



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**“LA ACTUACIÓN DEL NIÑO EN EL PROCESO
DESDE EL NUEVO DERECHO PÚBLICO”**

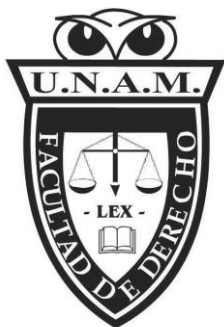
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A

CESIA MARTÍNEZ GARDUÑO

ASESOR: DR. GUILLERMO ENRIQUE ESTRADA
ADÁN



MÉXICO, D.F.

NOVIEMBRE 2014



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL
OFICIO No. 107/SDPP/14

**DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA UNAM
P R E S E N T E.**

La alumna **MARTÍNEZ GARDUÑO CESIA**, con número de cuenta **306204243**, ha elaborado en el Seminario de Derecho Procesal y bajo la dirección del DR. GUILLERMO ENRIQUE ESTRADA ADÁN, la tesis profesional titulada "**LA ACTUACIÓN DEL NIÑO EN EL PROCESO DESDE EL NUEVO DERECHO PÚBLICO**", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciada en Derecho.

El DR. GUILLERMO ENRIQUE ESTRADA ADÁN, en calidad de asesor, informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "**LA ACTUACIÓN DEL NIÑO EN EL PROCESO DESDE EL NUEVO DERECHO PÚBLICO**", puede imprimirse, para ser sometido a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna **MARTÍNEZ GARDUÑO CESIA**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su filulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquel en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F. A 29 DE OCTUBRE DEL 2014.

LIC. MIGUEL ÁNGEL RAFAEL VÁZQUEZ ROBLES
SECRETARIO GENERAL DE LA FACULTAD DE DERECHO, UNAM.



SEMINARIO DE
DERECHO PROCESAL

c.c.p. Archivo Seminario
c.c.p. Alumno
c.c.p. Minutario

La actuación del niño en el proceso desde el nuevo derecho público

A DIOS.

A Elizabeth Garduño y Gustavo Martínez.

*“Instruye al niño en su camino,
Y aun cuando fuere viejo no se apartará de él”*

Proverbios 22:6

AGRADECIMIENTOS

Mami, aún recuerdo las noches en que me acompañabas para que yo terminara mis proyectos, las tardes de comida en las que me enseñabas el valor de vivir, de esforzarme y de creer en Dios. Gracias por tu amor, por acompañarme en este proceso de vida, por enseñarme y por pelear batallas junto a mí, incluso cuando la muerte se avecinó. Gracias.

Papi, quizá no lo recuerdes, pero ¿sabes porque me encanta leer?, porque muchas tardes te vi sentado leyendo un libro. Tengo fresco el recuerdo las mañanas en que me llevabas a la escuela en nuestro convertible rojo (la bici), y los días en que me dejabas ir contigo a ver como dabas clases. Esos días cambiaron mi vida. Esos días me enseñaron lo que hoy disfruto tanto, enseñar. Gracias.

Keren, no imagino la vida sin ti. Eres un regalo tan especial. Solo tú y yo sabemos lo valioso del amor de hermanas, ¿cierto?.. Gracias por aguantarme, por abrazarme y por ayudarme a crecer.

Abuelo Gil, ya no estás aquí, pero no puedo dejar de agradecerte que me enseñaras a contar y a cantar. Abuelito, ya estoy más allá del último año y más cerca del primero.

Abuelita Viky. Me enseñaste a creer en las historias de amor y a disfrutar los roperos, pero sobre todo me enseñaste que nunca es tarde para aprender.

Yeohshua, primos que se convierten en hermanos, como tú. Gracias por los cafés, los silencios, las noches de trova, los sueños infinitos.

Daniela y Annel, gracias por no ponerle tiempo a nuestra amistad, por enseñarme que siempre podemos cambiar de decisión, que cantando todo puede mejorar, y por quedarse en mis días difíciles. Gracias por el ánimo que me dieron para escribir estas páginas, por soñar conmigo, por quererme sin condiciones.

Iris Gómez. Me has enseñado tanto. Gracias por llorar conmigo, por reír de nada, por soñar conmigo, por animarme y por creer en mí. Gracias por enseñarme que las historias se vuelven realidad en nosotros, si nos dedicamos a escribirlas.

Mi querido mentor Guillermo. Definitivamente, mucho de lo que está escrito aquí no habría sido posible si tú no hubieras creído en mí. Gracias por tu tiempo, por tu paciencia, por enseñarme a no rendirme, por enseñarme a cuestionar y por transmitir tu conocimiento sin condiciones.

Querida Carina, gracias por creer en este proyecto. En tus clases aprendí que el derecho es mejor cuando lo aplicamos humanamente.

Daniel, Ricardo, Salvador, Edith, Alan, Carlos, gracias por compartir su conocimiento conmigo. Ustedes me enseñaron que los equipos si existen.

Gracias a mi nueva familia del campamento Kikotén. En particular a Sandy, Heber, Anili y Guido. Ustedes reafirmaron en mi corazón que no hay tiempo establecido para comenzar a querer a las personas. Ustedes fueron los brazos de Dios, en días complicados para mí. Gracias.

Fer, tu apoyo para terminar este sueño ha sido muy importante y especial. Gracias por creer en mí, por aumentarle sentido a mis sueños y por compartir el amor por los niños. Lo mejor está por venir.

Jimena. Mi pequeñuela, parte de este tema nació porque te vi sufrir en un proceso. Un proceso en el que tu vida y tu integridad estaban en juego y en el que tu voz, parecía invisible. Mi Mena, tú me enseñaste a escuchar a los niños, tú me enseñaste a tomar en cuenta sus anhelos, tú me enseñaste el valor de escribir, de sentir, de hablar, de luchar.

Dios... "Por el mundo no encontré un amor que fuese igual y por más que encuentre amor, el tuyo es sin par... oh que amor, inmenso amor, inagotable, que no tiene fin. Que aun sufriendo y agotado, despreciado y al morir, rescataste multitudes y, a mí".
Gracias.

Gracias...

*“Aquello que le permitamos a un niño descubrir por sí mismo...
es lo que permanecerá con él para siempre.”*

Jean Piaget.

La actuación del niño en el proceso desde el nuevo derecho público

Introducción.

Capítulo 1. La configuración de un nuevo derecho público: Precisiones conceptuales

- 1.1 Dicotomía del derecho público y privado
- 1.2 La ubicación del derecho internacional en el discurso jurídico
- 1.3 La superación del monismo y dualismo por un nuevo derecho público común
- 1.4 Características del nuevo derecho público
 - 1.4.1 Autoridad Pública
 - 1.4.2 Funciones constitutivas y limitativas
- 1.5 El papel del derecho internacional de los derechos humanos en la configuración del nuevo derecho público común
 - 1.5.1 El caso europeo
 - 1.5.1.1 Unión Europea
 - 1.5.1.2 Consejo de Europa
 - 1.5.2 El caso interamericano

Capítulo 2. La protección de los derechos del niño en el derecho público común

- 2.1 Los derechos del niño en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Sistema Universal
 - 2.1.1 Declaración de Ginebra sobre derechos del niño de 1924
 - 2.1.2 Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948
 - 2.1.3 Declaración de los derechos del niño de 1959
 - 2.1.4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966
 - 2.1.5 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966
 - 2.1.6 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores de 1985
 - 2.1.7 Convención sobre los derechos del niño de 1989: Su actuación en el proceso
 - 2.2.7.1 Artículo 12
 - 2.1.8 Observación general No. 12 del Comité de derechos del niño
- 2.2 Los derechos del niño en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Sistema Regional Interamericano
 - 2.2.1 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre de 1948
 - 2.2.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969
 - 2.2.2.1 Artículo 19: Actuación Procesal
 - 2.2.3 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988

2.2.4 Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

2.3.4.1 Opinión Consultiva No. 17

2.3.4.2 Opinión Consultiva No. 21

2.3.4.3 Caso Atala Riffo y niñas Vs Chile

Capítulo 3. Regulación jurídica mexicana sobre los derechos de los niños y su participación en el proceso mexicano

3.1 Regulación jurídica nacional sobre la protección de los derechos del niño

3.1.1 Artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

3.1.2 Ley para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes

3.1.3 Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal

3.1.4 Código de procedimientos penales para el Distrito Federal

3.2 El niño como sujeto de derechos en el proceso: Evolución

3.3 Instrucción

3.4 Capacidad del niño en el proceso

3.4.1 Legitimación

3.4.2 Representación

Capítulo 4. El niño y la actuación en el proceso a partir del nuevo derecho público. A manera de conclusión.

4.1 Obligaciones del juez y el nuevo derecho público

4.1.1 Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

4.1.1.1 Principio pro persona física

4.1.1.2 Principio de interpretación conforme

4.1.2 Control de Convencionalidad

4.1.3 Contradicción de tesis 293/2011

4.2 El derecho del niño a ser considerado en el proceso

Conclusiones

Bibliografía

Introducción.

Narra uno de los libros de C. S. Lewis, la historia de cuatro hermanos que son traídos al país de Narnia con una misión especial. Durante el tiempo en que tardan en cumplirla, se encuentran con diversas adversidades. Sin embargo, en el camino le son enviadas algunas pistas que les ayudarán en su meta. Pero no siempre les ponen atención, lo que complica el viaje.

Lucy, la más pequeña de los hermanos, ha encontrado varias pistas, incluso ha logrado ver a Aslan, el Rey de Narnia, quien la ha llamado en varias ocasiones. Aunque existe un pequeño inconveniente, sólo ella puede verlo y escucharlo.

La incertidumbre se apodera de Lucy, cuando les cuenta a sus hermanos lo que sucede con Aslan, y ellos no le creen.

Pasados los días, cuando se encuentran peleando la última batalla para completar su misión, y tienen una gran desventaja ante el enemigo, sus hermanos deciden enviar a Lucy en busca de Aslan, y deciden creer que ella si puede verlo.

Lucy encuentra a Aslan minutos después y entablan la siguiente conversación:

- Lucy: ¡Si!, ¡Eres tú!, lo sabía, pero se negaban a creerme.

-Aslan: Y ¿Porqué a pesar de eso, no viniste a mí?

-Lucy: "...” es que, tenía miedo...¹

A lo largo de la historia de la humanidad, las personas hemos luchado por crear ambientes que nos permitan relacionarnos unos con otros. Sin embargo, algunas de estas luchas, se han ganado a través de movimientos sociales, como lo es el reconocimiento de los derechos humanos.

¹ Lewis escribió una saga de siete libros conocidos como “*Las Crónicas de Narnia*”, la historia que se narra es sustraída de la adaptación a película del libro “*El Príncipe Caspian*”.

Dentro de este recorrido, se han adquirido diversos logros, como el reconocimiento de los derechos de las mujeres, pueblos indígenas, migrantes y más, incluyendo a los niños.²

El reconocimiento de los niños como sujetos de derechos modificó su condición ante el derecho, y tras la creación del primer instrumento internacional vinculante en la materia, es decir, la Convención sobre los Derechos de los Niños (CDN), se dio inicio a una nueva etapa respecto al respeto y ejercicio de sus derechos.

La CDN trajo consigo la implementación de nuevos derechos, entre ellos, el derecho de participación del niño, el cual conlleva que el Estado debe garantizar que el niño exprese su opinión en los asuntos que le afecten, siempre en función de su edad y madurez. Por tanto, será escuchado en los procedimientos judiciales o administrativos que le causen una afectación, a través de un representante y de acuerdo a lo establecido por el derecho nacional.

Sin embargo, el derecho nacional aún es carente de elementos básicos por los cuales debe ser escuchado el niño, es decir, que si bien tiene el derecho de participar en un proceso, también lo es que su condición de desarrollo físico y mental provoca que su relación con la justicia sea diferente a la que se desarrolla con los adultos.

No obstante, en el derecho internacional de los derechos humanos, el desarrollo de los elementos que deben ser utilizados para brindar espacios adecuados y cómodos para que el niños participe en su proceso, es mucho más amplio que en el derecho nacional.

A pesar de las complejidades que surgen en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, en las últimas décadas, el primero ha tomado fuerza respecto a su influencia en el derecho nacional, la mayor parte, a través de las instituciones que se han conformado en sus normas. Por lo que el Estado ya no es el único que crea derecho ni que lo reconoce. Dentro de esta nueva visión, las instituciones internacionales también

² Cabe aclarar que en este trabajo el término niño será utilizado indistintamente para referirnos a niñas y niños, únicamente con el propósito de mantener una uniformidad en el texto y agilizar su lectura, y no con objetos de omitir la distinción entre niña y niño.

funcionan como autoridades, repercutiendo en las decisiones y actuaciones estatales. A lo anterior se le ha denominado: nuevo derecho público.

Este trabajo pretende describir como la configuración de un nuevo derecho público beneficia a la infancia para el ejercicio de su derecho de participación en un proceso.

En el primer capítulo se desarrollarán las precisiones conceptuales del nuevo derecho público y se ahondará en su evolución y en cómo se percibe actualmente en dos casos concretos: el caso europeo y el caso interamericano.

El segundo capítulo plasma la mayor parte de los instrumentos internacionales en materia de infancia y cómo se ha reconocido al niño como sujeto de derechos en este ámbito y la influencia de las interpretaciones de estos instrumentos.

Posteriormente, el tercer capítulo muestra el desarrollo del derecho del niño en el derecho nacional mexicano y en específicamente lo relacionado con las normas que regulan la participación del niño en el proceso.

A manera de conclusión, el cuarto capítulo muestra la apertura nacional al derecho internacional de los derechos humanos y su influencia en el derecho interno, es decir, la actuación del niño en el proceso desde la visión del nuevo derecho público.

Quizá en la actualidad, muchos adultos actuamos como los hermanos de Lucy, no les creemos a los niños. Ellos ven y experimentan circunstancias que les afectan y que muchas veces nos negamos a reconocer y generamos en ellos miedo.

Este trabajo busca ser una aportación para impulsar el que se escuche a los niños, se conozcan sus opiniones y se les tome en cuenta, a través del derecho.

La actuación del niño en el proceso desde el nuevo derecho público

Capítulo 1. La Configuración de un nuevo derecho público: precisiones conceptuales.

1.1 Dicotomía del derecho público y privado

Dicotomía refiere un método de clasificación en dos partes.³ Se presenta cuando es posible dividir un universo en dos esferas y las partes quedan incluidas en su totalidad sin que una quede fuera. A su vez, no puede ser comprendida una sin la otra y la división es total.⁴

Cuando se divide el derecho en dos partes, podemos establecer que nos encontramos ante una dicotomía. Desde el derecho romano, a través de Justiniano en las Instituciones se estableció una división del derecho en dos partes como una forma de entender el derecho de manera integral.

La dicotomía sobre derecho público y derecho privado llega al derecho romano cuando las tribus romanas son conquistadas por los Etruscos, sin embargo, ellos no pretendieron quitar el derecho consuetudinario que ya se tenía, sino únicamente poner límites a la actuación de tal derecho. Es a partir de este momento que aparece la diferencia entre *ius publicum* y *ius privatum*.⁵

³ Cfr. Real Academia Española. dicotomía. (Del gr. διχοτομία).

1. f. División en dos partes. (...)

(4). f. Fil. Método de clasificación en que las divisiones y subdivisiones solo tienen dos partes.

⁴ Cfr. Bobbio, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*. Trad. José Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 12.

⁵ Cfr. Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 2002, p. 902

El *ius publicum* se extendió la existencia y el funcionamiento de la *civitas* ante los ciudadanos romanos y los extranjeros, y se consideró como *res publica* al pueblo romano en conjunto con sus derechos e intereses. Mientras que el derecho privado, como el que regula las relaciones jurídicas entre los particulares y el culto a los dioses.⁶

El *ius publicum* se convirtió, en el derecho que surgió de los órganos estatales que expresaban la voluntad del pueblo y velaba por los intereses de Roma, por lo que la ley expresaba la voluntad de los ciudadanos y, por tanto, puede entenderse que esta *lex publica* era una creación entre iguales para iguales.⁷

El *ius privatum* regulaba las relaciones entre los particulares; entendidos como los individuos singulares.⁸ Ellos creaban acuerdos entre sí y cuando existía algún conflicto en su cumplimiento, intervenía un magistrado romano que participaba en la búsqueda de una solución pacífica al problema. Esta intromisión era mínima y estaba fundada bajo el argumento de que la *civitas* tenía un interés en la solución pacífica de la autonomía de los particulares.⁹

Cabe mencionar que cuando existía un conflicto entre los intereses de un ciudadano de Roma y un extranjero, era el *pretor peregrino* quien actuaba para garantizar soluciones fuera del *ius civile* romano.¹⁰

Para Miguel Villoro, la distinción entre el *ius privatum* y *ius publicum* se resume en tres ideas. La primera es respecto a la materia, ya que el derecho público trata los asuntos de la *civitas* y el derecho privado la relación de los individuos; la segunda respecto de las

⁶ Cfr. Bravo González, Agustín y Bravo Valdés, Beatriz, *Derecho Romano. Primer Curso*, Vigésimo Cuarta Edición. Edit. Porrúa, México, 2007, p. 26.

⁷ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, Fontamara, 2002, p. 43.

⁸ Cfr. Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, op. cit., p. 903

⁹ Cfr. Morineau Iduarte, Marta e Iglesias González, Román, *Derecho romano*, Cuarta edición, México, Oxford, 1998, p. 31; Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, op. cit., p. 904

¹⁰ Cfr. Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, op. cit., p. 905

fuentes, en el derecho público las fuentes son aquellas que emanan de la voluntad del pueblo y en el privado es la jurisprudencia y los acuerdos de entre los particulares; y la tercera por el uso o no del *imperium*.¹¹

La evolución del derecho público y privado adquirió un tinte distinto debido a la transformación de Roma y fue en el año 284 d.C. cuando Diocleciano permite la injerencia del imperio en los asuntos particulares, lo que otorga mayor fuerza al derecho público.¹²

Para la Edad Media, el interés común se transforma en el derecho del príncipe y el derecho de los súbditos. Para el XII y hasta el siglo XVIII, la distinción entre derecho público y privado no tiene gran influencia en el derecho. Fue hasta los siglos XVII y XVIII que se retoma la dicotomía en la que el derecho público se centraba en el monarca y se manifestaba a través de la soberanía y el derecho privado en el derecho provincial y nacional. Sin embargo, es en el siglo XIX que el derecho público y privado resurge ante el desarrollo del estudio de la soberanía y la exigencia de los derechos individuales.¹³

En la Revolución francesa se retoma la noción de limitar la actuación del monarca en la que el derecho ya ni fluye de él mismo, sino desde la libertad de los individuos; por lo que el concepto de individualismo trae de nuevo el derecho privado al campo de estudio.¹⁴

La identificación del monarca con la soberanía se convirtió en la crítica del nuevo pensamiento y fueron diversos sus componentes. En general, ellos impulsaron una transformación en el concepto de soberanía para desposeer al Monarca y transportar al pueblo quien la expresa a través de sus representantes.¹⁵ De esta manera, el derecho público se constituye sobre la noción de soberanía,¹⁶ es decir, que todos los actos que son

¹¹ Cfr. *Ibid.* 905-906.

¹² *Ibid.*, p. 908.

¹³ *Ibidem.*, pp. 908-909.

¹⁴ *Ibidem.*, pp. 915-916.

¹⁵ *Ibidem.*, p. 913.

¹⁶ Cfr. Bogdandy, Armin Von, El Constitucionalismo en el derecho Internacional, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*,

realizados por el Estado tienen legitimidad en la soberanía estatal y sobre la cual actúa y crea su universo normativo.¹⁷

Ante la integración de los Estados, el *ius publicum* se desarrolla con amplitud y se concentra en el estudio de la soberanía, mientras que el *ius privatum* bajo los límites y control de lo establecido por el derecho público.¹⁸

Asimismo, el derecho privado se construye sobre las normas que regulan las relaciones entre particulares, no obstante tiene injerencia el derecho público cuando limita la autonomía de los particulares al comprobar la existencia del acto y que se vulnere el bien común.¹⁹

Lo anteriormente descrito, permite observar que tanto el derecho público como el derecho privado, han tenido un tiempo de mayor auge. No es posible hablar de la supremacía de uno sobre otro por tiempo ilimitado, sino que es necesario recurrir a los contextos históricos para poder observar la superioridad de un derecho sobre otro. Por ejemplo, la época de Justiniano, donde la familia y la propiedad, por mencionar algunos conceptos, tenían mayor fuerza; o en la ideología de Marx donde el derecho privado es el derecho burgués y el derecho público es una forma de poder político. Otro de los hechos es la resistencia que muestra el individuo para con el poder del soberano en la expropiación.²⁰

México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 423; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, Décima edición, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2011, p.11.

¹⁷ Bogdandy, Armin Von, *Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea, González Pérez, Luis Raúl y Valadéz, Diego (Coord.), *El Constitucionalismo Contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 49

¹⁸ Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho.*, *op. cit.*, p. 911.

¹⁹ *Ibid.*, p. 922.

²⁰ *Ibidem*, pp. 23 y 26.

En el caso de la supremacía del derecho público sobre el privado, se observa cuando se ubica al interés colectivo sobre el interés individual. La influencia de este pensamiento provocó que al ser el Estado quien velara por el interés público su injerencia fuera mayor, y aunque por tiempo fue el derecho privado el que tomó su lugar, el Estado retomó fuerza hasta llegar a la época moderna.²¹

La dicotomía entre derecho público y derecho privado posee diversos elementos que permiten diferenciarlos entre sí, por ejemplo: el interés que se protege, la posición de las partes en la relación jurídica, la relación de subordinación o coordinación entre los sujetos y las reglas que vinculan a la conducta.²²

Para Norberto Bobbio, el derecho público son las normas que rigen las relaciones entre gobernantes y gobernados en un Estado, es impuesto por una autoridad pública a través de la ley, y en el supuesto de que no se cumpla, será necesaria la sanción, incluso la coacción. Y por derecho privado, las normas que los sujetos establecen para regular sus relaciones, para quedar obligados por el principio de reciprocidad.²³

De esta forma, queda conformada la distinción moderna de la dicotomía entre derecho público como el bien común a quien el Estado representa y el derecho privado como la autonomía de la voluntad de los particulares.²⁴

Es importante señalar que en México se ha agregado una división más del derecho: el derecho social. El derecho social es la regulación normativa que establece y desarrolla diferentes principios y procedimientos protectores a favor de las personas, grupos y sectores de la sociedad integrados por individuos económicamente débiles, para lograr su

²¹ Cfr. Bobbio, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*, op. cit., pp. 28-29.

²² Cfr. Rivera, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo- Perrot*, p. 12.

²³ Cfr. Bobbio, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*, op. cit., pp. 16 y 18.

²⁴ Cfr. Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, op. cit., p. 907.

convivencia con las otras clases sociales dentro de un orden justo.²⁵ No obstante, cada uno de los grupos que en los que se engloba el derecho social, son parte del derecho público, por lo que no sería necesaria una división más.

Por tanto, como ya quedó escrito, no es posible identificar la supremacía del derecho privado sobre el público y viceversa. Sin embargo, en las condiciones actuales, la fuerza del derecho público tiene mayor alcance sobre el derecho privado, al interferir forma y sustancialmente en las actuaciones de los particulares.

La dicotomía que ha sido descrita, es importante ya que la infancia debe ser considerada dentro de la protección que otorga el derecho público, como se mostrará más adelante. Es decir, el conjunto de derechos de los niños constituye un espacio no sujeto al derecho privado; sino al interés colectivo.

1.2 La ubicación del derecho internacional en el discurso jurídico.

Los primeros indicios que se tienen de la conformación de conceptos del derecho internacional es en el derecho romano, a partir de la relación que se originó entre los ciudadanos de Roma y los extranjeros, y la necesidad de regular las relaciones jurídicas entre tales grupos. A esta relación se llama de *ius gentium*.²⁶

El concepto de *ius gentium* es retomado en el contexto de la Conquista por Francisco de Vitoria en el siglo XVI. Este teólogo fue uno de los personajes que consideró que no se debía desposeer a los indios de sus tierras aunque la Bula Papal de 1493, de Alejandro VI, así lo estipulara. Vitoria también justificó la intervención de los conquistadores en las nuevas colonias por medio de lo que él consideraba una causa justa.

²⁵ Cfr. Mendieta y Nuñez, Lucio, *Derecho Social*. México, Porrúa, 1967, pp. 66 y 67.

²⁶ Cfr. Herdegen, Matthias, *Derecho Internacional Público*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 14.

De esta manera, la Conquista se justificaba por la vida de canibalismo y sacrificios que se realizan en los territorios conquistados.²⁷

Tiempo después, el teólogo Francisco Suárez agregó al *ius gentium* el consentimiento; de esta manera el derecho de gentes se produce por el consentimiento de los pueblos o las gentes.²⁸ Francisco de Vitoria y Francisco Suárez son considerados los creadores de la doctrina jusnaturalista internacional con influencia teológica.

Alberico Gentili, deja de un lado la influencia teológica y da inicio al pensamiento laico en la construcción de las tesis sobre la conformación del derecho internacional, así como el análisis del derecho a la guerra.²⁹ Más tarde, Hugo Grocio, el considerado Padre del derecho internacional suma el concepto de libertad de los mares;³⁰ y de esta manera se establecen las bases del derecho internacional.

Las clásicas etapas de la evolución del derecho internacional son:

1. A partir de la Paz de Westfalia cuando se dan los primeros tratados entre las comunidades protestantes y católicas.
2. El Congreso de Viena de 1814 a 1815.³¹
3. La Primera Guerra Mundial de 1914 a 1918 y el Tratado de Versalles en 1919, con la conformación de la Sociedad de Naciones.³²
4. La Segunda Guerra Mundial de 1939 a 1945. En esta última etapa se da una reestructuración en el derecho internacional.

²⁷ Cfr. De Vitoria, Francisco, *Reelecciones del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra*, Cuarta edición, con una introducción de Antonio Gómez Robledo, México, Porrúa, 2007, pp. 71-98.

²⁸ Cfr. Sepulveda, César, *Derecho Internacional*, 19ª edición, México, Porrúa, 1998, p. 20

²⁹ Cfr. Malcom, Shaw, *International Law*, 5ª. edición, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 23

³⁰ Cfr. Sepulveda, César, *Derecho Internacional*, *op.cit.*, p. 26.

³¹ Cfr. Stantmuller, Georg, *Historia del Derecho Internacional Público*, trad. por Francisco F. Jardon, Madrid, Aguilar, 1961, p. 230.

³² Cfr. Malcom, Shaw, *International Law*, *op. cit.*, p. 30.

Ya que conocemos los fundamentos históricos del derecho internacional, es relevante establecer si el derecho internacional es o no derecho. Existen diversos doctrinarios que han establecido que el derecho internacional no es derecho al no cumplir con ciertos 'requisitos'.³³ Sin embargo, también es posible encontrar a aquellos que si lo consideran como derecho. Por lo tanto, para conocer la ubicación del derecho internacional en ordenamiento jurídico actual, es necesario mostrar ciertos conceptos básicos sobre lo que es el derecho.

El derecho es un lenguaje,³⁴ un medio social y concreto,³⁵ un universo integrado por normas jurídicas conocidas como juicios hipotéticos que pretenden provocar la realización u abstención de determinada conducta entre los individuos. La realización de esta conducta se logra a través de la amenaza de un perjuicio, a la que Kelsen llama sanción. Su impartición puede ser a través de una medida coercitiva y se aplica contra la voluntad del sujeto por los agentes constituidos como tales por la comunidad, ya que es la comunidad quien posee el monopolio del uso de la fuerza.³⁶ En caso de que exista resistencia para aplicar la sanción está permitido el uso de la fuerza.³⁷

Cuando tales normas jurídicas son aplicadas y obedecidas, se entiende que son eficaces, dentro de un orden jurídico, es decir, que son válidas o vigentes.³⁸

³³ Cfr. Verdross, Alfred, *Derecho Internacional Público*, Madrid, Colección Jurídica Aguilar, 1963, pp. 60 y 61.

³⁴ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la Racionalidad y la Ciencia del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 95.

³⁵ Cfr. Kelsen, Hans, *Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales*, Primera reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 31

³⁶ *Ibidem.*, p. 32

³⁷ *Ibidem.*, p. 28

³⁸ *Ibidem.*, p. 37

Como ya se mencionó, la norma jurídica es un juicio hipotético que contiene un mandato que regula la conducta que se considera perjudicial y que establece una medida coactiva como sanción. Toda norma jurídica se establece en vista de la contingencia de que se cometa un acto ilegal. Este último es la condición necesaria para que el derecho sea aplicado y para que se ejecute la sanción.³⁹ Por tanto, el comportamiento ilegal y la sanción, son los elementos fundamentales del derecho; uno es la condición y otro es la consecuencia.⁴⁰

Una vez establecidos los conceptos anteriores es posible establecer si el derecho internacional puede o no ser considerado como derecho, en la medida que cumpla con estas categorías que lo descubren.

En el derecho internacional existe el acto antijurídico, es decir, la conducta de un Estado que se considera ilegal o contraria a una obligación internacional.⁴¹ De tal manera que, por ejemplo, cuando un Estado incumple lo pactado en un tratado, su conducta se considera opuesta a lo establecido por el derecho internacional.⁴²

Por lo que la primera condición para que exista el derecho internacional, está cubierta.

En este mismo sentido, respecto a la existencia de una sanción en el derecho internacional, Kelsen señala que el acto coercitivo de un Estado sólo es permitido en contra de un acto antijurídico.

*“... de tal manera que el empleo de la fuerza por parte de un Estado contra otro solamente se pueda interpretar como acto antijurídico o como sanción, entonces el derecho internacional será derecho en el mismo sentido que el nacional”*⁴³

³⁹ *Ibidem.*, p. 46

⁴⁰ *Ibidem.*, p. 48

⁴¹ *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado y del Derecho*, 5ª. Reimpresión, México, UNAM, 1995, p. 391.

⁴² *Ibid.*, pp. 391-392

⁴³ *Ibidem.*, p. 393

Entonces, según el jurista austriaco, en el derecho internacional existen dos sanciones: las represalias y la guerra.⁴⁴

De esta manera, el requisito de sanción para que el derecho internacional sea considerado como derecho, ha quedado establecido.

El concepto de derecho internacional ha ido evolucionando. En un principio se entendió como un sistema jurídico que regía principalmente las relaciones entre los Estados.⁴⁵ Sin embargo, la transformación del derecho ha llevado a que estas normas regulen también las relaciones entre otros sujetos de derecho internacional, como las organizaciones internacionales y los individuos.⁴⁶

Actualmente puede considerarse al derecho internacional como “un ordenamiento jurídico común para toda la humanidad”.⁴⁷ Por lo tanto, el derecho internacional puede ser considerado como derecho.

1.3 La superación del monismo y dualismo por un nuevo derecho público común

Para comprender el derecho común y conocer cómo se conformó, es necesario conocer en un primero momento la relación entre el derecho nacional y el derecho internacional.

Para tal objetivo, es fundamental estudiar las teorías que describieron, con mayor precisión esta relación: dualismo y monismo.⁴⁸

⁴⁴ Cfr. Kelsen, Hans, *La teoría Pura del Derecho*, 2ª Ed., Traducción por Vernengo, Roberto J., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, p. 323.

⁴⁵ Cfr. Sorensen, Max (comp), *Manual de Derecho Internacional Público*, trad. Dotación Carneige para la Paz Internacional, Fondo de Cultura Económica, México, 1973, p.53.

⁴⁶ Cfr. Sepulveda, César, *Derecho Internacional*, *op.cit.*, p.3; Herdegen, Matthias, *Derecho Internacional Público*, *op. cit.*, p. 14;

⁴⁷ Cfr. Bogdandy, Armin Von. El constitucionalismo en el Derecho Internacional, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, *op.cit.*, p. 428.

⁴⁸ Cfr. Verdross, Alfred, *Derecho Internacional Público*, *op.cit.*, p.95.

La teoría dualista, cuyos principales expositores fueron Karl H. Triepel y Dionisio Anzilotti, afirma que el derecho internacional y el derecho nacional son dos órdenes jurídicos separados e independientes entre sí, regulan materias distintas, surgen de fuentes diversas, tienen fundamentos de validez y destinatarios distintos⁴⁹ y, por lo tanto, no puede existir un conflicto entre tales normas.⁵⁰

Hans Kelsen, máximo expositor de la teoría monista, difiere de la postura dualista respecto a la existencia de dos órdenes jurídicos diferentes, puesto que el derecho internacional establece la relación entre éste y el derecho nacional ya que las normas de ambos son válidas en el mismo espacio y tiempo.⁵¹

En lo que concierne a los destinatarios, la teoría dualista sostiene que el derecho nacional regula las relaciones internas de un Estado, por tanto, regula las conductas de los individuos y los asuntos domésticos. Mientras que el derecho internacional regula la conducta de los Estados y las relaciones que trascienden a su ámbito, es decir, los asuntos extranjeros del Estado.⁵² Sin embargo, el monismo establece que un “El comportamiento de un Estado se reduce al de los individuos que lo representan, por lo tanto, no hay una diferencia entre las especies de sujetos cuya conducta regula”.⁵³

En el aspecto de la materia, en el monismo no existe una distinción entre los asuntos domésticos y los extranjeros en sus contenidos, ya que es posible que un asunto nacional pueda ser convertido en un tratado internacional. Por lo tanto, todo asunto que es o puede ser regulado por el derecho nacional, es susceptible de ser regulado por el derecho internacional. Situación que, en la teoría dualista, dice el monismo, es imposible

⁴⁹ Cfr. Verdross, Alfred, *Derecho Internacional Público*, op. cit., p. 63.

⁵⁰ Cfr. Anzilotti, Dionisio, *Corso di Diritto Internazionale*, Vol. I, Introduzione – Teorie Generali, PADOVA, CEDAM, 1964, p. 58.

⁵¹ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, trad. Eduardo García Máynez. México, UNAM. 1995, p. 432.

⁵² Cfr. Becerra Ramírez, Manuel, *La Recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno*, Segunda Edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2012, p. 13.

⁵³ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, op. cit., p. 433.

de sostener, de acuerdo a la diferencia por la regulación en la materia.⁵⁴ En la actualidad el derecho internacional ya no sólo regula las relaciones entre Estados, sino que, también regula el derecho interno.⁵⁵

Otra diferencia que se muestra en la teoría monista y la dualista es la validez del derecho.

La teoría dualista niega que las normas de derecho internacional y las del nacional sean simultáneamente válidas, ya que las normas internacionales solo son válidas en las relaciones estatales. De tal manera que si una norma interna ordena una situación contraria a las obligaciones internacionales del Estado, la legislación obligatoria interna deja de ser válida. En este sentido, la fuerza vinculante de la norma interna es independiente de su cumplimiento o incumplimiento.⁵⁶

La teoría monista dice lo contrario, que al admitir que son simultáneamente válidas, afirman que entre ellas existe una cierta relación de mutua dependencia.

Respecto a sus fuentes de creación, el dualismo sostiene que los sistemas de normas provienen de fuentes distintas. Por fuente de derecho se entiende el procedimiento por el cual las normas son creadas y su razón de validez.

De acuerdo con el dualismo, el derecho interno surge de la voluntad de Estado como ente único, mientras que el derecho internacional surge por la voluntad común de los Estados.⁵⁷ Es decir, que al derecho internacional lo funda el principio *'pacta sunt*

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ *Cfr. Acevedo E. Domingo, Relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, Vol. No. 16., 1992, pp, 134 y 337.*

⁵⁶ *Cfr. Anzilotti, Dionisio, Corso di Diritto Internazionale, op. cit. p. 56.*

⁵⁷ *Cfr. Acevedo E. Domingo, Relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, op. cit., p. 137.*

servanda,⁵⁸ el que pertenece al derecho internacional general y es creada por una costumbre constituida por actos de los Estado.⁵⁹

Si el orden jurídico nacional es considerado sin referencia al derecho internacional, entonces su razón de validez son “los padres de la constitución”. Pero al considerar al derecho internacional, la norma hipotética puede derivarse de una norma positiva de tal orden jurídico: el principio de efectividad. De tal forma, es el principio de efectividad quien faculta a los “padres de la constitución” para poder actuar como los primeros legisladores de un Estado. De ese modo, el principio de efectividad determina el ámbito y la razón de validez de los órdenes jurídicos internos. La norma básica del orden jurídico internacional es también la última razón de validez de los órdenes jurídicos nacionales.

Una norma superior determina el procedimiento de creación de normas inferiores o faculta a una autoridad para crear discrecionalmente preceptos de inferior rango, de tal forma que el derecho internacional constituye la base del orden jurídico nacional.⁶⁰ El derecho internacional hace una “delegación” a los órdenes jurídicos nacionales, cuyos ámbitos de validez determina de este modo.⁶¹

De esta forma, dentro del orden jurídico nacional rigen: el derecho internacional consuetudinario; las normas creadas por acuerdo internacionales y las normas creadas por órganos que, a su vez, fueron creados por un acuerdo internacional.⁶²

Sobre el conflicto entre una norma internacional y una nacional, la teoría dualista defiende que el derecho internacional y el derecho nacional no son partes de un mismo sistema normativo. De esta manera, cuando el Estado expide una ley contraria a una

⁵⁸ Cfr. Anzilotti, Dionisio, *Corso di Diritto Internazionale*, op. cit., p. 54; La convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969) establece: *Artículo 26. Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*

⁵⁹ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, op. cit., p. 439.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 437.

⁶¹ *Ibidem.*, p. 438.

⁶² *Ibidem.*, p.440.

norma internacional, ésta última conserva su validez.⁶³ Y para que la norma internacional pueda aplicarse al derecho nacional, debe realizarse una transformación de las normas que se desea incorporar al derecho nacional. La incorporación implicaría la aplicación de una norma que, en principio, no fue creada para tales sujetos.⁶⁴

En su defensa, el monismo planea que el conflicto entre una norma nacional y una internacional sólo es un conflicto entre una norma superior y una inferior. La creación de una norma violatoria de otra puede constituir un acto antijurídico que trae consigo una sanción,⁶⁵ pero puede conservar su validez mientras no sea derogada nulificada.⁶⁶

Sin embargo, las teorías anteriores que sirvieron para explicar la relación entre el derecho internacional y el derecho interno en el siglo XX, ya no nos permiten entenderla en la actualidad.⁶⁷ La globalización y, por tanto, el nuevo papel del Estado, la creciente evolución del derecho internacional y su interacción con el derecho interno y las normas internacionales contenidas en las constituciones, obligan a repensar las teorías anteriores y conformar nuevas.⁶⁸ Aquí descansa la noción de un derecho común.

⁶³ *Ibidem.*, p. 441.

⁶⁴ Anzilotti, Dionisio, *Corso di Diritto Internazionale*, op. cit., p.61.

⁶⁵ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, op. cit., p. 442.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 443.

⁶⁷ Cfr. Bogdandy, Armin Von, El derecho internacional como derecho público, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, op. cit., p. 288.

⁶⁸ Cfr. Bogdandy, Armin Von, Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público, *Hacia un nuevo Derecho Público. Estudios de Derecho Público Comparado, Supranacional e Internacional*, op. cit., Pág. 287.

Por derecho común podemos entender la conformación de diversos “aspectos” jurídicos que superan las fronteras pero que están fundados sobre las mismas raíces de la cultura jurídica y la cultura en general.⁶⁹

Este derecho común surge de la insuficiencia que ha mostrado el Estado⁷⁰ en la resolución de diversos asuntos internos. Sin embargo, esta nueva posición del derecho implica una transformación en el derecho público. Como se vio en el apartado 1.1, el derecho público estaba fundado sobre la base de la soberanía, y por esa razón el binomio monismo-dualismo debían explicar la interacción entre el derecho internacional y el derecho nacional, debido a que todos los actos de Estado que se realizaban, debían estar motivados en su voluntad, de lo contrario no serían válidos. Sin embargo, los factores ya mencionados han obligado a la transformación del concepto de soberanía, sobre todo por la fuerza que han tomado las instituciones conformadas por los Estados en el marco del derecho internacional.⁷¹

La fuerte influencia e intromisión de las instituciones internacionales en las decisiones de los Estados respecto a sus asuntos internos y la obligatoriedad que han adquirido para su cumplimiento, nos muestra la necesidad de dar apertura al Estado respecto a lo que se conforma por el derecho público, es decir, a aquellas que actúan como autoridades públicas. No obstante, no se logrará esta interacción fluida de los diversos universos jurídicos (ámbito nacional, supranacional e internacional), si mantenemos su comprensión bajo el binomio monismo-dualismo.

⁶⁹ Cfr. Kotzur, Markus y Härbele, Peter, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabra clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, trad. por Héctor Fix-Fierro, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011, p.19.

⁷⁰ Cfr. Bogdandy, Armin Von. *Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea*, González Pérez, Luis Raúl y Valadéz, Diego (Coord.). *“El Constitucionalismo Contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo”*, op. cit., p. 49.

⁷¹ Cfr. Bogdandy, Armin Von and Venzke, Ingo. *“In Whose Name? An Investigation of International Courts’ Public Authority and Its Democratic Justification.”*, *European Journal of International Law. Oxford Journals. Volume 23, no. 1., 2012, p. 18.*

Por lo tanto, sobre la base del nuevo derecho público, será posible explicar la relación actual entre los diversos universos normativos para conformar un derecho común.⁷²

Un elemento del derecho común es la protección de los derechos humanos, y en materia de infancia es evidente el nacimiento de un *corpus iuris* que se integra, no sólo por los instrumentos internacionales sobre la materia (declaraciones de los derechos del niño, Convención de los Derechos del niño, Reglas de Beijing, entre otras), sino también por la interpretación por parte de las autoridades internacionales que poseen facultades para ello, así como el diálogo jurisprudencial entre los tribunales internacionales y las cortes nacionales.

1.4 Características del nuevo derecho público

La conformación del derecho público común,⁷³ no será posible solamente bajo la conceptualización que se tiene del derecho público “tradicional”: el Estado es quien se encarga de la creación del derecho, de la resolución de los conflictos jurídicos y de la interacción política y, por tanto, quien actúa como conformador, legitimador y controlador del ejercicio del poder.⁷⁴

Dentro de esta concepción tradicional, encontramos al menos, dos funciones esenciales. La función constitutiva, que establece la imposibilidad de ejercer alguna autoridad pública si no está contemplada por el derecho; y la función limitativa, que

⁷² Cfr. Bodgandy, Armin Von. Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público, *Hacia un nuevo Derecho Público. Estudios de Derecho Público Comparado, Supranacional e Internacional*, op. cit., p. 285.

⁷³ Cabe aclarar que cuando se hace mención al derecho público común, no nos referimos al concepto utilizado en el derecho civil, sino a un derecho común que es aplicable, en tanto que conforma una comunidad.

⁷⁴ Cfr. Serna de la Garza, José Ma., Reflexiones sobre el concepto de “Gobernanza Global” y su impacto en el ámbito jurídico, Díaz Müller, Luis T., (coord.), *V Jornadas: Crisis y Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 40.

determina el control hacia la autoridad pública y que encuentra sus límites en los parámetros establecidos por el derecho.⁷⁵

Es posible repensar las dos funciones mencionadas y construir sobre la base de estos conceptos, una función constitutiva y una función limitativa en el nuevo derecho público.

Según José María Serna, de manera puntual, las características mencionadas influyen en dos áreas del derecho: administrativo y constitucional.⁷⁶ En el derecho administrativo, por la gran gama de instituciones internacionales (formales e informales) que realizan actividades administrativas y reguladoras que inciden en la aplicación directa a los actores, dentro del Estado. Y en el constitucional, como el controlador de poder en la globalización, es decir, por el control que realizan estas instituciones internacionales.⁷⁷ Así, debido a la fuerza que han adquirido dichas instituciones, actualmente es posible obligar a los Estados a armonizar su derecho interno con el derecho creado por ellas.

1.4.1 Autoridad Pública.

La vasta evolución en las últimas décadas del derecho internacional manifestada en, por ejemplo, los nuevos centros de poder, la internacionalización del beneficio privado,⁷⁸ la posición actual del individuo ante los órganos jurisdiccionales, el debilitamiento del poder del Estado, el crecimiento de las organizaciones no gubernamentales (o redes de organizaciones) cuyo papel dentro y fuera del Estado ha

⁷⁵ Cfr. Bodgandy, Armin Von, El derecho internacional como derecho público, *Hacia un nuevo Derecho Público. Estudios de Derecho Público Comparado, Supranacional e Internacional*, op. cit., p. 102.

⁷⁶ Serna de la Garza, José Ma., Reflexiones sobre el concepto de “Gobernanza Global” y su impacto en el ámbito jurídico, Díaz Müller, Luis T., (coord.), *V Jornadas: Crisis y Derechos Humanos*, op. cit., p. 40.

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ Cfr. Brito Melgarejo, Rodrigo, *Constitucionalismo Global*, México, Porrúa, Facultad de Derecho-UNAM, 2005, p.152.

tomado un papel fundamental y las corporaciones multinacionales,⁷⁹ ha obligado a los Estados a interactuar de forma activa con las organizaciones internacionales formales e informales e incluso con los órganos jurisdiccionales. Estas instituciones, que si bien fueron creadas por el Estado a través de tratados, han adquirido fuerza y autonomía.⁸⁰ Lo anterior ha tenido como consecuencia que se limite y se dirija, de alguna forma, el actuar del Estado. No obstante, se mantiene su papel protagónico en el escenario de las relaciones internacionales.⁸¹

En gran medida, estos actores contribuyen a la “generación de orden y a la conducción de asuntos a nivel global”, aunque entre ellos no existe ninguna jerarquía, sino que su funcionamiento depende más de la materia en que se ocupan.⁸²

De acuerdo a Armin von Bogdandy, por autoridad pública puede entenderse “la capacidad legal de *determinar* a otros y de reducir sus libertades (...), de configurar unilateralmente su situación jurídica o de facto”; y por ejercicio de autoridad pública: “la materialización de esa capacidad (legal), en particular mediante la producción de instrumentos estándar, tales como decisiones y regulaciones...”⁸³

En ese mismo sentido, autoridad pública internacional es “aquella que se ejerce sobre la base de una competencia atribuida por un acto internacional común adoptado por autoridades públicas (Estados o entes como la Unión Europea), que persiguen un

⁷⁹ Cfr. Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, op. cit. pp. 61, 62 y 64.

⁸⁰ Cfr. Bogdandy, Armin Von and Venzke, Ingo. “*In Whose Name? An Investigation of International Courts’ Public Authority and Its Democratic Justification.*”, op. cit. p.24.

⁸¹ Cfr. Serna de la Garza, José Ma., Reflexiones sobre el concepto de “Gobernanza Global” y su impacto en el ámbito jurídico, Díaz Müller, Luis T. ,(coord.), *V Jornadas: Crisis y Derechos Humanos*, op. cit., p. 25.

⁸² *Ibid.*, p. 4

⁸³ Cfr. Bogdandy, Armin Von, El derecho internacional como derecho público, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, op. cit., p. 104.

objetivo que ellas mismas definen –estando facultadas para ello- de interés público.” Por tanto, será público e internacional de acuerdo a lo que se establezca en su base legal.⁸⁴

La autoridad pública no solo puede vincular a los actores, por lo menos no desde la concepción de autoridad en el nuevo enfoque, sino que también puede 'condicionar' a los sujetos, por medio de resoluciones. Esta condición se dará cuando un sujeto ejerza presión sobre otro para que cumpla lo ordenado por ella. La fuerza de este mandato se logra debido a la obtención en su cumplimiento de mayores beneficios que desventajas.⁸⁵

Los actos condicionantes pueden limitar las libertades individuales y la autodeterminación colectiva de la misma forma que los actos vinculantes⁸⁶

Parte de esos actos condicionantes que emanan de las instituciones internacionales se les conoce como *soft law*. Instrumentos de diversos tipos que se caracterizan por su falta de obligatoriedad, uniformidad, justiciabilidad, sanciones y estructuras de ejecución. Sin embargo, aunque estos instrumentos no tengan fuerza vinculatoria, sí tienen relevancia jurídica y, por lo tanto, producen una afectación en la esfera práctica.⁸⁷

Por tanto, es posible acordar que el Estado ya no es el único que tiene la exclusividad en la creación de normas, sino también las organizaciones formales e informales que juegan un papel fundamental en los procesos normativos.

Algunos de los ejemplos son la prueba PISA que realiza la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos), en la cual los datos estadísticos sobre la evaluación que se realiza a los estudiantes de los países son considerados por los Estados debido a los *rankings* que realiza la Organización para darles una ubicación a los mismos, de acuerdo al resultado del país y también por la continuidad de las pruebas. De la misma

⁸⁴ *ibid.*, p. 106

⁸⁵ *Idem*, p. 104.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 105.

⁸⁷ *Cfr.* Serna de la Garza, José Ma., Reflexiones sobre el concepto de “Gobernanza Global” y su impacto en el ámbito jurídico, Díaz Müller, Luis T. ,(coord.), *V Jornadas: Crisis y Derechos Humanos, op. cit.*, p. 32.

forma, la OCDE establece estándares internacionales para evitar la doble tributación.⁸⁸ Un ejemplo más es la FAO (Food and Agriculture Organization), la cual emite el código de conducta para la pesca responsable, que sí bien no es obligatorio, si pretende orientar a los Estados a crear un marco interno con los parámetros que se establecen en el Código, para la “explotación sostenible de los recursos acuáticos vivos, en consonancia con el medio ambiente”.⁸⁹ Un último caso del que México fue actor principal es la pandemia de influenza (A) H1N1. La intervención de la OMS (Organización Mundial de la Salud) en estos casos fue crucial para evitar la propagación del virus. Para esto, la Organización emitió una serie de alertas sanitarias a los Estados y realizó toda la investigación, evaluación y asesoría científica; de tal forma que los países se sometieron a todas las indicaciones de esta Organización.⁹⁰

Por otro lado, los tribunales internacionales han evolucionado de tal manera que, en la actualidad, ejercen autoridad pública. Estos tribunales tienen suficiente influencia para configurar y limitar las libertades de la misma forma que una institución nacional.⁹¹

Los tribunales internacionales ejercen autoridad pública cuando resuelven disputas jurídicas, sin embargo, aún se pone en duda cual es el alcance del derecho que emana de ellos.⁹²

Armin von Bogdandy, señala:

⁸⁸ Cfr. Bogdandy, Armin Von, El derecho internacional como derecho público, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, op. cit., p. 104

⁸⁹ Véase “Código de Conducta para la Pesca Responsable” Aprobado en 1995. Puede consultarse en: <http://www.fao.org/docrep/005/V9878S/V9878S00.HTM>

⁹⁰ Cfr. Serna de la Garza, José María., *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, op. cit., 74.

⁹¹ Cfr. Bogdandy, Armin Von and Venzke, Ingo. “*In Whose Name? An Investigation of International Courts’ Public Authority and Its Democratic Justification.*”, op. cit. p. 18.

⁹² *Ibid*, p.99.

*"Si el derecho público es visto en las tradiciones liberales y democráticas como un orden para salvaguardar la libertad persona y permitir la autodeterminación colectiva, entonces cualquier acto con un efecto en estos ángulos normativos debe ser tomado en consideración desde el momento en que esos efectos son lo suficientemente significativos para generar dudas razonables sobre su legitimidad".*⁹³

Las sentencias internacionales son ejercicios de autoridad pública. Los tribunales internacionales actúan en nombre de los Estados como sujetos de orden jurídico internacional. Bajo una visión más actualizada, los tribunales actúan en nombre de los individuos (legitimidad) y como le llama Bogdandy, una "ciudadanía transnacional"⁹⁴

Parte de la influencia que han tenido tales resoluciones es la de proteger los derechos por vías judiciales en tanto que pretenden, no solo una indemnización por afectación a la esfera jurídica, sino una modificación a la normatividad interna. Por tanto, puede entenderse que la diversidad de instituciones internacionales y en específico los tribunales internacionales, han adquirido autoridad, de tal forma que pueden influenciar y limitar la actuación del Estado.⁹⁵

1.4.2 Funciones constitutivas y limitativas

Dentro del derecho público y, por tanto, del derecho constitucional, existen conceptos fundamentales que deben ser repensados, conceptos como: "poder, autoridad, soberanía, legitimidad, la distinción entre lo público y lo privado, y entre lo interno y lo externo".⁹⁶

Estos conceptos se han visto afectados por la globalización, por ejemplo, en conceptos como "patrimonio común de la humanidad". El patrimonio común de la

⁹³ *Idem.*

⁹⁴ *Cfr. Bogdandy, Armin Von and Venzke, Ingo. "In Whose Name? An Investigation of International Courts' Public Authority and Its Democratic Justification.", op. cit. p. 41.*

⁹⁵ *Cfr. Brito Melgarejo, Rodrigo, Constitucionalismo Global, op. cit., p. 153.*

⁹⁶ *Cfr. Serna de la Garza, José Ma, Globalización, Gobernanza y Estado: El caso de la guardería ABC, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010, p. 19.*

humanidad conlleva a la concepción de intereses y valores comunes y superiores a los objetivos del Estado y que inicialmente protegía a los espacios que no son parte de ningún Estado.⁹⁷ Sin embargo, también existen bienes materiales e inmateriales que se encuentran en territorios específicos de los Estados,⁹⁸ pero que su protección importa a la humanidad por el valor histórico, científico y cultural que poseen.

Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar establece el área conocida como “la Zona” como patrimonio común de la humanidad.⁹⁹ La Zona es un área que abarca los fondos marinos y oceánicos que no son parte de los límites nacionales, de tal forma que los recursos que se encuentren ahí son administrados por la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos.¹⁰⁰ Inclusive, ya es posible hablar de un patrimonio cultural subacuático, que no tiene que ver con los recursos naturales, sino con aquellos restos materiales del pasado, estructuras terrestres sumergidas, embarcaciones, pozos sagrados, cenotes, entre otros objetos.¹⁰¹

La constitución como la norma suprema, delimita el ámbito de validez y la aplicabilidad de las normas internas y también la eficacia de la aplicabilidad de las normas

⁹⁷ Cfr. Tello Moreno, Luisa Fernanda, *El patrimonio común de la humanidad y los derechos humanos, Derechos Humanos México*, Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, México, CNDH, Año 2, Número 5, 2007, p. 124.

⁹⁸ *Ibid*, p. 127

⁹⁹ Cfr. Tribunal Internacional del Mar, *El Tribunal Internacional del Mar*, Hamburgo, 2011. Pág. 5. http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/brochure/ITLOS_Brochure_spanish.pdf

¹⁰⁰ Por ejemplo, los yacimientos de nódulos y sulfuros polimetálicos. *Ibid*, p. 16.

¹⁰¹ Cfr. Novak, Fabián, *La protección del Patrimonio Cultural Subacuático en la Convención de la UNESCO de 2001*, Organización de los Estados Americanos, 2012, p. 397. Véase, <http://www.oas.org/dil/esp/13-novak.391-424.pdf> - 10/05/2012

externas.¹⁰² En la comunidad internacional es posible encontrar la conformación de estas dos funciones.

La comunidad internacional está conformada por el conjunto de Estados y por las distintas instituciones internacionales que han surgido,¹⁰³ que funcionan como autoridades internacionales.

Función constitutiva

En párrafos anteriores, se mencionó que la función constitutiva implica la imposibilidad de ejercer autoridad si no está constituida por el derecho. En el derecho público internacional, encontramos la conformación de diversas autoridades internacionales a través de los tratados.

En la Carta de Naciones Unidas se describe la estructura de los órganos principales de la Organización, de la cual puede advertirse una configuración similar a la de un órgano legislativo, uno ejecutivo y un judicial. Así, el Consejo de Seguridad y la Asamblea General poseen funciones legislativas; el Secretario de Naciones Unidas y el Consejo de Seguridad funciones ejecutivas y la Corte Internacional de Justicia, una función judicial.

Sin embargo, el orden constitucional de Naciones Unidas es en esencia, diferente a los sistemas constitucionales de los Estados,¹⁰⁴ es decir, un orden que contiene los aspectos jurídicos *estructurales* de la Organización. En la Carta se establece cómo se constituye y las formas en que se deben realizar las relaciones entre ésta y los Estados miembro, y con las demás entidades regionales.¹⁰⁵ Por lo tanto, el constitucionalismo de la

¹⁰² Cfr. Bárcena, Josu de Miguel, *Justicia constitucional e integración supranacional: cooperación y conflicto en el marco del constitucionalismo pluralista europeo*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, Nº. 9, 2008, p. 87.

¹⁰³ Cfr. Tomuschat, Christian, *La Comunidad Internacional*, Peters, Anne, J. Aznar Mariano, *La Constitucionalización de la Comunidad Internacional*, Tirantlo blanch, Valencia, 2010, p. 98.

¹⁰⁴ *Ibid*, p. 1.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p.3.

Carta de Naciones “refiere al estudio de las estructuras jurídicas y políticas de la familia o sistema de Naciones Unidas”.¹⁰⁶

Función limitativa

En el derecho constitucional moderno se encuentra como objeto primordial el control del poder político.¹⁰⁷ Esto exige la función limitativa. Ferrajoli menciona que parte de la superación del estado natural internamente, fortalecía la sujeción del ejercicio de los poderes públicos internos, pero en el exterior no se establecía un límite legal.¹⁰⁸

Hasta antes de la Segunda Guerra Mundial, el poder del Estado fue suficiente para limitar a los factores de poder,¹⁰⁹ sin embargo, con el surgimiento de la Carta de Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, se modifica la concepción sobre los límites, o visto desde otro enfoque, la soberanía.¹¹⁰

La Carta de Naciones Unidas, consentida por 193 Estados,¹¹¹ es el tratado que constituye a una de las organizaciones internacionales con mayor fuerza frente a los Estados.

Su función limitativa queda perfectamente definida en la reducción del *ius ad bellum*,¹¹² con la creación del órgano que monopoliza el uso de la fuerza (que es el

¹⁰⁶ *Ibidem*, p.7.

¹⁰⁷ Cfr. Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, *op cit.*, p. 87.

¹⁰⁸ Cfr. Ferrajoli, Luigi, Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global, *Constitutionalism, democracy and sovereignty*, trad. por Gerardo Pisarello, editado por Richard Bellamy, Avebury, Inglaterra, 1996. p. 3.

¹⁰⁹ Cfr. Brito Melgarejo, Rodrigo, *Constitucionalismo Global*, *op. cit.* p. 153.

¹¹⁰ Cfr. Ferrajoli, Luigi, Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global, *Constitutionalism, democracy and sovereignty*, *op. cit.*, p.5.

¹¹¹ Cfr. <https://www.un.org/es/members/index.shtml>

¹¹² Cfr. Ferrajoli, Luigi, Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global, *Constitutionalism, democracy and sovereignty*, *op.cit.* p. 5

Consejo de Seguridad). Esta reducción consiste en la limitación del uso de la fuerza y no intervención.¹¹³ Bien puede reconocerse que la Carta de Naciones Unidas, es como la llama Ferrajoli: una “embrionaria constitución global”¹¹⁴

Este constitucionalismo global permitirá atraer los elementos fundamentales del constitucionalismo estatal: limitación del poder y la protección a los derechos humanos, y reequilibrar la actuación de los factores reales de poder y permeará en temas relevantes para la comunidad internacional como: los derechos fundamentales, la seguridad internacional, la paz mundial, el cambio climático y la democracia.¹¹⁵

Recordemos que los derechos humanos nacen en un contexto de limitar la actuación del Estado y el ejercicio de las funciones del poder,¹¹⁶ por lo que es claro que la función limitativa en un contexto de protección a los derechos humanos, tiene como objetivo el reducir la esfera de actuación del poder público.

También a los tratados de internacionales en materia de derechos humanos se les asemeja a constituciones,¹¹⁷ y pueden configurarse como elementos indispensables de una función limitativa constitucional internacional.

De esta forma, puede resumirse que la paz mundial y la protección a los humanos,¹¹⁸ son algunos de los retos para el nuevo derecho público y para la conformación del llamado: constitucionalismo global.¹¹⁹

¹¹³ Cfr. Artículo 33 de la Carta de Naciones Unidas

¹¹⁴ Cfr. Ferrajoli, Luigi, Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global, *Constitutionalism, democracy and sovereignty, op.cit.* p.

¹¹⁵ Cfr. Brito Melgarejo, Rodrigo, *Constitucionalismo Global, op. cit.*, p. 153

¹¹⁶ Cfr. Nikken, Pedro, *La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales*, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, Vol. 52, Julio-Diciembre de 2005, p. 52.

¹¹⁷ Cfr. Peters, Anne, Bienes Jurídicos Globales en un Orden Mundial Constitucionalizado, *Global Legal Goods Working Paper*, Madrid, Bienes Jurídicos Globales e Universidad Autónoma de Madrid. Nº 4/2012, p. 5.

1.5 El papel del derecho internacional de los derechos humanos en la configuración del nuevo derecho público común.

Los procesos económicos, políticos, sociales y culturales que se desarrollan por la globalización, han aumentado la interacción entre las regiones y los continentes, y como consecuencia, ha sido necesario regular estas relaciones. En los derechos de los niños también han repercutido estos procesos en el reconocimiento de sujetos de derechos y por tanto de su exigibilidad.

Una forma que ha surgido para regular las relaciones regionales y continentales, es a través de la conformación de un derecho común. Para lograr este cometido, ha sido necesario el derecho público. Recordemos que en el siglo XX, el derecho público fue (y lo es aún, pero no con la misma fuerza) comprendido bajo la idea de que el Estado es en quien se ha delegado el ejercicio del poder, de tal forma que será únicamente quien pueda crear, ejercer y aplicar el derecho, sin la intromisión de ningún otro actor (supranacional o internacional).

No obstante, los procesos mencionados y a su vez, la creación de instituciones internacionales y supranacionales, y la fuerza y autonomía que han adquirido, hizo necesario que los Estados se replantearan quién es o quiénes tienen la facultad para ejercer la autoridad; sobre todo, porque las instituciones supranacionales y nacionales se han sumado al ejercicio del poder.¹²⁰

Esta apertura institucional y la necesidad de unificar criterios para evitar conflictos dentro de las integraciones regionales e internacionales, ha influido en la creación de criterios comunes, es decir, en la conformación de un *ius commune*. No obstante, el

¹¹⁸ Cfr. Ferrajoli, Luigi, Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global, *Constitutionalism, democracy and sovereignty, op. cit.*, p. 7.

¹¹⁹ Brito Melgarejo, Rodrigo, *Constitucionalismo Global, op. cit.*, p. 153 y 156.

¹²⁰ Cfr. Bogdandy, Armin Von, *Ius constituionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea, González Pérez, Luis Raúl y Valadéz, Diego (Coord.), *El Constitucionalismo Contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo, op. cit.* pág. 44

derecho común no surge, en un primer momento, para evitar conflictos, sino dentro de una integración económica, por ejemplo, el tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (Tratado CECA) en Europa.

Sin embargo, no sólo la integración económica ha participado en la conformación del *ius commune*. La creación de instrumentos internacionales para la protección de los derechos fundamentales en el seno de Naciones Unidas fomentó la noción de universalidad de los derechos y la importancia de establecer determinados criterios base sobre los cuales pueden moverse las instituciones nacionales, supranacionales e internacionales. Estos instrumentos evidenciaron al derecho internacional de los derechos humanos como un régimen autónomo y especializado en la materia, e impulsó la creación del sistema universal y de los sistemas regionales de derechos humanos.¹²¹ El primero está integrado por la Organización de las Naciones Unidas y sus organismos; mientras los segundos se conforman por estructuras regionales.

Actualmente, existen tres sistemas regionales de derechos humanos: el sistema europeo de 1950, que nace del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, seguido por el sistema interamericano de 1969, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el más reciente es el sistema africano de 1981, con la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos.

El sistema universal y los sistemas regionales de derechos humanos, no deben entenderse como excluyentes entre sí, si no como sistemas que trabajan en complemento, inspirados en los mismos principios y valores, y con el objetivo de beneficiar al individuo.¹²²

¹²¹ Cfr. Estrada Adán, Guillermo Enrique, *Curso Básico de Derecho Internacional* Programa de capacitación y formación en recursos humanos, Fase básica 1. CDHDF. 2012, p. 16.

¹²² Cfr. Piovesan, Flavia, *Protección de los Derechos Sociales: Retos de un Ius Commune para Sudamérica*, Bogdandy, Armin Von, et al., *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM, MAX-PLANCK-INSTITUT, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, p. 344.

Todos los sistemas interpretan los mismos derechos, lo que confirma que los derechos humanos no tiene fronteras, pues el origen de estos es el mismo: la dignidad humana.¹²³

Si bien es cierto que las realidades distintas que viven las regiones, la diversidad de legislaciones y los distintos casos específicos, puede proporcionar distintos matices y enfoques en el contenido de un derecho, el objeto de protección se mantiene unificado en todos los derechos;¹²⁴ de tal manera que es posible establecer estándares uniformes sobre cómo debe interpretarse un derecho.

De forma puntual, en el *ius commune* europeo y en el naciente interamericano, los derechos humanos han fomentado la integración de las regiones, a partir, sobretudo, del diálogo judicial.

La influencia de los jueces, tanto de los tribunales supranacionales e internacionales, ha permitido “explicar cómo los derechos humanos se construyen globalmente mediante una interpretación suasoria, a través de sentencias escritas por diversas Cortes, que asumen una mentalidad dialogística en vez de aislacionista, y que atienden a la solución de problemas semejantes”.¹²⁵

Este diálogo judicial, ha propiciado la ruptura de barreras que por momentos ocasionan la revisión de los tratados. De tal manera, que cual sea el rumbo político que se quiera dar, el diálogo judicial a través de las sentencias, creará y fortalecerá la existencia de reglas comunes, especialmente en el ejercicio del poder del Estado y de la protección a los derechos humanos.¹²⁶

¹²³ Cfr. . García Roca, Javier, *El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo*, Ferrer Mac-Gregor y Herrera García, Alfonso (Coord.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derecho Constitucional, *op. cit.*, p. 224.

¹²⁴ *Idem.*

¹²⁵ *Ibidem.* p. 228.

¹²⁶ Burgorguet, Laurence, *El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo*, Ferrer Mac-

Los dos ejemplos claros donde se ubican con mayor fuerza el diálogo judicial son el sistema europeo, concretamente por medio del Consejo de Europa y por la Unión Europea; y en el sistema interamericano de derechos humanos por la Comisión y la Corte interamericanas.

1.5.1 El caso europeo.

El derecho común surge de la integración de diversos Estados. El ejemplo más claro, completo, complejo y con mayor éxito lo encontramos en la Europa actual.¹²⁷

El derecho comunitario surge a partir de necesidades económicas, sociales, políticas y culturales que fomentaron el acercamiento de los Estados, en principio, de una misma región.¹²⁸ Tal es el caso europeo, en el que en un principio, la protección de los derechos humanos no era un objetivo primordial de Comunidad Europea. Sin embargo, la integración estatal trajo consigo conflictos en el respeto a los derechos humanos¹²⁹ y por tanto, la necesidad de limitar el ejercicio del poder político a través del derecho,¹³⁰ provocó que las instituciones que controlaban el derecho de la integración, conformaran instrumentos de protección de derechos humanos.

Gregor y Herrera García, Alfonso (Coord.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derecho Constitucional, *op. cit.*, p. 133

¹²⁷ Cfr. Palpillo Baliño, Juan Pablo, *Derecho comunitario y ius commune americano: dos asignaturas pendientes para las ciencias jurídicas de nuestro continente*, Revista de Derecho. UASB-Ecuador / CEN. Quito, No. 18, 2012, p.11.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 6.

¹²⁹ Cfr. Reyes Díaz, Carlos Humberto, *Derecho Internacional de los derechos humanos. Manual*, en Estrada Adán, Guillermo y Fernández de Casadevante Romani, Carlos (Coord), Porrúa, 2014, p. 396.

¹³⁰ Cfr. Burgorguet, Laurence, La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial, Ferrer Mac-Gregor y Herrera García, Alfonso (Coord.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*, *op.cit.*, p.131.

Dentro de las instituciones más importantes que han fomentado la creación del derecho común en derechos humanos está: la Unión Europea y el Consejo de Europa.

1.5.1.1 Unión Europea

Los antecedentes a la conformación de la Unión Europea surgen en 1950 con Robert Schuman y Jean Monnet. Su plan consistía en unificar la industria del carbón y del acero; objetivo que se logró en 1951, al constituirse el Tratado de París. Este documento quedó integrado, en un principio, por seis países: Bélgica, República Federal de Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos. Sin embargo, la unión llamada “Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)”, concluyó en 2002, al finalizar la vigencia del Tratado.¹³¹

A este documento se sumaron otros, como los Tratados de Roma en 1957, que conformó la Comunidad Económica Europea (CCE), y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEAA o Eurotom); mismos que entraron en vigor en 1958. El objetivo de los Tratados de Roma era claro, unificar el mercado europeo para facilitar las actividades económicas transfronterizas de los Estados miembro.¹³²

En este contexto surgió, en 1992, la Unión Europea con el Tratado de Maastricht, que inició su vigencia en 1993. Dado que para ese momento la Unión está integrada sólo por tratados, los países buscaron conformar una Constitución Europea. Al no concretarse pronto la idea de una Constitución, se realizaron reformas a los tratados ya vigentes para reforzar la legitimación democrática y la eficacia en la actuación de la Unión. Estas reformas se conocen como Tratado de Lisboa, el cual entró en vigor en 2009.

¹³¹ Cfr. Borchardt, Dieter-Klaus, *El ABC de la Unión Europea*, Luxemburgo, Unión Europea, 2011, p. 14.

¹³² Cfr. Leita, Francisco, La Unión Europea y el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos, en Leita, Francisco y Negro C., Sandra (Coord.), *“La Unión Europea y el Mercosur: a 50 años de la firma de los Tratados de Roma*, Buenos Aires, La ley, Facultad de Derecho-UBA, 2008, p. 50.

A partir del Tratado de Lisboa, la Unión Europea sustituye a la Comunidad Europea, y el término “comunidad” es cambiado por el de “Unión”.¹³³

El derecho de la Unión se integra esencialmente por tres tratados: el Tratado de la Unión, el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea y, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

La primacía del derecho de la Unión, no se establece en ninguno de los tratados, sino que se infiere, como ha sido habitual, a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión.¹³⁴

Lo que distingue a la UE de las distintas asociaciones de Estados europeos es la renuncia que realizan los Estados a favor de la Unión y, por lo tanto, ésta puede adoptar decisiones que se cuentan como actos de los Estados miembros,¹³⁵ directamente aplicables y obligatorios. Estos actos, al igual que los tratados constituyen el derecho común europeo del mercado interno.¹³⁶

El control sobre los actos de las instituciones de la Unión pertenece al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Tal competencia puede ser activada por los particulares que consideren que los actos comunitarios les afectan en sus intereses.¹³⁷

Dentro del derecho de la Unión, ha sido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quien determinó que los actos que surgen de las instituciones de la Comunidad, deben establecerse según el derecho comunitario, es decir que se interpreta de acuerdo a lo establecido por este mismo derecho.¹³⁸

¹³³ Cfr. Borchardt, Dieter-Klaus, *El ABC de la Unión Europea*, op. cit., p. 13.

¹³⁴ *Ibid*, p. 19.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 15.

¹³⁶ Cfr. Leita, Francisco, La Unión Europea y el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos, en Leita, Francisco y Negro C., Sandra (Coord.), *“La Unión Europea y el Mercosur: a 50 años de la firma de los Tratados de Roma*, op. cit. p. 51.

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 52

Es de esta forma que el derecho comunitario construye un derecho común aplicable a los Estados miembro de los Tratados respectivos. No obstante, el derecho común no se quedó únicamente en la materia económica, sino que trascendió a distintas materias, tales como seguridad, democracia y derechos humanos.

Una de las formas que han contribuido a la conformación del derecho común es el diálogo judicial, el cual, a través del reenvío, aporta vigencia y efectividad a la integración europea.¹³⁹

Con la presión de los Estados miembros de la Unión, de conformar un derecho integral en derechos humanos, como fue el caso de Alemania, el Tribunal de las Comunidades Europeas, se vio en la premura de desarrollar una serie de “*jurisprudencia de principios generales*” para proteger los derechos humanos. En este sentido, el Tribunal tomó dos fuentes relevantes para integrar los principios: las constituciones comunes de los Estados miembros y los instrumentos en materia de derechos humanos de los que son parte los mismos, como la Convención sobre los Derechos del Niño.¹⁴⁰

Así se conformó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dirigida a las instituciones, órganos, organismos y Estados integrantes de la Unión, siempre que apliquen el derecho de la Unión.¹⁴¹

De esta manera se ha conformado un derecho común aplicable a los Estado miembros, este *ius commune* en derechos humanos, tienen existencia, aún en la sustitución del derecho nacional, esto es, que la conformación del derecho tiene propia vida, se garantiza por “su propia cuenta” en el ámbito supranacional, por los actos de las

¹³⁹ Cfr. Burgoguet, Laurence, La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial, *op. cit.*, p.134.

¹⁴⁰ Cfr. Reyes Díaz, Carlos Humberto, *Derecho Internacional de los derechos humanos. Manual, op.cit.* p. 401 y 402

¹⁴¹ Cfr. Artículo 51 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, C 83, 30 de marzo de 2010.

instituciones de los órganos de los Estados miembros o por las instituciones que conforman la UE.¹⁴²

Una nota relevante, en este mismo contexto, es que la protección del niño es considerado en el catálogo de derechos humanos europeo, dentro de los derechos civiles.¹⁴³

1.5.1.2 Consejo de Europa

El Consejo de Europa es la primera organización política europea creada en 1949 y tiene como objetivos principales: la democracia, los derechos humanos y el Estado de derecho. Como integración, ha conformado más de 200 Convenios, de los cuales sobresale, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

El Consejo está integrado por distintos órganos, entre ellos: el Comité de Ministros, la Asamblea Parlamentaria, el Congreso, la Conferencia de las ONG, , el Comisario para los Derechos Humanos, el Secretario General y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.¹⁴⁴

Este último órgano, re rige de acuerdo al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma en 1950; y del que surge la ya extinta Comisión de Derechos Humanos y el Tribunal de Derechos Humanos. Este último, aún está vigente con sus respectivas reformas y Protocolos.

Bajo la protección que otorga la Convención, se proporciona al individuo la capacidad de acceder ante el Tribunal de Derechos Humanos, cuando considere que se han violado sus derechos, establecidos en el Convenio, dentro del espacio doméstico.

¹⁴² Cfr. Leita, Francisco, La Unión Europea y el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos, en Leita, Francisco y Negro C., Sandra (Coord.), *“La Unión Europea y el Mercosur: a 50 años de la firma de los Tratados de Roma, op. cit., p. 52*

¹⁴³ Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de junio de 2006. Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea. TJUE, C-540/03, nota 23.

¹⁴⁴ Cfr. Consejo de Europa. *“¿Quiénes somos? ¿Qué hacemos?”*, p. 2 Puede consultarse en https://www.coe.int/AboutCoe/media/interface/publications/Qui_sommes_nous_es.pdf

Cabe aclarar, que si bien los Estados ceden parte de su soberanía a la UE, en el caso del Consejo respecto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este no tiene competencia para determinar si se violaron los derechos humanos por parte de las instituciones de la Unión Europea o de los Estados que actúan como agentes del derecho comunitario.¹⁴⁵ El Tratado de la Unión Europea, no obstante, contempla la futura adhesión de la Unión al Convenio Europeo.

En un principio, el sistema europeo de derechos humanos funcionó con la Comisión Europea, el Comité de Ministros y el Tribunal Europeo. Sin embargo, con la evolución en la integración del derecho europeo, el sistema se redujo al principal funcionamiento del Tribunal. Actualmente, el Comité de Ministros, sólo supervisa la ejecución de sentencias definitivas de la Corte, mientras que la Comisión desapareció con la entrada en vigor del Protocolo 11 de 1998.¹⁴⁶

El Tribunal Europeo está integrado actualmente por cuarenta y siete jueces, uno por cada Estado parte del Consejo de Europa. Su conformación orgánica es de jueces únicos, comités, Salas y Gran Sala. Los jueces únicos son quienes pueden declarar inadmisibles o archivar una demanda; en caso de que la declare admisible, la remitirá a un Comité o a una Sala. Los comités están integrados por tres jueces y estos tienen la capacidad de decidir sobre un asunto y declara sentencia sobre el mismo, si el fondo versa sobre alguna circunstancia(s) que ya se ha decidido por el Tribunal, a través de su jurisprudencia.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Cfr. Leita, Francisco, La Unión Europea y el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos, en Leita, Francisco y Negro C., Sandra (Coord.), *“La Unión Europea y el Mercosur: a 50 años de la firma de los Tratados de Roma, op. cit., p. 53*

¹⁴⁶ Cfr. Londoño Lázaro, María Carmelina, *Las cortes interamericana y europea de derechos humanos en perspectiva comparada*. Revista Colombiana de Derecho Internacional, núm. 5, junio, 2005, pp. 96.

¹⁴⁷ Cfr. Artículo 28 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Las Salas se integran por siete jueces que pueden decidir sobre la admisibilidad o el fondo del asunto si no se ha resuelto en las etapas anteriores. En caso de que el asunto planteé una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de los Protocolos, o si la solución es contradictoria a la jurisprudencia del Tribunal, la Sala podrá inhibirse a favor de la Gran Sala; conformada por diecisiete jueces.¹⁴⁸

Un dato importante sobre el sistema europeo, es el *ius standi*, es decir, la capacidad del sujeto de derechos de acceder directamente ante el sistema.¹⁴⁹

La aportación del Consejo de Europa (sistema europeo de derechos humanos), y de la Unión Europea, para la integración de un *ius commune*, ha sido a través del diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales nacionales, quienes actúan como “jueces convencionales” del derecho común.¹⁵⁰

1.5.2 El caso interamericano

Los antecedentes del *ius commune*, en América Latina, podemos ubicarlos en el pensamiento de Simón Bolívar en 1826, al convocar al Congreso de Panamá, donde se aprobó el Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua firmado por Colombia, Centroamérica, Perú y México.¹⁵¹ Dentro de este tratado se plasma la idea de una unión “mutua y estrecha”, palabras que visibilizan el anhelo de integrar intereses comunes.

Con la Unión Panamericana, institución anterior a la Organización de los Estados Americanos, los Estados del continente buscaban proteger distintos intereses que

¹⁴⁸ Cfr. Artículo 29 y 30 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

¹⁴⁹ Cfr. Londoño Lázaro, María Carmelina, *Las cortes interamericana y europea de derechos humanos en perspectiva comparada, op. cit.*, p. 101.

¹⁵⁰ Cfr. Burgoguet, Laurence, *La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial, op. cit.*, p.134.

¹⁵¹ Cfr. Farouk Garfe Jarufe, *El Sistema Regional Americano de Protección a los Derechos Humanos*, Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Chile, No. XVI, 1995, p. 101.

interesaban a la comunidad latinoamericana, por ejemplo, los intereses económicos y la solución pacífica de controversias, para lo cual impulsaron la creación de normas regionales.¹⁵² Un interés común más, aunque no con la misma fuerza y genuinidad que el económico, fueron los derechos humanos.¹⁵³

Estos derechos se asentaron en el contexto latinoamericano, principalmente en los órdenes jurídicos nacionales, es decir, en el derecho constitucional, sobre todo a partir de la independencia de las diversas colonias. El constitucionalismo latinoamericano sentó las bases para la conformación de un derecho común en derechos humanos.¹⁵⁴ Las diferencias en el constitucionalismo americano (centro y sur de América), no excluyen a la protección de los derechos humanos como un bien común; de esta forma, el *ius gentium* americano se conforma por los “valores comunes entre los Estados que cada uno adapta a sus propios contextos”.¹⁵⁵

A pesar de que se tenía la certeza para proteger los derechos humanos, no se concretó ningún instrumento regional que velara por ellos, sino hasta 1948 cuando se logró un avance relevante, al crearse la Organización de los Estados Americanos (OEA) con la Carta de Bogotá.

La Organización está integrada por nueve órganos, entre los cuales destacan: 1) La Asamblea General; 2) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; 3) La Secretaría

¹⁵² Cfr. Medina Quiroga, Cecilia, *Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana*, Anuario de Derechos Humanos, No. 5. 2009, p. 16.

¹⁵³ *Idem.*

¹⁵⁴ Cfr. Gros Espiell, Héctor, *Estudios sobre Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Edición Especial, España, Civitas, 1988, p. 98.

¹⁵⁵ Cfr. Estrada Adán, Guillermo E., *El sistema interamericano en el contexto de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos*, Programa de capacitación y formación en recursos humanos. Fase básica 1. CDHDF, 2012, p. 21.

General y; 4) los organismos especializados interamericanos, como el Instituto Interamericano del Niño y el Instituto Panamericano de Geografía e Historia.¹⁵⁶

Los objetivos de la OEA son lograr un orden de paz y justicia, fomentar la seguridad entre sus miembros, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia.¹⁵⁷

El sistema interamericano de derechos humanos surge de alguna forma “casual”. En primera instancia la Comisión Interamericana, toma un puesto dentro de los órganos de la OEA, posteriormente, se le otorga la capacidad de recibir peticiones individuales; lo anterior, en armonía con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo a lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).¹⁵⁸

Para Guillermo Estrada, el sistema interamericano puede verse desde tres líneas: “a) la protección de derechos humanos como una parte de cooperación en América Latina; b) la fortaleza (o debilidad) de una institución con funciones múltiples como la CIDH; y c) la trascendencia de las decisiones de un órgano judicial internacional que a base de juzgar graves violaciones a derechos humanos [...] ha contribuido de manera decidida a un diálogo jurídico y político sobre la forma de proteger mejor los derechos humanos”.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Cfr. Carta de la Organización de los Estados Americanos (Carta de Bogotá). Suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993.

¹⁵⁷ Cfr. Farouk Garfe Jarufe, *El Sistema Regional Americano de Protección a los Derechos Humanos*, op. cit., p. 101

¹⁵⁸ Cfr. Estrada Adán, Guillermo E., *El sistema interamericano en el contexto de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos*, op. cit., p. 18

¹⁵⁹ *Idem.*

A diferencia del sistema europeo que surge bajo un ambiente de democracia, el sistema interamericano nace en un tiempo de dictaduras, incluso los derechos humanos llegaron a considerarse como “una agenda contra el Estado”.¹⁶⁰

La desigualdad, las dictaduras, la impunidad desencadenada por las dictaduras, la violencia, las múltiples violaciones a los derechos humanos y las fallas en las instituciones nacionales, provocó que el sistema de protección interamericano adquiriera una fuerza integradora y legítima para su funcionamiento, aunque no con la misma fuerza del sistema europeo.¹⁶¹

El sistema interamericano de derechos humanos quedó integrado por la Comisión interamericana y la Corte Interamericana. La Comisión está integrada por siete expertos en derechos humanos elegido a título personal por la OEA, y es la encargada de recibir las peticiones, dar admisión al asunto e iniciar comunicaciones con el Estado demandado y las partes respecto a la actuación que les corresponda.

Las funciones de la Comisión son dos, una cuasi-jurisdiccional y una política. La cuasi-jurisdiccional tiene que ver con el proceso que lleva en las peticiones individuales sobre las que se consideren que se han violado derechos de la Convención Americana o de los Protocolos que le den competencia. En los casos de los países que no son parte de la Convención pero sí de la Declaración Americana, la Comisión tiene competencia para declarar violaciones de los Estados a este instrumento.¹⁶²

Su función política, y tal vez la más fuerte de la institución, se refleja en la realización de informes sobre la situación de los derechos humanos en los distintos países,

¹⁶⁰ Cfr. Piovesan, Flávia, *Fuerza integradora y catalizadora del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos: Desafíos para la formación de un constitucionalismo regional*, Bogdandy, Armin Von, et al (coord.), *La Justicia constitucional y su Internacionalización, ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina? Tomo II*, México, UNAM, MAX-PLANCK-INSTITUT, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, p.433

¹⁶¹ *Ibid*, p. 434

¹⁶² Cfr. Martín, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara B., José A., (comp), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Distribuciones Fontamara, S. A., 2004, p. 176

algunos de los cuales, surgen de las visitas que realiza para recopilar información, así como la capacidad para promover y proteger los derechos humanos en los Estados americanos.¹⁶³

En el caso de su función cuasi-jurisdiccional, cuando no es posible llegar a un acuerdo con el Estado, o este último no cumple con lo estipulado, si la Comisión lo considera pertinente, transmite a la Corte el asunto.

La Corte es una institución judicial autónoma integrada por siete jueces que duran en su cargo siete años y que son elegidos por la Asamblea de la OEA. Sus funciones radican en aplicar e interpretar las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y respecto a los demás tratados que le confieran competencia contenciosa y consultiva. La primera consiste en la facultad para resolver los casos que se originan a partir de las peticiones individuales o interestatales,¹⁶⁴ mientras que la segunda emite opiniones respecto a cómo debe entenderse o interpretarse algún precepto de la Convención u otros tratados de derechos humanos.

El derecho común en Latinoamérica es un derecho en construcción a partir de dos vertientes, el derecho de integración económica como en el MERCOSUR, la ALBA, el UNASUR o la Comunidad Andina;¹⁶⁵ y los derechos humanos.¹⁶⁶

La fuerza integradora de los criterios emitidos por estas instituciones supranacionales, al ámbito internos y viceversa, así como los diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, como la Carta de la OEA y la

¹⁶³ *Ibid.*, p. 184

¹⁶⁴ *Idem.*, p. 210

¹⁶⁵ *Cfr.* Palpillo Baliño, Juan Pablo, *Derecho comunitario y ius commune americano: dos asignaturas pendientes para las ciencias jurídicas de nuestro continente*, *op. cit.*, pp. 13 Y 14

¹⁶⁶ *Cfr.* Bogdandy, Armin Von, *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual desde la perspectiva europea, *op.cit.*, p. 43

Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus Protocolos, son la base para integrar un derecho constitucional común americano.¹⁶⁷

La fórmula que se ha utilizado dentro de los países americanos, para conformar el derecho común, es por ejemplo, aunque no exhaustiva, a través de cláusulas de apertura que otorgan rango constitucional a los tratados de derechos humanos,¹⁶⁸ en el que la Convención Americana sobre Derechos Humanos junto con la jurisprudencia de la Corte IDH, se han fortalecido como una Constitución *parcial* en el contexto de un derecho constitucional americano.¹⁶⁹

Las cláusulas de apertura han fomentado la interacción y el diálogo, en especial con los Tribunales nacionales y la Corte IDH y sus criterios. De esta relación se han beneficiado las personas en la protección a sus derechos, como lo es la infancia.

El sistema interamericano ha conformado, como se verá más adelante, un cuerpo normativo, jurisprudencial y de resoluciones respecto a la infancia y, en particular, a la participación del niño en un proceso, que se debe considerar en las actuaciones procesales de éstos.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Cfr. Häberle, Peter, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabra clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, op. cit., p. 32

¹⁶⁸ Cfr. Bogdandy, Armin Von. *Ius constitutionale commune latinoamericanum*, op. cit., p..50

¹⁶⁹ Cfr. Häberle Peter, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabra clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, op. cit., p. 40

¹⁷⁰ Cfr. Morales Antoniazzi, Mariela, ¿La democracia como principio del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina? Construcción, Reconstrucción y Desafíos actuales para la Justicia Constitucional en Bogdandy, Armin Von, et al, al (coord.), *La Justicia constitucional y su Internacionalización, ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina? Tomo II*, op. cit., p. 236. Cabe aclarar que Mariela no se refiere como tal a la construcción en materia de infancia, sin embargo, si lo hace respecto a la conformación del derecho común.

Capítulo 2. La protección de los derechos del niño en el derecho público común.

2.1 Los derechos del niño en el derecho internacional de los derechos humanos:

Sistema Universal

El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos adquiere fuerza al final de la Segunda Guerra en 1948, no obstante, ya existían diversos antecedentes en la materia, por ejemplo la *Carta Magna (1215)*, el *Bill of rights (1698)*, la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776)*, la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de la Revolución francesa (1789). En el derecho internacional humanitario las normas relativas a la protección dentro y fuera del campo de batalla plasmadas en los cuatro Convenios de Ginebra y sus tres protocolos adicionales.¹⁷¹

A su vez, en las distintas materias jurídicas, es posible encontrar normas de protección a los derechos humanos. En concreto las normas internacionales del trabajo en las que los Estados Parte del Pacto de la Sociedad de Naciones debían esforzarse para asegurar condiciones equitativas de trabajo a los hombres, mujeres y niños. Al mismo tiempo la creación de la Organización Internacional del Trabajo; y el sistema de mandatos de la Sociedad de Naciones a través del cual se pretendía administrar a las colonias y los territorios que dejaron de estar bajo la soberanía de algún Estado.¹⁷²

La Carta de Naciones Unidas es también considerada como un antecedente a los diversos tratados nacientes de derechos humanos. Uno de los propósitos de la Carta es “el estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.”¹⁷³ Asimismo, en su

¹⁷¹ El primer Convenio de Ginebra fue plasmado en 1864 relativo a los militares heridos en el campo de batalla. Fecha del primer convenio de ginebra.

¹⁷² Cfr. Bou Franch, Valentín y Castillo Daudí, Mireya, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 39, 42.

¹⁷³ Cfr. Artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945.

artículo 55, se establece que la Organización debe promover el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales.¹⁷⁴

Estos instrumentos internacionales abrieron paso a la conformación de un sistema internacional de derechos humanos, los cuales forman parte del derecho aplicable para la protección de los derechos de niño.

Si bien es cierto que estos instrumentos no son específicos en la materia infantil, son parte del llamado *corpus iuris* internacional de los derechos humanos de los niños, junto con aquellos instrumentos, resoluciones, documentos y más que protegen a la infancia.¹⁷⁵

Cabe señalar que existe un consenso general entre los Estados para considerar niño a toda persona menor de 18 años, excepto cuando la ley aplicable establezca lo contrario. Este criterio está apoyado en los instrumentos internacionales, así como la jurisprudencia internacional.¹⁷⁶

2.1.1 Declaración de Ginebra sobre derechos del niño de 1924

¹⁷⁴ Cfr. Bou Franch, Valentín y Castillo Daudí, Mireya, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 48.

¹⁷⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 194; Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221, párr. 121; Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 44;

¹⁷⁶ La Convención sobre los Derechos del Niño señala en el Artículo 1: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”; artículo 2 del *Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil*, 1999; artículo 2 de la *Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de menores (B-57)*; asimismo, la Corte Interamericana, en su jurisprudencia constante ha reforzado el criterio de edad. Véase Corte IDH. *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 60, 140.

La Declaración de 1924 surge por el trabajo de Eglantyne Jebb. Mujer británica y activista que impulsó, a partir de las situaciones que vivió en la guerra de los Balcanes de 1912.¹⁷⁷ Durante su estancia en ese lugar, contempló la vida precaria en la que vivían las personas y particularmente las necesidades que sufrían los niños. Por lo que, tras varios años de arduo trabajo junto con su familia y un grupo de amigos, logró conformar en 1919, una organización cuyo objetivo era reunir una base económica suficiente para poder enviar comida y vestimenta a los niños necesitados de Viena y con el anhelo de reunir más para enviar a otros países. Esta organización se conoce como *Save the Children*.¹⁷⁸

Con la fuerza que alcanzó la Organización, en 1920 se creó *Save the Children International Union (IUSE)*, misma que con ayuda del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Eglantyne escribió lo que actualmente conocemos como la *Declaración de Ginebra*. El texto fue aprobado el 28 de febrero de 1924, por el Comité de la IUSE y está integrada por cinco principios: el desarrollo del niño, los deberes para con la infancia, por ejemplo, evitar la explotación de los niños, alimentarlos y educar sobre la base de la solidaridad humana.¹⁷⁹

Este instrumento se consideró relevante y fue adoptado por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924 y se denominó “Declaración de Ginebra”.¹⁸⁰

La Declaración de Ginebra, estableció las bases para los instrumentos siguientes en materia de infancia.

2.1.2 Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948

¹⁷⁷ Guerra entre el Imperio Otomano y la Liga de los Balcanes de 1912 (Bulgaria, Montenegro, Grecia y Serbia).

¹⁷⁸ Cfr. Bofill, April y Cots, Jordi, *La Declaración de Ginebra. Pequeña Historia sobre la Primera Carta de los Derechos de la Infancia*, Barcelo, Comissió de la Infància de Justícia i Pau, 1999. p. 5

¹⁷⁹ *Ibid*, p. 10

¹⁸⁰ Véase. <http://www.humanium.org/es/ginebra-1924/>

Hasta esta época, los tratados únicamente regulaban las relaciones entre Estados y por tanto, el beneficio del contenido del tratado llegaba de forma indirecta a la relación Estado-Persona. Por lo anterior, es que los tratados de derechos humanos transformaron las relaciones entre los Estados al crear obligaciones estatales directas para con las personas.¹⁸¹

Tras las atrocidades de la Segunda Guerra y la creación de la Organización de las Naciones Unidas, el interés de los Estados ganadores por proteger y garantizar los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas, se tornó un tema apremiante.

En 1946, la Asamblea General encargó a la Comisión de Derechos Humanos la redacción de una “Carta general de los Derechos Humanos”. Incluso, en un primer momento se pretendió elaborar tres documentos distintos, una Declaración de Derechos Humanos, un pacto de derechos humanos y otro documento que contuviera medidas para adoptar estos derechos. Sin embargo, la falta de voluntad de los Estados y la evidente división entre el hemisferio oriental y el occidental sólo permitió la elaboración de la Declaración.¹⁸²

El 10 de diciembre de 1948, fue adoptada por la Asamblea de Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Esta declaración es “la expresión máxima de las nociones de universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos”.¹⁸³

La Declaración es considerada la base de las normas internacionales sobre derechos humanos y ha permitido que, a través de su texto, se establezca un derecho común (mínimo) sobre estos derechos, plasmados en nuevos tratados, en el derecho

¹⁸¹ Cfr. Bou Franch, Valentín y Castillo Daudí, Mireya, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 39

¹⁸² *Ibid.* 53

¹⁸³ Cfr. Estrada Adán, Guillermo E., *El sistema interamericano en el contexto de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos*, op. cit., p. 16.

consuetudinario, en los principios generales, en el nacimiento de tratados regionales sobre la materia y en las leyes nacionales.¹⁸⁴

Si bien es cierto que la Declaración no surgió como un tratado y por tanto, sin un valor jurídico vinculante para los Estados, al ser únicamente una resolución de la Asamblea General; en la actualidad, su naturaleza jurídica es distinta, ya que, a través de la costumbre, del constante uso como fundamento argumentativo en la resolución de las sentencias por los tribunales internacionales,¹⁸⁵ y su uso como referencia en los tratados nacientes sobre el tema,¹⁸⁶ es considerado como un instrumentos vinculante para los Estados.¹⁸⁷

Así, la evolución y el interés adquirido por el derecho internacional de los derechos humanos, ha permitido su creciente especialización, ya sea por grupos sociales o por derecho.

2.1.3 Declaración de los derechos del niño de 1959

La creciente ONU, permitió el impulso de nuevos proyectos respecto a la protección en materia de derechos humanos, uno de ellos fue la creación del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), en 1946.

El Fondo nace como una organización para el socorro de los niños que habían sufrido los efectos de la Segunda Guerra y se le denominó *United Nations International*

¹⁸⁴ Véase. <http://www.un.org/es/documents/udhr/law.shtml>

¹⁸⁵ En el sistema interamericano puede consultarse: Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 224; Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, p. 176;

¹⁸⁶ Cfr. Preámbulo del Convenio de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950; Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño de 1989.

¹⁸⁷ Cfr. Bou Franch, Valentín y Castillo Daudí, Mireya, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 56.

Children's Emergency Fund (Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia). Sin embargo, tras notar el apoyo que realizaba el Fondo en materia de socorro a la infancia y al considerar las contribuciones de los Estados al mismo, la Asamblea General de Naciones Unidas decidió en 1953, transformarlo en un organismo permanente de la Organización y le cambió su nombre al que actualmente posee.¹⁸⁸

Actualmente, las tareas de UNICEF están encaminadas a garantizar los derechos de la infancia y para cumplir su función se apoya en la Convención de los Derechos del Niño.¹⁸⁹

El impulso hacia la protección de los derechos del niño permitió que surgieran más documentos por parte de ONU, como la recomendación por parte de la Asamblea General, en 1956, de la celebración del Día Universal del Niño. Su principal objetivo era fomentar la *“fraternidad y la comprensión entre los niños del mundo entero y se destinará a actividades propias de promover los ideales y objetivos de la Carta”*.¹⁹⁰

En la actualidad, el día universal del niño se celebra el 20 de noviembre, conmemorando la aprobación de la Declaración de los Derechos del Niños y de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Los antecedentes de la conformación de UNICEF, el reconocimiento de un día universal del niño y, tras un debate de si era o no necesario el establecimiento de normas específicas que protegieran a la infancia, la Asamblea General de ONU, adoptó el 20 de noviembre de 1959 el texto de la Declaración Universal de los Derechos del Niño.

Este nuevo instrumento está conformado por diez principios, algunos de ellos son retomados de la Declaración de 1924. En este documento se extiende la protección para con la infancia.

¹⁸⁸ Cfr. Resolución 802 (VIII), Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (*UNICEF*). Asamblea General de Naciones Unidas, el 3 de noviembre de 1953.

¹⁸⁹ Cfr. http://www.unicef.org/spanish/mdg/28184_28229.htm

¹⁹⁰ Cfr. Resolución 835 (IX), *Fondo de Naciones Unidas para la Infancia*. Asamblea General de Naciones Unidas. 14 de diciembre de 1954.

Los principios redactados de forma distinta a la primera Declaración y con un mayor contenido, incluyen el principio de no discriminación y enumera algunas de las formas en que puede presentarse; impone una protección especial para su desarrollo, incluye el derecho del niño a un nombre, a nacionalidad, seguridad social, salud, alimentación, vivienda, recreación, educación, protección contra la explotación, el abandono y la crueldad; así como la educación y los cuidados especiales para los niños con impedimentos físicos y la protección contra las prácticas que fomenten la discriminación.

Un principio destacado de la Declaración, es la enunciación del principio superior del menor como principio rector para la promulgación de leyes y como obligación para quienes tienen la responsabilidad de educar y orientar al niño.¹⁹¹

Aprobada por unanimidad (78 votos), la Declaración sirvió como guía para el establecimiento de una protección común en las legislaciones nacionales, y a su vez, sentaría las bases para creación de la Convención de los Derechos del Niño.

2.1.4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966

A pesar del nacimiento de los instrumentos anteriores y del avance que se tuvo, ninguno de estos poseía un valor jurídico que vinculara a los Estados a cumplir con lo establecidos en ellos. Fue hasta 1966, cuando, a través de los dos Pactos, que dio mayor fuerza y movilidad a los derechos consagrados en las Declaraciones pasadas.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos surge de años de discusiones, durante los cuales se entregaron distintos borradores a la Comisión de Derechos Humanos, sin embargo fue hasta el 16 de diciembre de 1966 cuando se aprobó el texto del que sería el primer documento vinculante en materia de derechos humanos. El Pacto entró en vigor el 23 de marzo de 1976.¹⁹²

¹⁹¹ Cfr. ONU, *Declaración de los Derechos del Niño*, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959. Resolución 1386 (XIV).

¹⁹² Cfr. <http://www.humanium.org/es/pacto-1966/>

Con la adopción del Pacto surgió el Comité de Derechos Humanos conformado por dieciocho miembros, cuya función es examinar los informes que los Estados Parte, están obligados a entregar al Comité respecto de la implementación y aplicación de los derechos contenidos en el Pacto; así como de recibir y examinar las comunicaciones a través de las cuales un Estado alegue que otro Estado está incumpliendo las disposiciones del Pacto.

La característica fundamental es la exigibilidad de los derechos consagrados por los individuos, a través de un mecanismo conocido como sistema de comunicaciones individuales.

El sistema funciona según lo establecido en Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,¹⁹³ y a través del cual los Estados aceptan la competencia del Comité para que reciba las comunicaciones de individuos que aleguen violaciones a sus derechos.

El Pacto es el primer tratado vinculante para los Estados, que plasma en su texto los derechos del niño:

Artículo 24

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

Así queda consagrado en un instrumento internacional, que si bien no está enfocado a los derechos del niño, si los considera dentro de su texto e impone la obligación estatal, entre otras, de otorgar medidas de protección para el niño.

¹⁹³ El Protocolo Facultativo se abrió a firma el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

2.1.5 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

de 1966

La aprobación de los Pactos se dio tras un vaivén de discusiones sobre la indivisibilidad de los derechos. El proyecto inicial era crear un solo instrumento que incluyera tanto los derechos civiles y políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales. De hecho, parte del conflicto por el cual fue necesario realizar dos Pactos se debió a la fuerte discusión entre los países comunistas y su apoyo y fuerza a los DESC con los Estados capitalistas que impulsaban los derechos civiles y políticos. Al final, se solicitó la creación de dos pactos y fue en 1954 cuando el Consejo Económico y Social envió los proyectos, sin embargo, no fue sino hasta 1966, cuando fueron aprobados.¹⁹⁴

El encargado de vigilar el Pacto es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el cual surgió hasta 1985, y está conformado por 18 expertos.

Las funciones que el Pacto le delega al Comité son: la revisión de los informes periódicos que envíen los Estados parte sobre las medidas que han adoptado respecto a la observancia de los derechos y la emisión de comentarios generales que permitan conocer su aplicación.

En un principio, el PIDESC no estableció ningún sistema de peticiones individuales e interestatales, no obstante, en el año 2008 se logró la aprobación de un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través del cual se otorga competencia al Comité para recibir y examinar comunicaciones individuales (personas o grupo de personas), que consideren ser víctimas de violación a sus DESC.¹⁹⁵

El Protocolo entró en vigor el 5 de mayo de 2013, tras la ratificación por diez Estados.

¹⁹⁴ Cfr. Barrena, Guadalupe, *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, Fascículo 3, 2012. p. 19

¹⁹⁵ ONU. Resolución A/RES/63/117 adoptada el 10 de diciembre de 2008.

En general, es posible identificar que en los derechos civiles y políticos se engloban los derechos protegidos en las Constituciones del siglo XVIII, y en los económicos, sociales y culturales se encuentran los derechos sociales.¹⁹⁶

Las obligaciones estatales que surgen de la división entre los DCP y los DESC refieren a que en los primeros, el Estado los cumple al no interferir con la libertad del individuo, mientras que en los segundos, los Estados deben realizar acciones para satisfacer las necesidades de los sujetos.¹⁹⁷

El PIDESC también contempla en su texto derechos enfocados a los niños, por ejemplo:

Artículo 10

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

Artículo 12

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños

¹⁹⁶ Cfr. Barrena, Guadalupe, *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, op. cit., p.

¹⁹⁷ *Ibid*, 23

En conclusión, tanto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conforman lo que se conoce como “Carta de los Derechos Humanos”.¹⁹⁸

2.1.6 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores de 1985

Uno de los temas que surgió en el lapso de la aprobación de la Declaración de 1959 y la Convención de los Derechos del Niño, fue el relativo a los menores infractores y su relación con la justicia.

En el seno de Naciones Unidas, se acostumbró desde 1955, la realización de un Congreso sobre la prevención de la delincuencia y el tratamiento de los delincuentes. Durante estos congresos, se presentaron fuertes discusiones sobre los compromisos vinculantes que debían adoptar los Estados para la administración de justicia a menores (juvenil). Tras varios años de impulsar el trato diferenciado hacia los menores infractores, se logró en 1985, la aprobación las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijin).¹⁹⁹

Estas normas nacieron con el objetivo de brindar orientación normativa a los Estados en la administración de justicia de los menores infractores y para conformar criterios uniformes en el tema y en el tratamiento de éstos cuando se encuentren en conflicto con la ley.²⁰⁰

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 13

¹⁹⁹ Cfr. ONU, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijin)*, Resolución A/RES/40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada y proclamada en la 96 sesión plenaria de la Asamblea General de 28 de noviembre de 1985; Cappelaere, Geer, *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención se la delincuencia juvenil*, Instituto Interamericano del Niño y Organización de los Estados Americanos (OEA), http://www.iin.oea.org/cad_RIAD.pdf.

²⁰⁰ *Ibid*, p. 4

Las reglas también promueven el bienestar de los menores de edad, de tal manera que se reduzca el número de intervenciones en el sistema de justicia. Del texto se destacan lo relacionado con la investigación y el procesamiento, el tratamiento dentro y fuera de los establecimientos penitenciarios, así como la investigación, planificación, formulación y evaluación de las políticas públicas a realizarse.²⁰¹

En particular, la regla número 7 menciona los derechos de los menores que se encuentren en conflicto con la ley, algunos de ellos son: el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho de no responder, el derecho de ser asesorado y el de presunción de inocencia.

La Corte Interamericana, en el caso *Mendoza y otros vs Argentina*, utilizó estas normas para establecer la importancia de respetar las garantías judiciales en cualquier proceso que siga el Estado y en el que esté inmiscuido un menor de edad, así como la relevancia de atender los asuntos de los niños de forma diferenciada, especializada y proporcional, sobre todo ante los menores infractores. Y puntualiza que este instrumento internacional es relevante para salvaguardar los derechos en el proceso legal y para la protección judicial²⁰²

2.1.7 Convención sobre los Derechos del niño de 1989

Como ha sido posible advertir, a pesar de que en los primeros tratados internacionales de derechos humanos se contempló a la infancia, la protección que otorgaban estos instrumentos no era suficiente, la niñez seguía, de alguna forma, invisible para el ejercicio de sus derechos. Inclusive, dentro de los primeros instrumentos sobre niños, se consideró a los niños como objeto de protección, al quedar bajo el cuidado de su

²⁰¹ Cfr. Cámara de Diputados, *Análisis de los instrumentos internacionales y nacionales que regulan los derechos de las niñas*, México, Centro de estudios para el adelanto de las mujeres y la equidad de género, 2008. p. 36

²⁰² Cfr. Corte IDH. *Caso Mendoza y otros Vs Argentina*, párr. 147, 148, 149

tutor y no permitírsele expresar sus opiniones.²⁰³ Cabe aclarar que el problema no es poner al niño bajo la custodia de un adulto, sino el que se impida que emita su parecer respecto en los asuntos que le incumben.

Sin embargo, la idea de la infancia evolucionó a través de los siglos y, por tanto, también en el ámbito jurídico. Los niños tomaron terreno jurídico poco a poco, y adquirieron un espacio en el derecho, aunque como un grupo vulnerable, suceso que obligó a los Estados a adquirir obligaciones para con ellos, a través de medidas especiales respecto a la protección y garantía de sus derechos.²⁰⁴

Con los antecedentes descritos en materia de derechos humanos y los esfuerzos para conformar un documento vinculante para con los Estados sobre los derechos del niño, nace en 1989, la Convención de los Derechos del Niño (CDN).²⁰⁵

A pesar de que los niños, de una forma muy restringida, podían acceder a la protección de los tratados sobre derechos humanos ya vigentes, no fue sino hasta la Convención que se logró asentar la perspectiva de que los niños también son sujetos de derechos. En otras palabras, la CDN convirtió a los niños en sujetos de derecho internacional, es decir, con autonomía sobre su voluntad.²⁰⁶

²⁰³ Cfr. Fuentes Pérez, Dalia Berenice, *Derecho Internacional de los derechos humanos. Manual*, Estrada Adán, Guillermo y Fernández de Casadevante Romaní, Carlos, Porrúa, 2014, pág. 345.

²⁰⁴ Cfr. Franco Martínez del Campo, Elisa, Griesbach Guizar, Margarita y Rojas Pruneda, Alejandro, *La Infancia y la justicia en México. I. El niño víctima y testigo del delito dentro del Sistema Penal Acusatorio en México*, México, Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia (ODI), INACIPE, 2011, p. 15

²⁰⁵ Cfr. ONU, *Convención Sobre los Derechos del Niño*, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

²⁰⁶ Cfr. Berenice Fuentes, menciona que la autonomía es “la capacidad de un ente de autogobernarse o autonormarse”, Cfr. Fuentes Pérez, Dalia Berenice, *Derecho Internacional de los derechos humanos. Manual*, op. cit., p. 345.

Emilio García menciona que “La Convención, objetiva las necesidades reales de la infancia y las transforma en derechos exigibles. Este es concretamente el paso de las necesidades a los derechos”.²⁰⁷

La aplicación de la CDN ha sido lenta, lo que ha retrasado su plena vigencia y por tanto, la transformación del niño para actuar como sujeto y ya no como objeto de derechos.²⁰⁸ En América, con la recepción de la CDN, se incorporaron de forma progresiva los derechos de

la infancia.²⁰⁹ No obstante, a pesar del logro anterior, aún existen barreras que obstaculizan que el niño pueda disfrutar de sus derechos, como las actitudes de los adultos, o las barreras jurídicas, económicas y políticas.²¹⁰

México firmó la Convención el 26 de enero de 1990 y la ratificó el 21 de septiembre del mismo año.

En particular, la CDN exalta un derecho antes no considerado. Incluso, es un derecho que en la práctica impulsa la transformación jurídica del niño como sujeto de derechos: el derecho de participación. Este derecho se suma a los derechos ya existentes, como los derechos civiles, sociales y culturales.²¹¹ El derecho de participación se encuentra en el artículo 12 de la CDN.

Aún es criticable que la Convención fue creada sin la participación de los niños; no obstante, esto no le resta valor jurídico y mucho menos vinculante.

²⁰⁷ Cfr. García Mendez, Emilio., *De las Relaciones Públicas al Neomenorismo: 20 años de Convención Internacional de los Derechos del niño en América Latina (1989-2009)*, Revista Internacional de Historia Política y Cultura Jurídica , Rio de Janeiro: vol. 3 no.1, enero-abril 2011, p. 123.

²⁰⁸ Cfr. González Contró, Mónica, *Derechos de los niños. Una propuesta de fundamentación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídica, UNAM, 2008, p.394.

²⁰⁹ Cfr. OEA. *La participación de niños, niñas y adolescentes de las Américas*, Uruguay, Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, 2010, p. 25.

²¹⁰ *Ibid*, p. 17

²¹¹ Cfr.; *La participación de niños, niñas y adolescentes de las Américas*, op. cit., p. 15

2.1.7.1 Artículo 12

Las cuestiones planteadas en virtud del derecho de participación contemplado en el artículo 12, se discutieron por primera vez por el Grupo de Trabajo en su sesión de 1981, momento en que se aprobó el texto. Este artículo se refiere como el artículo 7 durante la primera y segunda lecturas. El título no oficial de este artículo, "el derecho del niño a expresar sus opiniones", fue reformulado por el Comité de los Derechos del Niño en su primer período de sesiones (1991). Las directrices de la Comisión se refieren al artículo como el respeto por las opiniones del niño.

Dentro de los debates que se generaron a lo largo del estudio del texto del artículo 12 de la CDN, los Estados siempre impulsaron un deber, a partir del cual se permitiera a los niños, expresar sus opiniones.²¹²

Finalmente, el artículo 12 de la CDN, quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

El derecho de participación surge en la CDN, como un derecho y un principio de orientador de los demás derechos de la Convención.²¹³ Este derecho transforma a la

²¹² Cfr. ONU. *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child, Vol.I*, New York and Geneva, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. 2007, pp. 442-444

²¹³ Cfr. *La participación de niños, niñas y adolescentes de las Américas, op. cit .*, p. 14.

infancia y sus conceptos, de personas sin voz a una infancia que puede expresar sus intereses y opiniones sin un intérprete.²¹⁴

La participación ha encontrado distintas definiciones. Para *Save the children* *“Considerar la participación principal de niños, niñas y adolescentes no sólo implica que puedan expresar libremente opiniones, pensamientos, sentimientos y necesidades, además estos puntos de vista expresados deben ser tenidos en cuenta e influir en las decisiones; significa ser involucrados democráticamente por sus familias, la escuela, los gobiernos locales, medios de comunicación, organismos gubernamentales y no gubernamentales”*²¹⁵

En la Declaración de Cuenca, se encuentra una de las definiciones más completas de derecho de participación al señalar que *“la participación es un derecho que se logra a través de un proceso de construcción y lucha individual y colectiva con responsabilidad y organización, para garantizar que la opinión y expresión de los niños, adolescentes y adultos (sin distinción de raza, religión, capacidades físicas, sexo, opinión política ni de ningún tipo) incidan en forma prepositiva en la toma de decisiones en todos los ámbitos. Este proceso de construcción debe fundamentarse en relaciones horizontales, con respeto, solidaridad, excelencia, dejando de lado las formas decorativas, enunciativas y de manipulación”*²¹⁶

De lo anterior, podemos entender que participación es un derecho que requiere de una construcción que permita a los niños expresar sus opiniones, pensamientos, sentimientos y necesidades, y que estas sean debidamente tomadas en cuenta.

Es importante destacar que la participación tiene diversas dimensiones, por mencionar algunas, la psicosocial, jurídica, cultural. Si bien, cada una tiene su relevancia individual, todas las dimensiones están relacionadas.

²¹⁴ *Ibid*, p. 15.

²¹⁵ *Ibidem*. p. 29

²¹⁶ Encuentro Internacional sobre Participación de Niños, Niñas y Adolescentes en América Latina. Declaración de Cuenca, 2004.

El derecho de participación está correlacionado con otros derechos, por ejemplo, el derecho a ser oído, a la libertad de expresión, el derecho a recibir información, a expresar su opinión y el derecho a asociarse o reunirse.²¹⁷

Sin embargo, uno de los factores que ha impulsado la violación de los derechos del niño, es el silencio. Este se ha fomentado a través de la falta de participación del niño, de la falta de credibilidad de su dicho, de descalificar la información que da,²¹⁸ o del generar culpa por los actos que vivió (por ejemplo, cuando ha sido víctima del delito); a su vez, la falta de espacios donde el niño pueda ejercer su derecho, los conceptos respecto a la incapacidad o experiencia del niño, la necesidad de responsabilidad para emitir un juicio y la idea de que el ser escuchado provoca que el menor crezca prematuramente, impiden el ejercicio del derecho.²¹⁹ En el ejemplo del niño víctima del delito, la denuncia y participación del niño en el proceso, se considera como un acto terapéutico, siempre que se sigan los lineamientos correctos para que el niño exprese su opinión y sea escuchado.²²⁰

La participación del niño en los asuntos que le interesan proporciona ciertos beneficios, no sólo jurídicos, sino psicosociales, por ejemplo, genera confianza en él, aumenta su seguridad y sentido de pertenencia, incentiva la oportunidad de que conozca diversos puntos de vista y de que adquiera un juicio propio.²²¹

²¹⁷ Cfr. *La participación de niños, niñas y adolescentes de las Américas*, op. cit., p. 33.

²¹⁸ *Ibid.* p. 17.

²¹⁹ Cfr. Saudi, Gerardo y Márquez Andrea, *La participación infantil: un derecho por ejercer*. Save the children... pág. 11. Véase. <http://www.sename.cl/wsename/otros/participaci%C3%B3n%20infantil.pdf>

²²⁰ Cfr. Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia, *Modelo especializado para la toma de declaraciones infantiles ¿Cómo obtener información sin revictimizar al niño? Tomo II de la colección: "El niño Víctima del Delito Frente al Proceso Penal*, México, Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia y Secretaría de Seguridad Pública, 2005, p. 15.

²²¹ Cfr. *La participación de niños, niñas y adolescentes de las Américas*, op. cit., p. 47.

En el párrafo segundo del artículo 12 de la CDN, se cita que “*se dará... al niño la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño...*”, a efectos de ahondar más adelante en el tema y el cómo debe desarrollarse este derecho, cabe aclarar que dentro del derecho nacional existe una diferencia entre el término procedimiento y proceso, mientras que en el derecho internacional no existe tal diferencia. En este sentido, un proceso es un “conjunto de actos complejos donde interviene la acción de las partes, la jurisdicción del Estado y los terceros ajenos a la relación sustancial. Todo para resolver un litigio aplicando la ley general al caso concreto para solucionarlo o dirimirlo”. Mientras que un procedimiento es parte del proceso, es decir que son las formalidades, las reglas del proceso que deben seguirse para la tramitación de un proceso.²²² Para efectos de este trabajo se utilizarán como sinónimos ya que el artículo convencional en estudio así lo contempla..

2.1.8 Observación General No. 12 del Comité de derechos del niño

La CDN está fundada sobre cuatro pilares: el derecho de no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo, el interés superior del niño y el derecho de participación.²²³ Este último, es un derecho que nace en este instrumento y exhibe que el niño puede ser autónomo y sujeto de derechos.²²⁴

²²² La definición que se utiliza respecto al término *proceso*, está tomada de los apuntes de licenciatura, de la materia “Teoría General del Proceso” impartida por la Dra. Carina Gómez Fröde, de noviembre de 2009. Sin perjuicio de establecer más adelante, distintas definiciones del mismo término.

²²³ Cfr. ONU, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado*, Asamblea de las Naciones Unidas, Resolución CRC/C/GC/12, Ginebra, 2009, p.2; Cabe aclarar que el término *participación*, no aparece en la Convención, sin embargo, su uso se dio en la práctica para hablar de los procesos en los que actúa el niño, como “el intercambio de información y diálogos entre niños y adultos sobre la base del respeto mutuos,

Dentro de los objetivos de la Observación General no. 12, se encuentra el “proponer los requisitos básicos que deben cumplir los métodos adoptados para que se tengan debidamente en cuenta las opiniones de los niños en todos los asuntos que los afecten”. Es decir, que cuando un niño se encuentra dentro de un proceso, la opinión del niño debe obtenerse con métodos distintos a los que se utilizan con los adultos, o como se le ha llamado dentro del derecho nacional “ajustes procesales”.²²⁵

Si bien es cierto que este término no se encuentra en la CDN, si podemos encontrar en su texto que el Estado debe “adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño”.²²⁶ Las adecuaciones procesales, son medidas especiales que permiten al niño intervenir en el proceso de acuerdo a sus características.²²⁷

La Observación General 12 del Comité, brinda algunos lineamientos que deben seguirse en el supuesto de que un niño quiera ejercer su derecho a ser escuchado.

De esta manera, para que el niño pueda participar en el proceso adecuadamente, es necesario, en un primer momento que se le informe sobre su derecho a ser escuchado, el cual puede o no ejercerlo, es decir, que no está obligado a emitir su opinión. Por lo

en que los niños puedan aprender la manera en que sus opiniones y las de los adultos se tienen en cuenta y determinan el resultado de esos procesos”.

²²⁴ Cfr. Fuentes Pérez, Dalia Berenice, *Derecho Internacional de los derechos humanos. Manual, op. cit.*, p 353.

²²⁵ Cfr. Franco Martínez del Campo, Elisa y otros, *La infancia y la Justicia en México. I. El niño víctima y testigo del delito dentro del Sistema Penal Acusatorio en México, op. cit.*, p.136-148.

²²⁶ Cfr. ONU, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, op. cit.*, p. 21.

²²⁷ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes, México, 2012, p. 14*

tanto, antes de que se inicie el proceso, es deber del Estado proporcionarle toda la información necesaria para que decida si lo ejerce o no.²²⁸

El proporcionarle la información necesaria, le permitirá formarse un juicio propio, mismo que va de la mano con que el niño exprese su opinión libremente, es decir, sin presión, ni manipulación e influencia indebida.²²⁹

Si el niño decide ejercer su derecho, entonces podrá decidir si lo realiza directamente, a través de un representante o de un órgano apropiado. En los últimos dos casos, debe cuidarse que se transmitan correctamente las opiniones del niño y que se defiendan sus intereses. Por ejemplo, en los asuntos en que se encuentren en conflicto los intereses de los padres, el Estado deberá garantizar, en la medida de lo posible, que los intereses del niño sean representados por un ajeno al caso.²³⁰ En estos supuestos, se requiere que los representantes tengan experiencia en la materia.²³¹ Incluso, el Comité propone la elaboración de códigos de conducta para los designados para representar a los niños.²³²

Es evidente que por las características físicas, emocionales, psicométricas del menor, en la mayoría de los casos, es necesaria la compañía de un adulto para acompañarlo en el proceso.²³³ Incluso, eso le generará confianza, siempre que sea el adulto que haya elegido para acompañarlo. Es decir, que las habilidades de los adultos le facilitan al niño la posibilidad de acceder al ejercicio de sus derechos, no obstante, no

²²⁸ Cfr. ONU, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado*, op. cit., p. 10.

²²⁹ *Ibid*, p. 22; En la doctrina se ha desarrollado el tema de la *alienación parental*, como una forma de presión y manipulación de un progenitor hacia su hijo respecto al otro progenitor. Cfr. Gómez Fröde, Carina, *Derecho Procesal Familiar*, Segunda edición, Porrúa, México, 2013

²³⁰ Cfr. Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. párr.199

²³¹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12*, p.36

²³² *Ibid*, p. 37

²³³ Cfr. *La participación de niños, niñas y adolescentes de las Américas*, op. cit., p. 17.

depende del adulto el que sean ejercidos; en otras palabras, el adulto es responsable de generar todo a su alcance para que el niño sea escuchado en el proceso, más no puede decidir sobre los intereses del niño y mucho menos actuar en su representación sólo porque “es lo mejor para él”, sin haberle consultado.

El ejercicio de este derecho nos lleva a preguntarnos: ¿En qué asuntos debe ser escuchado el niño? La Convención no hace una lista sobre los asuntos y, aunque menciona los procedimientos judiciales o administrativos, estos no son exhaustivos, es decir, deben ser escuchados en todos los asuntos que le interesen, por ejemplo, en los temas escolares o los procesos sociales de su comunidad.²³⁴

En particular, dentro de los procesos judiciales y administrativos, el Comité estableció que para garantizar su derecho a ser escuchado, deben aplicarse cinco medidas: preparación, audiencia, evaluación de la capacidad del niño, los resultados de la opinión del niño y la posibilidad de presentar los recursos apropiados cuando se considere que se violó el derecho a ser escuchado.²³⁵

La preparación del niño conlleva que se explique al menor, dónde, cómo y cuándo será escuchado, ante quién deberá emitir su opinión y cuáles son las consecuencias que esta podría tener. La audiencia refiere a que el contexto donde se desarrolle el ejercicio del derecho, inspire confianza al niño para que pueda emitir su opinión y esté seguro de que se le está tomando en serio. Un punto importante es respetar la confidencialidad del niño. En la evaluación, la opinión será considerada como factor destacado en la solución del conflicto y, por tanto, debe comunicársele cómo se influyó su decisión en la resolución del aplicador del derecho. En caso de que considere que esta no se tomó debidamente en cuenta, el niño debe tener acceso a los recursos establecidos por la ley.²³⁶

En cuanto a la evaluación de la opinión del niño, aplicador del derecho debe tomar en cuenta su opinión, estas serán consideradas de acuerdo a la edad y madurez del

²³⁴ *Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, p. 27*

²³⁵ *Ibid, p. 40*

²³⁶ *Ibidem, pp. 13-14*

menor. Lo anterior, obliga al Estado a crear mecanismos para la valoración de las opiniones.²³⁷

La madurez del niño, que según el Comité es la capacidad para expresar sus opiniones de forma razonable e independiente,²³⁸ es distinta en cada niño, por lo que se deben considerar ciertos aspectos específicos, entre ellos, el entorno social y cultural en el que este se desenvuelve. Por lo tanto, la evaluación de la opinión del niño debe realizarse de acuerdo a cada caso.²³⁹

Es necesario aclarar que lo anterior no significa que los niños sean incapaces para formarse un juicio ni que deba imponerse una edad para permitir que el niño se exprese,²⁴⁰ sólo debe evaluarse su opinión con los mecanismos correctos.

Asimismo, en los procedimientos administrativos o judiciales, e incluso en aquellos mecanismos alternativos de solución de diferencias, debe evitarse que el ambiente se intimidatorio y hostil, de tal manera que el procedimiento debe ser accesible, apropiado y adecuado para la edad del infante. Por lo cual, la información que se les proporciona debe ser adaptada a su lenguaje. Esto genera la obligación del estado de capacitar al personal que esté en contacto con el niño.²⁴¹

Asimismo, los lugares físicos, como las salas de los tribunales deben equiparse, por ejemplo, con pantallas especiales para escuchar al niño, el cual estará en una sala separada del demás personal. De igual modo, las vestimentas de los jueces y abogados, deben ser diseñados para permitir que el niño sea escuchado en el ambiente más sensible a su situación.²⁴²

²³⁷ *Ibidem*, p. 20

²³⁸ *Ibidem*, p. 30

²³⁹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12*, p. 29.

²⁴⁰ *Ibid*, p. 21.

²⁴¹ *Ibid*, p. 12.

²⁴² *Idem*.

Todo lo anterior, debe realizarse en los lineamientos establecidos por la legislación nacional, sin que eso implique una restricción al ejercicio del derecho.²⁴³

Si bien es cierto que los lineamientos generales son los mismos en los distintos procesos, el tipo de participación puede ser distinta en procedimientos civiles y en los penales.

En los primeros, los casos concurrentes son la disputa de la guarda y custodia de los hijos. En estos casos, el juez tiene la obligación de escuchar al niño y otorgar especial consideración al interés superior del niño. Incluso en aquellos casos en los que se decida que el menor debe ser apartado de su familia.²⁴⁴

En los procesos penales, el niño puede estar involucrado como infractor o como víctima o testigo del delito. En el primer supuesto, el derecho a ser escuchado debe ser respetado en cada etapa del proceso judicial o en el extrajudicial. Lo anterior, también incluye que se le informe al menor el motivo de la acusación en su contra y que el procedimiento se desarrolle de tal manera que siempre pueda expresarse libremente y a puerta cerrada. Incluida la justicia juvenil.²⁴⁵

El segundo supuesto, cuando el niño ha sido víctima o testigo de un delito, debe incluirse el derecho a ser informado sobre la disponibilidad de los servicios a los cuales puede acudir, entre estos se encuentran los servicios médicos, psicológicos y sociales, así como el acompañamiento cuando el niño decida denunciar y participar en la investigación.²⁴⁶

En cambio, en los procedimientos administrativos se deben seguir los mismos parámetros básicos, pero al ser estos más flexibles y menos formales,²⁴⁷ permiten que la adecuación sea más accesible.

²⁴³ *Ibidem*, p. 13

²⁴⁴ *Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12*, p. 16

²⁴⁵ *Ibid*, p. 17

²⁴⁶ *Ibid*, p. 18

²⁴⁷ *Ibidem*,

De todo lo anterior, podemos observar que del derecho de participación surge una gran gama de obligaciones estatales que deben ser observadas por los impartidores de justicia y los agentes del Estado, así como por la sociedad y la familia.

En la participación del niño en el proceso convergen más de un derecho, sin embargo todos encaminados a permitir que el niño se exprese y sea oído en el procedimiento en el que se encuentre involucrado. Asimismo, se deben seguir todos los lineamientos de cualquier procedimiento llevado entre adultos, pero se incluyen medidas especiales que tienen como objetivo proteger al menor y permitirle acceder ante los órganos jurisdiccionales para la resolución de los conflictos en los que se encuentre o en los cuales sus derechos o intereses estén en juego. Lo anterior, sobre la base del interés superior del niño.

2.2 Los derechos del niño en el derecho internacional de los derechos Humanos: Sistema Regional Interamericano.

2.2.1 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre de 1948

Desde 1826, con Simón Bolívar en el Congreso de Panamá, se encuentra el anhelo de conformar un sistema común de normas e instituciones en el continente, y fue en 1889, cuando los Estados decidieron reunirse por periodos en lo que llamaron Conferencia Internacional Americana.

El 30 de abril de 1948, en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, se adoptaron diversos instrumentos regionales, entre ellos la Carta de la Organización de los Estados Americanos, que crearía la institución que hoy lleva el mismo nombre (OEA) y, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Esta última enfatizó el compromiso de los Estados respecto a la protección de los

derechos humanos y sirvió de antecedente para la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²⁴⁸

En la Conferencia de Chapultepec se dictó la resolución XL “*Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre*”, en la cual se proclamó la adhesión de los Estados Americanos a los principios del derecho internacional para la protección de los derechos del hombre, y se encomendó al Comité Jurídico Interamericano un anteproyecto de Declaración de Derechos. El primer anteproyecto en el que participó el mexicano Antonio Gómez Robledo, se fechó el 31 de diciembre de 1945.²⁴⁹

A pesar de que en ese mismo año se aprobó también la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (meses después), son muy pocas las similitudes que tienen estos dos instrumentos. Es relevante observar, que a comparación de la Declaración de ONU, la Declaración Americana incluye no sólo los derechos civiles y políticos, sino también los económicos, sociales y culturales.²⁵⁰

El contenido de la Declaración Americana evoca algunos de los principios universales de la Revolución francesa como la libertad del hombre, su igualdad y la fraternidad y agrega el derecho a la salud, a la educación, a la cultura, al trabajo, al descanso, a la seguridad social; siendo el límite de estos derechos, los derechos de los demás, la seguridad de todos y el bienestar general.²⁵¹

El total de los artículos contenidos es de treinta y ocho. Con los cuales, quedó conformado el primer instrumento americano sobre derechos humanos.

²⁴⁸ Véase. http://www.oas.org/es/acerca/nuestra_historia.asp

²⁴⁹ Cfr. Gros Espiell, Hugo, *La Declaración Americana: Raíces conceptuales y políticas en la historia, la filosofía y el derechos americano*, Instituto Interamericano de derechos humanos, edición especial, 1989, p. 45.

²⁵⁰ Cfr. Gros Espiell, Hugo, *La Declaración Americana: Raíces conceptuales y políticas en la historia, la filosofía y el derechos americano*, op. cit., p. 51

²⁵¹ Cfr. Díaz Müller, Luis, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: La Declaración y la Convención Americanas*, UNAM, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, Año 1, Núm. 1, 1986, p. 39.

A la Declaración Americana no se le dio la consideración debida, desde su aprobación hasta 1959, sino hasta la creación de la Comisión Interamericana ya que a este órgano se le delegó su observancia.

La Declaración menciona en el artículo VII,²⁵² que el niño tiene derecho a la protección cuidados y ayuda especiales. Este artículo es el primero en el contienen americano, en considerar el derecho de los niños a la protección, sin embargo, aún se observa bajo la visión del niño como un objeto de protección asistencial.

Cuando hablamos de considerar al niño como objeto de protección asistencial y objeto de compasión-represión, nos referimos a impedir que el niño tenga la posibilidad de ejercer sus derechos²⁵³ y únicamente generar obligaciones que fomenten el asistencialismo a partir de la invisibilidad del niño por sus características naturales.

2.2.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969

Con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, algunos Estados se mostraron renuentes al argumentar que no existía algún tratado que les impusiera obligaciones jurídicamente vinculantes en la materia.²⁵⁴ Por lo que desde 1959, cuando entró en funciones la Comisión, se impulsó la creación de una Convención sobre derechos humanos, la cual se encargó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos. Ese mismo año fue entregado el proyecto pero no fue sino hasta 1965, cuando se enviara al

²⁵² Cfr. "Artículo VII. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales".

²⁵³ Cfr. Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia, *El niño víctima del delito. Fundamentos y Orientaciones para una Reforma Procesal Penal, Tomo I de la colección "El Niño Víctima del Delito Frente al Proceso Penal"*, op. cit., p. 42; en el mismo sentido, González Contró, Mónica (Coord.), *Los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en México a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 253.

²⁵⁴ Cfr. Medina Quiroga, Cecilia, *Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana*, op. cit., p. 16.

Consejo de la OEA. Tras un estudio y con las modificaciones que la Comisión consideró pertinente, el Consejo convocó a una Conferencia en San José de Costa Rica en 1969, donde se aprobó el texto y nació la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor hasta 1978 al alcanzar las once ratificaciones.²⁵⁵ Contiene los derechos y libertades divididos en civiles y políticos aunque se hace referencia a los derechos económicos, sociales, de educación y ciencia contenidas en la Carta de la OEA.²⁵⁶

Con la Convención vigente, dio inicio formalmente el sistema interamericano de derechos humanos, al operar de forma conjunta la Comisión y la creada Corte Interamericana de Derechos. Una de las facultades de la Corte es la interpretación de los derechos contenidos en la Convención Americana.

Dentro de la gama de derechos, se encuentra el artículo 19, que habla de sobre los derechos del niño y refiere a las medidas de protección que requiere el niño. Si bien, el texto posee cierto parecido al artículo VII de la Declaración Americana, en éste se agrega la obligación de otorgar medidas especiales correspondientes a la familia, a la sociedad y al Estado. La protección especial para la infancia es necesaria de acuerdo su desarrollo físico y psicoemocional,²⁵⁷ Tiene su fundamento en la condición de crecimiento del niño, y su justificación en sus diferencias con el adulto respecto al ejercicio efectivo de sus derechos.²⁵⁸

²⁵⁵ Cfr. Sepúlveda, César. *México. La Convención Interamericana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, UNAM, *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y Perspectivas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 206.

²⁵⁶ Cfr. Díaz Müller, Luis, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: La Declaración y la Convención Americanas*, *op, cit.* p. 42.

²⁵⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 164.

²⁵⁸ Cfr. CIDH. *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado Alternativo. Poniendo fin a la Institucionalización en las Américas*, Informe temático de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, 2013, p. 13.

La Corte IDH, ha entendido el artículo 19 de la Convención Americana, como un derecho adicional y complementario, y ha establecido que las obligaciones estatales conllevan el asumir una posición garante de mayor cuidado y responsabilidad para con los niños, así como el deber de prestar atención sus necesidades y derechos en consideración a su condición de vulnerabilidad.²⁵⁹

A manera de conclusión podemos decir que la disposición convencional tiene como objetivo impulsar la protección y garantía de los derechos de la infancia, en los Estados. En particular, y como se explicará en los párrafos siguientes, dentro de esta disposición se ubica el derecho de participación del niño en el proceso como una medida de protección y garantía.

2.2.2.1 Artículo 19: Actuación Procesal.

La Corte Interamericana como intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos marcó un parámetro de cómo deben ceñirse los procedimientos en los que actúen niños.

El artículo 19 de la CADH, establece:

“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

La primera sentencia en la que se desarrolla el tema de niños, es el caso *“de los Niños de la Calle (Villagrán morales y otros) vs Guatemala*.²⁶⁰ Donde reconoce que existe un *corpus iuris* internacional de protección de los niños, a través del cual se dota de contenido al artículo 19 de la Convención Americana. Dentro de ese *corpus* se encuentra la Convención de los Derechos del Niño.

²⁵⁹Cfr. Corte IDH. *Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 184.

²⁶⁰Cfr. Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194

El artículo 19 de la CADH menciona que deben adoptarse “medidas de protección”, las cuales se definen en cada caso²⁶¹ y son necesarias por la condición particular de los niños.²⁶² Las medidas deben guiarse por el interés superior del niño.²⁶³ El interés superior del niño es un principio interpretativo sobre el cual se asegura la correcta realización de los derechos de éstos,²⁶⁴ y para asegurar la prevalencia de este principio, es necesario que se generen cuidados especiales y medidas especiales de protección, ambos conceptos, fundados bajo el contenido del artículo 19 de la Convención Americana, así como el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño.²⁶⁵

En este sentido, cabe agregar que la interpretación puede entenderse como “una actividad cognoscitiva que consiste en descubrir el significado. Por lo tanto, la interpretación de la ley sería la acción que consiste en formular el sentido objetivo de ésta, más precisamente, de una disposición jurídica... El intérprete atribuye un sentido a textos a partir de reglas sobre la interpretación...”.²⁶⁶ Por tanto, podemos afirmar que cuando hablamos del interés superior del menor como un principio interpretativo, el impartidor del derecho tiene la obligación de dar un significado o sentido al derecho del niño en cuestión desde una perspectiva de infancia, es decir que el sentido considere sus

²⁶¹ Cfr. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*, párr. 45.

²⁶² Cfr. Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 164; *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*, párr. 138.

²⁶³ Cfr. Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs Perú*, párr. 163, Corte IDH. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C. No. 237, párr. 55.

²⁶⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, párr.143.

²⁶⁵ Cfr. Corte IDH. *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 108.

²⁶⁶ Cfr. Rodríguez Gabriela y otros, *Interpretación Conforme*, Reforma DH. Metodología para la Enseñanza de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos, SCJN, CDHDF y Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, 2013, p. 7.

características esenciales para asignarle el significado. El principio de interés también aplica para orientar las decisiones estatales que afecten al niño y generar la plena satisfacción del derecho en el caso concreto.²⁶⁷

Las medidas de protección deben aplicarse en todo lo concerniente al niño, y con mayor razón cuando las medidas deban ser proporcionadas por instituciones estatales. Dentro de estas medidas de protección están las destinadas a proteger el interés superior del niño cuando se encuentre en un procedimiento, cualquiera que sea.²⁶⁸ Y para establecer las medidas correctas, es necesario que se tome en cuenta la edad de menor y sus condiciones específicas,²⁶⁹ como entorno familiar, social e incluso cultural.²⁷⁰

Para los niños, participar en un proceso puede ser un tanto traumático, sobre todo en aquellos que han sido víctimas del delito. Por tanto, el Estado como uno de los garantes de los derechos del niño, cuando conozca de la participación de un niño ante un proceso, debe generar condiciones que le permitan dar a conocer su opinión. Por ejemplo, debe adaptar los procedimientos a las necesidades particulares del niño, debe asegurar que el niño sea escuchado siempre y cuando se garantice su plena protección, debe capacitar al personal que lo atenderá, adecuar los espacios físicos de tal forma que el

²⁶⁷ Cfr. Mónica González Contró, afirma que el interés superior del menor contiene dos vertientes: como principio interpretativo y como mandato para las autoridades estatales. Cfr. González Contró Mónica, Derechos de niñas, niños y adolescentes en Ferrer Mac-Gregor, E., Caballero, J. L., y Steiner, C. (coordinadores) *Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, SCJN, III, Konrad Adenauer-Stiftung, México, 2013, p.

²⁶⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, párr. 201.

²⁶⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Mendoza y otros Vs Argentina*, párr. 143.

²⁷⁰ Cfr. Tesis: 1a. XCVIII/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 1, mayo de 2012, p. 1097.

niño se sienta en un ambiente de confianza, y procurar que no se revictimice²⁷¹ al niño o que el procedimiento cause un trauma en él.²⁷²

La Corte Interamericana en el caso reciente *Atala Riffo y Niñas vs Chile*, que sin perjuicio de ahondar más adelante en la estructura de la sentencia, se pronunció particularmente sobre el artículo 19 de la CADH, en relación al artículo 12 de la CDN, ya que no sólo estableció detalladamente las obligaciones estatales respecto al tema, sino que también utilizó los estándares de la Convención para escuchar a las niñas en el caso concreto.

2.2.3 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Sociales y Culturales de 1988

Un primer espacio donde se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales, es en la Carta de la OEA. Dentro de esta Carta se hace mención al trabajo como un derecho y un deber social, a la libertad de asociación, a la salud y un nivel de vida económico decoroso.

Tras la reforma de 1967 a la Carta, se profundizó en la materia, al establecerse que las metas básicas para el desarrollo integral son, los salarios justos, las oportunidades de empleo, así como las condiciones dignas de trabajo, la huelga, la negociación colectiva; asimismo, la erradicación del analfabetismo, la nutrición y la vivienda adecuadas, la seguridad social, la educación y la cultura.²⁷³

Otro de los instrumentos interamericanos donde se mencionan los DESC, es en la Carta Interamericana de Garantías Sociales de 1948, dentro de la cual sobresalen el

²⁷¹ En los procesos penales, el niño es víctima cuando sufre de algún delito. La revictimización se da cuando, a los efectos de la primera violación de derechos (en el delito), se suman aquellos que son provocados por las exigencias del proceso legal.

²⁷² Cfr. Corte IDH. *Rosendo Cantú Vs. México*, párr. 201

²⁷³ Cfr. Salvioli, Fabián, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos*, Costa Rica, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Vol. 3, 2004, p. 104.

trabajo como una función social, el derecho a seguir la vocación, recibir educación profesional, participar en la distribución del bienestar social y el derecho al descanso.²⁷⁴

Tras la necesidad de impulsar la existencia de un tratado específico en la materia y con base en el artículo 77 de la Convención Americana, que permite la aprobación de protocolos adicionales, surge en 17 de noviembre de 1998, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador, según el lugar donde se reunió la Asamblea General de la OEA.²⁷⁵

La Comisión Interamericana es el órgano facultado para formular observaciones y recomendaciones sobre la situación de estos derechos en los Estados Parte. Cabe destacar que de acuerdo a lo establecido en el Protocolo de San Salvador, únicamente se podrán llevar ante la Corte Interamericana, asuntos que violen los derechos consagrados en los artículos 8 y 13 del Protocolo.

A pesar de que se ha considerado a los DESC como derechos poco exigibles al caracterizarse por imponer obligaciones positivas al Estado, es decir, que requieren un hacer y se ha demostrado que estos derechos tienen, al igual que los civiles y políticos, generan obligaciones positivas y negativas, de tal forma que pueden ser exigibles.²⁷⁶

El tratado aborda el tema de infancia en el artículo 16, y menciona el derecho del niño a medidas de protección por su condición de menor, así como a la educación gratuita y obligatoria, y a crecer bajo el cuidado de sus padres.

“Artículo 16.

Derecho de la Niñez

²⁷⁴ Cfr. Salvioli, Fabián, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos, op. cit.*, p. 105.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 113

²⁷⁶ Cfr. Abramovich, Victor, *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los Tribunales locales*, junto a Christian Curtis, en “Derechos Sociales y Derechos de las Minorías”, segunda edición, Ed. Porrúa y Universidad de Nacional Autónoma de México”, México 2001, p. 16.

Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.”

Si bien, el tratado no refiere como tal al derecho de participación, si impone la obligación de otorgar medida de protección, criterio que apoya la obligación del artículo 19 de la CADH y del artículo 12 de la CDN.

2.2.4 Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

2.2.4.1 Opinión Consultiva No. 17

En 2001, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, envió una solicitud de opinión consultiva a la Corte Interamericana sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales que determina el artículo 19 de la Convención, constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados”, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales en la materia.

El motivo de la consulta tiene como fundamento que la legislación y la práctica de los Estados americanos no permite al niño una plena vigencia en sus derechos procesales, al considerárseles objetos de derecho, lo que permea en la protección de otros derechos.²⁷⁷

La Corte, tras puntualizar que los tratados de derechos humanos son instrumentos que deben interpretarse de acuerdo a la evolución de los tiempos, y realizar un recorrido

²⁷⁷ Cfr. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, p. 3

en algunos de los instrumentos internacionales que conforman el *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños,²⁷⁸ la Corte aclara que no todo trato diferenciado constituye una ofensa a la dignidad humana, y que sólo es discriminatoria la distinción que no posee una justificación objetiva y razonable. Por lo que es posible encontrar distinciones jurídicas que no necesariamente afectan “la justicia”, con mayor razón, si estas distinciones protegen a la infancia.²⁷⁹

La protección a la infancia, dentro de los tratados internacionales, tiene como finalidad el desarrollo armonioso de la personalidad del niño y del disfrute de sus derechos.²⁸⁰ Por lo tanto, los Estados, al ser los encargados de adoptar las medidas necesarias para alentar los objetivos anteriores, poseen la facultad para generar un trato diferente para con los niños, sin que esto constituya discriminación, es decir que se encuentren justificadas objetiva y razonablemente.²⁸¹

Los derechos consagrados en la Convención son aplicables a todas las personas, incluyendo los niños, por lo que los artículos 8 y 25 de la Convención, debe correlacionarse con el artículo 19. Sin embargo, el niño no puede participar bajo las mismas condiciones que un adulto en el proceso por sus diferencias de desarrollo y madurez, por lo tanto, es indispensable que se tomen las medidas de protección necesarias para que el menor participe correctamente en el proceso y pueda ejercer su derecho al debido proceso.²⁸²

²⁷⁸ *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02*, pp. 51-52.

²⁷⁹ La Corte realiza la aclaración en el sentido del artículo 24 de la Convención, que refiere a la igualdad ante la ley. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02*, p. 58.

²⁸⁰ *Ibid.* p. 60.

²⁸¹ *Ibidem.* p. 61.

²⁸² *Ibidem.* p. 73.

La participación del niño en el procedimiento debe matizarse de acuerdo a las condiciones específicas del niño.²⁸³ Dentro del proceso administrativo, señala la Corte, que el personal que intervenga en un proceso, debe estar capacitado, a su vez, las medidas que se tomen deben tener como objetivo reeducar al niño y excepcionalmente se deben utilizar medidas que priven de la libertad.²⁸⁴

Dentro de los procesos judiciales, y en específico los penales, el niño tiene el mismo derecho a las garantías judiciales establecidas en la Convención, sin embargo, la Corte advierte el beneficio de establecer órganos especializados donde se lleven los procesos de los niños en conflicto con la ley.²⁸⁵

En el supuesto de los niños que se encuentra en una situación de riesgo por su condición de pobreza o maltrato, y deban ser separados de sus padres, estos niños no pierden sus derechos, incluso si se encuentran bajo la tutela directa del Estado, es decir, al cuidado de una institución estatal.²⁸⁶

Respecto al debido proceso, “el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia”, y aunque dentro de la Convención se establecen ciertos derechos procesales, estos no están exentos de ampliarse.²⁸⁷ Este punto reviste importancia, ya que, si el proceso busca solucionar una controversia, y el niño es partícipe de la controversia, entonces, será vital que se le escuché y se considere su opinión. Lo anterior, agregará elementos claros al administrador de justicia para llegar a la solución justa.

Para los niños, las reglas del debido proceso se pueden encontrar en la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de

²⁸³ *Ibidem.* p. 75.

²⁸⁴ *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC-17/02, p. 76.

²⁸⁵ Riad directriz 56

²⁸⁶ *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC-17/02, p. 78.

²⁸⁷ *Ibid,* p. 78.

Riad. Estas reglas, no sólo deben aplicarse en un proceso judicial, sino en todo proceso en el que el Estado tenga injerencia.²⁸⁸

Las formas procesales que se tomen en los procedimientos en los que se encuentre un niños, debe revestir de modalidades propias, de acuerdo a las características de cada procedimiento, sin dejar de lado los elementos necesarios del proceso, y al cual el niño tiene derecho, por ejemplo, el juez natural, el recurso efectivo y la posibilidad de recurrir el fallo, la presunción de inocencia, el principio de contradictorio, publicidad, y en su caso, la justicia alternativa.²⁸⁹ Y en cada uno de estos se debe atender a la particularidad del niño y a su situación específica.

A pesar de que la Corte establece criterios que orientan cómo debe emitir su opinión el niño, y se oído en el proceso, no es específica en cómo debe ser la representación, qué medios tecnológicos pueden utilizarse para escuchar al niño.²⁹⁰ Sin embargo, la aportación de la interpretación de otros instrumentos internacionales, cómo la Observación General 12 del Comité de los Derechos del Niño, y la aplicación de estos criterios por los tribunales, construyen y conforman un derecho común aplicable para escuchar al niño.

2.2.4.2 Opinión Consultiva No. 21

El más reciente pronunciamiento de la Corte Interamericana en el tema de la infancia, es la Opinión Consultiva OC-21/14, de agosto de 2014, solicitada por Argentina,

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 79.

²⁸⁹ *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, p. 83-85

²⁹⁰ *Cfr. Beloff, Mary, Luces y sobras de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, del Puerto, 2004.

Brasil, Paraguay y Uruguay, los cuatro países integrantes de MERCOSUR.²⁹¹ El contenido de la Opinión refiere a los derechos y garantías de los niños, que deben ser cubiertas en el contexto de la migración y/o en caso de que sea necesaria la protección internacional.

Una de las solicitudes de opinión, fue respecto a cuáles son las garantías del debido proceso que debieran regir los procesos migratorios que involucran niños. Y si bien, es un pronunciamiento respecto a niños migrantes, no limita el contenido de los criterios enunciados, sino afirma lo que se ha expuesto dentro de esta investigación.

El debido proceso, refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales con la finalidad de que las personas tengan la posibilidad de defender adecuadamente sus derechos ante los actos del Estado.²⁹² Estos requisitos son aplicables a toda persona, incluyendo a los niños, sin embargo, por esta última razón es que deben adoptarse medidas específicas para que el acceso a la justicia se en condiciones de igualdad.²⁹³

Una medida a tomar es la capacitación del personal que interactuará con el niño para que identifique las necesidades particulares del niños y le informe, de acuerdo a sus capacidades cognitivas, sobre lo que está sucede, de tal forma que pueda expresar su opinión. Por lo que los Estados están obligados a facilitar que esta opinión se de en un ambiente de participación en las distintas etapas del proceso. Así, el niño será oído con las debidas garantías y conforme al artículo 12 de la CDN.²⁹⁴

Es destacable, el criterio de la Corte cuando determina que los niños deben ser oídos con la finalidad de que se resuelva su situación conforme a su mejor interés, y hace una precisión en el sentido de que las opiniones de otras personas, no pueden reemplazar

²⁹¹ Cfr. Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A No. 21.

²⁹² Cfr. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14, p. 43.

²⁹³ *Ibid*, p. 45

²⁹⁴ *Ibidem*, pp. 45-46

las del niño. Y, en este mismo sentido, los Estados deben utilizar, incluso formas no verbales de comunicación a través de los cuales, el niño puede entender y elegir.²⁹⁵ Por ejemplo, si el niño no es nacional del Estado y no entiende el idioma, es una obligación estatal proporcionarle un traductor, de lo contrario, su participación se considera ilusoria.²⁹⁶

En el caso de que los niños no se encuentren acompañados, el Estado debe proveerles un defensor y tutor especializado, sin el cual no se deberá de iniciar el procedimiento.²⁹⁷

La Corte agrega la importancia de motivar su resolución y específicamente cómo influyó la opinión del niño debido a que es una decisión que afectará su vida, y en caso de que considere que no se tomó en cuenta su opinión, entonces podrá recurrir la decisión de la autoridad emisora.²⁹⁸

Por último, se reconoce que el niño puede sufrir afectaciones físicas, psíquicas y emocionales al enfrentarse a un proceso, por lo que se insta a que se respete el plazo razonable, es decir, que sean con diligencia y celeridad excepcional, sin que esto sea pretexto para que no se escuche al niño, sino que el proceso debe durar lo menos posible y lo suficiente para que se escuche adecuadamente al niño.²⁹⁹

2.2.4.3 Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile

El caso Atala Riffo y Niñas vs Chile de 2012, es el primer caso donde la Corte aborda el tema sobre el derecho de los niños a ser escuchados. Los hechos del caso giran en torno a la discriminación que sufrió la señora Atala por su preferencia sexual y la pérdida de la custodia de sus tres hijas.

²⁹⁵ *Ibidem*, pp. 46-47

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 48

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 49

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 51.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 52.

En 2003 se inició un proceso de tuición en el juzgado de Villarrica, Chile, en el que el padre de las niñas solicitaba la custodia de las niñas al mantener su madre, una relación homosexual. El juzgado realizó los procedimientos necesarios para escuchar a las niñas y conocer su opinión y considerarla en su resolución. La participación de las niñas arrojó que las niñas querían vivir con su mamá, lo que se reflejó en la decisión judicial. El padre al no estar de acuerdo, apeló la resolución y la Corte de Apelaciones resolvió que la orientación sexual de la señora Atala no era un impedimento para que las niñas vivieran con ella. Posteriormente, el padre, interpuso el recurso de queja ante la Suprema Corte de Chile, donde se resolvió a favor de la custodia al padre.³⁰⁰ El caso llegó ante la Corte Interamericana en 2010.

Dentro de los alegatos ante la Corte Interamericana, se encuentra la violación al artículo 19 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debido a que la Suprema Corte de Chile resolvió el asunto sin considerar la opinión de las niñas, en las que declaraban querer vivir con su mamá.

La Corte desarrolló el artículo 19 de la CADH, y repitió el patrón de darle contenido al mismo, a través del *corpus iuris* de los derechos del niño, entre los cuales se encuentra la Convención de los Derechos del Niño, y por tanto, la interpretación que se ha hecho de esta, es decir, utilizó como los elementos que el Comité sobre Derechos del Niños emitió en la mencionada Observación General No. 12, donde se mencionan los alcances del derecho del niño a ser escuchado.

Con base en la Observación General, la Corte reitera que los niños son titulares de todos los derechos de la Convención, incluido el derecho a ser oído, sin embargo, todos sus derechos los ejercen de forma progresiva, en la medida en que adquieren un nivel mayor de autonomía personal.³⁰¹ Asimismo, deben ser escuchadas sus opiniones en los

³⁰⁰ Cfr. Bogdandy Armin von, *et al.*, *Igualdad y Orientación Sexual. El caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencia*, México, Porrúa, Max Plank Institute for Comparative Public Law and International Law, IMDPC, 2012, pp. 151 y 152.

³⁰¹ Corte IDH. *Caso Mendoza y otros Vs Argentina*, párr. 143, Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas*, párr. 199.

asuntos que se les afecten. Y estas opiniones deben ser debidamente consideradas, sobre todo si los niños ya pueden formarse un juicio propio, sus opiniones serán un factor destacado en la resolución del asunto³⁰² y participar, en la medida del posible, en su caso.³⁰³

Para efectos del caso, la Corte declara que sí se violó el derecho de las niñas a ser escuchadas, ya que, a pesar de que la institución judicial de primera instancia si llevó acabo las medidas necesarias para escuchar, conocer y considerar la opinión de las niñas, la Suprema Corte de Chile, con base en el interés superior de menor, no retomó los dichos de las niñas, y no argumentó porqué no los consideró al resolver el asunto, que de forma evidente, traía una afectación para ellas.³⁰⁴

La Corte añade que un niño no debe ser entrevistado con mayor frecuencia que la necesaria, para no provocar un efecto traumático en el niño, lo cual no suprimía la obligación de la Suprema Corte de Chile de tomar en cuenta las opiniones de las niñas.³⁰⁵

Si bien tiene relevancia que la Corte analiza el caso concreto y utiliza los lineamientos expuestos por el Comité en la Observación General para determinar una violación al artículo 19 de la Convención Americana, también lo es que la misma Corte utilizó estos parámetros dentro del caso para conocer la opinión de las niñas.³⁰⁶

En noviembre de 2011, la Corte emitió una resolución en la que indicaba que no tenía conocimiento de si las niñas estaban de acuerdo con la representación que tenían, ya que, tanto la señora Atala, como el señor López se presentaron ante la Corte, en

³⁰² Cfr. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 200.

³⁰³ Cfr. Corte IDH. *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, párr. 143.

³⁰⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 206 y 208

³⁰⁵ *Ibid.* párr. 205

³⁰⁶ Cfr. Bogdandy Armin von, *Igualdad y Orientación Sexual. El caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencia*, *op. cit.*, p. 205.

representación de las tres niñas. Por lo que la Corte, con el fin de conocer los intereses de las niñas, solicita que se realicen las diligencias necesarias para escuchar a las niñas.³⁰⁷

Al mismo tiempo, la Corte considera que el derecho de las niñas a ser oídas, es un derecho que ya puede ser ejercido por ellas directamente sin necesidad de que sean representadas, a menos que ellas así lo soliciten.³⁰⁸

La sentencia de la Corte Interamericana muestra que en febrero de 2012 se llevó a cabo la mencionada diligencia,³⁰⁹ en la que se obtuvo la opinión de las niñas sobre el caso, no obstante, la información es privada, ya que así lo solicitaron las niñas. A su vez, realizó una entrevista con cada una de ellas sin la presencia de los padres (excepto una niña, que no estuvo presente por motivos de fuerza mayor) y se les informó sobre los efectos que podrían tener sus opiniones en la resolución del caso.

Todo lo anterior con información accesible para ellas, por lo que expresaron sus opiniones de manera libre e independiente, no sólo sobre el asunto ante la Corte, sino también para conocer sus expectativas respecto a la resolución de la Corte.³¹⁰

Como resultado de lo anterior, es posible observar que el tribunal interamericano utilizó los lineamientos establecidos en la Observación General No.12, no sólo para resolver el fondo de un asunto, sino también para escuchar la opinión de las niñas en el proceso internacional.

³⁰⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Resolución de noviembre de 2011, párr. 5

³⁰⁸ *Idem*.

³⁰⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 13

³¹⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 67-71

Capítulo 3. Regulación jurídica mexicana sobre los derechos de los niños y su participación en el proceso mexicano

3.1 Regulación jurídica nacional sobre la protección de los derechos del niño

A lo largo de la historia, el niño ha sido invisible para el ejercicio de sus derechos, sobre todo cuando se trata de su participación en un proceso y de considerar sus características que exigen acciones procesales especiales para que pueda acceder a su derecho a la justicia.³¹¹

Sin embargo, el panorama que se mira sobre la protección de los derechos de los niños en el plano internacional y, en específico, sobre su participación en un proceso, no es el mismo que se tiene en el ámbito nacional. En particular, el derecho de participación surge en el contexto internacional³¹² en la Convención sobre los Derechos del Niño,³¹³ y ha impulsado que las normas internas sean modificadas de acuerdo a lo que se establece en su texto.³¹⁴

Por ejemplo, en América Latina, diversos Estados como Brasil, Guatemala, Paraguay, Perú, Ecuador, Venezuela y México, han fomentado la creación de códigos de la niñez y adolescencia y creación de instituciones dentro de las que los niños tengan una participación activa.³¹⁵

³¹¹ Cfr. Franco Martínez del Campo, Elisa y otros, *La infancia y la justicia en México. I. El niño víctima y testigo del delito dentro del Sistema Penal Acusatorio en México*, op. cit., p. 13.

³¹² Cfr. C. van Dijk Kocherthaler, Sylvia, "Participación infantil. Una revisión desde la ciudadanía", México, TRAMAS 28, Universidad Autónoma de México, 2007, p. 43.

³¹³ Cfr. Fuentes Pérez, Dalia Berenice, *Principios de aplicación de los derechos de las y los niños: Autonomía de la voluntad, interés superior y prioridad*, op. cit., p. 350.

³¹⁴ Cfr. Solari, Gina, *Experiencias de participación de niños, niñas y adolescentes*, Save the Children, Instituto Interamericano del niño, p. 4
http://www.iin.oea.org/iin/cad/taller/pdf/documento_praticipacion%20SCS.pdf

³¹⁵ *Ibid*, pp. 6-8

Inclusive, el mismo Comité de los Derechos del Niño, realiza anualmente un periodo de discusiones en el que interactúan los niños, las organizaciones no gubernamentales y los expertos en la materia y opinan sobre una disposición particular de la Convención.³¹⁶ En México, existen distintos procesos de participación en los cuales los niños expresan sus opiniones.

El llamado “Parlamento Infantil” es un acto en el que los niños actúan como integrantes de un parlamento, participan en una sesión que se realiza en los congresos estatales y plantean sus opiniones, preocupaciones y conclusiones respecto a temas específicos.³¹⁷

Otro de los procesos de participación en México, es la Consulta Infantil que realizaba el Instituto Federal Electoral. Se inició en 1997, y desde entonces se han realizado seis consultas, donde los niños del país expresan sus inquietudes respecto de temas de su entorno, como el uso de drogas, las clases de su escuela, su vida familiar y la violencia.³¹⁸

En una de las consultas, se les preguntó la percepción que tenían sobre su derecho de participación y los resultados arrojaron que la infancia se expresa con mayor frecuencia en dos espacios: el hogar y la escuela.³¹⁹

Si bien es cierto que las distintas consultas muestran diversos datos relevantes, por ejemplo, que los niños conforme crecen se sienten menos escuchados y consideran que su participación es menor,³²⁰ también lo es que este mecanismo de participación es solo una forma de participación y no tiene una incidencia en los espacios procesales.

³¹⁶ *Ibid*, p. 10

³¹⁷ Cfr. Solari, Gina, *Experiencias de participación de niños, niñas y adolescentes, op. cit.*, p.12.

³¹⁸ Cfr. Instituto Federal Electoral, *Resultados Nacionales de la Consulta Infantil y Juvenil 2012. Informe Ejecutivo*, IFE, 2012, p. 27.

³¹⁹ *Idem*.

³²⁰ *Ibidem*, p. 29.

En el contexto de lo antes descrito, en México se realizaron diversas modificaciones a la CPEUM y se crearon leyes que buscan fomentar el ejercicio de los derechos de los niños. Por dar un ejemplo, los treinta y un estados y el Distrito Federal, tienen leyes de protección a los derechos de los niños, además de las dos leyes federales relevantes en materia de infancia: Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil, y la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Sin embargo, como se mostrará más adelante, la aplicación de estas normas por los operadores de justicia e incluso de los litigantes, es menor.

3.1.1 Artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La Constitución mexicana, es el máximo instrumento de regulación normativa en México y en el artículo 4, se ubica la protección para los niños:

“En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.”³²¹

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.”³²²

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.”³²³

³²¹ Párrafo adicionado DOF 18-03-1980. Reformado DOF 07-04-2000, 12-10-2011

³²² Párrafo adicionado DOF 07-04-2000. Reformado DOF 12-10-2011

³²³ Párrafo adicionado DOF 07-04-2000. Fe de erratas al párrafo DOF 12-04-2000

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha expresado que el artículo 4 obliga a todas las autoridades a proveer lo necesario para respetar la dignidad de la niñez y el pleno ejercicio de sus derechos incluidos los contenidos en los tratados internacionales, de acuerdo al artículo 1 de la Constitución.³²⁴ Y ha agregado que con base en este artículo, *“los menores deben recibir una atención especial en todas las instancias judiciales, administrativas o de bienestar social; para lo cual, el juzgador debe observar, por encima de cualquier situación y/o adulto involucrado en la controversia, que se respeten y procuren sus derechos.”*³²⁵

Desde el 18 de marzo 1980, se consagró en el texto Constitucional, la obligación de los padres de “preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades”, así como los apoyos que se otorgarían a estos por parte de las instituciones públicas.³²⁶

Pero con la firma y ratificación de la CDN, se reformó de nuevo el artículo 4. La nueva reforma sustituyó el texto que contemplaba la protección de la infancia por parte de los padres y el Estado,³²⁷ a su integración como sujetos de derechos, al introducir el del término niño y niña, así como la obligación de Estado de proveer “lo necesario para el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno ejercicio de sus derechos”, y la

³²⁴ Cfr. Tesis 1a.CXVIII/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 1, junio de 2012, p. 263.

³²⁵ Cfr. Tesis I.7o.C.16 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 3, julio de 2012, p. 1832.

³²⁶ Cfr. Diario oficial de la federación de 18 de marzo de 1980.

³²⁷ El texto citaba *“es deber de los padre preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas”*. Cfr. Artículo 4º, Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, 1998. Para su consulta en: <http://info4.juridicas.unam.mx/juslab/leylab/250/5.htm>

obligación de Estado de otorgar las facilidades para que los particulares coadyuven en el cumplimiento de los derechos de estos.³²⁸

La reforma más reciente al artículo cuarto constitucional en materia de infancia, es de octubre de 2011, en la que se introduce el término “interés superior de la niñez”, y se establece la obligación constitucional de velar por este principio a partir del cual se deben garantizar todos los derechos de los niños y de la misma forma guiará las políticas públicas que estén enfocadas en el tema.³²⁹

La SCJN definió al interés superior del niño como un criterio orientador para elaborar y aplicar normas en todos sus ámbitos de vida,³³⁰ que debe servir de guía para tomar cualquier decisión estatal que esté relacionada con los niños, y que constituye un límite y punto de referencia de la actuación de las instituciones, así como de su operatividad y eficacia.³³¹ Este principio implica que se consideren los deberes de protección y los derechos especiales de la niñez.³³² Y en particular, la Suprema Corte ha sustentado que en el derecho de participación de los niños en procedimientos judiciales permeado por el interés superior, posee una doble finalidad. La primera es que al reconocer al niño como sujeto de derechos, se logra su efectivo ejercicio y la segunda finalidad es que permite al juzgador allegarse de los elementos necesarios para establecer su convicción respecto al asunto en cuestión.³³³

³²⁸ Cfr. Diario Oficial de la Federación. 07 de abril de 2000.

³²⁹ Cfr. Diario Oficial de la Federación. 12 de octubre de 2011.

³³⁰ Cfr. Tesis 1ª.CXXI/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 1, junio de 2012, p. 261.

³³¹ Cfr. Tesis 1.a. XCVIII/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 1, mayo de 2012, p. 1097.

³³² Cfr. Tesis 1ª./J.18/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, marzo de 2014, p. 406.

³³³ Cfr. Tesis II.3o.P.5 K, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, septiembre de 2014, p. 2450.

Otro de los cambios que se realizaron a la Constitución, fue a la fracción XXIX-P del artículo 73, en la que se faculta al Congreso de la Unión para legislar en materia de infancia. Esta reforma suple la laguna respecto a la atribución de expedición de leyes en la materia, y a su vez, establece la obligación de dar cumplimiento con la CDN y los demás tratados “en la materia”.³³⁴

En conclusión, podemos entender del texto constitucional, que los titulares de los derechos y en particular del artículo 4, son los niños.³³⁵

3.1.2 Ley para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes

La ley para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, es la ley reglamentaria del artículo 4 Constitucional. Es una ley de orden público, de interés social y observancia general en la República Mexicana cuyo objetivo, es garantizar los derechos de la Constitución para con los niños.

La creación de la Ley abarcó y aclaró distintos conceptos referentes a la infancia, entre ellos la definición de niño, que de acuerdo con el artículo 2, niño y niña son las personas de hasta 12 años incompletos y adolescente hasta los 18 años incumplidos. La distinción se entiende de acuerdo al grado de madurez y a las circunstancias personales.

³³⁴ Cfr. González Contró, Mónica, Derechos de niñas, niños y adolescentes, Mac-Gregor Poisot, Eduardo, Caballero Ochoa, José Luis y Steiner, Christian, *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana I*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM, Konrad Adenauer Stiftung, 2013, p. 644.

³³⁵ Cfr. González Contró Monica, *¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina*, México, Publicación electrónica, Núm 5, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011, p. 38.

En particular, se puede entender que el adolescente cuenta con un desarrollo avanzado, lo que le permite una mayor participación y toma de decisiones que le afecten.³³⁶

Tanto los niños como los adolescentes son receptores de los derechos consagrados en la ley, entre los que se encuentra el derecho a participar.

El artículo 41 de la Ley menciona las implicaciones del derecho a expresar su opinión.

Artículo 41. El derecho a expresar opinión implica que se les tome su parecer respecto de:

A. Los asuntos que los afecten y el contenido de las resoluciones que les conciernen.

B. Que se escuchen y tomen en cuenta sus opiniones y propuestas respecto a los asuntos de su familia o comunidad.

La SCJN estableció en la jurisprudencia 1a/J.102/2012 (10a.) que de acuerdo con el artículo 41 de esta Ley, “los menores son titulares del derecho de participar en los procedimientos que los atañen”.³³⁷

Para algunos autores la Ley sólo ha fungido como una carta de buenas intenciones más que como un instrumento normativo, lo que imposibilita que exista una adecuada interpretación de los derechos de los niños e imposibilita los alcances de los derechos y las obligaciones plasmadas en la CDN.³³⁸

³³⁶ Cfr. Tesis II.1o.C.5 C, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, marzo de 2014, p. 1777

³³⁷ Cfr. Tesis 1a./J. 102/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 1, enero de 2013, p. 617.

³³⁸ Cfr. Fanlo Cortés, Isabel, Los Derechos de los Niños ante las Teorías de los Derechos. Algunas Notas Introdutorias, Fanlo Isabel (Coord.), *Derecho de los Niños. Una contribución teórica*, México, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, 2008, p. 12; Campbell, Tom D., Los Derechos del menor en tanto que persona, niño, joven y futuro adulto, Fanlo Isabel (Coord.), *Derecho de los Niños. Una contribución teórica., op cit.,* p. 107.

En septiembre del año en curso, se envió a las Cámaras de Senadores y Diputados una iniciativa de reforma de la Ley para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Un mes después se aprobó en la Cámara de Senadores la iniciativa.

Esta nueva Ley, que pasó a la Cámara baja, lleva el nuevo nombre de *Ley General de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes*.³³⁹ La relevancia respecto a las modificaciones en el derecho de participación es la introducción del deber de considerar la edad, desarrollo evolutivo, cognitivo madurez del niño para el adecuado y efectivo ejercicio de participación. Sumado a lo anterior, se impulsa la obligación de las autoridades en sus distintos órdenes de gobierno, de construir políticas públicas y mecanismos para asegurar el derecho, así como el establecimiento del derecho de participación en los procesos judiciales.³⁴⁰

3.1.3 Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal

Dentro del derecho civil, pareciese que no se toma muy en cuenta a la infancia. En particular a los temas relacionados con los aspectos procesales. Sin embargo, si se hace notar dos términos que determinan el ejercicio de sus derechos: capacidad e incapacidad.

A partir de estos conceptos es que se ha desarrollado la actuación del niño en los asuntos procesales.

De manera muy específica, es posible identificar determinados aspectos respecto de la actuación del niño en los procesos civiles. En el Código Civil para el Distrito Federal se explican las implicaciones del interés superior del niño, y la importancia que este principio

³³⁹ Una ley general puede describirse como las disposiciones que se ubican por encima de las leyes federales y estatales. *Cfr.* Ortega Soriano, Ricardo, Dictamen relativo a la estructura y naturaleza de las leyes secundarias en México, Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia, *Orientaciones mínimas para un proceso de armonización legislativa en favor de la infancia en México*, México, ODI, 2010, p.20.

³⁴⁰ *Cfr.* Dictamen de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2013, pp. 196-200.

tiene para garantizar la “toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional”.

En el artículo 417, se establece que en los casos de desacuerdo en las convivencias o en el cambio de guarda y custodia, se deberá escuchar al menor adecuadamente, independientemente de su edad y a su vez, apoyado por un asistente del DIF experto en psicología, trabajo social o pedagogía, para impulsar la comunicación libre y espontánea con el menor.³⁴¹ En caso de que no se presente el asistente, el juez podrá celebrar o no la audiencia, siempre y cuando verifique que sea factible la comunicación libre y espontánea con el menor.

La SCJN agregó que en todos los casos en los que se encuentre inmiscuida la guarda y custodia de un niño, siempre que tengan que declarar o testificar ante un juez, se debe recurrir al *Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en Casos que Afecten a Niñas, Niños y Adolescentes*, emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.³⁴²

Como acotación, el Protocolo de Actuación que se menciona, es un instrumento vinculante³⁴³ que contiene lineamientos que sirven de guía para garantizar el acceso a la justicia y proveer a los aplicadores del derecho, las normas relevantes que pueden ser aplicadas a niños involucrados en el proceso.³⁴⁴

Y ha sustentado que en los casos que se decida sobre la convivencia de un menor, con base en el artículo 9 y 12 de la CDN, se debe escuchar a todo niño y permitir que

³⁴¹ Cfr. Artículo 417 Bis del Código Civil para el Distrito Federal.

³⁴² Cfr. Tesis VII.2º.C.36, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 3, marzo de 2013, p. 1994.

³⁴³ *Ibidem*.

³⁴⁴ Cfr. Tesis 1ª. XIV/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, enero de 2014, p. 1117.

expresé su opinión libremente debido a la trascendencia que la decisión traerá en la vida del niño y así, comuniqué al impartidor de justicia con quién le gustaría vivir.³⁴⁵

De igual forma, en los casos en que se celebre un matrimonio y este se considere nulo o ilícito, cuando se dicte sentencia de nulidad, en caso de que existan hijos menores, se deberá oír a estos.³⁴⁶

Y en caso de que se dicten medidas provisionales para designar al cónyuge que tendrá al cuidado al niño, se deberá tomar en cuenta la opinión del menor.³⁴⁷

A su vez, en los juicios de impugnación de la paternidad o maternidad, se le escuchará al menor de edad y se atenderá a su interés superior.³⁴⁸

Al igual que cuando exista el reconocimiento de un hijo por parte de los padres que no vivan juntos, el juez deberá escuchar al menor y resolver con base en el interés superior del mismo.³⁴⁹

Respecto a la adopción, los artículos 338 y 339 establece que los niños mayores de 12 años pueden dar su consentimiento libre e informado respecto a si desea ser adoptado. No obstante, en todos los casos de adopción se escuchará a los menores, en las condiciones adecuadas conforme a su edad y al grado de madurez. El artículo 541 menciona que el tutor no podrá prohibir la continuidad en una institución de educación del niño, sin autorización del juez y quien previamente deberá escuchar al niño.

El Código de procedimientos civiles, a diferencia del Código Civil, establece muchos menos criterios respecto a escuchar al menor.

En el artículo 941 Bis, se señala que en casos en que se resuelva la custodia y convivencia de los niños, se les escuchará y, de acuerdo al criterio del juez, se determinará si serán asistidos. En su caso podrá recurrirse a asistencia psicológica.

³⁴⁵ *Cfr.* Tesis I.3o.C.75 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 3, marzo de 2013, p. 2005.

³⁴⁶ *Cfr.* Artículo 259 del Código Civil para el Distrito Federal.

³⁴⁷ *Cfr.* Artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal.

³⁴⁸ *Cfr.* Artículo 336 del Código Civil para el Distrito Federal.

³⁴⁹ *Cfr.* Artículo 380 del Código Civil para el Distrito Federal.

En los casos del juicio oral en materia familiar, cuando se solicite la custodia y convivencia, el juez tiene la obligación de escuchar al menor durante la audiencia preliminar y en atención al caso concreto.³⁵⁰

Y en caso de presentarse rebeldía por desacuerdo de las partes, el juez hará el señalamiento necesario, en relación al día y la hora para escuchar al menor. La audiencia será privada, ante el Ministerio Público y en compañía del asistente de menores del DIF, para que este facilite la comunicación libre y espontánea del niño en procuración de su protección psicoemocional. Bajo este mismo contexto, el legislador impuso al Tribunal el deber de escuchar al niño dentro de una sala especial que facilite su desenvolvimiento.³⁵¹

Como se mencionó, la función del adulto con el niño es relevante para el actuar del menor, en especial cuando el niño aún tiene un grado de dependencia importante en sus padres o tutores. Asimismo, las obligaciones especiales para con los menores, no solo corresponden al estado, sino también a la sociedad y a la familia.³⁵² En este sentido, la norma determina que las personas que tengan bajo su cuidado al niño, debe presentarlos en las diligencias y en las audiencias correspondientes para que sean escuchados.³⁵³

Si bien, es un avance relevante el que dentro del Código de procedimientos civiles, se incluyan ciertos parámetros que debe seguir el juez, como el acompañamiento de las instituciones especializadas e instruidas por la norma, al momento de que sea escuchado el niños y el acomodo de las salas, también lo es, que no es posible encontrar un mecanismo específico que garantice al niño el participar en el proceso de manera integral y en las condiciones idóneas. Por lo que, los aspectos fundamentales que han expuesto los

³⁵⁰ *Cfr.* Artículo 1029 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

³⁵¹ *Idem.*

³⁵² *Cfr.* Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 244; Corte IDH. Caso “Instituto de Reeduación del Menor” Vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 147 Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 408.

³⁵³ *Cfr.* Artículo 1029 del Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal.

distintos organismos internacionales respecto a la forma de escuchar al niño, al ser utilizados por el aplicador del derecho, generan que se garantice de forma integral la participación del niño.

3.1.4 Código de procedimientos penales para el Distrito Federal.

El código de procedimientos penales también contempla algunos aspectos relacionados con los niños víctima del delito y aquellos en conflicto con la ley. De esta manera, se establece que es un derecho del menor víctima es que se le otorgue asistencia legal, médica y psicológica especializada.³⁵⁴ Asimismo, el MP tendrá la obligación de proporcionar personal autorizado en el tratamiento de menores y mediante la utilización de mecanismos que faciliten que el niño emita su declaración, de tal forma que se asegure la comprensión de entender lo que el niño expresa.³⁵⁵

En el artículo 191 se señala que en los casos en que se examine al menor de edad, las preguntas que le realicen, deberán de ser concretas y con un lenguaje sencillo y sin que se impacte en su conciencia y estabilidad emocional y siempre en respeto del interés superior del niño. A su vez, en los casos en que los niños aparezcan como víctimas o testigos del delito y sea necesario realizar un careo, este se llevará a cabo en recintos distintos y con la ayuda de los medios electrónicos audiovisuales.³⁵⁶

Con la reforma en juicios orales en materia penal y la emisión del nuevo código de procedimiento penales, respecto a los niños en el proceso, se determina que un derecho de la víctima directa o indirecta que sea menor de edad, el juez tomará en cuenta el principio de interés superior del mismo, así como la prevalencia de sus derechos, su protección integral y los derechos consagradas en la Constitución Política y los tratados internacionales ratificados por el Estado.

³⁵⁴ *Cfr.* Artículo 9 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal.

³⁵⁵ *Cfr.* Artículo 9 Bis del código de procedimientos penales para el Distrito Federal.

³⁵⁶ *Cfr.* Artículo 229 del Código de procedimientos penales para el Distrito Federal.

El artículo 182 establece que si la víctima es menor de edad, comparecerá ante el MP, juez o magistrado, en compañía de quien ejerza la patria potestad, la tutela o curatela.

Y en los casos en los que quiera denunciar o en querrela, el menor podrá presentarla por quien ejerza la patria potestad, sin perjuicio de hacerlo por sí mismos.

En las medidas especiales para el reconocimiento de personas, en los delitos cometidos contra menores, el MP debe realizarlo a través de un sistema de circuito cerrado con el fin de proteger la identidad e integridad emocional del niño, mismo que estará acompañado de su padre, madre o tutor, o en su caso de un representante del DIF.³⁵⁷

A su vez, en los casos en que sea necesario tener una prueba anticipada del testimonio del niño víctima del delito y en caso de que se afecte su libre desarrollo de la personalidad, se podrá obtener su testimonio de forma anticipada a la audiencia oral. Y en caso de esto, el juez resolverá sobre esta solicitud de acuerdo al interés superior del niño.³⁵⁸

La SCJN ha resuelto que, con base en los instrumentos internacionales en materia de infancia, se debe garantizar a los niños el ser oído, en los procedimientos respectivos.³⁵⁹

3.2 El niño como sujeto de derechos en el proceso: Evolución

Durante mucho tiempo se construyó a través del lenguaje y la realidad social, una estructura que impidió a los niños acceder a la justicia por su minoría de edad. Algunos

³⁵⁷ *Cfr.* Artículo 561 del Código de procedimientos penales para el Distrito Federal.

³⁵⁸ *Cfr.* Artículo 561 y 564 del Código de procedimientos penales para el Distrito Federal.

³⁵⁹ *Cfr.* Tesis XIX.2o.P.T.3 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. 3, Décima época, mayo de 2013, p. 1903

autores han denominado a este trato jurídico como la “doctrina de la situación irregular”.³⁶⁰

La doctrina de la situación irregular implicó el ubicar al niño dentro de un grupo, es decir que existían dos grupos, el primero que correspondía a los niños que pertenecían a una familia y asistían a la escuela y el segundo en la que se encontraban los *menores*,³⁶¹ que no pertenecían a ninguna institución, ya sea porque fueron abandonados o en su caso, porque cometieron algún delito.

Sin embargo, en cualquiera de los casos anteriores, se reconocía la obligación del Estado de proteger a los menores a través de la institución a la que pertenecían, mismas que poseían un margen de discrecionalidad casi absoluta.³⁶²

Sumado a lo anterior, se adhirió la diferencia entre un menor de edad y un mayor de edad. Bajo la minoría de edad, el niño era un incapaz, que con la mayoría de edad, se convertía en un individuo bajo la capacidad plena del ejercicio de sus derechos. De esta manera, el niño adquiere la totalidad de los derechos de un día a otro, al adquirir la mayoría de edad.³⁶³

Sin embargo, esta idea se transformó poco a poco hasta llegar al principio de autonomía progresiva, a partir del cual se reconoce que el niño tiene un desarrollo continuo de sus habilidades, por lo que, de acuerdo a la capacidad que adquiriera, podrá

³⁶⁰ Cfr. González Contró, Mónica, *¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina*, op. cit., p. 40.

³⁶¹ El término *menor* connota una idea de inmadurez, de inferioridad e incapacidad de autogestionarse. Cfr. Fanlo Cortés, Isabel, *Los Derechos de los Niños ante las Teorías de los Derechos. Algunas Notas Introductorias*, op. cit., p. 14.

³⁶² Cfr. González Contró Monica, *¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina*, op. cit., p.. 41.

³⁶³ *Ibid*, pp. 42-43.

concedérsele el ejercicio de sus derechos.³⁶⁴ Es decir, que la titularidad de derechos en los niños, les concede la protección integral.³⁶⁵

El que a los niños se les considere sujetos de derechos no significa que ya se les deba tratar como adultos, todo lo contrario, el verlos como sujetos permite garantizar el trato diferenciado y especializado, y por tanto, juzgar con una perspectiva de infancia.³⁶⁶

Ese trato diferenciado, se fundamenta en las características específicas de la infancia: cognitivas, emocionales y morales.

La doctrina ha desarrollado las características anteriores. Las primeras refieren al conocimiento y el bagaje que deriva de la experiencia que tiene un niño. Por ejemplo, su pensamiento es concreto, es decir, que no puede hacer abstracciones; su pensamiento es intuitivo, y se refleja cuando no saca conclusiones a partir de las variables concretas con las que cuenta. Su memoria se pierde rápidamente, y su recuerdo puede no ser concreto. Sin embargo, con la ayuda contextual adecuada podrá expresar el suceso con mayor claridad. Asimismo, el niño, no maneja el tiempo y el espacio absoluto, eso no implica que no comprenda la existencia del tiempo, simplemente, no puede ser concreto en la fecha, hora, o el espacio, por ejemplo, “ayer” para el niño, puede hacer referencia a “hace un mes”, “hace un año”.³⁶⁷

³⁶⁴ Cfr. Wellman, Carl, *El crecimiento de los Derechos de los Niños*, Fanlo Isabel (Coord.), *Derecho de los Niños. Una contribución teórica*, *Op. cit.*, p. 39.

³⁶⁵ Cfr. González Contró, Monica, *¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina*, *op. cit.*, p. 47.

³⁶⁶ Cfr. Pérez Vásquez, Carlos, *Mesas de análisis sobre Protección de Derechos Humanos en sede jurisdiccional: Guía para la labor legislativa*, Ponencia de 30 de junio de 2014, Mesa 1 Retos legislativos en Materia de Derechos de la Infancia, SCJN-Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas en México- Senado de la República.

³⁶⁷ Cfr. Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia, *Modelo especializado para la toma de declaraciones infantiles ¿Cómo obtener información sin revictimizar al niño? Tomo II de la colección: “El niño Víctima del Delito Frente al Proceso Penal*, *op. cit.*, pp. 31-36.

De las características emocionales, se desprende que un niño no tiene las estrategias suficientes para enfrentar las situaciones de angustia y vulnerabilidad, es decir, que poseen todas las emociones de una persona pero están en proceso de aprender a controlarlas. Las emociones más comunes que enfrenta un niño en un proceso son: el temor, la inhibición extrema o desenfado extremo y la ansiedad,³⁶⁸ mismas que si no son asistidas por los expertos cuando el niño sea escuchado, entonces le afectarán negativamente.

Y por último, las características morales durante la infancia, lo que está bien y lo que está mal se concretan según se reciba un castigo por determinada acción, el respeto a la autoridad adulta no se puede cuestionar y por tanto, la percepción es de obediencia para evitar un castigo. Asimismo, la aprobación sobre lo bueno y malo depende en gran medida de lo que piensen los adultos y con tal de evitar el castigo, darán la respuesta que el adulto quiere escuchar.

De esta forma, las autoridades que no cuidan los entornos, el acercamiento con el niño, el uso del lenguaje, el tono de voz, impedirán que los resultados de la participación del niño sean útiles para la resolución.³⁶⁹

En las últimas décadas del siglo pasado, no se habían desarrollado con profundidad las características anteriores, lo cual impedía que el niño tuviera acceso a ser escuchado de la forma correcta. Sin embargo, en la actualidad es posible encontrar una creciente participación de la infancia en los procesos, aunque muy carente aún, de elementos que beneficien la comparecencia del niño. En este sentido, la declaración del niño en los procesos es altamente valiosa para que el impartidor de justicia tome una decisión.³⁷⁰

No obstante, la carente especialización que se muestra en la actualidad respecto a la interacción con el niño, así como su exclusión del proceso como consecuencia de la falta

³⁶⁸ *Ibid*, p. 38

³⁶⁹ *Ibid*, p. 40

³⁷⁰ *Cfr. Gómez Fröde, Carina, El arte cinematográfico como herramienta pedagógica para la enseñanza del derecho y de la teoría general del proceso*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 51.

de adecuaciones o medidas necesarias para que se exprese³⁷¹ impiden la adecuada participación.

Aunado a que las características anteriormente descritas, no pueden ser utilizadas correctamente, si se le suman los impedimentos procedimentales para con la infancia, como el considerarlo incapaz para que participe en las distintas etapas del proceso, como se describe a continuación.

3.3 Instrucción

Para hablar de las etapas del proceso, es prudente señalar que el proceso refiere a “*un medio de solución o de composición del litigio*”, es decir, es que para que exista, es necesaria la pretensión de un interesado y la resistencia del otro.³⁷² Y, en términos generales, todo proceso se divide en dos etapas: la instrucción y el juicio.³⁷³

La instrucción es la primera fase de un proceso, y en ella se desarrollan una etapa de preparación en la que se presentan todos “los datos, elementos, pruebas, afirmaciones, negativas y deducciones de todos los sujetos interesados y terceros”, para que el juez o tribunal dicte una sentencia.³⁷⁴

Dentro de fase, se encuentran tres más: postulatoria, probatoria y preconclusiva.

En la etapa postulatoria, las partes expresan sus pretensiones y resistencias, exponen los hechos y lo que convenga a sus intereses, así como los fundamentos de derecho que consideren pertinentes.

La siguiente etapa, la probatoria, como su nombre lo dice, se presentan las pruebas en cuatro diversas etapas: 1) ofrecimiento de la prueba; 2) admisión de la prueba; 3) preparación de la prueba y, 4) desahogo de la prueba.

³⁷¹ Cfr. Franco Martínez del Campo, Elisa y otros, *La infancia y la justicia en México. I. El niño víctima y testigo del delito dentro del Sistema Penal Acusatorio en México*, op. cit., p. 61.

³⁷² Cfr. Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, México, Oxford University, 2004, p. 7.

³⁷³ Cfr. Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, op. cit., p. 113.

³⁷⁴ *Ibid*, p. 114

En el ofrecimiento de pruebas, las partes presentan ante el tribunal aquellas que consideran pertinentes para acreditar los hechos, las admite o en su caso las rechaza o no admite, por ejemplo, cuando no tienen que ver con la controversia o cuando no se presente en el tiempo procesal establecido.

En caso de que las pruebas sean admitidas por el tribunal, deben prepararse, es decir que tanto las partes como los integrantes competentes del tribunal realizan las actuaciones necesarias para que las pruebas se desahoguen.

Y por último, se desahoga la prueba, es decir, se desarrolla la prueba. Cabe señalar que existen pruebas que por sí mismas se desahogan, como las documentales, mientras que otras se desarrollan, por ejemplo una diligencia.³⁷⁵

Cuando se concluye el desarrollo de las pruebas, se prosigue la etapa preconclusiva, la cual consiste en la presentación de alegatos o conclusiones, en las cuales se argumentan las consideraciones y razonamientos respecto de las etapas anteriores.³⁷⁶

El juicio, es la etapa donde el juez dicta la resolución respectiva con base en las consideraciones expuestas ante él. Esta etapa del proceso es relevante para el ejercicio de los derechos de la infancia, ya que es durante la presentación de pruebas, donde más se logra ver la violación al derecho a participar en el proceso, y la forma en la que debe formarse.

Como ya se describió anteriormente, se debe garantizar el actuar del niño en cada etapa descrita anteriormente.³⁷⁷ De esta forma podemos asegurar, que su participación no es el fin,³⁷⁸ sino el medio para conocer su opinión y considerarla en la resolución del asunto que decidirá su derecho. Circunstancia que se encuentra íntimamente relacionada

³⁷⁵ Cfr. Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, op. cit., p. 115.

³⁷⁶ *Ibid.* p.116.

³⁷⁷ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12*, op. cit. p. 17.

³⁷⁸ Cfr. Comité de los Derechos del Niño. *Observación General No.5 Medidas Generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, ONU, 2013, p.6.

con la sentencia, ya que es, donde materialmente, el juez expresa el cómo se consideró la opinión del niño y de qué manera influyó en su resolución.

3.4 Capacidad del niño en el proceso

Una vez establecidas las partes del proceso, es necesario ahondar en la forma en la que se puede actuar dentro de este.

Las partes son los sujetos principales de una relación jurídica que reclaman una decisión judicial y la regla general señala que todas las personas pueden ser parte en un proceso. Al enunciado anterior, en la práctica, se conoce como la capacidad de goce.³⁷⁹ Sin embargo, para actuar en un proceso no es suficiente con que la persona posea la capacidad de goce, sino que necesita adquirir la capacidad de procesal o también conocida como capacidad de ejercicio.

Para poder comprender mejor la relación entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, y la relación que tienen estas respecto al niño que actúa en el proceso, es necesario definir cada una.

La capacidad de goce es la aptitud de una persona para figurar como parte del proceso, lo cual no significa que la persona esté en pleno ejercicio de sus derechos para comparecer en un juicio.³⁸⁰ Sin embargo, en ese último supuesto, la persona podrá actuar a través de un representante. Los representantes son designados de acuerdo a lo establecido por la ley.

Por su parte, la capacidad de ejercicio implica la aptitud de una persona para hacer valer por sí mismo sus derechos³⁸¹ y de comparecer en juicio a nombre propio o en representación de otro, es decir, la facultad de intervenir activamente en el proceso. Por

³⁷⁹ Cfr. Ovalle Fabela, José, *Teoría General del Proceso*, Sexta edición, México, Oxford University Press, 2005, p. 269

³⁸⁰ *Ibid.* p. 270

³⁸¹ Cfr. Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Sexta edición, México, Oxford University Press, 2010, p. 143.

lo tanto, quienes participan en el proceso directamente, entonces poseen la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

La regla general cita que todas las personas en pleno ejercicio de sus derechos pueden actuar en un juicio, ya sea por si mismas o por los representantes, ya sea que voluntariamente o por representación legal.³⁸²

En este mismo contexto, la teoría clásica del derecho civil señala que los niños son considerados como incapaces y, por tanto solo poseen la capacidad de goce, por lo que pueden ejercer sus derechos en juicio sólo a través del representante,³⁸³ eso significa que la capacidad de goce se complementa con la representación.³⁸⁴ Sin embargo la CDN desafía de alguna forma esta idea y construye una nueva forma de entender la capacidad, en la cual los niños pueden ejercer sus derechos de acuerdo a su nivel de desarrollo y capacidades, es decir, conforme a su creciente autonomía.³⁸⁵

No obstante, aún existen dificultades que impiden el nuevo tratamiento jurídico de los niños para el ejercicio de sus derechos, como la incapacidad natural y legal.³⁸⁶

Respecto a este último enunciado, Mónica González Contró, propone insistir en la obligación del Estado de armonizar la legislación nacional con la CDN, crear instrumentos

³⁸² Cfr. Ovalle Fabela, José, *Teoría General del Proceso*, op. cit. p, 270

³⁸³ Cfr. Arellano García, Carlos, *Teoría General del Proceso*, México, Porrúa, 2007, p. 195.

³⁸⁴ *Ibid.* p. 196; Cabe añadir que el Comité de Derechos del Niño, en la Observación General 12, menciona cómo debe ser representado en niño. El desarrollo del tema puede leerse en la página 57 de este trabajo.

³⁸⁵ Cfr. Franco Martínez del Campo, Elisa y otros, *La infancia y la justicia en México. I. El niño víctima y testigo del delito dentro del Sistema Penal Acusatorio en México*, op. cit., p. 56.

³⁸⁶ Cfr. González Contró, Mónica, Un intento por comprender los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes en México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Derechos de la infancia: oportunidad para su reconocimiento*, México, defensor, Revista de Derechos Humanos, 2012, p. 31.

de exigibilidad accesibles a los niños y promocionar una cultura que impida la discriminación para con el ejercicio de los derechos de los niños.³⁸⁷

A pesar de estos impedimentos, se han logrado establecer algunos criterios que hacen posible la participación del niño en el proceso, a partir de su autonomía. Al respecto, encontramos la siguiente Tesis:

“Las niñas y los niños, como titulares de derechos humanos, ejercen sus derechos progresivamente, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía, lo que se denomina "adquisición progresiva de la autonomía de los niños", lo cual conlleva que actúen durante su primera infancia por conducto de otras personas -idealmente, de sus familiares-. Así, el derecho de las niñas y los niños a participar en procedimientos jurisdiccionales que puedan afectar su esfera jurídica se ejerce, también, progresivamente, sin que su ejercicio dependa de una edad que pueda predeterminarse en una regla fija, incluso de índole legal, ni aplicarse en forma generalizada a todos los menores de edad, sino que el grado de autonomía debe analizarse en cada caso. Ahora bien, la participación de los niños en procedimientos jurisdiccionales reviste una doble finalidad, pues, al reconocerlos como sujetos de derecho, logra el efectivo ejercicio de sus derechos y, a la vez, se permite que el juzgador se allegue de todos los elementos que necesite para forjar su convicción respecto de un determinado asunto, lo que resulta fundamental para una debida tutela del interés superior de la infancia. En este sentido, los lineamientos que deben observarse para la participación de niñas y niños dentro de cualquier procedimiento jurisdiccional que pueda afectar su esfera jurídica son: (1) para la admisión de la prueba debe considerarse que: (a) la edad biológica de los niños no es el criterio determinante para llegar a una decisión respecto a su participación dentro de un procedimiento jurisdiccional, sino su madurez, es decir, su capacidad de comprender el asunto, sus consecuencias y de formarse un juicio o criterio propio; (b) debe evitarse la práctica desconsiderada del ejercicio de este derecho; y, (c) debe evitarse entrevistar a los niños en más ocasiones de las necesarias; (2) para preparar la entrevista en la que participarán, se

³⁸⁷ *Idem.*

requiere que sean informados en un lenguaje accesible y amigable sobre el procedimiento y su derecho a participar, y que se garantice que su participación es voluntaria; (3) para el desahogo de la prueba, la declaración o testimonio del niño debe llevarse a cabo en una diligencia seguida en forma de entrevista o conversación, la cual debe cumplir con los siguientes requisitos: (a) es conveniente que previamente a la entrevista el juzgador se reúna con un especialista en temas de niñez, ya sea psiquiatra o psicólogo, para aclarar los términos de lo que se pretende conversar con el niño, para que a éste le resulte más sencillo de comprender y continuar la conversación; (b) la entrevista debe desarrollarse, en la medida de lo posible, en un lugar que no represente un ambiente hostil para los intereses del niño, esto es, donde pueda sentirse respetado y seguro para expresar libremente sus opiniones; (c) además de estar presentes el juzgador o funcionario que tome la decisión, durante la diligencia deben comparecer el especialista en temas de niñez que se haya reunido con el juzgador y, siempre que el niño lo solicite o se estime conveniente para proteger su superior interés, una persona de su confianza, siempre que ello no genere un conflicto de intereses; (d) en la medida de lo posible, debe registrarse la declaración o testimonio de las niñas y niños íntegramente, ya sea mediante la transcripción de toda la diligencia o con los medios tecnológicos al alcance del juzgado o tribunal que permitan el registro del audio; (4) los niños deben intervenir directamente en las entrevistas, sin que ello implique que no puedan tener representación durante el juicio, la cual recaerá en quienes legalmente estén llamados a ejercerla, salvo que se genere un conflicto de intereses, en cuyo caso debe analizarse la necesidad de nombrar un tutor interino; y (5) debe consultarse a los niños sobre la confidencialidad de sus declaraciones, aunque la decisión final sea del juzgador, para evitarles algún conflicto que pueda afectar su salud mental o, en general, su bienestar. Finalmente, es importante enfatizar que en cada una de estas medidas siempre debe tenerse en cuenta el interés superior de la infancia por lo que no debe adoptarse alguna determinación que implique perjuicio para

los niños, más allá de los efectos normales inherentes a su participación dentro del procedimiento jurisdiccional.”³⁸⁸

La tesis anterior muestra un avance respecto al nuevo tratamiento del niño como sujeto de derechos y por tanto, como una persona capaz de ejercer su derecho de participación. Lo anterior, sin dejar a un lado las medidas necesarias que corresponden al Estado para el ejercicio del derecho.

3.4.1 Legitimación

La legitimación en el proceso, es “un presupuesto para que la acción la inicie indispensablemente quien tenga personalidad o capacidad para ello”.³⁸⁹ Es probar que, de acuerdo con la ley, se reúnen los requisitos para participar en este,³⁹⁰ y por tanto, la parte que demuestra que posee la relación con ciertos bienes o intereses es quien posee la legitimación para obrar³⁹¹

Carlos Arellano García define la legitimación como “una cualidad que corresponde a las partes en el proceso y a sus representantes para poder actuar válidamente en el proceso, por derecho propio o en representación de otro”.³⁹²

Los sujetos a quienes les es posible legitimarse en el proceso deben ser determinados y a su vez, son quienes podrán hacer la reclamación en nombre propio o ajeno. Dentro de estos sujetos se encuentran las partes (actor-demandado) y los (o sus) representantes.³⁹³ Y respecto a estos últimos, es importante hacer hincapié ya que es la

³⁸⁸ Cfr. Tesis Aislada 1a. LXXIX, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima época, t. I, marzo de 2013, p. 884.

³⁸⁹ Carrasco Soulé López, Hugo Carlos, *Derecho Procesal Civil*, México, IURE editores, 2004, p.165.

³⁹⁰ Cfr. Arellano García, Carlos, *Teoría General del Proceso*, op. cit., p. 196.

³⁹¹ Cfr. Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*, op. cit., p. 147

³⁹² Cfr. Arellano García, Carlos, *Teoría General del Proceso*, op. cit., p. 199.

³⁹³ *Idem*.

forma en que el niño actúa en el proceso. Por tanto, la persona que pretenda actuar en el proceso a nombre de otra, debe tener el derecho de poder hacerlo, en otras palabras, estar legitimada por la ley. En el caso de los niños, será quien que posea la patria potestad o la tutela.³⁹⁴

La legitimación está ligada a la capacidad de ejercicio,³⁹⁵ y en este mismo sentido, la finalidad de la legitimación es actuar válidamente en el proceso y por tanto, pretender que los efectos jurídicos que se solicitan, se produzcan.

Algunos autores hacen referencia a diversos tipos de legitimación, entre los que ubican la legitimación activa que corresponde al actor, la legitimación pasiva que corresponde al demandado; la legitimación en la causa que implica la tenencia de un derecho de fondo o sustantivo³⁹⁶ y la legitimación procesal que se refleja en la potestad de acudir ante el órgano jurisdiccional para tramitar y actuar en el juicio.³⁹⁷

En este mismo sentido, la siguiente tesis ejemplifica la legitimación procesal en los niños:

“La legitimación procesal es uno de los requisitos que dota de validez a un juicio. Tratándose de juicios donde se dilucidan derechos de menores, la legitimación procesal la tienen sus representantes legales. La representación legal cesa al llegar a la mayoría de edad. Así pues, cuando en un juicio un menor adquiere la mayoría de edad, es evidente que a partir de ese momento ya no puede seguir actuando a través de quien era su representante legal, sino es él quien ahora tiene la legitimación procesal para comparecer. Lo anterior no significa que lo antes actuado bajo la representación legal sea nulo por falta de legitimación procesal, toda vez que en ese momento dicho requisito fue correctamente cumplimentado, ya que sólo a través de su representante legal el menor podía comparecer a juicio. Concebirlo de forma contraria, haría inútil y sin beneficio alguno toda la tutela y salvaguarda que el Estado procuró en la minoría de edad, dado que se vería nulificado lo

³⁹⁴ Cfr. Artículo 449 del Código Civil para el Distrito Federal

³⁹⁵ Cfr. Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, op. cit., p. 222.

³⁹⁶ *Ibid*, p. 222

³⁹⁷ Cfr. Ovalle Fabela, José, *Teoría General del Proceso*, op. cit., p. 272.

actuado con base en los beneficios procesales inherentes a la calidad de infante; lo cual conllevaría a que el ahora mayor de edad afrontara desfavorablemente los derechos y obligaciones que se adquirieron o ejercieron por quienes tenían su representación legal. Además, se trastocaría el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en concreto los principios de certeza jurídica y economía procesal, en cuanto se haría al ahora mayor de edad y al Estado invertir recursos humanos y materiales en la instauración de un nuevo juicio, en el cual ya no regiría el principio protector del interés superior del menor.³⁹⁸

Por tanto, el niño posee la legitimación en la causa, pero no la legitimación procesal, mientras que su tutor es quien tiene la legitimación procesal más no la legitimación en la causa.³⁹⁹ No obstante, como se cita en la tesis, hay un cambio, a nuestro parecer radical en la situación jurídica del niño del no poder comparecer, a hacerlo con la mayoría de edad. Por lo anterior, es fundamental que el niño participe de acuerdo a su desarrollo y sus capacidades lo más que se pueda en su proceso, para evitar un cambio repentino la actuación del niño o adolescente.⁴⁰⁰

3.4.2 Representación

La representación es una institución jurídica a través de la cual se autoriza a una persona para que realice actos jurídicos por otra persona.⁴⁰¹ La representación según Cipriano Gómez, puede identificarse de dos formas. La primera es legal o forzosa, es decir, tiene origen en la ley y aplica cuando esta confiere esa facultad sin posibilidad de

³⁹⁸ Cfr. Tesis: VII.2º.C.57 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXV, Décima Época, tomo 3, octubre de 2013, p. 1827

³⁹⁹ Cfr. Arellano García, Carlos, *Teoría General del Proceso*, op. cit., p. 201.

⁴⁰⁰ En este punto se incluye el término adolescente ya que es la etapa en la que se adquiere la mayoría de edad y, por tanto en la que se realizará el cambio de situación jurídica.

⁴⁰¹ Cfr. Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, op. cit., p. 223.

excusarse;⁴⁰² esta es el caso de los niños y sus tutores, estos últimos deben representar al niño.

La segunda es la representación convencional y en esta la persona manifiesta por su voluntad que otra persona represente sus intereses en algún juicio, es decir, que tiene un origen personal, es revocable y está sujeta a las instrucciones del representado.⁴⁰³

Berenice Fuentes, menciona que la participación del niño en el proceso es una forma de implementar el principio de autonomía que tiene el niño, es decir, que de acuerdo a su desarrollo físico y psicológico, es capaz de autogobernarse.⁴⁰⁴

Por tanto, si bien es cierto que aún se considera que los niños deben quedar sujetos a la representación que les impone la ley, también lo es que ellos pueden elegir si desean o no ser representados por la persona que se les proporciona.⁴⁰⁵

En algunos casos, la representación legal cesa cuando el menor de edad adquiere la mayoría de edad.

Al respecto, la siguiente tesis muestra los efectos jurídicos que puede tener este cambio de “repentino” de situación jurídica:

“La representación legal cesa al adquirir el menor la mayoría de edad; así, cuando en el juicio se suscita tal evento, es evidente que a partir de este momento quien representaba legalmente al menor ya no lo puede hacer. Por lo que si éste sigue actuando a nombre de aquél, se configura una violación a las leyes del procedimiento establecida en la fracción II del artículo 159 de la Ley de Amparo, vigente hasta el 2 de abril de 2013, pues el ahora mayor de edad ha sido representado indebidamente desde dicho suceso. En

⁴⁰² *Ibid*, p. 224.

⁴⁰³ Cfr. Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, op. cit., p. 224.

⁴⁰⁴ Cfr. Fuentes Pérez, Dalia Berenice, *Derecho Internacional de los derechos humanos. Manual*, op. cit., p. 351.

⁴⁰⁵ Cfr. Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-21/14*, p. 48.

*consecuencia, debe reponerse el procedimiento hasta el momento en que el menor alcanzó su mayoría de edad.*⁴⁰⁶

En México, la participación del niño aún encuentra trabas mediante términos procesales que impiden la actuación del niño. Así como la falta de cultura jurídica respecto a considerar a los niños sujetos de derechos, que tienen la capacidad, de acuerdo a su desarrollo, de actuar en un proceso en el que sus derechos estén en juego.

⁴⁰⁶ *Cfr.* Tesis VII.2º.C.59 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 3, octubre de 2013, p. 1827.

Capítulo 4. El niño y la actuación en el proceso a partir del nuevo derecho público. A manera de conclusión.

4.1 Obligaciones del juez y el nuevo derecho público

El nuevo derecho público, expresado en un derecho común o *ius commune* se construye a partir de la apertura al derecho internacional, por ejemplo, a las instituciones supranacionales e internacionales, las cuales a través de las decisiones que toman, influyen en las políticas estatales y en la vida de la sociedad.⁴⁰⁷ De tal manera que, el nuevo derecho público fomenta la construcción de, en palabras de Guillermo Estrada, “nuevas relaciones internacionales”.⁴⁰⁸

La apertura al derecho internacional, en particular a los derechos humanos, se ha reflejado en la constitucionalización del derecho internacional, es decir, en la incorporación de los derechos humanos consagrados en los tratados de esta materia humanos hacia las constituciones nacionales.⁴⁰⁹

La tendencia de incorporación del derecho internacional al derecho nacional ha crecido en Latinoamérica. Mariela Morales Antoniazzi lo llama: interamericanización.

Esta interamericanización se integra con la apertura del sistema regional de protección de derechos humanos, es decir, la inclusión de los principios, las normas y los estándares

⁴⁰⁷ Cfr. Morales- Antoniazzi, Mariela, La doble estatalidad abierta y la tutela de los derechos en el constitucionalismo suramericano de la integración, Bogdandy Von, Armin, Ugartemendia, Juan Ignacio, et. al. (coords), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2012., p. 260.

⁴⁰⁸ Cfr. Estrada Adán, Guillermo Enrique, *El diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos: revisión desde el ius commune y la contradicción de Tesis 293/2011*, p. 3-4. Texto en proceso de publicación.

⁴⁰⁹ Cfr. Morales-Antoniazzi, Mariela, *La doble estatalidad abierta y la tutela de los derechos humanos en el constitucionalismo*, op. cit., p. 250.

que se han creado por el sistema interamericano.⁴¹⁰ Con mayor precisión, la Comisión y Corte interamericana de derechos humanos.

Este acervo latinoamericano en derechos humanos se ha convertido en un patrimonio común⁴¹¹ y en un estándar mínimo de los ordenamientos jurídicos,⁴¹² y se ha incorporado al derecho interno, a partir de la fórmula de cláusula de apertura al derecho internacional,⁴¹³ la cual permite la “penetración normativa”⁴¹⁴ supranacional o internacional al derecho interno.

El Estado mexicano, siguió esta tendencia de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al derecho nacional, en un principio en el expediente *Varios 912/2010* referente al caso *Radilla Pacheco* y al cumplimiento de la sentencia. Después le siguió la reforma al artículo 1 de la Constitución y la incorporación del goce de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como la incorporación de los métodos de interpretación que se establecen en su texto: interpretación conforme, principio *pro persona* y el control de convencionalidad.

En este mismo contexto recientemente se discutió en el pleno de la SCJN, la contradicción de tesis 293/2011, que sin perjuicio de ahondar más adelante en el tema, se resolvió que los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales tiene la misma fuerza normativa que los contenidos en la CPEUM, con el límite de que se señale por el texto constitucional, una restricción expresa al derecho. Asimismo se decidió que la jurisprudencia de la Corte IDH, es obligatoria para todos los jueces nacionales.

⁴¹⁰ *Ibid*, p. 267.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 268.

⁴¹² *Ibid.*, 250

⁴¹³ *Cfr.* Estrada Adán, Guillermo Enrique, *El diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos: revisión desde el ius commune y la contradicción de Tesis 293/2011*, *op. cit.*, p. 2.

⁴¹⁴ *Cfr.* Morales-Antoniazzi, Mariela, *La doble estatalidad abierta y la tutela de los derechos humanos en el constitucionalismo*, *op. cit.*, p. 251.

De lo anterior se puede desprender la conformación de un nuevo orden público.

4.1.1 Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

En 2011, la Constitución mexicana sufrió una transformación importante en materia de derechos humanos y derechos internacional.

Para muchos, esta reforma fue un cambio radical dentro del ámbito político y jurisdiccional del país. Si bien es cierto que la reforma tiene una pincelada de radical, también lo es que, si no como tal, si venía construyéndose desde algunos años atrás.

Para algunos autores, la reforma no es el inicio sino la conclusión de un proceso que tiene como finalidad la protección de los derechos humanos. Incluso, han clasificado la evolución en tres etapas: 1945-1994; 1994-2000 y 2000-2006. Donde la primera habla respecto a la actuación tradicional de México frente a los demás Estados, referente a la protección de los derechos humanos; la segunda que refiere a la transición del mero discurso a la práctica de la protección de estos derechos y por último, la apertura de México para con el derecho internacional de los derechos humanos.⁴¹⁵

El artículo primero consagró la apertura al derecho internacional de los derechos humanos, y en particular a aquellos que están consagrados en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. No obstante, el artículo olvida el derecho que no es convencional o aquellas resoluciones de las organizaciones internacionales y el *soft law*. La inclusión de estos elementos, nos permitirían integrarnos de una manera más amplia, al *ius commune* en derechos humanos.⁴¹⁶

⁴¹⁵ Cfr. Saltalamacchia Ziccardi, Natalia y Covarrubias Velasco, Ana, La dimensión Internacional de la Reforma de Derechos Humanos: Antecedentes Históricos, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro coord.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un nuevo Paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011, p. 2.

⁴¹⁶ Cfr. Estrada Adán, Guillermo Enrique, *El diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos: revisión desde el ius commune y la contradicción de Tesis 293/2011*, op. cit., p. 6.

Dentro del párrafo segundo, se consagra la forma de interpretación que debe considerarse en materia de derechos humanos: la interpretación conforme, la cual debe conducirse bajo el principio pro persona física.

4.1.1.1 Principio pro persona física

El párrafo segundo del artículo primero constitucional señala que las normas de derechos humanos, se interpretarán “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”, conocido mejor como el principio pro persona física.

Este principio es un criterio de interpretación de los derechos humanos que deriva del artículo 29 de la CADH, y del objeto y fin de mismo tratado,⁴¹⁷ y que “tiene como fin acudir a la norma más protectora y/o preferir la interpretación de mayor alcance de ésta al reconocer/garantizar el ejercicio de un derecho fundamental; o bien, en sentido complementario, aplicar la norma y/o interpretación más restringida al establecer limitaciones/restricciones al ejercicio de los derechos humanos.”⁴¹⁸

Este principio, atiende a la naturaleza de los derechos humanos⁴¹⁹ y sirve de guía interpretativa para lograr la mayor efectividad de éstos.⁴²⁰ De tal forma que el enunciado normativo que contenga la norma más protectora para la persona, será la que sirva de parámetro de control para todas las demás normas del sistema.⁴²¹

⁴¹⁷ Cfr. Medellín Urquiaga, Ximena, *Principio pro persona*, Reforma DH, Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, México, SCJN, Konrad A., 2013, p. 24.

⁴¹⁸ Cfr. Castilla Karlos, *El principio pro persona en la administración de justicia*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Número 20, Enero-Junio 2009.

⁴¹⁹ Cfr. Medellín Urquiaga, Ximena, *Principio pro persona*, op. cit., p.25.

⁴²⁰ Cfr. Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor Eduardo, *Control de Convencionalidad, Interpretación Conforme y Diálogo Jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 2012, p. 97.

⁴²¹ Cfr. Medellín Urquiaga, Ximena, *Principio pro persona*, op.cit., p. 27.

La Corte Interamericana menciona lo siguiente respecto al principio pro persona:

“... al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”⁴²²

En la función judicial, el aplicador del derecho tiene la posibilidad de elegir entre diversas normas o sus interpretaciones respecto a la que tenga una protección más especializada.⁴²³

Cabe especificar, que el principio pro persona también es utilizado en la restricción de un derecho, para que ésta última tenga menor alcance; por ejemplo, debe interpretarse de forma restrictiva cualquier requisito legal de naturaleza procesal que obstaculice la exigibilidad de un derechos.⁴²⁴

Así, el “auténtico criterio vector, es la dignidad de las personas físicas”⁴²⁵ por esta misma razón, este principio tiene cierta peculiaridad, al permear los demás principios interpretativos en derechos humanos.⁴²⁶

4.1.1.2 Principio de interpretación conforme

El mismo párrafo segundo del artículo primero constitucional, advierte que los derechos humanos “se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia”. De esta forma, se da apertura a la interpretación conforme.

⁴²² Cfr. Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, p. 91.

⁴²³ Cfr. Castilla, Karlos, *El principio pro persona en la administración de justicia, op. cit.* <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/20/ard/ard2.htm>

⁴²⁴ Cfr. Medellín Urquiaga, Ximena, *Principio pro persona, op.cit.*, p. 34.

⁴²⁵ Cfr. Estrada Adán, Guillermo Enrique, “El diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos: revisión desde el *ius commune* y la contradicción de Tesis 293/2011, p. 17.

⁴²⁶ Cfr. Castilla, Karlos, *El principio pro persona en la administración de justicia, op. cit.* <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/20/ard/ard2.htm>

El principio de interpretación conforme se advierte como una técnica dentro del cual se las normas sobre derechos humanos presentes en la constitución deben interpretarse conforme al contenido de los tratados internacionales,⁴²⁷ es decir, sobre sus valores, principios y normas; inclusive es posible realizar la armonización sobre distintas resoluciones y fuentes internacionales. Y cuyos objetivos son: el cumplimiento de la obligación internacional y el otorgar la mayor protección de la persona.⁴²⁸

Para ciertos doctrinarios, la interpretación conforme es una técnica a través de la cual se realiza un “ajuste entre normas con una dirección específica”⁴²⁹ En este mismo sentido, la norma no es incompatible, sino hasta que se le asigne un sentido a partir de una interpretación.⁴³⁰

En México, de acuerdo con el artículo 1 constitucional todas las autoridades estatales están obligadas a utilizarlo de acuerdo a sus propias competencias y debe estar acompañada, en todo momento, de las premisas de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos.⁴³¹

La interpretación conforme, requiere de la armonización de la norma nacional con la norma internacional y de las distintas interpretaciones que puedan surgir de la

⁴²⁷ Cfr. Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme. El método constitucional ante los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad*, México, Porrúa, IMDPC, 2013, p. 26.

⁴²⁸ Cfr. Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme. El método constitucional ante los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad*, op. cit., p.27.

⁴²⁹ Cfr. Cerdio, Jorge, Gama Raymundo y otros, “*Interpretación Conforme*”, Reforma DH. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, México, SCJN, Konrad A., 2013, p. 25.

⁴³⁰ *Ibid.* p. 23.

⁴³¹ Cfr. Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme. El método constitucional ante los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad*, op. cit., pp. 127 y 130.

armonización, la autoridad debe elegir aquella que resulte más protectora para la persona⁴³² en el caso concreto, o en su caso, la limitación que restrinja en menor medida el goce de un derecho.⁴³³ En otras palabras, se busca adecuar la actuación de quienes interpretan la Constitución al contenido de los tratados.⁴³⁴

Asimismo, desde la jurisdicción internacional se tienen como resultados de la armonización, la creación de estándares mínimos respecto a la protección en derechos humanos, y la conformación de un “referente interpretativo” para la jurisdicción nacional; y desde esta última porque dota de contenido a los derechos, al integrar los criterios sobre un derechos, emanados de las instancias internacionales.⁴³⁵

De esta manera, en Latinoamérica, la interpretación conforme se ha convertido en uno de los mecanismos más efectivos de armonización entre el derecho internacional y el nacional.⁴³⁶

4.1.2 Control de Convencionalidad.

En los casos en los que no sea posible armonizar las distintas normas,⁴³⁷ el intérprete realizará un control entre el derecho nacional y el derecho convencional, el cual

⁴³² Cfr. Cerdio, Jorge, Gama Raymundo y otros, *Interpretación Conforme*, op. cit., p. 26.

⁴³³ Cfr. Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme. El método constitucional ante los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad*, op. cit., pp. 129-130.

⁴³⁴ *Ibid*, p. 27.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 28.

⁴³⁶ Cfr. Morales-Antoniuzzi, Mariela, *La doble estatalidad abierta y la tutela de los derechos humanos en el constitucionalismo*, op.cit., p. 249.

⁴³⁷ Cfr. Cerdio, Jorge, Gama Raymundo y otros, *Interpretación Conforme*, op. cit., p. 31.

consistirá en no aplicar la norma o declararla inválida, según correspondan las competencias,⁴³⁸ mejor conocido como: control de convencionalidad.

El control de convencionalidad es un examen a partir del cual “se vigila que los Estados cumplan con el contenido de los tratados internacionales.”⁴³⁹ Y en el espacio interamericano, tiene su primera aparición en el voto de Sergio García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang*, para encontrarse de nuevo, ya como criterio de una sentencia, en el caso *Almonacid Arellano*. Este criterio ha sido perfeccionado por la Corte Interamericana, y ha pasado de una “especie de control de convencionalidad”, al deber de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana.

Para Néstor Pedro Sagües, este control tiene dos resultados particulares. El primero lo llama “represivo”, es decir, cuando la norma interna es contraria a lo que establece la Convención o a la jurisprudencia de la Corte se procede a no aplicarla al caso concreto.

El segundo efecto surge de una sentencia que ha traído consigo cambios importantes al derecho interno mexicano, la sentencia *Radilla Pacheco*. De esta se desprende un efecto “positivo o constructivo”, en el que los jueces deben aplicar el derecho interno de acuerdo con lo establecido en la Convención y los criterios que emanan de esta.⁴⁴⁰ Los doctrinarios han dividido el control en: concentrado y difuso.

⁴³⁸ Cfr. Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme. El método constitucional ante los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad*, op. cit., p. 131.

⁴³⁹ Cfr. Estrada Adán, Guillermo Enrique, *Interpretación Judicial Internacional. Análisis del papel del juez en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tesis para optar por el grado de Doctor en Derecho, México, UNAM, 2013, p. 311.

⁴⁴⁰ Cfr. Sagües Pedro, Néstor, *El “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los Derechos Económicos-Sociales. Concorfancias y Diferencias con el Sistema Europeo*, en Bogdandy, Armin Von, et. al., *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches

El control concentrado es aquel que realiza la Corte Interamericana al realizar un examen de compatibilidad entre el acto de violación y la Convención Americana y sus Protocolos adicionales.⁴⁴¹

Mientras que el control difuso de convencionalidad es el que realizan los jueces nacionales o toda autoridad competente para realizarlo, es decir, el deber de realizar el examen de compatibilidad entre el acto y la norma nacional, y la Convención Americana o el *corpus iuris* interamericano.⁴⁴²

En México, el control de convencionalidad se convierte en tema a tratar, a partir de la sentencia *Radilla*, en la que la Corte Interamericana establece que:

“...el Poder Judicial debe ejercer un “control 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. 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.”⁴⁴³

Para entender la obligación que surge de la sentencia, la SCJN se pronunció al respecto en el expediente *Varios 912/210*, y resolvió que el Poder Judicial de la Federación tiene la obligación de ejercer un control de convencionalidad respecto a las normas internas y los tratados de derechos humanos. Y además, los jueces podrán desaplicar la

Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 385.

⁴⁴¹ Cfr. Ferrer Mac Gregor, Eduardo, Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano, Saiz Arnaiz, Alejandro, Eduardo Ferre Mac-Gregor Coord. *Control de Convencionalidad, Interpretación Conforme y Diálogo Jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, p. 121

⁴⁴² Cfr. Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano*, op. cit., p. 123.

⁴⁴³ Cfr. Corte IDH. *Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 209 de 23 de noviembre de 2009, p. 339.

norma que se considere contraria, no solamente a la CADH, sino a la CPEUM. En este sentido, es que todos los órganos del Estado mexicano, tienen el deber de realizar el control de convencionalidad y únicamente, el Poder Judicial podrá realizar los efectos del mismo.⁴⁴⁴

Es por este control que se ha logrado incentivar la creación de un *ius commune*, a través de la Corte Interamericana y los jueces nacionales al “edificar estándares y reglas uniforme en la región, y derrumbar las antinormas o las antiinterpretaciones que se les opongan”⁴⁴⁵

4.1.3 Contradicción de tesis 293/2011

La contradicción de tesis surge respecto a la discrepancia que existía en determinados criterios. El primero refería a la jerarquía normativa de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, es decir, el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito señaló que cuando en conflicto verse sobre derechos humanos, los tratados o convenciones de los que México es parte, deben ubicarse a nivel constitucional; mientras que el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito sostuvo que los tratados debían ubicarse por debajo de la Constitución.⁴⁴⁶

En el segundo punto a resolver, el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito sostuvo que los Criterios de la Corte IDH, únicamente eran orientadores, mientras que el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, sostuvo que la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos es obligatoria.⁴⁴⁷

⁴⁴⁴ Cfr. Estrada Adán, Guillermo Enrique, *Interpretación Judicial Internacional. Análisis del papel del juez en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, op. cit., pp. 314 y 315.

⁴⁴⁵ Cfr. Sagües Pedro, Néstor, *El Control de Convencionalidad*, op. cit. p. 397.

⁴⁴⁶ SCJN, Engrose de la Contradicción de tesis 293/2011, p.15.

⁴⁴⁷ *Ibid*, p. 16.

De lo anterior, la SCJN debía resolver dos puntos relevantes: la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la Constitución, y el carácter vinculante de la jurisprudencia en materia de derechos humanos emitidos por la Corte IDH.⁴⁴⁸

Después de la necesaria y controvertida discusión en relación a la jerarquía de los tratados de derechos humanos, se llegó al acuerdo de que no existe en materia de derechos humanos una controversia de jerarquía, y se aprobó por mayoría de diez votos y uno en contra, que las normas que estén contenidas en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, y que reconocen derechos humanos, tienen la misma fuerza normativa que las normas que reconocen las mismas prerrogativas en la CPEUM. Sin embargo, estableció un límite, por cierto criticable, al señalar que cuando la Constitución señale una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo indicado por el texto Constitucional.⁴⁴⁹

Mientras que respecto al segundo criterio de controversia, se decidió por mayoría de seis votos que la jurisprudencia emitida por la Corte IDH, es vinculante para los jueces nacionales, siempre que sea más favorable a la persona.⁴⁵⁰

Este último criterio tiene una aportación al *ius commune*, sobre todo respecto al diálogo entre la Corte Interamericana y la SCJN, que surge a partir de esta obligación.

Esta nueva aportación permite al juez nacional allegarse de las normas o criterios respecto a un caso concreto, que mejor beneficie a la persona, y por tanto, dotar de mayor contenido a la norma que se debe aplicar al caso.

En niños, estos elementos permitirían atraer al juez los criterios mencionados que benefician la participación del niño en el proceso, es decir, los criterios que tienen origen en los criterios de la Corte IDH. Cabe mencionar que la Corte construye sus criterios no

⁴⁴⁸ Es importante señalar que se solicitó aclarar un tercer criterio respecto del control de convencionalidad, sin embargo después de un análisis, la SCJN consideró que no existía tal contradicción.

⁴⁴⁹ Cfr. SCJN, Engrose de la Contradicción de tesis 293/2011, p. 68.

⁴⁵⁰ *Idem*.

solo de sus propios argumentos, sino también de algunos criterios que tienen su génesis en los tribunales nacionales de los estados de Latinoamérica que son parte de la Convención Americana, como de criterios emitidos por tribunales internacionales o nacionales de otro continente, inclusive atrae criterios de organismos u órganos internacionales, como lo es el Comité de los derechos de los niños, y sus observaciones generales, en específico, la observación número 12, y a la Comisión Interamericana, como órgano principal de la OEA, dígame el informe de niños en materia ...

4.2 El derecho del niño a ser considerado en el proceso

A lo largo de las notas que han sido plasmadas en este trabajo, que la relación entre el derecho nacional y el derecho internacional no puede ser tajante, sobre todo en materia de derechos humanos. Este último, en particular, ha cobrado relevancia desde la creación de importantes tratados, como las primeras Declaraciones en derechos humanos, así como en los distintos sistemas que se han conformado en la materia, dentro de los cuales se ha iniciado la conformación de un *ius commune*, es decir, un derecho común y aplicable a los Estados de una misma comunidad, no sólo regional, también global.

Mucho de estos criterios surgen a partir de la conformación de las instituciones supranacionales e internacionales, mismas que han adquirido y continúan en un proceso de integración total con las instituciones nacionales. Si bien es cierto, que el Estado aún es parte fundamental entre las relaciones Estatales y sus decisiones son de trascendencia para sus ciudadanos, también lo es que ya no es el único ente que posee las cualidades públicas. Las instituciones internacionales han cobrado bastante fuerza, sobre todo en la protección y garantía de los derechos humanos.

Estas instituciones han conformado una serie de normas aplicables al derecho nacional, el cual debe ser considerado en la toma de decisiones estatales, en particular en el Poder Judicial. Por ejemplo, la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es por lo anterior que podemos hablar de un nuevo derecho público, de un derecho en construcción, en el cual existe una apertura al pluralismo normativo, sin importar su fuente, en el cual, la dignidad humana puede ser considerado como uno de los factores de este derecho.

Los derechos humanos juegan un papel importante en la conformación del nuevo derecho público. La gran cantidad de resoluciones en materia de derechos humanos de las nuevas instituciones, inciden directamente en el actuar del Estado y ha tenido una particular y atinada permeabilidad en el derecho nacional, sobre todo en la protección de grupos vulnerables, como lo son los niños.

Los derechos de los niños no surgen en un derecho nacional sino en el derecho internacional. Tampoco es un derecho muy antiguo, todo lo contrario, es un derecho en desarrollo y crecimiento.

Desde la primera *Declaración* en 1929, hasta la Convención de los derechos del niño, hubo una creciente insistencia en dotar al niño de derechos y convertirlo en un sujeto que pueda ejercer los mismos, con base en sus capacidades propias, su desarrollo y su autonomía. Estas características no le restan capacidad al niño para ejercer su derecho, no obstante su condición, únicamente fortalece el impulso que debe darse al niño para el ejercicio de sus derechos.

Como parte de ese empujón que se quiso dar a los niños y sus derechos, se incluyó en el texto de la *CDN*, el derecho de *participación*. La *CDN*, establece que la opinión del niño debe ser considerada en todos los asuntos que le conciernan, así como el ser escuchado en los procesos judiciales o administrativos que le afecten.

Este derecho, que engloba más derechos, como el derecho a ser escuchado en el proceso, por un juez competente, a la libertad de expresión, al desarrollo, entre otros; no solo tiene influencia en la participación procesal. No obstante, la actuación del niño en el proceso es un tema poco considerado, sobre todo por la nula relación que ha tenido la infancia y la justicia.

Respecto al derecho de participación, el Comité de los Derechos del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establecieron una variedad de criterios de cómo y

de qué forma debe ser escuchado en el proceso, siempre sobre la base de otorgar al niño lo que más le favorezca, es decir, de su interés superior.

Dentro de los criterios más relevantes, se encuentra el proporcionar al niño toda la información necesaria para que pueda emitir una opinión, esto debe realizarse antes de que se presente a ser escuchado, siempre y cuando quiera participar. Desea o no acudir ante la autoridad competente que lo escuchará, se le debe informar cuales podrían ser las consecuencias que resulten de sus dichos.

Por las mismas características del niño, se debe capacitar al personal que tendrá contacto con él y lo acompañará durante el proceso. Por esa misma razón se deben adecuar los espacios donde el niño será escuchado, dentro de un ambiente amigable y no hostil.

La entrevista que se realice al niño debe ser con palabras que entienda y con estrategias que permitan conocer los mayores datos posibles sin causarle un daño al niño. Esto implica que los impartidores de justicia y todos los que participen para que el niño emita su opinión, deben ser creativos respecto a las técnicas a utilizar.

Sin embargo, todos estos elementos se encuentran en el plano internacional y por la misma razón, pocas veces son atraídos por las autoridades nacionales.

En particular, en México la garantía al derecho de participación es aún mínima, si bien existen mecanismos de participación, como los parlamentos infantiles y las consultas realizadas por el IFE, no existen mecanismos que regulen la participación del niño en el proceso, únicamente existen algunos parámetros en criterios de tesis y jurisprudencia nacionales y la regulación normativa del derecho, que no abunda en cómo y de qué forma debe ser escuchado.

Es en este último punto donde los criterios que ya han sido dichos por las instituciones nacionales, pueden y deben ser tomados en cuenta por las autoridades nacionales.

La reforma constitucional al artículo primero, es una fuente de apertura al derecho internacional de los derechos humanos, y por tanto al de los niños.

En este artículo se establecieron criterios de interpretación y de control de los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales en la materia, siempre y cuando México sea parte.

La interpretación conforme, el principio *pro persona* física y el control de convencionalidad, son cláusulas de apertura que permiten atraer ciertos criterios en materia de infancia. Sin embargo, la interpretación de la SCJN restringió la obligatoriedad de los criterios a la jurisprudencia de la Corte IDH, dejando a un lado *el otro derecho internacional*,⁴⁵¹ como las opiniones consultivas, las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño, las resoluciones de la Asamblea de las Naciones Unidas en materia de infancia, e incluso aquellos documentos de *soft law* que abundan respecto a la participación del niño en el proceso, como los documentos de UNICEF, el Instituto Interamericano del Niño, o de las Organizaciones no Gubernamentales que vigilan la implementación del derecho de participación del niño, como lo es Save the Children.

Sin embargo, para la construcción del nuevo derecho público es necesaria una amplia apertura al derecho internacional, a través del cual, el impartidor de justicia o todo el que tenga relación con el niño en el proceso, tendría al alcance la pluralidad de criterios que fomentan la sana participación del niño en el proceso.

El que un niño participe en un proceso judicial, administrativo o de cualquier otra índole, no es un tema que solo importe al Estado, es un tema que importa a la familia y la sociedad, ya que todos de alguna forma, impulsamos el desarrollo del niño.

De la correcta participación no se obtiene únicamente la verdad de los hechos, y se emite una sentencia favorable al interés superior de los niños, sino que se fomenta una cultura de participación en la que no importa la edad o la capacidad, en la que toda opinión puede ser expuesta y es relevante.

Escuchar al niño es más que una obligación estatal o de derecho. Escuchar al niño es un acto de dignidad humana.

⁴⁵¹ Estrada Adán, Guillermo Enrique, *El diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos: revisión desde el ius commune y la contradicción de Tesis 293/2011*, op. cit., p. 4-6.

CONCLUSIONES.

1. La evolución del derecho internacional ha impulsado la creación de instituciones internacionales que ejerzan funciones de autoridad pública y por tanto, que tengan una influencia activa en el derecho nacional.

2. El derecho internacional de los derechos humanos funge un papel relevante en la configuración del nuevo derecho público, a través de las instituciones en la materia.

3. El derecho internacional de los derechos humanos reconoce al niño como sujeto de derechos.

4. El niño es un sujeto de derechos que ejerce progresivamente sus derechos, a través del principio de autonomía. No obstante, por su condición de desarrollo y crecimiento, es necesario que se le proporcionen medidas especiales que le permitan ejercer activamente sus derechos sin que eso le cause un perjuicio.

5. Los niños como sujetos de derechos pueden ejercer el derecho de participación en un proceso. Para su ejercicio, es necesario que el Estado proporcione medidas procesales pertinentes al caso concreto y así adaptar el proceso al niño.

6. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha desarrollado de una forma amplia, las medidas procesales que deben ser utilizadas cuando un niño se encuentre en un proceso.

7. El derecho nacional mexicano reconoce al niño como sujeto de derechos, así como su derecho de participación en el proceso. Sin embargo, aún existen impedimentos procesales que impiden su ejercicio.

8. El ejercicio del derecho de participación de un niño se ve fortalecido por el uso del derecho internacional de los derechos humanos, y del derecho nacional.

9. El nuevo derecho público se construye a partir de la apertura al derecho internacional. El derecho mexicano aún es cauteloso en su apertura. Sin embargo, la tendencia de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos, se materializa a partir de la reforma al artículo 1 constitucional y de las obligaciones en

materia de derechos humanos que contiene, así como de la contradicción de tesis 293/2011.

10. La conformación de un nuevo derecho público fomenta la integración de criterios de fuente internacional al derecho nacional. En materia de infancia, cuando un niño se encuentre en un proceso, la incorporación de los criterios sobre el uso de medidas procesales para el ejercicio del derecho de participación permitirá adecuar el proceso al niño.

BIBLIOGRAFÍA.

ABRAMOVICH, Víctor, *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los Tribunales locales*, junto a Christian Courtis, en “Derechos Sociales y Derechos de las Minorías”, segunda edición, Ed. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México”, México 2001.

ANZILOTTI, Dionisio, *Corso di Diritto Internazionale*

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Teoría General del Proceso*, México, Porrúa, 2007.

BARRENA, Guadalupe, *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, Fascículo 3, 2012.

BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La Recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno*, Segunda Edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2012.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Sexta edición, México, Oxford University Press, 2010.

BELOFF, Mary, *Lucas y sobras de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, del Puerto, 2004.

BOBBIO, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*. Trad. José Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.

BOFILL, APRIL y Cots, Jordi, *La Declaración de Ginebra. Pequeña Historia sobre la Primera Carta de los Derechos de la Infancia*, Barcelo, Comissió de la Infància de Justícia i Pau, 1999.

BOGDANDY, Armin Von, *El Constitucionalismo en el derecho Internacional, Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

-----, *lus constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea*, González Pérez, Luis Raúl y Valadéz, Diego (Coord.), *El Constitucionalismo Contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

BOGDANDY Armin von, *et al., Igualdad y Orientación Sexual. El caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencia*, México, Porrúa, Max Plank Institute for Comparative Public Law and International Law, IMDPC, 2012.

BORCHARDT, Dieter-Klaus, *El ABC de la Unión Europea*, Luxemburgo, Unión Europea, 2011.

BOU FRANCH, Valentín y CASTILLO DAUDÍ, Mireya, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 39, 42.

BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y BRAVO VALDÉS, Beatriz, *Derecho Romano. Primer Curso*, Vigésimo Cuarta Edición. Edit. Porrúa, México, 2007.

BRITO Melgarejo, Rodrigo, *Constitucionalismo Global*, México, Porrúa, Facultad de Derecho-UNAM, 2005.

BURGORGUET, Laurence, *La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial*, Ferrer Mac-Gregor y Herrera García, Alfonso (Coord.), *Diálogo*

Jurisprudencial en Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derecho Constitucional, Corte IDH, UNAM y Alternativa, 2013.

C. VAN DIJK KOCHERTHALER, Sylvia, "Participación infantil. Una revisión desde la ciudadanía", México, TRAMAS 28, Universidad Autónoma de México, 2007.

CARRASCO SOULÉ LÓPEZ, Hugo Carlos, *Derecho Procesal Civil*, México, IURE editores, 2004, p. 165.

CÁMARA DE DIPUTADOS, *Análisis de los instrumentos internacionales y nacionales que regulan los derechos de las niñas*, México, Centro de estudios para el adelanto de las mujeres y la equidad de género, 2008.

DÍAZ MÜLLER, Luis, El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: La Declaración y la Convención Americanas, UNAM, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, Año 1, Núm. 1, 1986.

DE VITORIA, Francisco, *Reelecciones del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra*, Cuarta edición, con una introducción de Antonio Gómez Robledo, México, Porrúa, 2007.

ESTRADA ADÁN, Guillermo Enrique, *Curso Básico de Derecho Internacional* Programa de capacitación y formación en recursos humanos, Fase básica 1. CDHDF. 2012.

-----*El diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos: revisión desde el ius commune y la contradicción de Tesis 293/2011.*

----- *El sistema interamericano en el contexto de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos*", Programa de capacitación y formación en recursos humanos. Fase básica 1. CDHDF, 2012.

ESTRADA ADÁN, Guillermo y Fernández de Casadevante Romaní, *Derecho Internacional de los derechos humanos. Manual*, , Carlos, Porrúa, 2014.

FUENTES PÉREZ, Dalia Berenice, *Derecho Internacional de los derechos humanos. Manual*, en Estrada Adán, Guillermo y Fernández de Casadevante Romaní, Carlos (Coord), Porrúa, 2014.

FANLO CORTÉS, Isabel, Los Derechos de los Niños ante las Teorías de los Derechos. Algunas Notas Introdutorias, Fanlo Isabel (Coord.), *Derecho de los Niños. Una contribución teórica*, México, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, 2008.

FERRAJOLI, Luigi, Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global, *Constitutionalism, democracy and sovereignty*, trad. por Gerardo Pisarello, Inglaterra editado por Richard Bellamy, Avebury, 1996.

FRANCO MARTIN DEL CAMPO, Elisa, Griesbach Guizar, Margarita y Rojas Pruneda, Alejandro, *La Infancia y la justicia en México. I. El niño víctima y testigo del delito dentro del Sistema Penal Acusatorio en México*", México, Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia (ODI), INACIPE, 2011.

GARCÍA MENDEZ, Emilio., *De las Relaciones Públicas al Neomenorismo: 20 años de Convención Internacional de los Derechos del niño en América Latina (1989-2009)*, Revista Internacional de Historia Política y Cultura Jurídica , Rio de Janeiro: vol. 3 no.1, enero-abril 2011.

GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría general del proceso*, México, Oxford University, 2004.

GÓMEZ FRÖDE, Carina, *Derecho Procesal Familiar*, Segunda edición, Porrúa, México, 2013.

GÓMEZ FRÖDE, Carina, *El arte cinematográfico como herramienta pedagógica para la enseñanza del derecho y de la teoría general del proceso*, México, Tirant lo Blanch, 2013.

GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, Derechos de niñas, niños y adolescentes, Mac-Gregor Poisot, Eduardo, Caballero Ochoa, José Luis y Steiner, Christian, *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana I*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM, Konrad Adenauer Stiftung, 2013.

GONZÁLEZ CONTRÓ Mónica, Derechos de niñas, niños y adolescentes en Ferrer Mac-Gregor, E., Caballero, J. L., y Steiner, C. (coordinadores) *Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, SCJN, IJ, Konrad Adenauer-Stiftung, México, 2013.

GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica (Coord.), *Los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en México a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, *Derechos de los niños. Una propuesta de fundamentación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídica, UNAM, 2008.

GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, *Sistema Jurídico de las Naciones Unidas*, México, Porrúa, Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), 2007.

HERDEGEN, Matthias, *Derecho Internacional Público*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Fundación Konrad Adenauer, 2005.

IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, Undécima edición, Barcelona, Ariel.

KELSEN, Hans, *Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales*, Primera reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

----- *La teoría Pura del Derecho*, 2ª Ed., Traducción por Vernengo, Roberto J., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982.

----- *Teoría General del Estado*, trad. Eduardo García Máynez. México, UNAM, 1995.

----- *Teoría General del Estado y del Derecho*, 5ª. Reimpresión, México, UNAM, 1995.

KOTZUR, Markus y HÄRBELE, Peter, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabra clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, trad. por Héctor Fix-Fierro, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011.

LEITA, Francisco, *La Unión Europea y el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos*, en Leita, Francisco y Negro C., Sandra (Coord.), *“La Unión Europea y el Mercosur: a 50 años de la firma de los Tratados de Roma*, Buenos Aires, La ley, Facultad de Derecho-UBA, 2008.

LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, *Las cortes interamericana y europea de derechos humanos en perspectiva comparada*. Revista Colombiana de Derecho Internacional, núm. 5, junio, 2005.

MALCOM, Shaw, *International Law*, 5ª. edición, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

MARTIN, Claudia, RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego y Guevara B., José A., (comp), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Distribuciones Fontamara, S. A., 2004.

MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena, *Principio pro persona*, Reforma DH, Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, México, SCJN, Konrad A., 2013.

MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio, *Derecho Social*. México, Porrúa, 1967.

MORALES- ANTONIAZZI, Mariela, La doble estatalidad abierta y la tutela de los derechos en el constitucionalismo suramericano de la integración, Bogdandy Von, Armin, Ugartemendia, Juan Ignacio, et. al. (coords), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2012.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela, ¿La democracia como principio del *ius Constitutionale Commune* en América Latina? Construcción, Reconstrucción y Desafíos actuales para la Justicia Constitucional, Bogdandy, Armin Von, et al, *La Justicia Constitucional y su Internalización. ¿Hacia un ius constitutionake commune en América Latina? T.I.*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

MORINEAU IDUARTE, Marta e IGLESIAS GONZÁLEZ, Román, *Derecho romano*, Cuarta edición, México, Oxford, 1998.

NOVAK, Fabián, *La protección del Patrimonio Cultural Subacuático en la Convención de la UNESCO de 2001*, Organización de los Estados Americanos, 2012.

OFICINA DE DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA, *Modelo especializado para la toma de declaraciones infantiles ¿Cómo obtener información sin revictimizar al niño? Tomo II de la colección: “El niño Víctima del Delito Frente al Proceso Penal*, México, Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia y Secretaría de Seguridad Pública, 2005.

ORTEGA SORIANO, Ricardo, Dictamen relativo a la estructura y naturaleza de las leyes secundarias en México, Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia, *Orientaciones mínimas para un proceso de armonización legislativa en favor de la infancia en México*, México, ODI, 2010.

OVALLE FABELA, José, *Teoría General del Proceso*, Sexta edición, México, Oxford University Press, 2005.

PÉREZ VÁSQUEZ, Carlos, *Mesas de análisis sobre Protección de Derechos Humanos en sede jurisdiccional: Guía para la labor legislativa*, Ponencia de 30 de junio de 2014, Mesa 1 Retos legislativos en Materia de Derechos de la Infancia, SCJN-Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas en México- Senado de la República.

PIOVESAN, Flavia, Protección de los Derechos Sociales: Retos de un *Ius Commune* para Sudamérica, Bogdandy, Armin Von, et al., *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM, MAX-PLANCK-INSTITUT, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011.

PIOVESAN, Flávia, Fuerza integradora y catalizadora del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos: Desafíos para la formación de un constitucionalismo regional”, Bogdandy, Armin Von, et al (coord.), *La Justicia constitucional y su Internacionalización, ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina? Tomo II*, México, UNAM, MAX-PLANCK-INSTITUT, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.

REYES DÍAZ, Carlos Humberto, *Derecho Internacional de los derechos humanos. Manual*, en Estrada Adán, Guillermo y Fernández de Casadevante Romaní, Carlos (Coord), Porrúa, 2014.

RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo- Perrot*.

RODRÍGUEZ, Gabriela, et. al, *Interpretación Conforme*, Reforma DH. Metodología para la Enseñanza de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos, SCJN, CDHDF y Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, 2013.

SAGÜES PEDRO, Néstor, *El “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los Derechos Económicos-Sociales. Concorfancias y Diferencias con el Sistema Europeo*, en Bogdandy, Armin Von, et. al., *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MAC-GREGOR Eduardo, *Control de Convencionalidad, Interpretación Conforme y Diálogo Jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 2012.

SALTALAMACCHIA ZICCARDI, Natalia y COVARRUBIAS VELASCO, Ana, La dimensión Internacional de la Reforma de Derechos Humanos: Antecedentes Históricos, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro coord.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un nuevo Paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011.

SEPULVEDA, César, *Derecho Internacional*, 19ª edición, México, Porrúa, 1998.

SEPÚLVEDA, César. México. La Convención Interamericana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, UNAM, *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y Perspectivas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

SERNA DE LA GARZA, José Ma, *Globalización, Gobernanza y Estado: El caso de la guardería ABC*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010.

SERNA DE LA GARZA, José Ma., Reflexiones sobre el concepto de “Gobernanza Global” y su impacto en el ámbito jurídico, Díaz Müller, Luis T., (coord.), *V Jornadas: Crisis y Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

SORENSEN, Max (comp), *Manual de Derecho Internacional Público*, trad. Dotación Carneige para la Paz Internacional, Fondo de Cultura Económica, México, 1973.

STANTMULLER, Georg, *Historia del Derecho Internacional Público*, trad. por Francisco F. Jardon, Madrid, Aguilar, 1961.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*, México, 2012.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, Fontamara, 2002

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la Racionalidad y la Ciencia del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

TOMUSCHAT, Christian, La Comunidad Internacional, Peters, Anne, J. Aznar Mariano, *La Constitucionalización de la Comunidad Internacional*, Tirantlo blaunch, Valencia, 2010.

VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional Público*, Madrid, Colección Jurídica Aguilar, 1963.

VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, Décima edición, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2011.

HEMEROGRAFÍA

ACEVEDO E. DOMINGO, *Relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno*, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Costa Rica, Vol. No. 16., 1992

BÁRCENA, Josu de Miguel, *Justicia constitucional e integración supranacional: cooperación y conflicto en el marco del constitucionalismo pluralista europeo*, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Nº. 9, 2008.

BOGDANDY, Armin Von and VENZKE, Ingo. “*In Whose Name? An Investigation of International Courts’ Public Authority and Its Democratic Justification.*”, *European Journal of International Law*. Oxford Journals. Volume 23, no. 1., 2012.

FAROUK GARFE, Jarufe, *El Sistema Regional Americano de Protección a los Derechos Humanos*, *Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, No. XVI, 1995.

GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, *¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina*, México, Publicación electrónica, Núm 5, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011.

GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, Un intento por comprender los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes en México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito

Federal, *Derechos de la infancia: oportunidad para su reconocimiento*, México, defensor, Revista de Derechos Humanos, 2012.

GROS ESPIELL, Héctor, *Estudios sobre Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Edición Especial, España, Civitas, 1988.

GROS ESPIELL, Hugo, *La Declaración Americana: Raíces conceptuales y políticas en la historia, la filosofía y el derechos americano*, Instituto Interamericano de derechos humanos, edición especial, 1989.

MEDINA QUIROGA, Cecilia, *Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana*, Anuario de Derechos Humanos, No. 5. 2009.

NIKKEN, Pedro, *La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales*, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, Vol. 52, Julio-Diciembre de 2005.

PALPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Derecho comunitario y ius commune americano: dos asignaturas pendientes para las ciencias jurídicas de nuestro continente*, Revista de Derecho. UASB-Ecuador / CEN. Quito, No. 18, 2012.

PETERS, Anne, *Bienes Jurídicos Globales en un Orden Mundial Constitucionalizado, Global Legal Goods Working Paper*, Madrid, Bienes Jurídicos Globales e Universidad Autónoma de Madrid. Nº 4/2012.

TELLO MORENO, Luisa Fernanda, *El patrimonio común de la humanidad y los derechos humanos*, *Derechos Humanos México*, Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, México, CNDH, Año 2, Número 5, 2007.

SALVIOLI, Fabián, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos*, Costa Rica, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Vol. 3, 2004.

DECISIONES JUDICIALES

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Corte IDH. *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257.

Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242.

Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C. No. 237.

Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

Corte IDH. *Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

Caso *González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.

Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77.

Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

OPINIONES CONSULTIVAS

Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A No. 21.

RESOLUCIONES PROCESALES

Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Resolución de noviembre de 2011.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de junio de 2006. Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea. TJUE, C-540/03.

DECISIONES INTERNAS

SCJN. Tesis 1a.CXVIII/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 1, junio de 2012.

SCJN. Tesis I.7o.C.16 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 3, julio de 2012.

SCJN. Tesis 1ª.CXXI/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 1, junio de 2012.

SCJN. Tesis 1.a. XCVIII/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 1, mayo de 2012.

SCJN. Tesis 1ª./J.18/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, marzo de 2014.

SCJN. Tesis II.3o.P.5 K, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, septiembre de 2014.

SCJN. Tesis II.1o.C.5 C, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, marzo de 2014.

SCJN. Tesis 1a./J. 102/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 1, enero de 2013.

SCJN. Tesis VII.2º.C.36, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 3, marzo de 2013.

SCJN. Tesis 1ª. XIV/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, enero de 2014.

SCJN. Tesis I.3o.C.75 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 3, marzo de 2013.

SCJN. Tesis Aislada 1a. LXXIX, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima época, t. I, marzo de 2013.

SCJN. Tesis: VII.2º.C.57 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXV, Décima Época, tomo 3, octubre de 2013.

SCJN. Engrose de la Contradicción de tesis 293/2011.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley para la protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Código Civil para el Distrito Federal

Código Penal para el Distrito Federal

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

ONU. Carta de las Naciones Unidas

ONU. Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño de 1924.

ONU. Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

ONU. Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

ONU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

ONU. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

ONU. Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

ONU. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) de 1985.

ONU. Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

ONU. Código de Conducta para la Pesca Responsable de 1995.

OEA. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre de 1948.

OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

OEA. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988.

OEA. Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948.

CE. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.

OBSERVACIONES GENERALES

ONU, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado*, Asamblea de las Naciones Unidas, Resolución CRC/C/GC/12, Ginebra, 2009.

ONU. Comité de los Derechos del Niño. *Observación General No.5 Medidas Generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, ONU, 2013.

RESOLUCIONES DE NACIONES UNIDAS

ONU. Resolución 802 (VIII), Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (*UNICEF*). Asamblea General de Naciones Unidas, el 3 de noviembre de 1953.

ONU. Resolución 835 (IX), *Fondo de Naciones Unidas para la Infancia*. Asamblea General de Naciones Unidas. 14 de diciembre de 1954.

ONU. Resolución A/RES/63/117 adoptada el 10 de diciembre de 2008.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CIDH. *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado Alternativo. Poniendo fin a la Institucionalización en las Américas*, Informe temático de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, 2013.

INFORMES

OEA. *La participación de niños, niñas y adolescentes de las Américas*, Uruguay, Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, 2010, p. 25.

SITIOS WEB

[http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/brochure/ITLOS Brochure spanish.pdf](http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/brochure/ITLOS_Brochure_spanish.pdf)

<https://www.un.org/es/members/index.shtml>

<http://www.humanium.org/es/ginebra-1924/>

http://www.unicef.org/spanish/mdg/28184_28229.htm

http://www.iin.oea.org/cad_RIAD.pdf.

http://www.oas.org/es/acerca/nuestra_historia.asp

http://www.iin.oea.org/iin/cad/taller/pdf/documento_participacion%20SCS.pdf

OTRAS FUENTES

Diario oficial de la Federación

Diccionario de la Real Academia Española.

Declaración de Cuenca del “Encuentro Internacional sobre Participación de Niños, Niñas y Adolescentes en América Latina”, de 2004.