados en principios *iusnaturales*, el mismo marco positivo que lo rige puede trastornar su naturaleza.

> Las obligaciones jurídicas que tienen los Estados frente a la niñez migrante en condición de vulnerabilidad que está en sus territorios, están claramente incorporadas en las diversas legislaciones. La no discriminación (por ningún motivo, incluida la nacionalidad, la etnia, etc.), el interés superior como consideración primordial, garantizar los derechos a la vida, la supervivencia, el desarrollo, las garantías procesales que se deben mantener en todo proceso de protección que implica escuchar y tomar en cuenta las opiniones de las personas menores de edad, son algunas de esas obligaciones. (Organización Internacional para las Migraciones, 2013, p. 49)

De esta manera, el Estado se encuentra sujeto a una posición de control jurídico absoluto sobre su mismo marco normativo que crea; mismo que le otorga la capacidad de actuar para salvaguardar esos derechos, pero también le condiciona en caso de extralimitarse o quedarse inerte.

No se trata de considerar al Estado como una organización desprestigiada y única responsable de las problemáticas sociales, sino de enfatizar en su responsabilidad jurídica y política, en virtud de la finalidad para la fue constituido, para entonces crear el mejor instrumento posible ante la realidad de la niñez y adolescencia.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

4.4. La separación de la familia y las medidas de protección para niños, niñas y adolescentes migrantes irregulares

Entre las consecuencias más graves en la migración infantil está la separación familiar, porque es donde se empiezan a ramificar un cúmulo de vulneraciones a sus derechos fundamentales y de donde, en muchos casos, deviene la participación desproporcionada del Estado en perjuicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y familias migrantes cuando se someten a su jurisdicción.

En tal virtud, la separación familiar que afecta a la niñez y adolescencia en situación de migración irregular propicia la revictimización y los hace más indefensos y vulnerables en los países de paso y de destino. Es el Estado el encargado de decidir sobre el cuidado y encargo del niño, como lo indica la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-17/2002: "Cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño" (p. 68).

El Artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, apercibe a los Estados para que procuren que el niño, niña, o adolescente no sea separado de sus padres contra su voluntad (opinión fundamental del niño), toda vez que, en general, casi todo niño, niña o adolescente prefiere estar con su familia o conocido, incluso, a veces, a sabiendas que se le pone en riesgo, que estar en una institución.

La excepción a esta regla es la revisión judicial, en donde tiene un papel fundamental el balance de los derechos protegidos y/o conculcados y, además, es preciso que esa decisión se fundamente con claridad en la resolución emitida y que esa separación sea estrictamente necesaria para garantizar el interés superior del niño, niña o adolescente.

Vale la pena analizar la valoración que hacen las autoridades en este aspecto, específicamente sobre si una de las causales para justificar la separación de sus familiares, es el hecho que los progenitores o familiares abandonen al niño, niña o adolescente para migrar o también los pongan en situación de riesgo llevándolos consigo en la odisea, lo que podría dar como consecuencia la institucionalización.

Lógicamente, el maltrato, descuido o negligencia evidentes, dan pauta a la necesaria separación del niño, niña o adolescente de sus familiares; sin embargo, es difícil balancear la opinión fundamental del niño anteponiendo el interés superior y el hecho que argumenta el familiar o encargado para justificar su abandono, o ponerlo en riesgo ante una migración irregular. Muchas familias migran en búsqueda de una mejor calidad de vida con el objetivo mandar apoyo a sus hijos e inclusive, mandarlos a traer, pero bajo el mismo estatus migratorio, es decir, irregularmente.

Los operadores del Estado que atienden de primera mano estos casos, tienen ante sí una problemática que los obliga a tomar decisiones extrajudiciales inmediatas, en virtud que cualquier autoridad del Estado tendría el deber de poner a salvo al niño, niña o adolescente, en apego al principio de interés superior y mayormente en las fronteras, en donde también debe observarse el principio de no devolución (*refoulement)* que protege a los niños, niñas y adolescentes a no ser puestos de inmediato en su país de origen, sin antes habérseles garantizado sus derechos primarios.[26]

[26] Este principio está sustentado en el Artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados, asimismo, en el Artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y reforzado por la Opinión Consultiva OC-21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre "Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional".

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Ante un órgano jurisdiccional especializado, por lo general, se observa y valora la intención del familiar o encargado de dar protección al infante o adolescente, a sabiendas que, constituye un recurso familiar idóneo mediante un proceso de investigación de campo que, realiza idealmente un equipo multidisciplinario (por parte de Procuraduría General de la Nación —PGN—).

En el ámbito interamericano de los Derechos Humanos, la jurisprudencia *per se* sobre migración infantil está concentrada en dar lineamientos sobre la aplicación de los principios y medidas de protección; sin embargo, la mayoría de los casos de niñez y adolescencia migrante irregular, llegan a ser conocidos por los tribunales especializados de los países de origen o de paso.

Por ejemplo, se puede mencionar el caso de Ninfa O. G., según información del hogar Refugio de la Niñez (2021) ella era una niña migrante hondureña quien fue víctima del delito de trata de personas en Guatemala, y que finalmente fue puesta en resguardo en el hogar donde recibió atención especializada.[27]

Según información pública proporcionada del Sistema de Gestión de Tribunales (SGT) del Organismo Judicial, los Juzgados de la Niñez y Adolescencia especializados, desde el año 2018 al 2020 han conocido casos de medidas de protección a niñez y adolescencia migrante en los departamentos de Chiquimula, Escuintla, Guatemala, Huehuetenango, Jutiapa, Petén, Quiché, Retalhuleu y Suchitepéquez (ver anexos VII y VIII).

[27] En este caso el Tribunal de Sentencia Penal Especializado en Delitos de Trata de Personas de Quetzaltenango condenó a ocho años de prisión inconmutables a la culpable y cincuenta mil quetzales de multa.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

El Organismo Judicial, a través de su plataforma de información pública, permite verificar los datos cuantitativos evidencian el fenómeno migratorio a través de los órganos jurisdiccionales, ya que están sujetos a las medidas de protección otorgadas en los Juzgados de la Niñez y Adolescencia en los departamentos fronterizos que son, en general, los que reciben casos rojos de primera mano y se llevan a cabo las audiencias preliminares o en los juzgados de turno competentes.[28]

Bajo estas premisas y con fundamento en el *corpus iuris* y el marco de convencionalidad, todas las autoridades (no solo migratorias y judiciales) tienen el deber y la obligación legal de no separar a los niños de sus familiares, siempre y cuando, no se encuentren en riesgo su vida, libertad y dignidad, en contraste con el derecho a la estabilidad y bienestar, el derecho a migrar (de forma regulada) y también el derecho a no migrar. Para este último caso, debe tenerse presente la opinión del niño.

Otro aspecto para considerar es la posibilidad del niño, niña o adolescente, para que pueda incorporarse a alguien de su confianza y que le brinde estabilidad y bienestar, aun y cuando no sea un familiar o encargado legal. Para este caso, la familia comunitaria tiene un papel importante, constituida por vecinos, conocidos o amigos, quienes se ofrecen para apoyar y, de forma provisional, podrían hacerse cargo durante un tiempo o ante una situación migratoria irregular, mientras se regulariza su situación

[28] Caso rojo es la denominación técnica que se le da a un proceso en donde un niño, niña o adolescente es presentado por vulneración a sus derechos humanos y presentado de inmediato al juez competente para que dicte medidas de protección provisionales, mientras se señala una audiencia de conocimiento de los hechos.

y ese sigue siendo su deseo, ante el derecho de migrar, siempre que sea seguro llegar al otro país.

En este sentido, la directriz 14 de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) establece 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 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. (Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 1990)

El problema de la institucionalización de la niñez y adolescencia, en primer lugar, es que se les expone a la inestabilidad emocional y familiar, porque el Estado o una organización privada no pueden proporcionales los cuidados que solo se dan en la familia, como los valores, vivencias y educación, sin embargo, debería ser la última opción a la desprotección total. De esta cuenta es que el Estado, en atención a la no sustitución familiar, promueve que el niño, niña o adolescente en situación de riesgo, como puede ser la migración irregular, no sea separado de vínculo familiar que le de esa estabilidad integral física y psicológica.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

En Guatemala, por ejemplo, a través de la Secretaría de Bienestar Social, el Estado promueve el Programa de Acogimiento Familiar Temporal (familias sustitutas) que busca darles abrigo provisional a niños, niñas y adolescentes en vulneración a sus derechos para evitar que ingresen a un hogar privado o público.

Este programa es una alternativa plausible que el Estado implementa para que la niñez pueda convivir en un ambiente familiar, sin embargo, es muy difícil aplicarlo para casos de adolescentes estigmatizados, en vista que las familias temporales, podrían no estar dispuestos a aceptarlos, lo que, por supuesto, genera un escenario de discriminación, pero en la práctica es muy frecuente.

La niñez y adolescencia migrante irregular en Guatemala y que, al menos, ha sido retornada al país se encuentra ante una realidad muy difícil en su retorno, en mayor medida si son niños, niñas y adolescentes no acompañados extranjeros, en la que el Estado tiene una participación imprescindible para el resguardo de sus derechos humanos, complementados exponencialmente con la protección a su derecho a la familia. En estos casos la acogida devuelta representa un riesgo a sus derechos porque el Estado puede revictimizar.

Con respecto de este tema, es preciso darle partida a la Observación General número 6 del Comité de los Derechos del Niño del año 2005, denominada "trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen":

- En primer lugar, esta observación pone de manifiesto la situación particularmente vulnerable de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia en contexto con la Convención Sobre

los Derechos del Niño y especial atención a los principios de no discriminación, interés superior del niño y el derecho de opinión libre.

- También da cuenta que, existen lagunas legales en distintas legislaciones no permiten proteger a la niñez y adolescencia ante formas diversas de vulneración, así como también, la discriminación que sufren en otros países al momento de migrar, a quienes se le prohíbe la reunificación familiar a pesar de haber sido reconocidos como refugiados con prohibiciones restrictivas imposibles de cumplir.

- La obligación del Estado para garantizar los derechos de los niños no acompañados que se encuentren dentro de su jurisdicción, incluidos aquellos que se encuentran de paso y son solicitantes de asilo o refugio. Asimismo, la obligación de que toda la estructura del Estado busque reunificar al niño con su familia y la acción positiva del deber de protección implica que se tomen las medidas para identificar, localizar y reunir lo antes posible a la familia.

Una aclaración que hace el Comité sobre esta observación general es que, no se aplica a la niñez y adolescencia que no haya cruzado una frontera internacional a sabiendas de que los desplazamientos internos también constituyen una problemática adicional que trae como consecuencia la callejización, mendicidad, prostitución, violaciones sexuales, trata de personas y otros derivados, que a su vez propicia la migración externa.

A este respecto, debe indicarse que en Guatemala un gran número de niños, niñas y adolescentes desprotegidos, abandonados o en situación de callejización se han

ESCUELA DE ESTUDIOS
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA
USAC

desplazado desde el interior del país a destinos que los alejan de su comunidad, su hogar de nacimiento, lo cual incrementa la posibilidad que la niñez y, especialmente la adolescencia, busquen migrar hacia otros países en búsqueda de mejores condiciones de vida sin nunca haber tenido una familia estable.

La revictimización es constante en la migración infantil y a veces también, represiva porque el trato hacia los niños, niñas y adolescentes es semejante al trato que se les da a los adultos, que de por sí ya afecta sus derechos humanos, con el agravante que el hecho de separarlos de sus familiares en las fronteras deja secuelas psicológicas irreversibles. Por lo tanto, las autoridades migratorias nacionales, al menos, tendrían la oportunidad de restituirles sus derechos vulnerados. Por ello se debe hacer espacio a lo mencionado por la Organización Internacional para las Migraciones (2013):

> Los derechos de la niñez y adolescencia prevalecen sobre las medidas migratorias restrictivas. En los últimos tiempos, las políticas migratorias de los países receptores de migrantes, han cobrado un carácter particularmente restrictivo y represivo. Los países construyen cercas y alambradas en sus fronteras, endurecen las exigencias para permitir la entrada legal de inmigrantes, imponen sanciones severas a quienes incumplan estas exigencias, destacan funcionarios de seguridad y de policía a quienes ordenan resguardar las fronteras, los puntos de control, realizar operativos para encontrar migrantes indocumentados, los cuales son aprehendidos, privados de su libertad (en algunos casos en cárceles comunes y en otras en centros de aprehensión de migrantes que no distan mucho de las condiciones de una cárcel) y finalmente deportados. Se trata de una serie de medidas de corte represivo que llevan a

> criminalizar la migración irregular o indocumentada. Todo ello, sin embargo, no ha logrado frenar la migración, aunque sí la ha convertido en una empresa arriesgada y altamente peligrosa, sin mencionar a los traficantes y tratantes de personas que sacan ventaja de esta situación al aprovecharse de la situación de vulnerabilidad en que se coloca a los migrantes. (p. 51)

Por tanto, las medidas de protección que otorga el Estado vienen a sanar vulneraciones cometidas incluso por otras autoridades y otros Estados, por lo común, que sufren los niños, niñas y adolescentes repatriados o apátridas en espera de que se resuelva su situación como migrantes irregulares, solicitud de asilo o refugiados.

Las acciones que toman los Estados emisores de migrantes en relación con las medidas de protección y programas de atención son clave para el rescate de la niñez y adolescencia, asimismo, para disminuir la cantidad abrumadora de casos que incrementa año con año, lo cual es posible si la inversión es efectiva y eficiente en apego a los derechos constitucionales y convencionales. Como bien lo indica Ferrajoli (2012):

> Obviamente los derechos sociales cuestan, como también cuestan los derechos de libertad y los derechos patrimoniales cuyas garantías requieren inversiones en policía, en orden público, en tribunales, en registro catastrales etc. Pero el Estado no es una sociedad con ánimo de lucro. Su razón social reside en la garantía de los derechos estipulados en su Constitución, exactamente como el fin de lucro define la razón social de una sociedad comercial. La garantía de los

derechos sociales es, pues, ante todo, una obligación constitucional en sí misma. (p. 65)

El Estado funciona y obtiene sus recursos de la sociedad organizada y los resultados de este dependen directamente de las fortalezas y debilidades del grupo social, asimismo, de la legitimidad que les otorguen a los actos de gobierno, pues con pocas excepciones, el aparato estatal no funciona sin el aval de la comunidad a la que gobierna, por lo que es imposible eludir que los problemas estructurales de las sociedades son los principales factores de propician un Estado deficiente.

Se puede concluir entonces que, cuando un Estado no funciona correctamente a partir de un marco legal y legitimado, los primeros afectados resultan siendo los grupos más vulnerables como es evidente en el caso de la niñez y adolescencia; esto resalta en la problemática de la separación familiar e institucionalización de los niños, niñas y adolescentes quienes son sometidos a programas que no funcionan, e incluso los revictimiza y aumenta su riesgo en caer en el abandono o la criminalidad. De manera que, si el Estado atiende correctamente cada caso de forma particular e invierte en investigación y justicia, para que cada niño, niña o adolescente sea tratado de forma más especializada, entonces se lograría un cambio sustancial en esta materia.

4.5. Proyecciones del principio de interés superior del niño

Existe una marcada confrontación teórica y práctica (epistemológica) entre el derecho positivo adjetivo-sustantivo, frente al derecho natural ponderativo de los principios constitucionales y convencionales. Ambas teorías se basan en una realidad sistémica

de conceptos e hipótesis sustentadas en la práctica jurisprudencial y administrativa, principalmente que emana de los Estados.

Esta dicotomía, sin embargo, no representa la realidad absoluta de la práctica y teoría del derecho que, a su vez, se explica en varias otras corrientes emergentes derivadas, no obstante, ser la más básica y pronunciada, con respecto al debate filosófico jurídico.

El esquema positivista de interpretación de las normas tiene la ventaja que otorga generalidad, seguridad y certeza jurídica a las resoluciones y acciones, del mismo modo que evita en cierta medida valoraciones subjetivas y arbitrarias de los aplicadores de justicia, sin embargo, el problema siempre ha sido el mismo, y es que la rigurosidad de las normas positivas no siempre está ajustada a la realidad, y su validez no siempre implica legitimidad.

Del otro lado de la balanza, la interpretación iusnaturalista que se basa en principios y razonamientos casuísticos en atención a conceptos y valores estipulados en las normas superiores. La desventaja más obvia es que deja un amplio rango de interpretación con base en las directrices que le dan valor. Sin embargo, la ventaja más importante es que se acopla a las necesidades de la humanidad en términos de derechos humanos.

Continuando con los elementos que proporciona Villegas Lara (2017), el estudio del derecho ha sido abordado por distintas corrientes y escuelas que le han dado una connotación propia con elementos innovadores que se incorporan, o le dan una perspectiva ecléctica, que busca superar el dilema clásico entre *iuspositivismo* y

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

iusnatuarismo, pero que, de todas formas, a la fecha no lo han superado totalmente; y, él mismo lo explica de la siguiente forma:

> (...) suficiente agua ha pasado bajo el puente del positivismo y aún sus columnas se mantienen sólidas en sus elementos esenciales. En el caso del iusnaturalismo o derecho natural, el fortalecimiento actual de la violencia y efectividad de los derechos humanos y la lucha por que se garanticen y se respeten en todo lugar, es una muestra de que ese paradigma se mantiene y se fortalece (...). (p. 38)

Lo dicho es necesario para comprender que se debe proyectar el principio de interés superior del niño visto como un esquema jurídico positivo y, a su vez, su función de principio rector, a la luz de las practicas modernas que claramente podría posicionarse dentro del marco de los paradigmas i*usnaturalistas*, pero que también está comprometido con las fuerzas normativas positivistas que le otorgan certeza. Es decir, ambas corrientes funcionan como un circuito sistematizado en la interpretación y aplicación del derecho de niñez y adolescencia.

Ya se ha mencionado que la aplicación del principio de interés superior del niño actualmente no tiene una delimitación propia, por lo que queda a la interpretación abierta y subjetiva del operador. La propuesta de su interpretación es que, deberá darse en el marco de tres elementos básicos: 1) el razonamiento proporcional; 2) la opinión apegada a las características propias del niño, niña y/o adolescente de acuerdo con su edad y madurez; y, 3) la equidad aplicada al caso concreto.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

En la medida que el derecho a la niñez y juventud vaya evolucionando, necesariamente se van a establecer nuevos parámetros e incluir nuevas problemáticas a las normativas especiales, de índole sustantivo y adjetivo, lo que permitiría una atención más clara y apropiada para la niñez y adolescencia.

Vale la pena apuntar que uno de los factores que determinan el incremento de las problemáticas que acosan a la niñez y adolescencia y que impiden una evolución constante de sus derechos, se encuentra en parte en la falta de atención e involucramiento social y político que genera un ruido constante en los medios de comunicación, con pocas acciones reales que generan presión permanente.[29]

Por otro lado, la corriente iusnaturalista ha tomado preponderancia en los últimos años y, por lo tanto, el principio de interés superior del niño visto como instrumento de dirección en los derechos humanos, incrementa su presencia en las acciones y resoluciones referentes a niñez y adolescencia. Por lo que es crucial y apremiante que el principio quede posicionado en un lugar privilegiado dentro las normativas jurídicas especiales, ante nuevas problemáticas que vayan surgiendo, como es el caso de la migración infantil y el incremento de los casos de separación familiar.

El principio de interés superior del niño ya se posiciona como el pilar de interpretación y aplicación en los casos de niñez y adolescencia por lo que, constituye un elemento

[29] Las implosiones populistas y amarillistas en los medios de comunicación, que dan como resultado el fenómeno viral, en redes sociales y otras plataformas de comunicación que resaltan hechos fragmentados y que ponen en peligro ciertos derechos fundamentales como: la dignidad, la familia, entre otros. Véase el artículo de Acedo Penco y Platero Alcón (2016): *La privacidad de los niños y adolescentes en las redes sociales: Referencia especial al régimen normativo europeo y español*, con algunas consideraciones sobre el chileno.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

fundamental en el desarrollo progresivo de los derechos humanos de la niñez y adolescencia migrante en situación irregular, principalmente para las autoridades estatales que tomarán el hábito constante de atender a este grupo vulnerable con mayor énfasis en la especialización.

La función del principio de interés superior del niño es la de fusionar las normas jurídicas positivas y acciones prácticas con los demás principios propios de los derechos humanos y los principios especializados en materia de niñez y adolescencia. Por ejemplo, la relación que se da con el principio de no devolución de niños, niñas y adolescentes migrantes que es factible en este sentido:

> La devolución, la expulsión y cualquier otro tipo de decisión infundada que no contemple el "interés superior del niño" constituye una violación de derechos semejante a las que se producen en el país de origen del niño ya que se lo está confinando a vivir una vida sin futuro. (Heffes y Goldar, s. f., p. 48)

El principio de interés superior del niño afecta a otros principios como el de autonomía progresiva que permite que el niño, niña o adolescente se adapte a los derechos que le asisten conforme a su edad y madurez; muy importante para las circunstancias en donde es requerida su participación como se da en la migración irregular, sobre todo cuando no están acompañados de un familiar.

Entonces, el principio de interés superior del niño se proyecta sobre todo el sistema jurídico convencional y constitucional y trabaja de la mano con los demás principios consagrados en las principales normas jurídicas del sistema de derechos humanos, reforzado por observaciones, jurisprudencia y resoluciones internacionales. Este

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

principio funge como elemento catalizador de los demás principios, pues los agrupa de tal manera que funcionan como un mecanismo completo en el que todas sus piezas son indispensables.

En prospectiva, este principio tiene un papel crucial para el desarrollo de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes migrantes irregulares, porque está ligado a la coyuntura de las sociedades modernas, en donde la niñez y adolescencia requiere de una protección adicional ante las problemáticas contemporáneas y las que se avecinan.

4.6. Principio *pro persona* aplicable a la niñez y adolescencia

La interpretación de las normas jurídicas puede tener varios sentidos y, por lo tanto, fácilmente su interpretación puede orientarse a la aplicación de derechos, obligaciones y/o principios que disminuyan o se contrapongan a los derechos humanos bajo el sesgo legalista o restrictivo. La interpretación de los derechos humanos necesariamente debe ser expansiva y evolutiva. El principio *pro persona* es un sistema hermenéutico jurídico que prima a la persona humana sobre los demás principios y derechos reconocidos en cualquier norma, buscando el máximo beneficio del ser humano en cualquier contexto.

El principio *pro persona* otorga el carácter evolutivo a las normas especiales aplicables para garantizar la actualización permanente y constante de los derechos humanos. Su conexión con el principio de interés superior del niño es indisoluble porque ambos permiten que los derechos estén actualizados y sean aplicados como máximas en la interpretación de normas y principios. De acuerdo con Medellín Urquiaga (2013) dicho

principio ha sido entendido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentido estricto de la siguiente forma:

> Implica la imperiosa necesidad de atender, en su interpretación y aplicación, a la naturaleza de las normas de derechos humanos. En este sentido, la o el juzgador debería preguntarse, más allá de analizar el texto explícito del enunciado normativo, cuál es el sentido real, el objetivo y el fin del reconocimiento de ese derecho. (p. 34)

Anteriormente, el principio *pro persona* era conocido como principio *pro hominie*, también es equivalente al principio de progresividad de los derechos humanos y corresponde al examen de ponderación en un contexto amplísimo de instrumentos internacionales que garantizan en mayor medida cualquier procedimiento, y en mejor forma las resoluciones sobre esos derechos fundamentales.

El principio *pro persona* fue definido por primera vez en una resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1986) por el juez Rodolfo E. Piza Escalante quien afirmó que le principio *pro persona* es:

> En este aspecto, me parece que el criterio fundamental es el que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. Ese criterio fundamental --principio pro homine del Derecho de los Derechos Humanos--, conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla, y su condicionamiento la excepción, de manera que si, en los términos en que está definido por la

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

> Convención el derecho de rectificación o respuesta, podría ser aplicado aún a falta de las referidas "condiciones que establezca la ley", es un derecho exigible per se. (sic)

Otra opinión consultiva es la OC-5/85 (1985) realizada por el gobierno de Costa Rica a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Colegiación obligatoria de periodistas, básicamente la Corte indicó que en la hipótesis de un derecho recogido en la Convención Americana fuera regulado de modo más restrictivo en otro instrumento internacional referente a Derechos Humanos, la interpretación de la Convención debería hacerse tomando en cuenta esas mayores limitaciones. En este caso debe favorecer la norma más favorable a la persona humano.

El Artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos favorece la interpretación más favorable o amplia en beneficio de la persona humana en virtud que establece:

> Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:
>
> a) permitir a alguno de los Estados Parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
>
> b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Este articulado permite guiar la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con un fin y objetivo primordial: la persona como centro y motivo de cualquier aplicación jurisdiccional y sobre cualquier área o materia jurídica.

Por último, se debe observar que el preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala afirma "la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social"; del mismo modo, el Artículo 1 de esta norma suprema establece que "el Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia", dando el contenido esencial de marco jurídico guatemalteco en el sentido que todos los derechos y obligaciones están centralizados en la persona y sus formas de organización.

Para el juicio ponderativo en materia de niñez y adolescencia, puede concluirse que el principio *pro persona* es la especificación práctica del principio de interés superior del niño ya que ambos principios buscan garantizar los derechos. No obstante, bajo este análisis es factible enunciar que, si existiera la hipótesis de contradicción entre estos dos principios, debería primar el interés superior del niño sobre este y cualquier otro principio, porque es el principio que garantiza la condición de niñez o adolescencia frente al sistema jurídico y la favorabilidad de los derechos humanos, sin perder el hilo en que lo más probable es que ambos principios se complementen.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

4.7. Principio de progresividad y no regresividad aplicable a la niñez y adolescencia

Conforme al principio de progresividad de los derechos humanos, el Estado se compromete a respetar los derechos establecidos en la Constitución, a su vez que la no regresividad garantiza que esos derechos no serán disminuidos. Es decir, estos derechos reconocidos serán gradualmente desarrollados y mejorados ya sea a través de la jurisprudencia, la legislación o la adopción de un tratado internacional en materia de derechos humanos que mejoren las condiciones anteriores y, por lo tanto, el Estado no puede regresar a los derechos menos favorables.

De acuerdo con la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México (2016) el principio de progresividad de derechos humanos implica lo siguiente:

> El gradual progreso para lograr su pleno cumplimiento, es decir, que para el cumplimiento de ciertos derechos se requiera la toma de medidas a corto, mediano y largo plazo, pero procediendo lo más expedita y eficazmente posible. El principio de progresividad se ha relacionado particularmente con los derechos económicos, sociales y culturales, pero aplica también para los civiles y políticos, procurando por todos los medios posibles su satisfacción en cada momento. Este principio se relaciona de forma estrecha con la prohibición de retrocesos o marchas atrás injustificadas a los niveles de cumplimiento alcanzados, la "no regresividad" en la protección y garantía de derechos humanos. (p. 11)

La aplicación del principio de progresividad es aplicable a todos los derechos humanos que tengan impacto en el bienestar de los seres humanos, sobre todo si se trata de

derechos que generacionalmente se irán transformando. Respecto de este planteamiento la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe Anual de 1993 indicó:

> Además, el desarrollo progresivo de los derechos no se limita a los económicos, sociales y culturales. El principio de la progresividad es inherente a todos los instrumentos de derechos humanos a medida que se elaboran y amplían. Los tratados sobre derechos humanos con frecuencia incluyen disposiciones que implícita o explícitamente prevén la expansión de los derechos en ellos contenidos. El método de expansión puede depender de la aplicación directa de las disposiciones previstas en el propio tratado, o mediante enmiendas o protocolos adicionales que complementen, elaboren o perfeccionen los derechos ya establecidos en el tratado. (p. V)

En sentencia de amparo en única instancia, expediente 3057-2018, la Corte de Constitucionalidad sostiene que el principio de progresividad conlleva que los esfuerzos estatales por el goce de los derechos sociales deben darse de forma continuada, con la mayor rapidez y eficacia que sea posible alcanzar, de manera que se logre una mejora continua de las condiciones de existencia, como lo establece el Artículo 11 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Asimismo, en sentencia sobre inconstitucionalidad en caso concreto, expediente 2085-2015 de fecha 27 de enero de 2016 la Corte de Constitucionalidad hace referencia a que los principios de progresividad y de no regresividad constituyen parámetros de control de constitucionalidad para analizar las medidas adoptadas por los entes

reguladores en relación con los derechos sociales, para determinar la inconstitucionalidad de ciertas medidas normativas, pues una vez alcanzado un determinado nivel de protección el amplio margen de configuración de los entes reguladores en materia de derechos sociales se ve restringido, sobre todo cuando se afecta derechos sociales de personas o grupos de personas especialmente protegidos por la Constitución, tales como la niñez, la maternidad, la discapacidad y la tercera edad, de conformidad con los Artículos 51, 52 y 53 constitucionales.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Artículo 2 establece que

> (...) se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr *progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. (La cursiva es propia)

Por su parte, el Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos regula el principio de progresividad en el sentido que los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr *progresivamente* la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la

Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

De tal manera que los derechos sociales y económicos son funcionalmente evolutivos puesto que están sujetos a la modificación de la estructura económica la cual se transforma a medida que la sociedad se desarrolla. En la niñez y adolescencia es vital que los derechos humanos reconocidos sigan el paso de ese desarrollo y tengan la garantía que su reconocimiento no sea limitativo.

4.8. Balance final y métodos de la aplicación de principios aplicados al principio de interés superior del niño en los NNA migrantes

El principio de interés superior del niño debe ser un elemento afianzador dentro de la formulas resolutivas que utilizan los operadores de justicia y de migración, quienes deben darse a la tarea de sopesar los elementos del caso con total apego al beneficio integral y absoluto del niño, niña y adolescente, en el entendido de que deben considerarse las variables reales que involucran el bienestar a corto, mediano y largo plazo.

Tal como se ha analizado antes, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales, así como la doctrina que la respaldan, dan forma y permiten la evolución constante de los principios que asisten a la niñez y adolescencia. Poco a poco, la migración infantil irregular se estudia de forma holística, involucrando factores indispensables para atender la problemática.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

La proporcionalidad en los términos de Alexy tiene un papel fundamental en el análisis de los casos complejos sobre la niñez y adolescencia migrante, con base en la opinión fundamental del niño que permite adicionar a la técnica jurídica una acción equitativa al caso concreto, pues no siempre está inmerso en el principio de interés superior cuando están en juego principios de igual importancia. De tal manera que, esta máxima de proporcionalidad es descrita por Alexy (1993) de la siguiente forma:

> (...) entre la teoría de los principios y la máxima de la proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más estrecha: el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad y esta implica aquella. Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él. (p. 111)

De ahí deviene la relevancia práctica de la proporcionalidad en sentido estricto, porque constituye la herramienta que le da vida al análisis inmediato que realiza el operador que tiene a su disposición principios constitucionales o convencionales en contraste con la situación desfavorable para el niño, niña o adolescente.

Ya en este punto, la responsabilidad recae en el juez natural, quien debe evitar la victimización secundaria a sabiendas que la víctima ya ha sido vulnerada en alguno de sus derechos fundamentales en su condición de migrante irregular y probablemente no

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

se han tomado en cuenta los principios en el juicio de proporcionalidad por parte de otras autoridades.

Por consiguiente, es factible que exista una colisión entre principios, habida cuenta de la necesidad de integrar el sistema de interpretación con ejercicios que incluyan el argumento técnico imparcial y con sustento en la misma proporcionalidad. En este sentido, el ejercicio no orienta a una operación aritmética que jerarquice principios que, por antonomasia, no están positivizados en una sola norma, puesto que el criterio técnico puede inclinarse a cierto sentido desproporcionado cuando se trata de casos complejos, dando como resultado la vulneración a derechos humanos a raíz de un análisis rigorista.

La Corte de Constitucionalidad del Ecuador en la sentencia número 048-13-SCN-CC (2013) caso Número 0179-12-CN y acumulados; sobre un caso contencioso de alimentos y niñez, hizo un análisis interesante en el que consideró que:

> (...) no es que la Constitución genera una "ponderación en abstracto" que jerarquice los derechos, poniendo a unos por encima de los otros sin justificación alguna de por medio. Lo que hace el principio de trato prioritario, más bien, es un primer ejercicio de concretización de las normas que contienen derechos constitucionales. Así, si consentimos en que niños, niñas y adolescentes gozan de los mismos derechos que el resto de sujetos, el resaltar la prevalencia de sus derechos está precisamente basado en su condición particular -de orden fáctico, verificable en concreto y con consecuencias en el plano de la realidad-, que demanda ser tomada en cuenta cuando se analice la norma a la luz del principio

> de proporcionalidad; lo que no excluye que en ella se incluyan otros elementos que aporten a la solución menos lesiva para los derechos en conflicto. Por lo tanto, es perfectamente posible realizar un test de proporcionalidad en los casos en que el titular de los derechos en conflicto sea un niño, niña o adolescente; siempre que, en el *iter* que precede a la adopción de la decisión y en su posterior justificación, se tome especial atención a las características y necesidades particulares que envuelven la condición del sujeto "niño, niña o adolescente". (p. 69)

La aproximación a la resolución más adecuada es el objetivo más acucioso, cosa que no es tan simple como el hecho de realizar una enunciación de los principios, en una resolución declarativa que deje de lado otros posibles elementos dentro de la fórmula, sino que, además, debe existir una evaluación de proporcionalidad adecuada que conlleva medidas de protección particulares según la necesidad concreta.

Para la niñez y adolescencia migrante irregular este análisis de proporcionalidad en conjunto con los principios base de la Convención Sobre los Derechos del Niño, es imprescindible para el operador, que además requiere del conocimiento profundo de los antecedentes en la línea del tiempo que dan lugar al acto de migrar, en especial si no están acompañados por un familiar.

Debe existir, por lo tanto, una relación de correspondencia entre la situación vulnerable y los hechos que ya han propiciado la revictimización del niño, niña o adolescente, a raíz del maltrato que han sufrido por parte de otros actores, entre estos los mismos Estados, en las fronteras o en su camino por países de paso. Es muy común que la

desproporción de medidas de protección tienda a revictimizar a la niñez y adolescencia migrante irregular, porque no se conoce el historial migratorio y sus motivaciones. En este sentido expresa Berletta Villagrán (2018):

> Cuando aludimos a la prioridad del interés superior del niño, no podemos dejar de enfatizar en los componentes específicos de los derechos que analizamos. En la medida que nos encontramos con sujetos de derechos que tienen sus propias características innatas a la etapa de desarrollo humano que le toca vivir. Motivos por el cual, el Estado y la sociedad deberán prodigarles mayor atención y cuidado. Mientras que, en relación al ejercicio del derecho a la integridad, este impone limite a cualquier autoridad que tenga la intención de disciplinar, y aún en el ámbito familiar es legítima la adopción de medidas de protección al niño que limitan derechos en los padres. (p. 86)

Sobre la dificultad práctica de la aplicación de principios y los derechos constitucionales o incluso convencionales, como es el caso del principio de interés superior del niño, los métodos o criterios alternativos de interpretación suelen establecer una guía indispensable para alcanzar la respuesta más clara y favorable en los casos complejos, que tratan derechos fundamentales.[30]

Bajo este esquema, Díaz Revorio (2020) indica que hay que distinguir entre el criterio de la ponderación y el juicio de razonabilidad, es último constituye una derivación pero

[30] Antes de los años 90, las corrientes positivistas no tomabana en cuenta la aplicación de principios Este análisis sobre los principios lo expone Dworkin quien dio cuenta de la difucltad de analizar principios porque esto tenían una dimensión de peso o importancia, a partir de aquí inicia la teoría de la ponderación.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

que tiene un perfil diferente. El juicio de razonabilidad, según expone, es que se aplica a una ley que restringe un derecho entendido como principio, implica que esta restricción va a ser legitima siempre que responda a lo siguiente: a) fin licito no contradictorio, b) coherencia con el fin, c) proporcionalidad en sentido estricto.

No obstante, el autor citado, con este último aspecto sobre la proporcionalidad en sentido estricto, vuelve a caer en el método más conocido que es el de Alexy, sobre la ponderación, que se basa en el principio de proporcionalidad y que a su vez contiene tres subprincipios a saber: a) principio de idoneidad, b) de necesidad, c) de proporcionalidad en sentido estricto (que es la ponderación como tal). Esto es, según expone el Cruz Parcero (2013):

- La idoneidad. Es verificar que uno de los principios que está en juego es idóneo para los derechos que busca proteger, de lo contrario no es aplicable.

- La necesidad. Es verificar la relación con otras medidas alternativas menos gravosas.

- Proporcionalidad: Compararla con otros derechos en pugna sin afectarlos. Se valora que se protege y que se afecta, sobre la base de una escala de gradualidad triádica que consiste en: leve, moderado o grave.

Sobre esta base, se puede comenzar el análisis aplicativo y se estaría justificado ponderar el principio de interés superior del niño en los casos en que este entre en conflicto con otros principios o normas fundamentales, dado que, como se ha expuesto,

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

el principio de interés superior no tiene un criterio establecido en cuanto a su alcance y forma de interpretación.

De tal cuenta que esta fórmula propuesta por el jurista alemán permite, al menos, contar con un marco de referencia para las autoridades que lo apliquen, en especial de los órganos jurisdiccionales especializados, bajo la consideración que la proporcionalidad no es exclusiva de los tribunales constitucionales o jueces especializados en niñez y adolescencia; como lo expone Díaz Revorio (2016):

> La labor de ponderación no sólo la llevan a cabo los jueces, sino también, y en primera instancia, el legislador. Al aprobar leyes, este debe, expresa o implícitamente, considerar el peso de los principios en juego que pueden entrar en contradicción, si bien en esta labor el legislador tiene un amplio margen. Su labor será lícita siempre que no vulnere o desconozca ninguno de dichos principios. (p. 21)

Siguiendo con el análisis de la ponderación, esta es equivalente a proporcionalidad en sentido estricto, y si la proporcionalidad es un principio, entonces actúa como elemento regente dentro de la técnica jurídica que realizan principalmente los órganos jurisdiccionales, empero, el principio de interés superior del niño es imperativo para todos los órganos y aparatos del Estado, órganos no gubernamentales y la sociedad, inclusive.

La interpretación ponderativa pareciera un tema trillado y en boga de la comunidad jurídica, pero lo cierto es que, es una técnica poco utilizada, con muchas carencias en su aplicación. Siendo una innovación que lleva poco más de treinta años, se adecúa

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

más al iusnaturalismo y uso de los principios fundamentales, algunas veces, los juristas prefieren la comodidad y seguridad que les proporciona la aplicación simple y llana de las normas jurídicas de forma estricta y rígida del positivismo. En este sentido señala Orozco Solano (2013):

> Que el juicio de ponderación, como técnica de aplicación de los derechos fundamentales, se traduce en la observancia del principio de proporcionalidad (así como de sus contenidos) el cual justamente constituye un instrumento de interpretación típicamente constitucional, que junto con otras técnicas ha venido a compensar, aunque de modo parcial, las insuficiencias que los métodos clásicos de interpretación producen en este ámbito, sobre todo en lo que atañe al carácter vinculante de los derechos fundamentales frente a las acciones y las omisiones de los poderes constituidos. (p. 2)

Por otro lado, la dificultad y posible conflicto que se da entre principios, e incluso, es que estos están consagrados en una norma constitucional o en una norma del sistema de convencionalidad, lo que trae a colación la dificultad ya planteada anteriormente sobre la responsabilidad el Estado al obligarse internacionalmente con la suscripción de tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos.

Es muy frecuente que principios tales como el de igualdad, debido proceso, no discriminación, entre otros, entren en conflicto con otros principios específicos y aplicables al problema concreto y en un momento determinado, se encuentren en un contraste difuso, de tal manera que la Constitución debe descargar esa obstrucción en métodos alternativos de interpretación de principios, siendo el juicio ponderativo una

herramienta que da claridad a la abstracción de los principios constitucionales. Alexy (2009) explica sobre el problema del exceso de la constitucionalización:

> La principal fuente de problemas con que se topan los derechos a protección es que la protección de una parte significa la interferencia de otra. La protección ante comentarios despectivos presupone una interferencia con la libertad de expresión. Esta dialéctica de protección e interferencia da lugar a la siguiente observación: sólo puede haber una solución correcta si ambos derechos, el de protección y el de defensa, han de ser optimizados de acuerdo con las normas de la proporcionalidad. Esta única solución correcta sería algo así como un punto ideal y supremo. (p. 53)

Para la solución de esta disyuntiva, Alexy aboga por la combinación de derechos a protección y proporcionalidad porque cuando entra en juego una violación a los derechos no existen diferencias lógicas, si deviene de una política pública o de la norma jurídica.

Entonces, si bien es cierto que la ponderación en el contexto de niñez y adolescencia migrante irregular tiene como parámetro el principio de interés superior del niño, también debe ponerse en la balanza la adecuada participación del niño, la no discriminación, la igualdad y otros principios de vital importancia. Ya lo dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002):

> En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda en

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

> la determinación de sus derechos, en esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible al examen de su propio caso. (p. 6)

La ponderación, en los términos expuestos por Alexy, constituye la respuesta al problema de la revictimización con medidas de protección desproporcionadas y la participación del juzgador o tribunal que debe concentrar su atención en restituir aquellos derechos que le han sido vulnerados sobre la base del marco de referencia que se ciñe a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, con el fin de reorientar a los legisladores y aplicadores de las políticas públicas y de los órganos jurisdiccionales.

Al respecto, en el trabajo de campo se logró establecer la importancia del análisis judicial en aspectos como la reunificación familiar, el acompañamiento del NNA en las medidas de protección que ponen prioridad a entregar al niño a algún familiar pero que requieren de un enfoque ponderativo entre el principio de interés superior del niño y la reunificación familiar en la medida que exista trato negligente y no haya posibilidad de otorgar el abrigo a algún familiar responsable.

Asimismo, se logró establecer que dentro de los principios más importantes que resguardan a la niñez está el de no separación familiar o reunificación familiar, y en su defecto el resguardo de los mismos en centro de abrigo adecuados, porque este principio busca el bienestar integral del niño.

Según este criterio, el principio clave para la niñez y adolescencia migrante irregular es el de no separación de sus familiares el cual se encuentra recogido en la resolución 4/19 aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 7 de

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

diciembre de 2019 que establece los "principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas".

En las medidas de protección, lo primero que es considerado son las necesidades básicas del niño, que se infiere tienen relación con su salud, educación, identidad y familia, posteriormente se resolvería lo relativo a la medida de colocación, ya sea con un familiar o en una institución.

En la misma importancia, es primordial atender al niño, niña o adolescente con abordaje preliminar y así garantizar su derecho de opinión el cual es fundamental para entrar a conocer sus derechos vulnerados, asimismo, el hecho que considera relevante dar a cada caso una atención especializada y distinta para cada circunstancia.

Con respecto de la interpretación de las normas aplicables a los casos de niñez y adolescencia, las medidas de protección deben ser integrales e interpretadas conforme el *corpus iuris* que asiste a la niñez y adolescencia, tal y como se ha mencionado a lo largo de la investigación, por lo que es imprescindible hacer una interpretación integral en donde el criterio suele ser el de la negación de lagunas en el derecho pues en todo caso deben aplicarse los principios integradores.

Del trabajo de campo resalta el criterio que, si bien es cierto las normas jurídicas y la jurisprudencia ya existen para proteger a la niñez y adolescencia, estas lo hacen de forma genérica y no existe un apartado o recomendación internacional que obligue a los Estados a verificar la migración infantil irregular como una problemática que debiera

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

tener medidas de protección avanzadas y específicas con el ánimo de resguardar a los niños, niñas y adolescentes ante una situación doblemente vulnerable.

Para el caso de Guatemala, estas medidas de protección especiales para la niñez y adolescencia son necesarias, pues la ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia se limita a los derechos de la niñez y adolescencia en condición de refugiados, y no existe un apartado específico para niñez y adolescencia migrante.

De todo lo dicho, entonces, se puede hacer hincapié en que la ponderación de principios que se practica en los órganos jurisdiccionales es un método más recurrente de resolución de conflictos constitucionales y principios en colisión, para los casos complejos que incluyan a la niñez y adolescencia, en especial de migración infantil irregular. Los órganos jurisdiccionales atienden al principio fundamental del interés superior del niño que, a su vez, demanda el conocimiento del *corpus iuris* internacional aplicable a la niñez y adolescencia como un sistema complementado por el esquema internacional y se concentra en un caso específico de forma proporcional y equilibrada.

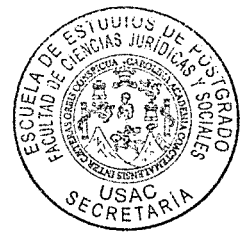
El criterio de ponderación es indispensable especialmente en la niñez y adolescencia, que comúnmente tiende a resolver el dilema entre los principios de reunificación familiar e interés superior del niño en una situación debatible que sopese sus elementos para el mejor resultado práctico.

El método ponderativo, por lo tanto, tiene varias ventajas en la aplicación del derecho ya que permite ampliar el panorama jurídico sobre las normas y los principios, sin dejar de lado a la norma positiva, y permitiendo la aplicación del derecho de forma integral,

sobre la base de la razón y mejorando las disyuntivas que surgen de los vacíos y conflictos normativos.

El principio de interés superior del niño no debería entrar en choque con los demás principios que benefician a la niñez y adolescencia puesto que su aplicación atiende a los criterios o parámetros indicados por Alexy en el juicio ponderativo, que incluye: la idoneidad, porque el interés superior será idóneo en toda medida de protección en apoyo a los demás principios aplicables; la necesidad, que está inmersa en la vulneración del niño, en especial si es revitimizado; y la proporcionalidad que invoca los demás principios en una balanza que adecúa y racionaliza el máximo bienestar.

El principio de interés superior del niño que establece la Convención sobre los Derechos del Niño en su Artículo 3 es un principio que guía la aplicación de medidas de protección en el marco de la proporcionalidad, lo que indica que su correcto funcionamiento está relacionado al esquema de la ponderación.


ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

CONCLUSIÓN

El criterio de ponderación, como método alternativo de interpretación aplicado a la niñez y adolescencia migrante en condición irregular, es relevante e indispensable para el goce y restitución de sus derechos fundamentales, ya que permite dilucidar entre la virtual o real contraposición de los principios de interés superior del niño y reunificación familiar en el contexto donde las autoridades deben determinar

En efecto, se ha determinado que las políticas y normativas antimigratorias en perjuicio de la niñez y adolescencia repercuten en sus derechos fundamentales, especialmente por su condición de migrantes irregulares y ante una actividad desproporcionada de medidas de protección que perjudican al niño, niña o adolescente en riesgo en las fronteras.

A su vez, el sometimiento a presiones políticas discriminatorias trae como consecuencia que los programas y medidas de protección implementados por los países de origen sean deficientes, estructural y funcionalmente, dado que, en la práctica, los funcionarios y responsables no aplican el principio de interés superior del niño conforme el Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Las acciones gubernamentales basadas en políticas públicas que incentivan la repatriación y la discriminación de los migrantes de sur a norte afectan directamente a los países de origen y de tránsito, que, por lo general, son países dependientes de economías más fuertes; asimismo, las relaciones entre estos Estados no se basan en la reciprocidad internacional. Este caso es observable principalmente con Estados

Unidos de América y la mayoría de los países latinoamericanos, sobre todo porque Estados Unidos de América no ha suscrito la Convención Sobre los Derechos del Niño.

Se pudo comprobar que algunas decisiones que atañen a la niñez y adolescencia migrante irregular son perjudiciales si no se atiende al principio de no separación familiar, en especial cuando se trata de niños, niñas o adolescentes no acompañados; asimismo, que su derecho a la opinión es tomado en cuenta en la mayoría de los casos, empero, solo en la medida de las circunstancias, desarrollo y madurez, dejando vacíos aplicativos en casos particulares. Se pudo comprobar a través del trabajo de campo realizado en esta investigación que la opinión del niño no siempre es tomada en cuenta, y que el de no separación de sus familiares es clave para atender a la niñez y adolescencia migrante irregular.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por medio de la jurisprudencia, ha puesto en evidencia el grave problema migratorio que afecta a la niñez y adolescencia y el nivel de vulnerabilidad, no obstante, las sentencias y opiniones emitidas están en pleno desarrollo y aplicación, por lo que el *corpus iuris* y el marco de convencionalidad se irá transformando paulatinamente.

Por lo tanto, en la presente investigación, a partir del estudio doctrinario, jurisprudencial, jurídico y el trabajo de campo realizado, se ha comprobado la hipótesis planteada en el sentido que las políticas públicas, la aplicación de principios y normas constitucionales desproporcionadas vulneran y revictimizan a los niños, niñas y adolescentes en condición migratoria irregular.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Surge la oportunidad de proyectar varias líneas adicionales sobre la base de cuestionamientos que surgen en la investigación, pero que requieren un estudio adicional para determinar su planteamiento integral y, por ende, valdría la pena hacer un estudio más profundo.

En primer lugar, en relación con la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la implementación de las directrices del derecho internacional frente a los Estados Unidos de América, así como los demás tratados en materia de derechos humanos y, por lo tanto, los efectos jurídicos y sociales de la no suscripción de estos tratados.

En segundo lugar, también surge la oportunidad de profundiza en el análisis de la Ley PINA que requiere la reevaluación de su contenido y coyuntura aplicable, dado que, de la investigación de campo, se ha determinado que la ley, al momento de su creación, no contemplaba el número de desplazamientos de niños, niñas y adolescentes que se pueden ver hoy día, por lo que requiere de una investigación más específica.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

ANEXOS

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

ANEXO I

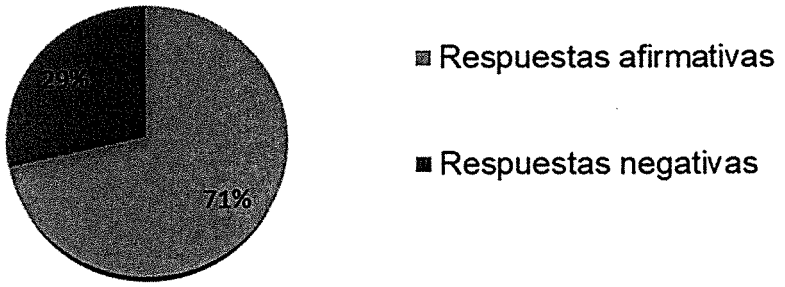
Pregunta 1: ¿Considera que la aplicación principio de interés superior del niño en los casos de niñez y adolescencia migrante irregular es efectiva por parte de las autoridades migratorias guatemaltecas o en su defecto la falta de aplicación de este y los demás principios?		
Institución/oficio	**Nombre**	**Respuesta abierta**
Juez de la Niñez y adolescencia	José Darío Muñoz Muralles	Considero que no se observa el interés superior del niño puesto que es escasa la intervención estatal, especialmente cuando se trata de niños migrantes y al llevar a cabo la intervención de las instituciones públicas, hay poca participación de la PGN y las autoridades administrativas migratorias dan una protección de forma empírica y no utilizan la especialidad.
Juez de la Niñez y Adolescencia	Víctor Hugo Pérez Rosales	Sí, lo que buscan es la protección de su vida y reunificación familiar a través de una medida de protección para lograr los fines y dar participación a la Procuraduría General de la Nación y al juzgado de la niñez y adolescencia con sus grupos interdisciplinarios para procurar por los derechos del niño.
Área de Niñez y Adolescencia Migrante y sustracción internacional (ANAMSI) Procuraduría de la Niñez y Adolescencia PGN	Samay Liseth Pineda Molina	En el marco de la migración irregular en Guatemala, nosotros sí cumplimos a cabalidad con el interés superior del niño a través de una entrevista psicosocial y evaluación psicológica que se le establece al niño, donde determinamos qué derechos son los vulnerados en cuanto a por qué salió del país en la manera en que van o no acompañados; determinamos que, desde un principio, la vulnerabilidad del derecho existe al partir sin una persona responsable, sin embargo, al ingresar a Guatemala se puede evidenciar que sí se cumpla a cabalidad parte de lo que es el interés superior del niño, uno en la ubicación de un recurso idóneo y dos en cuanto a la asistencia y recepción que podemos brindar.
Hogar Refugio de la Niñez	Andrea Argueta	Sí, las autoridades migratorias están aplicando con mayor eficiencia dicho principio, aunque es necesario trabajar en cuanto a la protección que requiere y la garantía por parte de dichas autoridades migratorias guatemaltecas la aplicación del interés superior, entendiendo que no es únicamente un principio aislado, sino también la conjunción de varios principios e intereses que conllevan

		la garantía de los derechos de NNA en situación de vulnerabilidad.
Trabajadora Social especialista	Miriam Mendoza	Sí, la aplicación del interés superior del niño preceptuado en la Convención de los Derechos del Niño se refiere a que todo Estado debe asegurar una adecuada protección y cuidado dirigido a esta población velando porque sus derechos no sean vulnerados en ningún contexto interno o externo.
Analista Internacional	Secil De León	NO
Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia	Anaelí Torres	La Convención Sobre los Derechos del Niño establece la aplicación del principio de interés superior del niño y otros documentos mucho más especializados que nos instruyen de cómo aplicar el principio de interés superior. Este lineamiento nos establece específicamente el tema de atender el principio de interés superior en todas las actividades concernientes a la niñez migrante no acompañada realmente la aplicación en el tema de interés superior es complicada, porque es un proceso sistematizado donde se evalúa el contexto y la situación psicosocial del NNA y escuchar la opinión de la niña o el niño. No obstante, uno de los obstáculos que identifico al escucharlos es cuando dicen que quieren vivir es Estados Unidos y es principio de interés superior sin la alternativa de cómo pueden viajar ellos a ese país de manera regular cuando no hay una situación de reunificación familiar, y en muchas ocasiones la opinión del NNA no es acorde con lo que las instituciones estatales podemos ofrecer a los mismos. Desde el año 2014 fue el repunte de NNA no acompañados, se han elaborado diferentes documentos donde se establece el principio de interés superior como un principio de todo el documento técnico y justamente que en todo el proceso de la atención a los NNA no acompañados se debe llevar y aplicar a la práctica el principio de interés superior; en ese sentido, la Secretaría de Bienestar Social ha desarrollado diferentes documentos para poder atender a la niñez migrante con un enfoque de derecho pero también con el principio de interés superior.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

¿Se aplica el principio de interés superior del niño?



ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

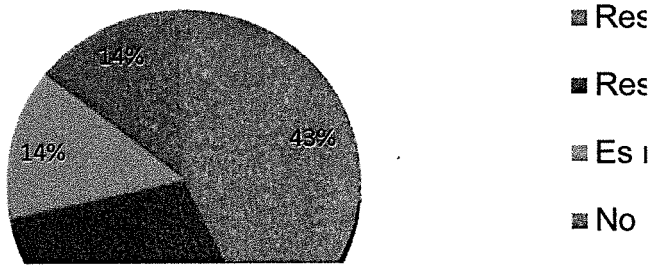
ANEXO II

Pregunta 2. En el lugar donde trabaja y/o con base en su experiencia, ¿considera que las medidas de protección son adecuadas a cada caso particular de niñez y adolescencia migrante irregular para garantizar la reunificación familiar o bienestar del NNA?		
Institución/oficio	**Nombre**	**Respuesta abierta**
Juez	José Darío Muñoz Muralles	En mi caso, ha sido nulo/escaso el ingreso de niñez migrante.
Juez	Víctor Hugo Pérez Rosales	Sí, ya que no tenemos otro mecanismo más que el de medidas de protección en suma de una convocatoria interinstitucional llegando a todas la partes involucradas y juzgados competentes, INACIF, PGN, la Defensa Pública, y principalmente concordar el compromiso con los padres de no poner el riesgo al mandar al niño con el comúnmente llamado "COYOTE" para no poner en riesgo su vida u otras situaciones como trata de personas, o cualquier otra violación a los derechos humanos en el caso que el NNA sea abandonado por la persona encargada de cruzarlo.
PGN (ANAMSI)	Samay Liseth Pineda Molina	Es necesario mejorar el espacio físico y equipo técnico para poder garantizar una excelente asistencia con los niños migrantes teniendo en cuenta la situación de deficiencia del Estado que no garantiza una mejoría en equipo técnico adecuado, sin embargo, tenemos un espacio que no es el apropiado, pero se hace algo con lo que contamos para poder permanecer.
Hogar	Andrea Argueta	En este caso, las medidas de protección al momento de dictar un auxilio sí son adecuados para garantizar su bienestar como NNA migrantes. Habida cuenta de la importancia de la opinión de los NNA, debido a que los niños migrantes viajan por situación de peligro en su país de origen, es sustancial que se pueda escuchar las causas de migración para que se implementen las medidas de protección adecuadas para la unificación familiar si tuvieran un recurso familiar idóneo en su país de origen o país de acogida con la institucionalización de las distintas figuras que existen para ellos.

Trabajadora Social	Miriam Mendoza	En el caso de los NNA migrantes no acompañados no se puede dar la excepción, puesto que han sido violentados en sus derechos en el territorio nacional desde el momento en que los padres o tutores les envían a una trayectoria de vejámenes innumerables e indignantes, sin haber tomado en cuenta su opinión y decisión; y en territorio extranjero continúa esa vulneración desde que son captados por agentes migratorios quienes los conducen a recintos inapropiados donde permanecen varios meses sin tener contacto directo con integrantes de su familia y el proceso migratorio de deportación lo realizan en idioma diferente en el cual no les proporcionan la información del proceso, como tampoco les asisten con terapia psicológica, educación ni salud.
Analista Internacional	Secil De León	NO
Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia	Anaelí Torres	Nosotros tenemos una coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, PGN, SOSEP y el Instituto Guatemalteco de Migración, por tanto, Guatemala es el único sistema de protección que tiene separado a los servicios esenciales y el representante legal de los NNA, en este caso a PGN y a la SBS. Entonces, a partir que tenemos la notificación del retorno de los NNA, nos apersonamos conjuntamente con PGN para poder recibir a los NNA y se realiza todo el tema de control migratorio con el IGM seguidamente son trasladados a los albergues atendiendo sus necesidades básicas primarias y con las medidas sanitarias dentro del marco del COVID-19 haciendo pruebas de hisopado como consiguiente las necesidades como el hospedaje, la alimentación, la ropa el kit de higiene de bioseguridad y la entrevista psicosocial que es un documento sistematizado que busca recopilar situaciones de vulnerabilidad durante el tránsito migratorio del NNA y de esta manera, poder brindarle insumos a PGN para que determinen si es posible la reunificación en un lapso de 72 horas, donde se busca un recurso familiar y se cita y se apersonan al albergue donde PGN realiza una evaluación de los recursos familiares para determinar la idoneidad y poder cruzar la información con la entrevista psicosocial que ya realizamos; a partir de eso, si no existe

		una situación de vulnerabilidad que amerite protección social hablemos de necesidades de empleo búsqueda de educación y de reunificación familiar, entonces, PGN reunifica a los niños mediante un acta administrativa y un informe posteriormente llevado ante un juez agotadas la 72 horas presentando una alternativa de con quién puede ser reunificado, donde le juez determina si es o no es reunificado priorizando la siempre la reunificación de los NNA.

¿Son adecuadas las medidas de protección para la reunificación familiar?



ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

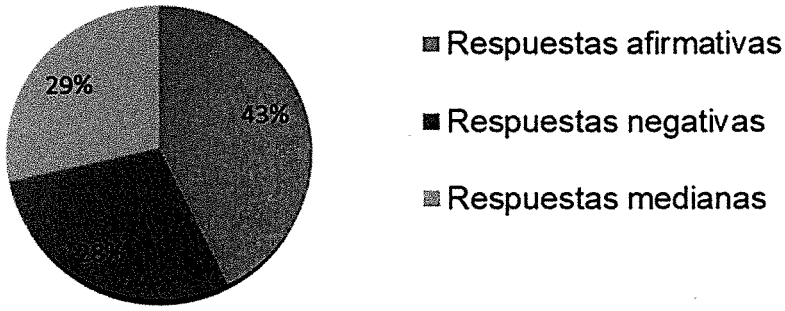
ANEXO III

Pregunta 3: En relación con la opinión del NNA migrante no acompañado en los procesos migratorios, ¿cree que hay una verdadera participación en las medidas de protección a su favor y se les respeta como seres humanos, sobre todo en cuanto a tomar en cuenta su opinión?		
Institución/oficio	**Nombre**	**Respuesta abierta**
Juez	José Darío Muñoz Muralles	No se toma en cuenta la opinión del niño, siendo un factor negativo, toda vez que se toman medidas que no son para cada uno y los perfiles de cada uno de los niños, sino más bien medidas en general.
Juez	Víctor Hugo Pérez Rosales	Considero que no se le respeta su derecho de opinión, porque lo que pretende el niño es salir de la situación de pobreza en Guatemala y encontrarse con sus familiares, ya que si se le respetase ese derecho de opinión no lo retornarían, lo que hacen es regresarlos y mandarlos al Instituto Guatemalteco de Migración, posteriormente a la PGN dependiendo el lugar donde vive el niño, ahí se judicializa el caso.
PGN (ANAMSI)	Samay Liseth Pineda Molina	Se le respeta y valida su opinión y parte de lo que es el interés superior del niño, prevalece su voz y eso para nosotros es garantizar una reunificación digna y segura.
Hogar	Andrea Argueta	Sí, la opinión del NNA es una garantía que se ha estado dando dentro de los procesos de medidas de protección, ya que los juzgados tienen bastante clara la necesidad de escuchar al NNA consultándole cuál fue el motivo de migración, y cómo se encuentran para garantizar que el centro de protección les esté brindando los cuidados, resguardo y necesidades que puedan tener y se les escuche su derecho de opinión si quieren regresar a su país de origen, o manifiestan que no quieren o no pueden retornar a su país de origen por encontrarse en alguna situación de vulnerabilidad.
Trabajadora Social	Miriam Mendoza	Al hacer alusión a las medidas de protección, se puede mencionar que la mayoría de entidades estatales y no estatales que hacen uso de ellas, incluyendo las Judicaturas de Niñez y Adolescencia, las aplican con enfoque de la prevención, sin embargo estas medidas se

		brindan posterior al daño sufrido por la víctima, lo que significa que estos programas preventivos de atención, pretenden por medio de su ejecución, que todas aquellas personas que han sido víctima de algún delito reciba desde ese momento protección, ayuda, orientación y capacitación que les permita afrontar de alguna manera el daño que les fue causado y a la vez sean capaces de detectar situaciones de riesgo que les permita en un futuro no ser nuevamente víctima de hechos similares.
Analista Internacional	Secil De León	NO
Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia	Anaelí Torres	Sí se les respeta, aunque hay una disyuntiva, ya que cuando los NNA retornan en muchas ocasiones fueron escuchados en México o en Estados Unidos manifestado que no querían retornar, sin embargo, los retornan. Entonces, en ese momento no fueron escuchados y cuando retornan a Guatemala ellos nos hacen referencia manifestando que pidieron no regresar a Guatemala por diversas situaciones. En ese sentido es complicado porque posiblemente los NNA no querían regresar a Guatemala, pero hay muy pocos programas de cómo podemos asegurar de que lleguen a Estados Unidos, ya que si el NNA va en busca de empleo no es una característica específica para que se le brinde protección humanitaria en Estados Unidos o en México. A diferencia de un NNA que esté siendo víctima de violencia sexual o huyendo de pandillas, en el caso de los adolescentes van con una serie de situaciones de culpabilidad por no poder mandar dinero y no poder ayudar a sus familiares, con un sentimiento de frustración ya que estando allá no se les tomó en cuenta su opinión y estando en Guatemala podemos escuchar su opinión en el sentido de querer quedarse con otro familiar. En el caso de las adolescentes suele pasar que quieren quedarse con el conviviente, pero nosotros en atención del interés superior, PGN no va a reunificar a una niña con un conviviente y menos si es mayor de edad. Es un poco complejo en función de lo que quieren los NNA y el interés superior y el tema del adulto centrismo en como diferenciar y en qué momento de debe de aplicar.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

¿Se toma en cuenta el derecho de opinión del NNA?



ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

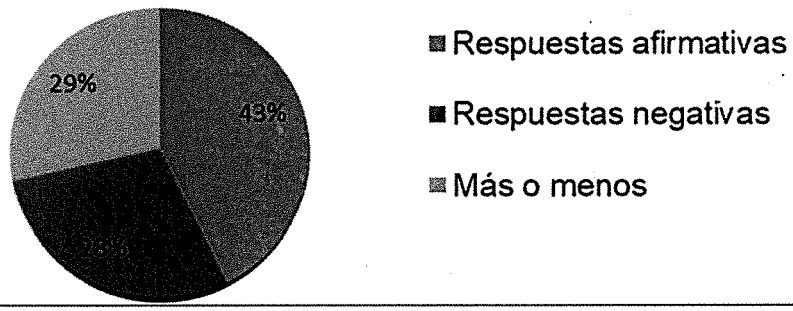
ANEXO IV

Pregunta 4: ¿Considera que los Estados ratificantes de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 han adecuado su sistema jurídico e institucional para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes irregulares? ¿Qué piensa para el caso de Guatemala?		
Institución/oficio	**Nombre**	**Respuesta abierta**
Juez	José Darío Muñoz Muralles	Sí existe regulación en cuanto al sistema regulatorio internacional y no en el caso de las leyes locales, que no especifican un régimen determinado y no informan reglas claras para que se puedan llevar a cabo las medidas necesarias.
Juez	Víctor Hugo Pérez Rosales	Es buena, ya que hablan de acuerdo con el derecho interno y las Constituciones Políticas se tienen que ir adaptando a esos sistemas que son de cumplimiento obligatorio y ya forman parte del derecho positivo y es una convención que inspiró a la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en Guatemala.
PGN (ANAMSI)	Samay Liseth Pineda Molina	En el caso de Guatemala, podría establecer que los derechos en cuanto al convenio sí podrían mejorar. Hay un convenio, sin embargo, nosotros como Estado tenemos que garantizar la educación la salud y recreación del NNA, y por parte de la familia la necesidad de considerar que estando en el país de destino podrían tener todo ese provecho que el Estado debería de garantizar como el derecho a la educación.
Hogar privado	Andrea Argueta	Sí se han hecho acciones para el interés superior del NNA migrantes, aun así es necesario que se continúen tomando acciones de protección; acciones que garanticen y cumplan con los estándares internacionales a los cuales se ha suscrito Guatemala por parte de los convenios internacionales respecto de la protección de los NNA y también específicamente en protección a la niñez migrante. No obstante, en el caso de Guatemala es preocupante la situación de la población de NNA migrantes que ingresa al territorio guatemalteco, sino también la población que sale del país es una situación alarmante.

Trabajadora Social	Miriam Mendoza	NO, debido a que continúan con la vulneración de derechos de la población de niñez y adolescencia migrante no acompañada e incluso con los migrantes acompañados debido a que no les brindan trato digno ni reparador, puesto que es de conocimiento de la mayoría de la población nacional e internacional interesada en este tema que, a pesar que existen protocolos específicos para el manejo y trato de esta población, no son ejecutados ni respetados por considerárseles personas que tienen voz pero no voto.
Analista Internacional	Secil De León	Algunos habrán adecuado su legislación en función del cumplimiento de las normas internacionales, teniendo resultados ejemplares; otros habrán hecho modificaciones en la legislación sin mayor interés que cumplir con las obligaciones internacionales y otros como el caso guatemalteco, que hizo modificaciones, adecuaciones y reformas legales para ser violadas por el mismo Estado guatemalteco. Los ejemplos están a la vista, haciéndoles el trabajo a las autoridades estadounidenses que no quieren migrantes irregulares en su frontera sur. Las caravanas de centroamericanos, y últimamente haitianos, con sus niños a cuestas y caminando a la par de los adultos y reprimidos igual que ellos, demuestran la afirmación.
Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia	Anaelí Torres	Sí se ha adecuado el sistema jurídico institucional, es un poco complejo ya que nosotros tenemos el Código de Migración, en parte los jueces ya nos comprenden con el tema de niñez no acompañada de esperar tiempo de 72 horas y poder llevar a los NNA si no encontramos con quien reunificarlo para después presentarlo ante el juez, pero con el tema de niñez central nos cuesta mucho más porque el Código de Migración nos hace referencia que hay tres medidas para los NNA: primero que deben de ser reunificados con un familiar sin importar su estatus migratorio; segundo, que deben de ser reunificados a través de un modelo de acogimiento familiar temporal; y el tercero si en caso fuera una medida residencial, ya que se nos complica toda esta parte de tránsito y reunificación y la parte legal que tienen que tomar en cuenta los jueces y que se puedan actualizar en el sistema migratorio por

		parte de los jueces que sepan cual es la diferencia entre una residencia y un albergue temporal porque, por ejemplo en Quetzaltenango me pasa mucho de rescate de niñas víctimas de trata, y como no hay una residencia especializada, allá envían a las niñas al albergue. Entonces hay mezcla de perfiles donde las víctimas de trata superan el perfil especializado en el interés superior. Por esta razón considero que es importante la actualización del sistema del Organismo Judicial sobre el sistema migratorio en Guatemala. En el tema institucional considero que Guatemala ha tenido muchos avances interinstitucionales en el tema de niñez migrante no acompañada y desde el año 2015 Guatemala es quien lidera el tema en cuanto a instalaciones, protocolos, instrumentos sobre la atención de niñez migrante no acompañada pero el tema de la reunificación es la parte más complicada y que considero desde mi posición, debe ser fortalecida para que los NNA no estén fuera del sistema de protección social que necesitamos fortalecer en el país.

¿Se ha adecuado el sistema jurídico para la protección?



ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

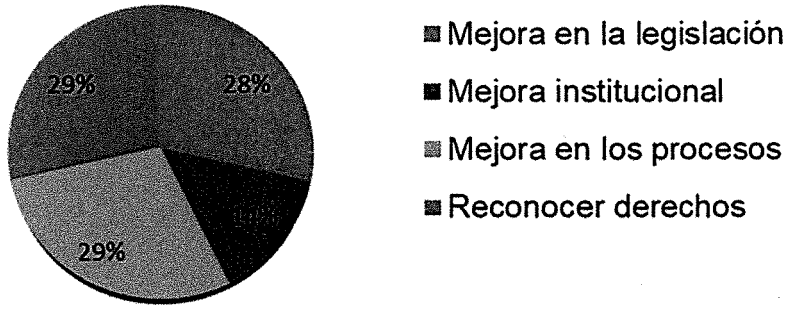
ANEXO V

Pregunta 5: ¿Cuáles son los desafíos y posibles mejoras que se debiesen tomar en cuenta con respecto a la niñez y adolescencia migrante irregular por parte de las autoridades migratorias?		
Institución/oficio	**Nombre**	**Respuesta abierta**
Juez	José Darío Muñoz Muralles	Es importante que todas las instituciones administrativas, entidades públicas y demás, que se legisle y se promueva una ley específica, y que el Congreso de la República emita una ley o reglamento específico para el tratamiento de los niños migrantes y participación efectiva de la PGN.
Juez	Víctor Hugo Pérez Rosales	Ampliar la normativa dentro de la misma ley integral de la niñez y adolescencia en sentido de los niños que son llevados fuera del territorio nacional sin el cumplimiento de algún familiar ya que la ley integral no profundiza en ese tema.
PGN (ANAMSI)	Samay Liseth Pineda Molina	Por parte de las unidades migratorias hemos mejorado mucho en asistencia y recepción, hoy en día a partir de pandemia hemos tenido apoyo de organizaciones internacionales, sin embargo, el Instituto Guatemalteco de Migración es un instituto que ha ido avanzando en cuanto a sus sistemas de recepción, internos y digitales con espacios lúdicos que garantizan que mientras dure el proceso moratorio los NNA puedan desagraviar el procedimiento en lugares aplicables desde niños de meses hasta los adolescentes de 17 años, para poder garantizar la migración ágil digan y segura.
Hogar	Andrea Argueta	Existe un gran reto en cuanto a la población migrante, entiéndase NNA que es solicitante de una protección internacional, entendiendo los estatus de refugiados, por ejemplo, las limitaciones en cuanto a la identificación de los NNA es un obstáculo que se ha visto en distintas circunstancias la comunicación entre las distintas autoridades migratorias que garanticen que la presunción, en primer lugar, en la minoría de edad, muchas veces muchos NNA al momento de ser detenidos por las autoridades migratorias no siempre se presume su minoría de edad la cual es un derecho que les asiste de forma

		internacional por tanto las distintas vías a las cuales pueden identificar garantizar el acceso a la salud, educación e integridad son elementos que deben de tomarse en cuenta al momento de que las autoridades migratorias tengan contacto con NNA que se encuentran en una situación de migración irregular.
Trabajadora Social	Miriam Mendoza	Las acciones a implementar con esta población deben ir encaminadas a proporcionar información, orientación y acompañamiento jurídico, médico, psicológico, social u otros a las víctimas de deportación, con el objeto de facilitar su acceso a los derechos que le son inherentes como seres humanos menores de edad, a la justicia y a la reparación integral.
Analista Internacional	Secil De León	Reconocerles derechos humanos al igual que a sus padres. Los niños migrantes no existen, son fantasmas que se materializan en la frontera sur de los Estados Unidos.
Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia	Anaelí Torres	Considero que el reto más grande que tiene Guatemala es la reintegración y la prevención de la migración irregular donde los NNA se exponen durante el transito migratorio. Considero que está bien el derecho a migrar, pero de igual manera a no migrar. Desde mi perspectiva, considero que el desafío más grande que tiene Guatemala es poder dar alternativas reales de reintegración y que podamos tener la coordinación donde podamos saber si la niña no fue a la escuela, que el maestro pregunte el motivo de la no asistencia y que haya un seguimiento por parte del Ministerio de Educación, viendo más allá de solo el sistema educativo y reevaluar el sistema educativo que tenemos y poder establecer alternativas sobre por qué los NNA están migrando por búsqueda de empleo, pero si nosotros generamos dentro de ellos la habilidad y la destreza ellos pueden generar el auto empleo dentro de sus comunidades de origen evitando que se expongan a tantos riesgos en la ruta migratoria. También considero que la información verídica es muy importante con el tema de las visas, porque en las comunidades el tratante puede ser el líder comunitario colocando información no verídica con afiches para engañar a la gente donde la gente muchas veces tiene las posibilidades de pagar hasta 70

	mil quetzales para poder tramitar su visa, sin embargo, no la tramitan por esa mala información.

¿Desafíos y mejoras por parte de las autoridades?



ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

ANEXO VI

Tabla I

Tabla I: Resumen General de guatemaltecos reportados vía área y terrestre Enero a diciembre 2020

VÍA AÉREA DE ESTADOS UNIDOS							
MES	MAYORES		MENORES ACOMPAÑADOS		MENORES NO ACOMPAÑADOS		SUBTOTAL
	M	F	M	F	M	F	
ENERO	2,997	695	280	183	15	18	**4,188**
FEBRERO	3,420	645	185	150	23	10	**4,433**
MARZO	2,265	418	82	78	76	21	**2,940**
ABRIL	481	78	34	23	96	16	**728**
MAYO	250	34	1	2	30	10	**327**
JUNIO	0	0	0	0	0	0	**0**
JULIO	0	0	0	0	0	0	**0**
AGOSTO	0	0	0	0	0	0	**0**
SEPTIEMBRE	0	0	0	0	0	0	**0**
OCTUBRE	0	0	0	0	0	0	**0**
NOVIEMBRE	0	0	0	0	0	0	**0**
DICIEMBRE	0	0	0	0	0	0	**0**
TOTALES	9,413	1,870	582	436	240	75	12,616

Parte 1.

VÍA TERRESTRE MÉXICO							
MES	MAYORES		MENORES ACOMPAÑADOS		MENORES NO ACOMPAÑADOS		SUBTOTAL
	M	F	M	F	M	F	
ENERO	2,244	501	206	133	181	41	**3,306**
FEBRERO	2,127	447	167	127	205	54	**3,127**
MARZO	1,812	337	110	79	149	45	**2,532**
ABRIL	772	166	27	19	102	27	**1,113**
MAYO	174	48	4	5	10	3	**244**
JUNIO	0	0	0	0	0	0	**0**
JULIO	0	0	0	0	0	0	**0**
AGOSTO	0	0	0	0	0	0	**0**
SEPTIEMBRE	0	0	0	0	0	0	**0**

OCTUBRE	0	0	0	0	0	0	**0**
NOVIEMBRE	0	0	0	0	0	0	**0**
DICIEMBRE	0	0	0	0	0	0	**0**
TOTALES	7,129	1,499	514	363	647	170	10,322

Parte 2.

MES	VÍA AÉREA MÉXICO							
	MAYORES		**MENORES ACOMPAÑADOS**		**MENORES NO ACOMPAÑADOS**		SUBTOTAL	**TOTAL GENERAL**
	M	**F**	**M**	**F**	**M**	**F**		
ENERO	0	0	0	0	115	58	**173**	**7,667**
FEBRERO	201	54	60	18	51	23	**407**	**7,967**
MARZO	0	0	0	0	59	18	**77**	**5,549**
ABRIL	0	0	0	0	0	0	**0**	**1,841**
MAYO	0	0	0	0	0	0	**0**	**571**
JUNIO	0	0	0	0	0	0	**0**	**0**
JULIO	0	0	0	0	0	0	**0**	**0**
AGOSTO	0	0	0	0	0	0	**0**	**0**
SEPTIEMBRE	0	0	0	0	0	0	**0**	**0**
OCTUBRE	0	0	0	0	0	0	**0**	**0**
NOVIEMBRE	0	0	0	0	0	0	**0**	**0**
DICIEMBRE	0	0	0	0	0	0	**0**	**0**
TOTALES	7,129	1,499	514	363	647	170	10,322	**23,595**

Parte 3.

Fuente: División de operativos, oficina de Estadística del Instituto Guatemalteco de Migración (2020).

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

ANEXO VII

Tabla II

ESTADÍSTICA DE CASOS INGRESADOS POR CLASE DE PROCESOS DE DERECHOS DE PROTECCIÓN EN CASOS MIGRATORIOS A NIVEL NACIONAL, CORRESPONDIENTES A LOS AÑOS 2018 AL 2021

DEPARTAMENTO	TIPO NOMBRE	MENOR	2018	2019	2020	2021	TOTAL
Chiquimula	Derecho de protección en casos migratorios	F	0	0	2	0	2
		M	25	0	9	0	34
Total Chiquimula			25	0	11	0	36
Escuintla	Derecho de protección	M	0	0	0	2	2
Total Escuintla			0	0	0	2	0
Guatemala	Derecho de protección en casos migratorios	F	7	2	1	2	12
		M	19	4	6	4	33
Total Guatemala			26	6	7	6	45
Huehuetenango	Derecho de protección en casos migratorios	F	4	0	2	7	13
		M	0	0	0	6	6
Total Huehuetenango			14	0	2	13	19
Jutiapa	Derecho de protección	M	1	0	0	0	1
Total Jutiapa			1	0	0	0	1
Peten	Derecho de protección en casos migratorios	F	3	4	1	1	9
		M	5	1	2	0	8
Total Peten			8	5	3	1	17
Quiche	Derecho de protección en casos migratorios	F	0	0	2	0	2
		M	0	0	1	0	1
Total Quiche			0	0	3	0	3
Retalhuleu	Derecho de protección en casos migratorios	F	0	0	1	0	1
Total Retalhuleu			0	0	1	0	1
Suchitepéquez	Derecho de protección en casos migratorios	F	0	5	1	0	6
		M	0	2	0	0	2
Total Suchitepéquez			0	7	1	0	0
TOTAL GENERAL			64	18	28	22	132

Fuente: Sistema de Gestión de Tribunales –SGT-

Procesamiento de la información: 4 de octubre de 2021.

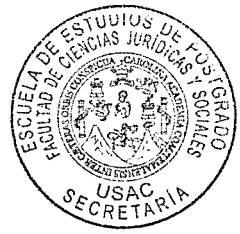
Tabla III

ESTADÍSTICA DE CASOS INGRESADOS POR CLASE DE PROCESOS DE DERECHOS DE PROTECCIÓN EN CASOS MIGRATORIOS DE LOS DEPARTAMENTOS DE CHIQUIMULA Y JUTIAPA CORRESPONDIENTE A LOS AÑOS 2018 AL 2021

DEPARTAMENTO	TIPO NOMBRE	EDAD	2018	2020	Total general
Chiquimula	Derechos de protección en casos migratorios	F	0	2	2
		M	25	9	34
	Total Chiquimula		25	11	36
Jutiapa	Derechos de protección en casos migratorios	M	1	0	1
	Total Jutiapa		1	0	1
	Total general		26	11	37

Fuente: Sistema de Gestión de Tribunales (SGT)

Procesamiento de la información: 4 de octubre de 2021.


ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

BIBLIOGRAFÍA

Abuelafia, E. (Junio de 2018). *La política migratoria de los EE.UU. y su impacto en el Triángulo Norte de Centroamérica.* https://publications.iadb.org/es/la-politica-migratoria-de-los-eeuu-y-su-impacto-en-el-triangulo-norte-de-centroamerica

Acedo Penco, Á. Y Platero Alcón, A. (2016). La privacidad de los niños y adolescentes en las redes sociales: Referencia especial al régimen normativo europeo y español, con algunas consideraciones sobre el chileno. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, *5*(1), 63-94. doi:10.5354/0719-2584.2016.42557

Acuña, G. (2012). *Mirando al norte: Algunas tendencias de la migración latinoamericana.* Flacso.

Aguilar Cavallo, G. (2008). *El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

Alcubierre Moya, B. (2018). *La historia de las infancias en América Latina.* Editorial Tandil.

Aldecoa Luzarraga, F., y Forner Delaygua, J. (2010). *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales.* Editorial Marcial Pons.

Aldecoa, F. y Forner, J. (2010). *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales.* Colegio Notarial de Cataluña.

Alejandro Amaya, J. (2015). *Control de Constitucionalidad.* Editorial Astrea.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Centro de Estudios Constitucionales.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Alexy, R. (2003). *Constitutional rights, balancing, and rationality.* Oxford.

Alexy, R. (2009). *Derechos Sociales y Ponderación.* Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Alfredo Gonzaíni, O. (2017). *Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad.* Ediciones Nueva Jurídica.

Antezana, P. (2013). *Niños, niñas y adolescentes migrantes, América Central y México.* Organización Internacional para las Migraciones (OIM).

Barletta Villagrán, M. C. (2018). *Derecho de la Niñez y Adolescencia.* Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Beloff, M. (1999). Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar. *Justicia y Derechos del niño*, 192.

Beloff, M. (2019). Artículo 19, Derechos del niño. En: Steiner, C. y Fuchs, M. *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario segunda edición.* (p. 1229). Fundación Konrad Adenauer.

Berletta Villagrán, M. C. (2018). *Derecho de la Niñez y Adolescencia.* PUCP.

Bleiker, C. (2019, agosto 22). ¿Fin del Acuerdo Flores?: "Empeoraría la grave situación humanitaria en la frontera". *Deutsche Welle*. https://www.dw.com/es/fin-del-acuerdo-flores-empeorar%C3%ADa-la-grave-situaci%C3%B3n-humanitaria-en-la-frontera/a-50130806

Bodenheimer, E. (1940). *Teoría del Derecho.* Fondo de Cultura Económica.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

Bustillo, R. (2013). El control de la convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral. *Líneas jurisprudenciales.* https://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/Control_de_Convencionalidad.pdf

Caballeros Herrera, Á. (2009). *Informe sobre la implementación de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares en Guatemala.* Fundación Ford.

Cabanellas, G. (2008). *Diccionario Jurídico Elemental.* Editorial Heliasta.

Calderón Cristal, A. (2020). Delimitación del bloque de constitucionalidad en el caso guatemalteco. *Opus Magna Constitucional, 16* (01), 207–240. doi:https://doi.org/10.37346/opusmagna.v16i01.9

Carbonell, M. (2020, mayo 17). *¿Derechos humanos entre particulares?* [Video]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=T4DRUqaltY8

Carbonell, M. (2020, mayo 25). *¿Qué es el garantismo?* [Video]. YouTube https://www.youtube.com/watch?v=fns2NiMzToc

Celesia, A., Morlachetti, A. y Matilde, L. (2014). *Manual sobre estándares internacionales de derechos humanos aplicables a los niños, niñas y adolescentes migrantes.* http://migracion.iniciativa2025alc.org/manual-sobre-estandares-internacionales-de-derechos-humanos-aplicables-a-los-ninos-ninas-y-adolescentes-migrantes/

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

CEPAL. (2019, febrero 27). *Impacto social, económico y cultural de la migración es notoriamente positivo para los países de origen y destino.* [Comunicado de prensa]. https://www.cepal.org/es/comunicados/cepal-impacto-social-economico-cultural-la-migracion-es-notoriamente-positivo-paises

Cillero Bruñol, M. (1999). El interés Superior del Niño en el Marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño. *Justicia y derechos del niño*, 192.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1993, 12 de marzo). Capítulo V. *Informe anual 1993* https://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap. v.htm

Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México. (2016). *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos.* CNDH México.

Comisión para el Esclarecimiento Histórico. (1999). *Guatemala, Memoria del Silencio.* Servigráficos S.A.

Corral Talciani, H. (2019, noviembre 10). Derechos humanos: ¿sólo pueden ser violados por agentes del Estado? Derecho y Academia. El blog de Hernán Corral. https://corraltalciani.wordpress.com/2019/11/10/derechos-humanos-solo-pueden-ser-violados-por-agentes-del-estado/

Courtis, C. y Lawson, D. (2017). *Constitución política e infancia.* Editorial Andros Ltda.

Díaz Bravo, E. (2016). Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes. *Opinión Jurídica*, *15*(30), 25-46. https://doi.org/10.22395/ojum.v15n30a1

Díaz Revorio, J. (2016). Interpretación de la Constitución y juez constitucional. *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*(37), 9-31.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

Dirk, B. y Santos, C. (2020). *Asociaciones de migrantes en los Estados Unidos: del sueño de contribuir en Guatemala, a una realidad llena de retos.* FLACSO.

Embajada de Estados Unidos en la República Dominicana. (2021). *¿Qué es CBP?* https://do.usembassy.gov/es/embassy-es/santo-domingo-es/sections-offices-es/u-s-customs-and-border-protection-es/what-is-cbp-es/

Enesco, I. (2009). *El concepto de Infancia a lo largo de la historia.* https://www.academia.edu/download/44054811/La_infancia_en_la_historia.pdf

Ferrajoli, L. (2012). *Los derechos y sus garantías conversación con Mauro Barveris.* Editorial Trotta.

Ferrajoli, L. (2016). *Los derechos y sus garantias.* (Revuelta, J. M. Trad.) Editorial Trotta.

Ferrer Mac-Gregor, E. y Pelayo Moller, C. (2017). *Las obligaciones generales de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.* Instituto de Investigaciones Juridicas, UNAM.

García Lozano, S. (2016). El interés superior del niño. *Anuario mexicano de derecho internacional, 16.* http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542016000100131

Gobierno de Estados Unidos de América. (2021). *Manual de políticas.* https://www.uscis.gov/policy-manual/volume-6-part-j-chapter-2

González Domínguez, P. (2014). *Implementación de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales: La doctrina del control de convencionalidad.* CEJA.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S. (2011). *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional (Contexto mexicano).* Universidad Nacional Autónoma de México UNAM.

Heffes, E. y Goldar, F. (s. f.). *Niñez migrante y protección internacional de los derechos humanos.* https://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/38/38.pdf

Hines, B. (2019). Las Políticas Migratorias de Donald Trump. *Nueva Sociedad, 284.* https://nuso.org/articulo/las-politicas-migratorias-de-donald-trump/

Humanium. (s. f.). *Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño 1924.* (Gutiérrez, M. Ed.) https://www.humanium.org/es/ginebra-1924/

Husserl, E. (1992). *Invitación a la fenomenología.* (Zirión, A. Trad.) Nova-Grafik. S.A.

Ibáñez R., J. (2018). *Control de Convencionalidad.* Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

Krsticevic, V. (2009). *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* Centro por la Justicia y el Derecho Internacional CEJIL.

Larios Ochaita, C. (2014). *Derecho Internacional Público.* Editorial Maya Wuj.

Leguizamón, C. (coord.) (2019). *Protección de niños, niñas y adolescentes en contextos de migración.* Instituto de Política Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR. Save the Children.

Liwski, N. I. (2008, 17 de abril). Migraciones de niños, niñas y adolescentes bajo el enfoque de derechos. *Foro de Alto Nivel sobre Asuntos Migratorios.* Washington, D. C., Estados Unidos. https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/ddhh-juventud/Informe%20al%20Consejo%20Permanente-

OEA_Migraciones%20de%20Ni%C3%B1os%20Ni%C3%B1as%20y%20Adolescentes%20bajo%20el%20Enfoque%20de%20Derechos.pdf

López Contreras, R. E. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y Contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 13*(1), 51-70. http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf

Matute Urdaneta, G. (2018, 26 de julio). *El Acuerdo Flores: el precedente judicial que obliga a EE.UU. a dar buen trato a niños inmigrantes.* [Video]. CNN en español. https://cnnespanol.cnn.com/video/acuerdo-flores-menores-inmigrantes-1997-estados-unidos-trump-pkg-gabriela-matute/

Medellín Urquiaga, X. (2013). *Principio pro persona.* Reforma DH.

Medina Ardila, F. (2009). La responsabilidad internacional por actos de particulares: analisis jurisprudencial interamericano. *Corte IDH*, 83-122.

Montesquieu. (1906). *El Espiritu de las Leyes.* (Mazo, S. Trad.) Librería General de Victoriano Suárez.

Morales, M. (2019, mayo 2). Familia de menor migrante que murió en Texas. *Prensa Libre.* https://www.prensalibre.com/ciudades/chiquimula/familia-de-joven-migrante-que-murio-texas-narra-como-recibio-la-tragica-noticia/

Murillo, P. , Banchón Cabrera, J. y Vilela, W. (2020). El principio de interés superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano. *Revista Universidad y Sociedad, 12*(2) http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202020000200385

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Ochoa Toasa, A. (2016). El interés superior del niño en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano: Un estudio del desarrollo, interpretación e incorporación de principios de derechos humanos en Normativa Secundaria, Cortes Superiores y Jueces de Niñez y Adolescencia [Tesis de licenciatura, Universidad San Francisco de Quito]. https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/4305/4/121000.pdf

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2010). *Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto.* (s. e.)

Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (1990). *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad).* https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/preventionofjuveniledelinquency.aspx

OIT, SBS y OIM. (2017). *Migración y trabajo infantil. Guatemala 2017.* https://mic.iom.int/webntmi/descargas/informes2017/Migraci%C3%B3n_y_Trabajo_Infantil_GT2017.pdf

Olson, E. (2016). *Respuestas de Estados Unidos a la crisis de los niños migrantes centroamericanos.* https://library.fes.de/pdf-files/bueros/fesamcentral/12936.pdf

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Organismo de las Naciones Unidas para la Migración. (Marzo de 2021). *Línea base para la evaluación de flujos migratorios irregulares y seguimiento a la movilidad en localidades fronterizas bajo el contexto de la covid-19.* https://displacement.iom.int/system/tdf/reports/DTMGUATEMALA_RONDA3.pdf?file=1&type=node&id=11606

Organización Internacional para las Migraciones. (2013). *Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes, América Central y México.* InterPrint.

Organización Internacional para las Migraciones. (2017). *Migración y trabajo infantil.* (s. e.)

Organización Internacional para las Migraciones. (2018). *Perfil de Gobernanza para la migración: La República de Guatemala.* The Economist Intelligence Unit.

Orozco Solano, V. (2013). La ponderación como técnica de aplicación de las normas sobre derechos fundamentales. *Revista Judicial, Costa Rica*, 19.

Pradilla Rivera, S. (2011). Aplicación del principio del interés superior del niño (a) como mecanismo para proteger el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella. *Estudios socio jurídicos*, 329-348.

Prado, G. (2012). *Teoría del Estado.* Magna Terra.

Quispe Remón, F. (2010). Ius cogens en el Sistema Interamericano: Su relación con el debido proceso. *Revista de Derecho*(34), 42-78.

Relatoría sobre los derechos de la niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *El derecho del niño y la niña a la familia.* (s. e.)

Sáenz Juárez, L. (2004). *Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala y Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.* (5.ª e.)

Sorensen, M. (1973). *Manual de Derecho Internacional Público.* Fondo de Cultura Económica.

Steiner, C. y Christine, F. (2019). *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentario segunda edición.* Konrad Adenauer.

Varela Huerta, A. (2015). Buscando una vida vivible: la migración forzada de niños de Centroamérica como práctica de fuga de la "muerte en vida". *El cotidiano*, 19-29.

Villegas Lara, R. (2017). *Temas de introducción al Estudio del Derecho y de Teoría General del Derecho* (6.ª ed.). Editorial Universitaria.

Villegas Lara, R. (2017). *Teoría de la Constitución.* Editorial El Rosario.

Zaffaroni, E. (2018, 27 de noviembre). *Los únicos que violan los Derechos Humanos son los Estados.* (Ratti, C., entrevistador) [Video]. Youtube. https://ffyh.unc.edu.ar/alfilo/los-unicos-que-violan-los-derechos-humanos-son-los-estados/

Zermatten, J. (2003). *El interés Superior del Niño, del análisis literal al alcance filosófico.* Institut International des detroits de lefant.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. (1986). Asamblea Nacional Constituyente.

Carta de las Naciones Unidas. (1945). Organización de las Naciones Unidas.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948). Organización de las Naciones Unidas.

Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). Organización de las Naciones Unidas.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966). Organización de las Naciones Unidas.

Carta de la Organización de los Estados Americanos. (1948). Organización de Estados Americanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (1969). Organización de Estados Americanos.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (1969). Organización de las Naciones Unidas.

Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales. (1991). Organización Internacional del Trabajo (Ratificada por Guatemala en marzo de 1996).

Convención Sobre Asilo Territorial. (1994). Organización de Estados Americanos.

Convención sobre el Estatuto de Refugiados. (1951). Organización de las Naciones Unidas.

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Decreto 1-86. (1986). Asamblea Nacional Constituyente.

Ley de Protección Integral de la niñez y Adolescencia. Decreto 27-2003. (2003). Congreso de la República de Guatemala.

Código de Migración. Decreto número 44-2016. (2016). Congreso de la República de Guatemala.

Reglamento General del Código de Migración. Acuerdo No. 7-2019 (2019). de Autoridad Migratoria Nacional.

Sentencias

Forneron e hija Vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas). (2012, 27 de abril). Corte IDH.

Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). (2013, 25 de noviembre). Corte IDH.

Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (Fondo). (1999, 19 de noviembre). Corte IDH.

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). (2006, 24 de noviembre). Corte IDH.

Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas). (2003, 25 de noviembre). Corte IDH.

Caso Tibi vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). (2004, 07 de septiembre). Corte IDH.

Caso López Álvarez vs. Honduras (Fondo, Reparaciones y Costas). (2006, 1 de febrero). Corte IDH.

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). (2006, 26 de septiembre). Corte IDH.

Caso Loayza Tamayo vs. Perú (cumplimiento de sentencia) (1999, 17 de noviembre). Corte IDH.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Caso Sandoval Chinchilla vs. Guatemala (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). (2016, 29 de febrero) Corte IDH.

Caso V.R.P., V.P. C Y otros vs. Nicaragua (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). (2018, 8 de marzo). Corte IDH.

Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). (2010, 31 de agosto). Corte IDH.

Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). (2017, 24 de agosto). Corte IDH.

Ramírez escobar y otros vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas). (2018, 9 de marzo). Corte IDH.

Atala Riffo y Niñas Vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas). (2012, 24 de febrero) Corte IDH.

Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala (fondo, reparaciones y costas). (2012, 20 de noviembre). Corte IDH.

Caso Veliz Franco y Otros vs Guatemala (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). (2014, 19 de mayo). Corte IDH.

Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). (2014, 28 de agosto) Corte IDH.

Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. (2005, 8 de septiembre). Corte IDH.

Amparo en única Instancia, dentro del expediente 5181-2017. (2018, 7 de marzo). Corte de Constitucionalidad.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Amparo en única Instancia, dentro del expediente 4708-2012 de la Corte de Constitucionalidad en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo. (2013, 24 de abril). Corte de Constitucionalidad.

Inconstitucionalidad general parcial por omisión, dentro del expediente 1822-2011. (2012, 17 de julio). Corte de Constitucionalidad.

Gaceta jurisprudencial No. 39, expediente 453-95. (1996, 20 de marzo). Corte de Constitucionalidad.

Inconstitucionalidad general, expediente 3438-2016. (2016, 8 de noviembre). Corte de Constitucionalidad.

Inconstitucionalidad de ley en caso concreto, expediente 2085-2015. (2016, 27 de enero). Corte de Constitucionalidad.

Inconstitucionalidad general parcial por omisión, expediente 1822-2011. (2012, 17 de julio). Corte de Constitucionalidad.

Inconstitucionalidad general parcial, expediente 56-2012. (2012, 3 de mayo). Corte de Constitucionalidad.

Inconstitucionalidad general parcial, expediente 3215-2011. (2012, 13 de diciembre). Corte de Constitucionalidad.

Inconstitucionalidad general parcial, expediente 6014-2017. (2001, 29 de marzo). Corte de Constitucionalidad.

Inconstitucionalidad general parcial, expediente 515-96. (1997, 10 de abril). Corte de Constitucionalidad.

Inconstitucionalidad general parcial, expediente 5952-2018. (2019, 19 de junio). Corte de Constitucionalidad.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARÍA

Amparo en única instancia, expediente 4238-2008. (2009, 22 de julio). Corte de Constitucionalidad.

Gaceta número 40, Inconstitucionalidad general, expediente 669-94. (1995, 3 de agosto). Corte de Constitucionalidad.

Inconstitucionalidad general, expediente 2112-2016. (2017, 17 octubre). Corte de Constitucionalidad.

Inconstitucionalidad general, expediente 3438-2016. (2016, 8 de noviembre). Corte de Constitucionalidad.

Inconstitucionalidad general parcial, expediente 1514-2017. (2021, 16 de septiembre). Corte de Constitucionalidad.

Amparo en única instancia, de la Corte de Constitucionalidad constituida en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo, expediente 3057-2018. (2019, 16 de mayo). Corte de Constitucionalidad.

Inconstitucionalidad en caso concreto, expediente 2085-2015. (2016, 27 de enero). Corte de Constitucionalidad.

Sentencia número 048-13-SCN-CC caso Número 0179-12-CN y acumulados. (2013, 4 de septiembre). Corte de Constitucionalidad del Ecuador.

Opiniones consultivas y resoluciones

Observación General No. 6, Comité de los Derechos Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. (2005). Comité de los derechos del niño.

Observación General número 13: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. (2011). Comité de los Derechos del Niño.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA

Opinión Consultiva OC-14/94. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención (arts. 1 y 2 convención americana sobre derechos humanos), solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1994, 9 de diciembre). Corte IDH.

Opinión Consultiva Oc-17/2002, solicitada por la comisión interamericana de derechos humanos. (2002, 28 de agosto). Corte IDH.

Opinión Consultiva OC-18/03. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. (2013, 17 de septiembre). Corte IDH.

Opinión Consultiva OC-21/2014. Derechos y garantía de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Solicitada por la República de Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. (2014, 19 de agosto). Corte IDH.

Opinión separada del Juez Rodolfo E. Piza. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 convención americana sobre derechos humanos), Opinión Consultiva OC-7/86, serie A, número 7, párrafo 36. (1986, 29 de agosto). Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Resolución 69/187. Los niños y adolescentes migrantes. Sexagésimo noveno periodo de sesiones, tema 68 b) del programa. (2014, 18 de diciembre). Asamblea General de las Naciones Unidas.

Resolución 45/112. Directriz 14 para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad). (1990, 14 de diciembre). Organización de las Naciones Unidas.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

Resolución 4/19. Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas. (2019, 7 de diciembre). Comisión IDH.

Políticas y protocolos

Gobierno de Guatemala. (2019). *Política Pública de Protección y Atención a la Persona Migrante 2019-2032.* MINEX.

Gobierno de Guatemala. (2017). *Política Pública Integral en Materia Migratoria del Estado de Guatemala*. Consejo Nacional de Atención al Migrante de Guatemala (CONAMIGUA).

Gobierno de Guatemala. (2012). *Política Nacional de Juventud 2012-2020.*

Gobierno de Guatemala. (2010). *Política Pública Desarrollo Integral de la Primera Infancia 2010-2020.*

Gobierno de Guatemala. (2017). *Protocolo para la atención integral a familias migrantes con enfoque de derechos y enfoque psicosocial.* SOSEP.

Gobierno de la República de Guatemala. (2017). *Protocolo Nacional para la recepción y atención de niñez y adolescencia migrante.* Comisión para la atención integral de la Niñez y Adolescencia.

Gobierno de la República de Guatemala. (2014). *Protocolo para la atención psicosocial en la recepción a la niñez y adolescencia migrante en la Secretaría de Bienestar Social.*