



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
POSGRADO EN DERECHO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

MENORES MIGRANTES IRREGULARES CENTROAMERICANOS NO
ACOMPAÑADOS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

TESIS

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO
EN EL PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

PRESENTA:
ROXANA ROSAS FREGOSO

TUTOR PRINCIPAL:
DR. NURIA GONZÁLEZ MARTÍN
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS UNAM-IIJ



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.

Índice

Agradecimientos.....	6
Abreviaturas.....	8
Introducción.....	9
Capítulo I. El DIPr y su relación con la migración irregular	16
1.1 Concepto y contenido del DIPr	16
1.1.1 Un acercamiento a los componentes principales del DIPr.....	18
1.1.2 Análisis del contenido del DIPr.....	20
1.2 Teorías que explican su naturaleza jurídica.....	21
1.2.1 La teoría amplia o extensa como categoría idónea para cubrir las necesidades actuales del DIPr	25
1.2.2 Consideraciones sobre la negativa de reconocimiento de la doctrina extensa en los países anglosajones.....	27
1.3 El DIPr como una herramienta de integración y comunicación del Derecho.....	31
1.3.1 El Derecho internacional de integración y el papel del DIPr	31
1.3.2 Interfaz entre la migración internacional y el fenómeno del derecho de integración..	33
1.4 Derecho de extranjería como conexión necesaria entre el DIPr y la migración en su dimensión irregular	38
1.4.1 Introducción al Derecho de extranjería.....	38
1.4.2 El Derecho de extranjería y la migración irregular	40
1.5 Conceptos vinculados a la migración irregular en sinergia con el DIPr.....	42
1.5.1 Migración irregular problemáticas emergentes de conceptualización	45
1.6 Un nuevo orden unificador del derecho internacional.....	47
1.6.1 Un solo Derecho internacional	47
1.6.2 Paradoja de la unificación, la fragmentación del Derecho internacional	48
1.7 Diálogo entre disciplinas del derecho internacional en materia migratoria.....	51
1.8 Consideraciones sobre la concurrencia entre el DIPr y el DIP en materia migratoria	55
1.9 La necesidad de la armonización del DIPr en el derecho interno.	58
1.9.1 Armonización, unificación y codificación análisis terminológico a la luz del DIPr	58
1.9.2 Sistemas de incorporación del derecho internacional en México.....	63
1.10.3 La importancia del papel del DIPr en la armonización del derecho migratorio mexicano.....	66

Capítulo II. Menores migrantes irregulares no acompañados en México a través del mirador <i>iusprivatista</i> internacional	71
2.1 El concepto de menores migrantes irregulares no acompañados, análisis terminológico	71
2.1.1 Menor vs. Niño un acercamiento al debate conceptual	71
2.1.2 El paradigma de la minoridad un tema superado por el DIPr	75
2.1.3 Pertinencia del término “menor” a la luz del DIPr	79
2.1.4 Consideraciones sobre el término menor a la luz del DIPr en el ámbito migratorio	81
2.2 Circunscripción de la figura de los menores migrantes irregulares no acompañados al DIPr	83
2.3 Los menores migrantes no acompañados vulnerabilidad y discriminación	84
2.4 Análisis del sistema de casos de la CNDH sobre la minoridad migrante irregular no acompañada.....	88
2.5 Breve revisión de los instrumentos jurídicos aplicables en México en materia de minoridad migrante irregular	94
2.6 Análisis del principio jurídico del Interés superior del menor	97
2.7 El concepto de familia y la minoridad migrante irregular no acompañada	101
2.7.1 El principio de unidad familiar a la luz de la migración	104
2.7.2 El principio <i>non refoulement</i> y sus implicaciones con el principio de unidad familiar en el caso de menores migrantes irregulares no acompañados.....	105
2.8 Ventajas del estudio de la migración irregular particularmente la minoridad no acompañada desde el DIPr.	109
2.8.1 ¿Por qué es benéfico el enfoque del DIPr para el estudio de la minoridad migrante irregular?.....	109
2.8.2 Clasificación de las ventajas relevantes de este abordaje jurídico	111
Capítulo III. Fuentes del DIPr aplicables a la minoridad migrante irregular sin acompañamiento en México.....	117
3.1 El DIPr como una disciplina jurídica pertinente para el estudio de la normatividad migratoria en México	117
3.2 Importancia del estudio de las fuentes del DIPr: Nacionales e Internacionales	122
3.3 Fuentes nacionales: Derecho doméstico mexicano aplicable a los menores migrantes irregulares no acompañados	125
3.3.1 Los derechos de la minoridad en la Constitución mexicana	126
3.3.2 Los menores migrantes en la Ley General de los Derechos de niñas, niños y adolescentes y su reglamento.....	128

3.3.3	Desafíos de la Ley de Migración mexicana y su reglamento en materia de minoridad migrante irregular sin acompañamiento	132
3.3.4	Ley sobre Refugiados Protección Complementaria y Asilo Político y su reglamento 136	
3.3.5	Protocolos de la Administración Pública Federal, aplicables a la minoridad migrante irregular no acompañada en México	140
3.4	Fuentes Internacionales del DIPr aplicables a la minoridad migrante irregular no acompañada en México.....	144
3.4.1	Los Foros de Codificación del DIPr	144
3.4.2	Aspectos generales del <i>hard y soft law</i> de acuerdo a la literatura jurídica del DIPr 146	
3.4.3	Instrumentos de <i>hard law</i> relativos a la minoridad migrante irregular	151
3.4.3.1	Sistema Universal	151
3.4.3.2	Sistemas Regionales	155
3.4.3.3	Inexistencia de <i>lex specialis</i> de carácter duro en materia de minoridad migrante no acompañada en el Derecho internacional.....	157
3.4.4	Instrumentos de <i>soft law</i> correspondientes a los menores migrantes irregulares .	159
3.4.4.1	Sistema Universal	159
3.4.4.2	Sistemas Regionales	161
3.4.5	Análisis de la minoridad con base en su edad, según los instrumentos internacionales de <i>hard y soft law</i>	164
3.5	Consideraciones sobre el diálogo normativo generado por el DIPr a través de su sistema de fuentes.....	168
3.5.1	Diálogo con el derecho mexicano aplicable.....	168
3.5.2	El diálogo con el DIP a través de la aplicación del <i>hard y soft law</i>	169
Capítulo IV. Análisis del caso de la minoridad migrante irregular centroamericana no acompañada en Tijuana, Baja California		172
4.1	Presentación del caso de Tijuana, Baja California.....	172
4.1.1	Tijuana y la migración Centroamérica de menores no acompañados hacia Estados Unidos. 175	
4.2	Análisis del marco jurídico migratorio aplicable al municipio de Tijuana, Baja California. 186	
4.2.1	Leyes sobre minoridad en Baja California.	187
4.2.2	La naturaleza jurídica de la Ley para la protección de los derechos y apoyo al migrante del Estado de Baja California y su aporte al tema de menores migrantes no acompañados.....	188

4.2.2.1	Análisis de la Ley para la protección de los derechos y apoyo al migrante del Estado de Baja California.	188
4.2.2.2	Pertinencia de la creación de normatividad migratoria local en Baja California a la luz de la Constitución federal.	190
4.2.2.3	El artículo 73 Fracción XVI constitucional y las esferas de competencia en materia migratoria en México.	193
4.3	El accionar de los órganos de gobierno competentes en materia de menores migrantes irregulares no acompañados en Tijuana.	194
4.3.1	El DIPr como mecanismo de armonización legislativa en el caso Tijuana.	201
4.3.2	Propuesta de <i>lex specialis</i> de DIPr en materia de menores migrantes no acompañados para el Estado de Baja California.	202
4.3.3	El DIPr y sus posibilidades ante la minoridad migrante irregular no acompañada en Tijuana, retos y desafíos.	217
	Conclusiones.	221
	Bibliografía.	226
	Anexos.	239

A Felipe, quien se convirtió en mi amado esposo en este proceso.

Agradecimientos.

Por la elaboración de esta tesis doctoral agradezco:

A Dios por haberme guiado y colmado de satisfacciones a lo largo de mi vida, por concederme magníficas oportunidades y puesto en mi camino personas brillantes y generosas que han enriquecido mi desarrollo profesional.

A Felipe, el amor de mi vida, mi esposo, mi mejor amigo, mi soporte principal, mi compañero de experiencias; por su paciencia, por su tolerancia, por brindarme durante este trayecto su fortaleza, su amor, su apoyo y su confianza.

A mis padres María Guadalupe y Jaime, por haberme formado, estimulado y alentado en todo momento a alcanzar mis metas y por haber sido los mejores ejemplos a seguir.

A mis hermanos Mario y Karen por su apoyo, su paciencia y sus alegrías y por el maravilloso vínculo que compartimos.

Un agradecimiento muy especial a mi tutora principal, la Doctora Nuria Gonzáles Martín por el privilegio de haber estado bajo su dirección, sin duda, la ilustre investigadora es la persona que más admiro en todos los escenarios de vida, tanto el profesional como el personal, mi profunda gratitud por su generosidad, por su impulso, por su soporte, por siempre haber estado cuando la necesite, por ser una tutora cuidadosa y responsable, por ser mi motor en este proceso y por haberme hecho sentir en todo momento que éramos un equipo, donde su maravillosa guía encaminó mis ideas a buen puerto; debo expresar que el grado de satisfacción de una tesis doctoral es directamente proporcional a la calidad humana y profesional del tutor, por lo que me encuentro profundamente satisfecha del trabajo logrado, el cual no se hubiese cristalizado sin la participación de la experta más destacada de Derecho internacional privado en México e Iberoamérica, quien además es un ser ético y profesional que fusiona su gran talento con una loable humildad, gracias infinitas Doctora Nuria.

A la Doctora Laura Alicia Camarillo Govea quien formó parte esencial de mi comité tutor, por su rigor, su disciplina y su alta exigencia y por haber participado en la totalidad de mis etapas de formación profesional desde la licenciatura, maestría y ahora en el Doctorado, por enseñarme que todas las metas se cumplen con determinación y disciplina,

sin su cercana intervención, su genuino interés, su paciencia y su cariño sería otra persona, distinta a la que emerge hoy tras la culminación de la tesis doctoral, por lo que siempre estaré agradecida, mi siempre admiración y afecto.

A la Doctora Luciana Gandini por haber desarrollado en mí destrezas metodológicas que son invaluable para la continuidad de mi desarrollo como académica e investigadora, por siempre pedirme estudiar y conocer más sobre distintas materias como la migratoria, por compartirme un enfoque sociológico fascinante y complejo, gracias Doctora Luciana por haberme hecho ir más allá de mis límites y habilidades, por facilitarme en todo momento recursos bibliográficos y digitales que me permitieron avanzar y crecer, por haberme convertido en una mejor académica.

Al Doctor Juan Vega Gómez Jefe de la Estación Noroeste de Investigación y Docencia del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-IIJ/ENID, por su apoyo incondicional a las y los alumnos del Posgrado en Derecho, sin su fuerza y su determinación no se hubiese conformado este programa académico, de la mano del Doctor Pedro Salazar Ugarte quien también posee mi profunda gratitud y admiración.

A mis amigas, amigos y compañeros de Doctorado en Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM Estación Noroeste UNAM-IIJ/ENID, por haber conformado la primera generación de este importante programa de posgrado con sede en Tijuana.

Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), por haber otorgado apoyo económico para realizar mis estudios de Doctorado.

Finalmente, agradezco a la persona no humana que me acompañó a través de este arduo proceso, que ha sido el reto más duro y desafiante que he tenido que afrontar hasta ahora.

Abreviaturas.

- Casa de Menores Migrantes no Acompañados de Baja California, Filial Tijuana
YMCA

- Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas CDI
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos CNDH
- Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados COMAR
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Constitución Mexicana
- Convención Americana sobre Derechos Humanos CADH/Convención Americana
- Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte IDH/Corte Interamericana o
Tribunal Interamericano

- Derecho Internacional de los Derechos Humanos DIDH
- Derecho Internacional Privado DIPr
- Derecho Internacional Público DIP
- Desarrollo Integral de la Familia DIF
- Instituto Nacional de Migración
- Opinión Consultiva OC
- Organización de Estados Americanos OEA
- Organización de las Naciones Unidas ONU
- Página p.
- Páginas pp.
- Párrafo párr.
- Secretaria de Gobernación SEGOB
- Secretaria de Relaciones Exteriores SRE
- Sistema Nacional de Protección Integral de niños, niñas y adolescentes SIPINNA
- Suprema Corte de Justicia de la Nación SCJN
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos TEDH/ Tribunal Europeo

Introducción.

La presente es una investigación jurídica a la luz del Derecho Internacional Privado (en adelante DIPr) circunscrita al estudio del derecho de extranjería, específicamente a la migración internacional de la minoridad centroamericana no acompañada en México y el municipio de Tijuana, Baja California, su marco normativo internacional, nacional y subnacional, partiendo del planteamiento de que estos contenidos pueden ser abordados desde la disciplina jurídica aludida.

Dicho análisis, se realiza a partir de un estudio integracionista de las diversas disciplinas de derecho internacional y nacional inmersas en el tema migratorio, procurando un diálogo multidisciplinar que logre consensuar de manera holística aspectos tales como el núcleo duro de derechos de los menores antes referidos y su situación jurídica, o estatus migratorio, en el derecho doméstico mexicano con el propósito de facilitar el acceso a derechos a este colectivo.

De esta forma, consideramos necesario el análisis de los menores migrantes irregulares centroamericanos en México y el estudio del caso del municipio de Tijuana, Baja California, a través de un abordaje eminentemente jurídico a la luz del DIPr, para facilitar la comprensión del contenido de derechos de estos menores, así como propiciar el análisis de la viabilidad de la construcción de *lex specialis* de carácter local.

Planteamiento del problema

En el presente trabajo de investigación, como expresamos, se analiza a los menores migrantes irregulares centroamericanos no acompañados en México, y el estudio del caso de la ciudad de Tijuana, Baja California, desde el DIPr.

La relevancia de concentrar nuestro estudio en esta rama del derecho estriba en facilitar la comprensión de los contenidos vinculados al derecho migratorio en México, al encuadrarlos al objeto y contenido de la materia privatista internacional, procurando un análisis ordenado y delimitado tendiente a evitar confusión y lagunas sobre la naturaleza de los documentos legales internacionales en migración internacional, en aras de incidir en su permeabilidad y armonización en sede interna. Este enfoque pretende delimitarse al estudio de la extranjería.

En el mismo sentido, el análisis de la minoridad migrante irregular resulta prioritario ante el nacimiento de nuevos fenómenos jurídicos *inter alia*: la reformulación del concepto de menor como sujeto de derecho; y la posibilidad de construir *lex specialis* en torno al tema, entre otros.

Asimismo, se plantea el estudio del caso de la ciudad de Tijuana, Baja California, al ser este Estado una de las pocas entidades federativas en México en contar con una ley de protección al migrante de carácter local. Además, al colindar con California, Estados Unidos, presenta un tránsito creciente de menores migrantes irregulares no acompañados. En paralelo California, Estado norteamericano limítrofe con esta entidad, tiene la particularidad de ser un Estado Santuario, lo que implica beneficios concretos para los migrantes irregulares particularmente para los menores, en programas de salud, nutrición y educación incluso de nivel superior, lo que hace el cruce por Tijuana, Baja California, uno de los más recurridos por los menores migrantes irregulares no acompañados a nivel nacional.

Por lo anterior consideramos imprescindible el análisis de la figura de este colectivo en México y Tijuana, Baja California, desde la óptica del DIPr, con el propósito de procurar un estudio acotado de los distintos aspectos vinculados a la situación jurídica de este sector de la población migrante en sede interna.

Pregunta central

La pregunta de investigación que resume el problema expuesto es la siguiente:

¿Por qué es relevante circunscribir el estudio de los menores migrantes irregulares centroamericanos no acompañados en México al DIPr?

Objetivo general

Exponer la relevancia de circunscribir el estudio de los menores migrantes irregulares centroamericanos no acompañados en México al DIPr.

Objetivos específicos

Demostrar la conexión entre el DIPr y la migración irregular.

Desglosar los contenidos del DIPr que se encuentran vinculados a la figura de los menores migrantes irregulares centroamericanos no acompañados en México.

Estudiar los documentos legales nacionales, internacionales y subnacionales de DIPr aplicables a la materia migratoria en México.

Determinar la importancia del estudio de caso de los menores migrantes irregulares centroamericanos no acompañados en el municipio de Tijuana, Baja California.

Estudiar la pertinencia de la construcción de *lex specialis* en el ámbito local en materia de menores migrantes irregulares no acompañados y en su caso su justificación.

Justificación

Es importante reiterar que la presente investigación se circunscribe al *iusprivatismo*, específicamente encuadrada en la denominada teoría amplia o extensa. En relación a esta delimitación teórica, un importante sector de la doctrina defiende la teoría amplia o extensa del DIPr que aborda tres aspectos¹: la determinación del ordenamiento aplicable a las situaciones con elemento extranjero; el derecho de la nacionalidad, y el derecho de extranjería.

En este sentido, sugerimos el análisis de la minoridad migrante a través de la óptica del DIPr, toda vez que esta concepción implica encuadrar a la migración internacional como un tema propio de esta rama, donde dicho encasillamiento nos permitirá un análisis limpio, y concreto del fenómeno, además de que evitará confusión y vacíos entre diversas disciplinas del derecho *inter allia*: Derecho internacional público y el Derecho constitucional mexicano o incluso el propio Derecho internacional de los derechos humanos.

En definitiva, este estudio interpreta al DIPr, como un instrumento de comunicación jurídica en materia migratoria en sede interna, capaz de generar un diálogo entre las distintas ramas del Derecho internacional y nacional que desembocan en el tópico de la migración irregular. Sin duda, la integración de este diálogo multidisciplinar originado por la disciplina jurídica multicitada, puede incidir en la unificación de criterios y contenidos

¹ Ello independientemente de los cuatro sectores constitutivos del contenido del DIPr más actual, a saber: competencia judicial internacional, derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y cooperación. *Vid.* González Martín, Nuria. *Derecho Internacional Privado, Parte general*. Colección Cultura Jurídica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 33.

jurídicos, todo ello tendiente a brindar protección integral desde el seno doméstico a los migrantes irregulares, particularmente a los menores migrantes sin acompañamiento, colectivo que pretendemos pueda recibir el mayor beneficio en términos de derechos ante el planteamiento del presente abordaje teórico.

Hipótesis

El enfoque especializado planteado, propicia un análisis ordenado de la normatividad internacional, nacional y subnacional aplicable a la migración en México a través del uso de sus fuentes del derecho y de la implementación de procesos de armonización legislativa, comunicación jurídica e integración de disciplinas jurídicas que se desarrollan en materia de migración irregular y que potencializan la protección del sector de la minoridad migrante no acompañada.

Metodología y estructura de la tesis.

Nuestro trabajo de tesis se auxiliará principalmente del método cualitativo de orden documental que subraya las acciones de observación, el uso del razonamiento deductivo, y la teorización de conceptos dentro de una perspectiva holística, sustentada en diversas fuentes bibliográficas y documentos legales.

Esta es una investigación jurídica que se realizará desde el prisma del DIPr, misma que pretende ser una propuesta de análisis teórico para el estudio del sector de la minoridad migrante irregular.

Por lo que hace a la construcción del capitulo, éste estará integrado con base en el método deductivo, es decir incorporará un análisis que parte de lo general y abstracto, a lo especializado y concreto, nuestro trabajo está compuesto por 4 capítulos, los tres primeros teóricos y el último empírico, donde se realiza un estudio de caso.

El primer capítulo estudiará al DIPr y su relación con la migración irregular, servirá como un capítulo introductorio a la tesis en general, en el cual se presentará al DIPr como una disciplina jurídica autónoma que posee diversas cualidades para realizar un abordaje del tema migratorio principalmente en su dimensión internacional por lo que hace al contexto interno de los Estados.

Esta disciplina jurídica a través de sus funciones propias y sus caracteres puede propiciar un análisis mayormente ordenado y acotado sobre la naturaleza jurídica de los documentos legales internacionales en migración en el contexto doméstico de los Estados y consecuentemente evitar confusión respecto de la naturaleza de documentos legales, asimismo incidir en la permeabilidad y armonización en sede nacional de los derechos en favor de los migrantes reconocidos en los instrumentos internacionales.

No obstante, el DIPr no realizará estas funciones de manera aislada, pues se requiere abordar la migración desde un enfoque integracionista liderado por el DIPr, y auxiliado de diversas disciplinas de derecho internacional y nacional inmersas en el tema, particularmente: el Derecho Internacional Público, el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho constitucional mexicano, lo anterior en aras de clarificar y evidenciar la existencia de un diálogo multidisciplinar que surge en la interfaz que logran están disciplinas jurídicas cuando entran al estudio del tema migratorio.

Consideramos que el colectivo migrante en estudio, es el grupo poblacional que mayormente puede recibir ventajas desde este enfoque analítico, toda vez que son especialmente vulnerables cuando se trata del acceso a sus derechos.

En la búsqueda de una mayor protección de los derechos de dicha minoridad se presentará a lo largo de este capítulo un enfoque alternativo al tradicionalmente utilizado desde el Derecho internacional Público, sostenido en las cualidades propias del DIPr como disciplina jurídica y adicionalmente la creciente literatura jurídica que ha depositado su interés en el *iusprivatismo* internacional como la materia tendiente a buscar soluciones globales en materia de migración internacional irregular.

El segundo capítulo abordará el tema de los menores migrantes irregulares no acompañados en México a través del mirador *iusprivatista* internacional en donde se realiza un análisis conceptual del término “menor”, así como la pertinencia del uso de esta categoría *nomen iuris* para identificar al colectivo de la minoridad migrante.

Asimismo, otro de los aspectos más importantes de este capítulo, comprende la justificación de la necesidad de estudiar a la migración irregular desde la visión del DIPr, donde nos preguntamos cuales son las razones que nos inclinan a optar por esta disciplina jurídica en lugar de otras para este estudio.

Lo anterior se puede resumir bajo la siguiente interrogante: ¿Resulta más benéfico inclinarnos por el DIPr, y en su caso cuáles son estas ventajas que lo convierten en una disciplina pertinente para afrontar el tema que nos ocupa?

Este planteamiento, no implica que la migración no puede ser abordada a través de otras disciplinas como el Derecho internacional público, el Derecho internacional de los derechos humanos o el propio Derecho constitucional, sin embargo el DIPr se presenta en este trabajo, como una rama del derecho capaz de realizar un estudio integral en este tema, es decir su naturaleza le permite integrar los ámbitos del Derecho internacional y del Derecho doméstico lo que genera ventajas sobre otras disciplinas tratándose especialmente de la migración internacional al momento del análisis de la normatividad internacional y nacional en un caso concreto en sede interna como se desglosa al cierre del capítulo.

El tercer capítulo presenta las fuentes del DIPr aplicables a la minoridad migrante irregular sin acompañamiento en México. El análisis de las fuentes del DIPr está vinculado a lo apuntado en el segundo capítulo sobre las ventajas de este abordaje jurídico a la luz de nuestra disciplina.

Al estudiar sus fuentes tenemos que la clasificación más reconocida las distribuye en dos grandes tipos, por un lado, nacionales y, por otro, internacionales, lo cual nos lleva a esa naturaleza multifuncional mencionada en reiteradas ocasiones y, en relación a la migración irregular, esta variedad de fuentes nos muestra un panorama amplio y diverso del derecho aplicable.

Dentro de las fuentes analizadas la referencia más puntual se realizará en torno a la ley y los tratados internacionales, génesis dual del DIPr, aplicados a dicho colectivo de menores por una cuestión, desde nuestro punto de vista, de practicidad; sin dejar de mencionar que en México no hay aún, como en tantos otros países, una codificación específica de las normas del DIPr.

De esta manera, las normas autónomas o domésticas mexicanas que se estudiarán son las que se derivan desde la propia Constitución Política y las de orden federal, bajo la premisa de que la migración, según el artículo 73 constitucional en su fracción XVI.

En segundo término, en este mismo capítulo se analizarán a los instrumentos jurídicos internacionales aplicables a la migración en México como fuente del DIPr los

cuales proceden tanto de foros de codificación universal como regional, en los que no hay jerarquía alguna, y dentro de ellos, aquellos que provienen del denominado *hard law* como del *soft law*; es decir, en el ámbito de las fuentes surgen figuras novedosas a la clasificación tradicional, nuevas manifestaciones del derecho en nuestro contexto contemporáneo. Al respecto nos referiremos en un apartado completo, al analizar las fuentes internacionales del DIPr, donde se profundiza en esta clasificación.

Finalmente, el cuarto capítulo versará sobre el estudio del caso de Tijuana que se desarrolló como un *caso ejemplar* que se entiende como "...aquel que nos muestra acerca de una característica que se encuentra en otros casos y que nos interesa estudiar",² esta característica genérica para efectos de nuestro estudio consiste en que Tijuana posee un importante colectivo de menores migrantes centroamericanos no acompañados, según se presentará y se analizará en el desarrollo del mismo. Además, este tipo de caso nos facilitará "...ilustrar una teoría o un conjunto de proposiciones sobre el funcionamiento del fenómeno",³ es decir, el estudio de nuestro caso nos permite arribar a conclusiones sobre las ventajas y la introducción de la aplicación del DIPr sobre otras ramas jurídicas en materia migratoria. La aplicación del DIPr se realizará través de una propuesta de norma especializada o *lex specialis* de DIPr en el Estado de Baja California y el análisis de la viabilidad de esta norma y su incidencia en la protección de los derechos de la minoridad migrante irregular en el municipio de Tijuana.

² Coller, Xavier, *Estudio de casos*, Cuadernos metodológicos 30, CIS, Madrid, 2000, p.31.

³ *Ibidem*.

Capítulo I. El DIPr y su relación con la migración irregular

1.1 Concepto y contenido del DIPr

El DIPr, en adelante el DIPr, es la rama del Derecho que nace, según Wermer Goldschmidt, con Joseph Story en 1834, año de publicación de su obra “Comentarios sobre los Conflictos de Leyes” y en la cual se crea la denominación de DIPr aplicada a esta rama del Derecho.⁴

Story desglosó la teoría de la reciprocidad internacional bajo la premisa de que la justicia internacional podía lograrse en todos los países, reconociendo que la cortesía internacional era un elemento indispensable para que dicha reciprocidad pudiera hacerse efectiva, es decir, la cortesía cumpliría un papel de elemento operativo necesario para el alcance real de los fines del DIPr. Esto implicaba, desde luego, que el derecho extranjero debía aplicarse por mera “Cortesía Internacional” (Comity). Lo mismo aplicaba como fundamento para la ejecución de sentencias extranjeras. Dicha cortesía, sin embargo, estaba fuertemente limitada por la soberanía de cada país. En este contexto, el reconocimiento de derechos creados en el extranjero se asimilaba a la obligación de ser caritativo. Tal obligación no era percibida como un requerimiento legal, sino más bien moral y ningún tribunal podía, por tanto, exigir su cumplimiento.⁵

El termino DIPr ha sido ampliamente criticado por distintos autores⁶ en virtud de la vaguedad del nombre, donde se aduce que no debe utilizarse el adjetivo internacional en virtud de que no se trata de relaciones entre Estados y por otra parte se niega que sea una rama privatista debido a que también conoce sobre normas de derecho público.

No obstante, coincidimos con las opiniones favorables a la denominación consideran que es correcto nombrarlo derecho internacional porque su ámbito en ocasiones rebasa los límites del Estado y se auxilia de fuentes internacionales del derecho, además de que la adopción de un término distinto incidiría en confusión al momento de ubicar doctrina al respecto.

⁴ Arellano García, Carlos, *DIPr*, Porrúa, México, D.F., 2007. p. 325.

⁵ Bodenheimer B., “*The Public Policy Exception In Law: Private International A Reappraisal In The Light Of Legal Philosophy*”, en: Seminar Jurist, 1954, p. 57.

⁶ Contreras Vaca, Francisco José. *DIPr, parte general*, México D.F., 2013, p. 5.

Para autores como Kegel, la génesis del DIPr se remonta a la época clásica griega y romana,⁷ a pesar de que en esta época no se generó una doctrina concreta sobre la materia o se teorizó o sistematizó al respecto, el autor encuentra referentes históricos esporádicos atribuidas al DIPr. Predominantemente las referencias corresponden a los glosadores y postglosadores como comentadores de la norma, quienes sistematizaron la ley para que esta fuera dinámica para la vida jurídica real. Sin duda las primeras raíces del DIPr se circunscribieron a la materia conflictual. La materia conflictual se coronó con el alemán Savigny⁸ quien libero los rígidos vínculos de la norma y orientó la búsqueda y determinación del derecho aplicable con base en el centro de gravedad de los hechos de un caso concreto, ámbito extenso y complejo del DIPr que no corresponde al análisis del presente trabajo.

Continuando con el análisis conceptual, Niboyet ha sostenido que “El DIPr es la rama del Derecho Público que tiene por objeto fijar la nacionalidad de los individuos, determinar los derechos de que gozan los extranjeros, resolver los conflictos de leyes referentes al nacimiento (o a la extinción) de los derechos y asegurar, por último, el respeto de estos derechos”.⁹ Esta definición nos es relevante dentro del presente estudio toda vez que el autor señala como uno de los elementos esenciales a la noción de extranjería, que será abordada en el siguiente apartado.

El jurista español Aguilar Navarro establece que “El DIPr es un conjunto de normas jurídicas que regulan relaciones jurídico-privadas de carácter internacional teniendo en consideración los factores extranjeros que las califican y la necesaria coordinación de los sistemas jurídicos para hacer posible una armonía en las soluciones legales propuestas”.¹⁰ La armonización de los documentos jurídicos internacionales en materia del DIPr en el derecho interno Mexicano es un tema medular en el que profundizaremos al finalizar el presente capítulo.

⁷ Kegel. *Internationales privatrecht (Derecho Privado Internacional)* Viena, 1979. p. 114.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Niboyet, Jean Paul, *Principios de DIPr*, traducido por Andrés Rodríguez Ramón, Editora Nacional, s.n.e., México 1960. p. 1

¹⁰ Aguilar, Navarro Mariano, *DIPr. Naturaleza del Derecho Internacional Privado*. Vol. I, Tomo II, Parte primera, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1982. p. 17

1.1.1 Un acercamiento a los componentes principales del DIPr

En relación a las partes que integran nuestra disciplina, existen diversas posturas que se encuentran vinculadas con análisis teóricos sobre la naturaleza jurídica del DIPr, los distintos criterios varían también en atención a la ubicación geográfica de la corriente de pensamiento doctrinal.

Para algunos países, principalmente los de origen anglosajón, la parte medular del DIPr es lo referente al Derecho conflictual o el denominado *Conflicts of Law* de Joseph Story, al respecto debemos puntualizar a la par de la teoría de Korkish¹¹ que existe una distinción entre los contenidos del Derecho conflictual y el de extranjería quien considera que el DIPr de colisión se integra principalmente por normas de remisión a las jurisdicciones extranjeras, en cambio el DIPr de extranjería se integra por normas sustantivas.

Las normas sustantivas a la luz del DIPr son aquellas que, a diferencia de las normas de conflicto, remiten a un ordenamiento jurídico vinculado con el supuesto de hecho para buscar entre sus normas materiales la solución del fondo,¹² incluyendo a las normas internacionales contenidas en los tratados.

Insistimos en la línea de que la presente investigación se referirá concretamente al DIPr desde la dimensión del Derecho de extranjería y el cruce que emana de su análisis con la figura de la migración irregular particularmente de la minoridad migrante sin acompañamiento y las normas sustantivas aplicables.

Por su parte, el enfoque de los países con influencia francesa es más amplio e integrador, expandiendo el espectro de funciones del DIPr, podemos mencionar al autor François Rigaux quien considera que el DIPr está “Limitado a sus cuatro partes componentes (conflicto de nacionalidades, condición jurídica del extranjero, conflicto de autoridades y de jurisdicciones y conflicto de leyes) el DIPr constituye una disciplina perfectamente coherente, de la que no se puede recortar nada y a la que tampoco se puede añadir nada”.¹³ Rigaux sostiene que esta rama del derecho está bien definida, donde uno de sus aspectos relevantes es la condición jurídica de los extranjeros, que

¹¹ Frisch Philipp, Walter, *et al. DIPr y Derecho Procesal Internacional*, Porrúa, México, 2016, p. 28.

¹² Fernández Rosas Carlos y Sánchez Lorenzo Sixto. *DIPr*, Civitas, Valladolid, 2016, p. 145.

¹³ Rigaux, François. *DIPr, Parte general.*, Civitas, Madrid, 1985. p. 108.

encuentra conexión con la migración y sus contenidos propios, como hemos señalado esta apreciación es más extensa y abraza otros componentes más allá del derecho conflictual aludido.

Al hablar de los componentes principales de la materia que nos ocupa, en esta primera aproximación asentamos la discrepancia de criterios, sin embargo, respecto a los caracteres del DIPr existen un acuerdo, si no generalizado, casi unánime sobre los elementos distintivos de nuestra disciplina. Calvo Caravaca considera a las características inherentes al DIPr que lo distinguen de otras ramas de estudio, las siguientes: autonomía científica, estatalidad y su exclusividad.¹⁴ El DIPr es autónomo porque cuenta con un sistema normativo propio ya que dispone de principios, normas específicas, y figuras propias para cumplir con sus objetivos, mismas que le permiten distinguirse de otras ramas, particularmente del Derecho internacional Público¹⁵ (en adelante DIP), el cual se encarga del estudio sobre la regulación de las relaciones entre Estados y organismos internacionales, mientras que el DIPr se ocupa de otorgar seguridad jurídica a situaciones derivadas de la interacción de los particulares donde medie un aspecto internacional o de extranjería como se ha referido. En cuanto a la dimensión estadual o de estatalidad, esta implica que el DIPr se alimenta de normas de Derecho interno, es decir fuentes nacionales (leyes, jurisprudencia, costumbre y doctrina) y además de disposiciones suscritas en un plano internacional, es decir, fuentes internacionales (tratados internacionales, jurisprudencia internacional, costumbre internacional y doctrina).¹⁶ El DIPr es exclusivo, además, porque resuelve los problemas jurídicos que implican situaciones privadas de carácter internacional privado mexicano, donde encontramos una de las bondades más relevantes de nuestra materia que tiene una dimensión internista y que es capaz de descender el derecho internacional a la órbita de las legislaciones domésticas.

En el mismo tenor, Rodríguez Benot sostiene entre los principales caracteres: “que se trata en primer lugar de un Derecho en mutación, pues en la configuración de su objeto debe atender a las novedades que incorporan diversos fenómenos sociales: en nuestros

¹⁴ Calvo, Caravaca Luis Alfonso, *et al.* DIPr, Granada, Comares, 2005, pp. 4-7.

¹⁵ Solamente a manera de aproximación al DIP brindaremos un concepto inicial, en virtud de que la naturaleza jurídica de esta rama se abordará a profundidad en el apartado sobre el *Diálogo entre disciplinas del Derecho internacional* dentro de este capítulo primero.

¹⁶ *Ibidem.* Calvo, Caravaca Luis Alfonso, *et al.* DIPr, Granada, Comares, 2005, pp. 4-7.

días, por ejemplo, el respeto a los derechos humanos en una sociedad multicultural, los procesos regionales de integración política, el desarrollo de las telecomunicaciones, la globalización de las relaciones económicas o el auge del comercio internacional. En segundo término es un Derecho multidisciplinar, que opera sobre categorías materiales disciplinadas por distintas ramas del Derecho privado en las que se hallen presentes un elemento extranjero (categorías que provienen del Derecho civil, del Derecho mercantil o del Derecho laboral y lo hace con frecuencia mediante técnicas propias del Derecho público (Derecho procesal y Derecho internacional público); es también un Derecho plural en lo que concierne a sus fuentes y su metodología. Finalmente, es un derecho multifuncional porque posee una perspectiva preventiva (asentada en el diseño previo de las situaciones por profesionales expertos para la evitación de conflictos, así como en el recurso a la actividad de los particulares o de ciertas instituciones para la resolución alternativa de conflictos).¹⁷ Además, el DIPr cumple otras funciones como el estudio del Derecho internacional desde la dimensión pública, y lo que la aplicación de las diversas premisas de internacionalidad circunscritas al DIP puedan producir implicaciones en sede interna.

1.1.2 Análisis del contenido del DIPr

Con relación a su contenido como ciencia jurídica, es importante reiterar que el estudio del DIPr varía según los temas que en cada país o centro de enseñanza se establecen en el currículo correspondiente.¹⁸ Es así como en América y en Estados Unidos el DIPr se circunscribe al estudio de los métodos de conflicto tanto de competencia judicial como de leyes.¹⁹

Los programas de las universidades italianas también están centrados casi exclusivamente en los estudios de los conflictos de leyes y de jurisdicciones. En el caso de Italia, además de los anteriores, suelen incluirse dos temas complementarios, a saber: el derecho de la nacionalidad y la condición jurídica de los Extranjeros.²⁰

¹⁷ Rodríguez Benot, Andrés. *Manual de DIPr*, Capítulo 1 Introducción al DIPr, Tecnos, Madrid, 2016, pp.22-23.

¹⁸ Pérez Nieto, Leonel. *DIPr, parte general*, Oxford, México D.F., 2012, p. 1.

¹⁹ *Ibidem*. p.2.

²⁰ *Ibidem*. p.3.

Respecto al tema de extranjería que nos ocupa, dentro del DIPr este ha sido ampliamente desarrollado por Francia, donde el plan de estudios de nuestra rama se divide en cuatro temas fundamentales: “Derecho de la nacionalidad, Condición jurídica de los extranjeros, Método de conflicto de leyes y Método de conflicto de competencia judicial.”²¹

Debido a la marcada influencia del derecho civil y la doctrina civilista francesa se ejercieron estos contenidos en los países de América Latina durante la segunda mitad del siglo XIX y la primera del siglo XX. Este plan de estudios ha estado vigente en la gran mayoría de las universidades y centros de enseñanza del derecho en México y Centroamérica desde hace más de 80 años.²²

Ahora bien, el DIPr moderno en México, sigue albergando los contenidos propios de la doctrina civilista francesa, inyectándose de nuevas corrientes como la concepción del DIPr como una herramienta jurídica de integración, que incida en contribuir como marco regulador e interpretativo en su ámbito normativo, catalogándolo como instrumento imprescindible, para el logro de la armonización de las legislaciones de los países.²³ Son amplios y diversos los desafíos del DIPr de cara a los tiempos modernos, sobre todo en temas prioritarios como la migración internacional que le incumbe desde el ámbito del Derecho de extranjería, resultará más digerible entender cuál es la naturaleza propia de esta rama del Derecho para llegar a conclusiones firmes sobre la pertinencia del abordaje del tema migratorio a la luz de nuestra disciplina.

1.2 Teorías que explican su naturaleza jurídica

La literatura jurídica ha sustentado la distribución del DIPr en una parte general y una especial. Respecto a la primera, autores como Maekelt han sostenido que: “Sin la parte general, el DIPr se convertiría en una disciplina sin vida propia, sin sus características esenciales y sin la base de la científicidad”.²⁴

²¹ *Óp. Cit.* Contreras Vaca, Francisco José. *DIPr, parte general*, México D.F., 2013, p. 5.

²² *Óp. Cit.* Pérez Nieto, Leonel. *DIPr, parte general*. p. 3.

²³ *Cfr.* Feldstein de Cárdenas S. *Armonización Legislativa en áreas integradas*, Revista Temas de Derecho Privado N° XII, Buenos Aires, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2000, p. 201.

²⁴ Maekelt Tatiana B. de, *Teoría general de DIPr*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 87, Caracas, 2010, p. 30-31.

En cuanto a la parte especial, Pérez Nieto señala que la Parte Especial del DIPr se ocupa del estudio de las materias clásicas correspondientes al derecho civil, comercial, penal y procesal internacionales y de la forma de los actos que revisten de su validez extraterritorial.²⁵ Es por ello que la parte especial del DIPr al esbozar las materias referidas, no será objeto de estudio del presente trabajo.

Por su parte, la teoría general del DIPr viene a ratificar su autonomía y a construir el andamiaje necesario para su funcionamiento, y es que "...una ciencia sin Parte General es como una persona sin cabeza".²⁶

Maury señala que "es necesario dotar al legislador y al juez de una teoría general del DIPr que abarque sus problemas esenciales de filosofía jurídica, de método y de técnica".²⁷ La teoría general del DIPr, se ocupa de la determinación del objeto de esta disciplina jurídica y de las distintas tesis o corrientes teóricas que soportan dicho objeto. Por lo que, para el entendimiento de la naturaleza jurídica del DIPr resulta necesario iniciar desde el apartado de la teoría general y esbozar que instituciones jurídicas albergan los contenidos propios de nuestra rama del Derecho.

Neuhaus²⁸ abordó la temática de la teoría general del DIPr a través de las denominadas instituciones generales y la importancia que estas poseen en el desarrollo del método del DIPr. En efecto, el autor germano sistematizó la parte general del DIPr en tres grupos. El primer grupo contiene los factores de conexión que tienen su origen en la obra de Savigny; el segundo grupo está integrado por las instituciones que se refieren a la naturaleza, alcance y modalidades de la aplicación del Derecho extranjero y que son: la calificación, la cuestión incidental, el reenvío, el orden público, el fraude a la ley y la institución desconocida. El tercer grupo contiene las llamadas instituciones "valorativas" y en él se ubican las situaciones jurídicas válidamente creadas, el equilibrio de intereses y la adaptación.²⁹

²⁵ Pérez Nieto Castro, Leonel., *DIPr, Parte Especial*, México, Oxford University Press, 2006, p.13.

²⁶ Werner Golschmidt. *DIPr, el Derecho de la tolerancia*, Buenos Aires, 1970. p. 18.

²⁷ Maury J., *Règles générales des conflits de lois, Recueil des Cours*, 1936, Tomo 57, p. 329.

²⁸ Nehaus P. H., „*Entwicklungen im Allgemeinen Teil des Internationalen Privatrechts*“, Festschrift für GerhardKegel, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag GmbH, 1977, p. 23

²⁹ Madrid Martínez, Claudia. *Estudios de DIPr, Homenaje a Tatiana Maekelt*, Coord. V.H. Guerra et al, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, p. 160

Las instituciones generales surgen como respuesta a los problemas propios de la extranjería de las relaciones y de la necesidad consecuencial de determinar el derecho que regirá las mismas. Constituyen, en tal sentido, herramientas que da el legislador al juez para enfrentar la posible aplicación del derecho extranjero.³⁰

En relación a la delimitación de esta rama del derecho han surgido distintas teorías para justificar su naturaleza jurídica en razón de sus contenidos, doctrinas que varían en razón del punto geográfico en el que nos encontremos y de la influencia recibida de los sistemas normativos de cada nación como hemos acotado en líneas precedentes.

Se considera como doctrina jurídica a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación.³¹

En términos generales las teorías o doctrinas jurídicas principales que describen la naturaleza jurídica del DIPr se centran en la siguiente clasificación: la teoría estricta o clásica, la intermedia y finalmente la amplia.³²

La teoría estricta sostiene que el objeto predominante del DIPr es resolver la convergencia de leyes, por medio de normas de conflicto a través de las cuales se determina la ley aplicable a un caso concreto, en el que exista vigencia simultánea de dos o más ordenes jurídicos; tal solución se refiere a la determinación de un sistema jurídico aplicable a una relación privada internacional, aunque existen diferentes puntos de vista en la doctrina en cuanto a la naturaleza de tal relación, algunos doctrinarios marcan como misión del DIPr la determinación de un sistema jurídico para la solución de fondo de una relación jurídica dada uno de sus principales exponentes es el autor Martin Wolff.³³ Un ejemplo es Alemania.

La teoría intermedia es defendida principalmente por autores anglosajones cuyo sistema jurídico pertenece a la familia del *Common Law*, en donde los jueces son quienes

³⁰ Madrid Martínez, Claudia. *Estudios de DIPr, Homenaje a Tatiana Maekelt*, Coord. V.H. Guerra et al, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, p. 159.

³¹ García Máynez, Introducción al Estudio del Derecho, Porrúa, México, p. 76.

³² González Martín, Nuria. *DIPr. Parte general*. Colección Cultura Jurídica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 36

³³ Wolff, Martín. *DIPr*, Bosch, Casa editorial; Barcelona 1958. p. 5

crean el derecho mediante los precedentes. Debido al sistema que impera dentro del *Common Law* se debe resolver primero el conflicto de competencia judicial y posteriormente el conflicto de leyes, en otras palabras, con un orden cronológico de las acciones que un litigante o un juez debe realizar para resolver un problema, debe conocerse primero cuál es el juez que va a conocer la causa en concreto, para después él pueda determinar la ley que corresponde a la solución de un determinado conflicto.³⁴

La concepción amplia, según González Martín, aborda cuatro aspectos: el básico de la determinación del ordenamiento aplicable a las situaciones con elemento extranjero; el derecho procesal civil internacional; el derecho de la nacionalidad, y el derecho de extranjería.³⁵ Esta concepción como hemos aludido, tiene su origen en el sistema francés, de donde se extendió a otros países como por ejemplo el ordenamiento jurídico italiano que supera esa estricta actitud privatista e “incluye el derecho de extranjería por política legislativa y por convicción teórica, y además bajo la idea de que hay que determinar los elementos que configuran el trabajo externo, incluyendo en esta materia el goce y el ejercicio de los derechos de los extranjeros; el ordenamiento jurídico mexicano también se incluye en esta concepción, en el que, con matices distintos, sigue siendo mayoritaria.”³⁶

Esta teoría establece, que en el DIPr las materias citadas conforman el cuerpo del mismo, debido a la interrelación existente entre ellas, y que el elemento extranjero representa un factor a primar dentro de las relaciones jurídicas internacionales.³⁷ Es en este punto donde encontramos conexión entre el Derecho de extranjería y el DIPr a través de una visión amplia de la interpretación de su objeto de estudio.

Ahora bien, al hablar de una teoría amplia o extensa para entender la naturaleza jurídica del DIPr, no se trata de esbozar una teoría narcisista como menciona Fernández Arroyo,³⁸ que implica considerar que todo lo referente al contexto internacional y sus distintos aspectos concomitantes pertenece al DIPr; por el contrario, nuestra intención consiste en delimitar con cautela y prudencia qué contenidos sí son propios de la ciencia

³⁴ Cfr. Arellano García, Carlos. *DIPr. Pág. 34-37.*

³⁵ González Martín, Nuria. *DIPr. Parte general. Colección Cultura Jurídica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 36*

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ Cfr. Miaja de la Muela. *DIPr, Tomo I, Introducción y parte general. Atlas, Madrid 1985. p. 18.*

³⁸ Fernández Arroyo Diego P., *DIPr y Derecho de Integración, CEDEP, Paraguay, 2013. p.30*

privatista internacional, aludiendo en el caso concreto a la migración irregular, como una figura derivada del Derecho de extranjería.

1.2.1 La teoría amplia o extensa como categoría idónea para cubrir las necesidades actuales del DIPr

En nuestra consideración, y bajo los fines a teorizar en el presente trabajo, se inclina por la mencionada teoría amplia o extensa en virtud de que incluye el tema de extranjería como elemento esencial en el estudio del DIPr, de donde nace nuestra propuesta metodológica de un abordaje del tema migratorio, particularmente el sector poblacional de la minoridad no acompañada desde la perspectiva *iusprivatista*.

Como se ha asentado, la teoría amplia involucra tres vertientes principales, a saber: el derecho conflictual, el derecho de nacionalidad y el derecho de extranjería o la condición jurídica de los extranjeros. En relación al derecho conflictual, éste se define como aquel sistema que permite se identifique, en caso de duda, la norma aplicable entro los distintos ordenamientos jurídicos que puedan seguirse. Determina, dentro de un país específico, la relación jurídica analizada y dispone que dicho Derecho sea el que proporcione su marco regulatorio, con base en el supuesto fáctico en concreto. Generalmente, se busca que a través de uno de los puntos de contacto existentes sea posible vincular a la situación con uno u otro ordenamiento.³⁹ Tradicionalmente se ha considerado al Derecho conflictual como la parte neurálgica del DIPr; ésta vertiente resulta de la necesidad inminente de encontrar alternativas de solución ante la posible y eventual colisión la diversidad de sistemas jurisdiccionales y normatividad a raíz de la actualización de los ordenamientos por el actuar de los sujetos privados, sin duda, al hablar de conflictos de leyes se despliega un abanico de aspectos tanto de índole procesal como sustantiva que requieren un estudio muy puntual, por lo que solo hacemos referencia a algunas generalidades de este aspecto del DIPr, ya que en relación a la teoría amplia el enfoque del que se ocupara esta trabajo el tema de la extranjería.

³⁹ Coronado Contreras, Laura. *Manual de DIPr, casos prácticos*. Colección Jurídica IBI IUS, Porrúa, México, 2016, pp. 42-43.

Respecto al derecho de la nacionalidad “este sector integrante del contenido del DIPr en una concepción amplia y sistemática del mismo. Se trata de un bloque vinculado estrechamente al Derecho de extranjería, a modo de dos caras de la misma moneda por cuanto los no nacionales del Estado del foro serán extranjeros ante las autoridades de éste (si bien caben situaciones de conflicto de nacionalidades ora negativo —apatridia— ora positivo —plurinacionalidad—). Y para averiguar si una persona es o no nacional del Estado del foro habrá de recurrirse a lo establecido en las normas que regulan este sector en el ordenamiento de dicho Estado. Así las cosas, el Derecho de nacionalidad regula, *inter alia*, la adquisición, pérdida, conservación y recuperación de una cualidad cuya aplicación o no a una persona en el Estado del foro decidirá, a su vez, la aplicación del régimen jurídico de la extranjería y la solución, en un sentido o en otro, de los conflictos de Leyes y de jurisdicciones.”⁴⁰ La regulación básica de este sector por el ámbito del DIPr resulta total debido a que a partir del tema de nacionalidad pueden surgir controversias que incumban tanto al Derecho internacional como al ámbito doméstico, por lo que nuestra rama al tener una conformación multidisciplinar pueda abordar este tipo de controversias procurando la armonización de los ordenamientos para llegar a soluciones pragmáticas y efectivas.

El último de los sectores es el Derecho de extranjería... “la concurrencia del carácter extranjero en el elemento personal de una situación haría que ésta fuera objeto del DIPr, de ahí la relevancia de verificar dicha cualidad. Así las cosas cabe definir el Derecho de extranjería como aquel sector del ordenamiento jurídico que tiene por función regular, *lato sensu*, la situación jurídica de los no nacionales en el Estado del foro.”⁴¹ Como se ha adelantado el Derecho de extranjería es la parte medular de nuestro enfoque, esta vertiente es uno de los aspectos del DIPr que encuentra un mayor cruce con otras disciplinas jurídicas como el DIP, el Derecho constitucional, civil e incluso administrativo, y así la función del DIPr de cara a esta diversidad de líneas de abordaje consiste en buscar soluciones integradoras para los casos de extranjería en la dimensión de migración

⁴⁰ *Óp. cit.* Rodríguez Benot, Andrés. *Manual de DIPr*, Capítulo 1 Introducción al DIPr, Tecnos, Madrid, 2016, p.24.

⁴¹ *Ibidem.* p.29.

irregular, tendientes a incluir toda la gama de derechos diseminados en las distintas disciplinas referidas.

Es ineludible que en países como Francia, España y Bélgica, el DIPr alberga no solo los tópicos relativos al conflicto de leyes que abarca aspectos como jurisdicción, derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, sino también el derecho de la migración y la nacionalidad.⁴² Para los juristas de estos países, en los que también debemos incluir a México, que han recibido sus principales influencias en el tema de Francia y España, la migración es un tema que naturalmente recae en el ámbito del DIPr. Tradicionalmente el análisis de la situación legal de individuos que han cruzado una frontera extranjera por los márgenes legales, se ha dado tratamiento por el DIPr, mientras que el DIP se ocupa con énfasis de las relaciones interestatales.⁴³

Actualmente el DIPr afronta desafíos sustentados en la ardua labor de integración de la normativa aplicable tanto en los casos de nacionalidad como los de extranjería, se habla incluso del futuro del DIPr como una herramienta de integración jurídica. Los problemas actuales que encara el derecho a partir de figuras como la transnacionalidad particularmente en el ámbito de la migración internacional irregular y la cada vez mayor participación de sectores de población más vulnerables como los menores, en estos fenómenos migratorios hace relevante un enfoque amplio y extenso del DIPr, no es suficiente abordar un estudio del Derecho conflictual dejando de lado aspectos como la migración, si bien es cierto, este tema es estudiado también por otras disciplinas jurídicas, el DIPr al poseer la multifunción de ser un derecho internacional y a la vez estadual posee una gran ventaja para fungir como un medio de comunicación y solución de las problemáticas que surgen en torno a la migración desde el interior de los Estados.

1.2.2 Consideraciones sobre la negativa de reconocimiento de la doctrina extensa en los países anglosajones

Como hemos señalado, las tres corrientes doctrinarias, desde sus distintas vertientes, atraen sectores de la comunidad jurídica que se han decantado por alguna de

⁴² Muir Watt, Horatia y Fernández Arroyo, Diego P., *Private international law and global governance*, Oxford, 2015, p. 302.

⁴³ *Ibidem*.

ellas; en el caso de la teoría extensa en los países de origen anglosajón, principalmente, se niega esta clasificación como hemos precisado, es decir el Derecho de extranjería y el tema de la nacionalidad, no son considerados como objeto de estudio de nuestra disciplina.

Del análisis anterior, y bajo nuestra consideración, existen tres elementos o factores que inciden en problematizar, disentir, o negar la clasificación o teoría amplia por la que nos hemos inclinado y que integra como área de estudio del DIPr al Derecho de extranjería donde se aborda la figura de la migración internacional, a saber:

1. La fina línea divisoria entre las ramas del DIP y el DIPr y los instrumentos concomitantes a ambas disciplinas.

2. Confusión derivada de la participación de otras ramas o ciencias del derecho domésticas en el Derecho de extranjería y la materia migratoria, como los son el Derecho constitucional, el Derecho administrativo, el Derecho civil, entre otras.

3. La tradición de la doctrina alemana y anglosajona del sistema conflictual o del derecho aplicable.

En relación al primer punto, consistente en la fina línea divisoria entre las ramas del DIP y el DIPr y sus respectivos marcos normativos, consideramos que esta afirmación representa el factor más complejo; así Velázquez Elizarrarás sostiene que el DIPr es una rama autónoma y no una subespecie de otras ramas del derecho, como el Derecho civil, administrativo y constitucional; particularmente se hace la distinción del DIPr *vis a vis* el DIP, a pesar de que puedan coincidir en el estudio de sus instituciones no cabe desconocer que su punto de examen es completamente diferente, el cual se realiza a través de métodos diferentes y buscando soluciones en planos procesales distintos.⁴⁴

Al respecto, consideramos que la naturaleza jurídica de ambas ramas es distinta y sus enfoques diversos, aunque no podemos negar la existencia de diálogos necesarios entre estas dos vertientes del derecho internacional toda vez, que encuentran comunicación al aplicar fuentes del derecho internacional similares, principalmente en la materia convencional o de tratados internacionales, donde pareciera que la confusión se

⁴⁴ Velázquez Elizarrarás Juan Carlos. *El Derecho Internacional Público y privado a través de los debates teóricos actuales en universidades de México y el extranjero*. UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, México, 2005, p. 26.

acentúa; es el caso de la Convención internacional de los derechos del niño⁴⁵, que es un tratado que, *prima facie*, clasificaríamos como propio o relativo al DIP, no obstante este mismo instrumento encuentra aplicación a diversas hipótesis del DIPr en sede interna, tales como el derecho de extranjería y la migración irregular de menores no acompañados, esto implica que el diálogo normativo y jurisprudencial consecuentemente, es un aspecto que pudiera generar confusión sobre la separación de estas dos ramas del derecho y su objeto de estudio.

En cuanto al segundo aspecto, consistente en la confusión derivada de la participación de otras ramas o ciencias del derecho domésticas en el Derecho de extranjería y la materia migratoria, podemos sostener que el DIPr ha desarrollado un diálogo interdisciplinar, en virtud de relación existente entre el DIPr y otras disciplinas jurídicas en sede interna *inter allia*, el Derecho Constitucional, el cual cobra singular relevancia en el tema de la migración internacional en su dimensión irregular. En el caso mexicano, el artículo 73 de la Constitución Mexicana señala que la migración es un tema que compete a la esfera federal, reservado a este ámbito competencial, donde el Derecho constitucional mexicano y la ley federal de migración asumen la regulación de la migración en nuestro país. El debate sobre si la migración es un tópico que debe ser exclusivo a la federación, o si su competencia debe redimensionarse para abrirse a plenitud al derecho de las entidades federativas, es un tema que será sujeto análisis en el cuarto capítulo de la presente investigación que se ocupa del estudio del caso de Baja California y la legislación aplicable a la minoridad migrante irregular no acompañada de carácter local.

Por otra parte, es ineludible que la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho constitucional se estrecha progresivamente. Por una parte, la internacionalización de diversas categorías existentes en el ámbito nacional de los Estados constitucionales se evidencia, especialmente con los pactos internacionales en materia de derechos humanos y con la creación de los sistemas universal y regionales de protección de los mismos, con la finalidad de que dichos instrumentos internacionales se apliquen y sean realmente efectivos por los Estados. Donde surgen figuras como la constitucionalización del Derecho internacional, al presentarse transformaciones

⁴⁵ Naciones Unidas (ONU), Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

constitucionales que obedecen a contextos y problemas específicos, resulta difícil buscar un origen común para todos los cambios constitucionales que insertan contenidos del Derecho internacional.⁴⁶

Aunque cada proceso constituyente responde a circunstancias diversas, comulgamos con la idea de que “existen rasgos comunes en los principios ideológicos que presentan y que buscan resolver problemas tan arraigados y compartidos en la región. Tal es el caso, por ejemplo, de la expansión de derechos fundamentales, el reconocimiento de la diversidad nacional, la materia migratoria...”⁴⁷

Asimismo, las constituciones presentan formas elevadas a rango constitucional que incorporan con fuerza vinculante del derecho internacional, aspecto que fortalece la eficacia práctica de los derechos reconocidos mediante la ampliación de más y mejores mecanismos de garantías. En relación al DIPr mexicano, se han insertado nuevos conceptos en la ley de migración mexicana,⁴⁸ emanados de contenidos propios del DIP, y cuyo papel primordial del DIPr ha sido introducirlos de manera armónica al sistema jurídico nacional.⁴⁹

Finalmente, en relación al tercer aspecto que dificulta la aceptación de la doctrina amplia del DIPr, en efecto, consideramos que la tradición de la doctrina alemana del DIPr encabezada por grandes juristas tales como Zachariae, Wächter, Hauss y Savigny, desde el siglo XIX ha adquirido, digamos, un color unidimensional que difícilmente será modificado. Estos autores construyeron, si bien es cierto, no solo una escuela de pensamiento del DIPr sino un verdadero sistema, el sistema conflictual, de corte monista que únicamente hace reflexión y análisis del derecho conflictual o derecho aplicable, y que

⁴⁶ Uprimny Rodrigo, *Las transformaciones constitucionales en América Latina: tendencias y desafíos* en Rodríguez Garavito César (coord.) *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, Argentina, 2011, p.128.

⁴⁷ Ferrajoli Luigi, *Democracia y garantismo*, Trotta, segunda edición, Madrid, 2010, p. 102.

⁴⁸ Diario Oficial de la Federación (DOF) 25 de mayo de 2011, se publica el Decreto por el que se expide la Ley de Migración y se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Población, del Código Penal Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de la Ley de la Policía Federal, de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, de la Ley de Inversión Extranjera, y de la Ley General de Turismo.

⁴⁹ Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva No. 18, De la Condición Jurídica de los Trabajadores migrantes indocumentados, 2003, de la que la Ley de migración mexicana, incorpora contenido íntegro en sus artículos 3, 4, 5 y 6.

desvinculó ramas como la nacionalidad y el Derecho de extranjería reconocido por países como Francia, Italia y México.

Respecto al establecimiento de dogmas jurídicos, como es el caso de la tradición conflictual del estudio del DIPr en Alemania y Estados Unidos, L.A Hart ha sostenido que en ocasiones el Derecho es interpretado y asumido sin hacer una reflexión profunda de su naturaleza vinculante, esto implica que seguimos el derecho, por razonamientos empíricos o porque tradicionalmente es lo que se nos ha dicho que es correcto. Este autor inglés señala que “Cuando un hábito -se refiere a la aceptación de una norma y su obediencia- es aceptado por un grupo, esta generalidad no es más que un hecho acerca de la conducta observable del grupo. Para que exista tal hábito, no es necesario que estos piensen en la conducta general, menos necesario es que tiendan a inculcar el hábito. Basta que cada uno se comporte en la forma que los otros también lo hacen.”⁵⁰ En el ámbito del Derecho existen casos en los que se asume un criterio general de comportamiento, que dista de obedecer a una opinión crítica reflexiva, más bien consiste en “una opinión formada” en palabras de Hart. Esto implica que la tradición de estos países delimitada al tema del derecho aplicable o conflictual tiene un carácter arraigado que difícilmente permitirá a los nuevos autores de estas nacionalidades abrirse a las otras dimensiones del DIPr consideradas en la teoría extensa o amplia que ya hemos señalado.

Finalmente reafirmamos, y esa es nuestra postura, la inclinación por la mencionada teoría amplia o extensa en virtud de que incluye el tema de extranjería como elemento esencial en el estudio del DIPr, en donde encuentra conexidad el tema migratorio, mismo que tiene por objeto la presente investigación, particularmente el sector poblacional de la minoridad no acompañada desde la perspectiva de nuestra disciplina jurídica.

1.3 El DIPr como una herramienta de integración y comunicación del Derecho.

1.3.1 El Derecho internacional de integración y el papel del DIPr

Es importante advertir que, en la actualidad, cada vez hay más casos en nuestro ordenamiento jurídico con una proyección internacional, lo que implica un análisis jurídico

⁵⁰ L.A. Hart, Herbert. *El concepto de Derecho*, ABELEDO-PERROT, Buenos Aires, 2010, p. 71.

más complejo que invita a un estudio multidisciplinar del asunto,⁵¹ donde entren en conexión ramas *inter allia*: como el DIPr, el DIP, el Derecho civil, el Derecho administrativo y el Derecho constitucional.

Fernández Arroyo hace énfasis a un derecho internacional de integración, puesto que nos encontramos con un incremento significativo de procesos de integración regional, que agrupan a algunos Estados con objetivos en común de muy diversa índole. En efecto, la regionalización es un paso, una etapa hacia la globalización y viceversa, la globalización promueve la regionalización.⁵²

Precisamente este fenómeno se ha desarrollado en diversos países en ambos hemisferios, verbigracia en el DIPr de Francia, donde hemos podido observar nítidos procesos de integración regional, el cual es un dato cada vez más relevante en América. Así, “El derecho francés puede ser visto en este sentido como un referente para estudiar cómo la integración regional ha modificado el DIPr francés en todos sus aspectos. En efecto, ha cambiado más en los últimos años que en los dos siglos anteriores”⁵³, sería el caso del derecho comunitario europeo que ha iniciado una revolución en la concepción, aplicación y filosofía del DIPr que aún no está terminada. El impacto de la integración europea sobre el DIPr francés puede ser una muestra interesante para otros procesos de integración como los que se han presentado en América, tales como la Comunidad del Caribe (CARICOM), el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), o la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y el propio Mercado Común del Sur (MERCOSUR) en América del Sur.⁵⁴ El primero surgió en 1958, como resultado de 15 años de gestiones a favor de la integración regional, y sus objetivos fundamentales son la cooperación económica en el seno de un mercado común del Caribe, estrechar las relaciones derivadas de esta cooperación y el fomento de la educación, la cultura y la industria. Por su parte, el SICA es el marco institucional de la Integración Regional Centroamericana constituido el 13 de diciembre de 1991, mediante la suscripción del Protocolo a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) o Protocolo de Tegucigalpa, el cual reformó la Carta

⁵¹ Coronado Contreras Laura. *Manual de DIPr, casos prácticos*. Colección Jurídica IBI IUS, Porrúa, México, 2016, p. XIV.

⁵² *Ibidem*, Fernández Arroyo Diego P., *DIPr y Derecho de Integración*, CEDEP, Paraguay, 2013. p.31.

⁵³ Kleirner, Caroline. *Tendencias actuales del DIPr francés*, OEA, 2008, pp. 387.

⁵⁴ Kleirner, Caroline. *Tendencias actuales del DIPr francés*, OEA, 2008, pp. 387-388.

de la ODECA. La República de El Salvador es la sede del SICA y su objetivo fundamental, es la realización de la integración de Centroamérica, para constituir la en una región de paz, libertad, democracia y desarrollo, sustentada en el respeto, tutela y promoción de los derechos humanos.⁵⁵ En relación al CAN es una organización subregional con personalidad jurídica internacional. Está formada por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela y por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (SAI). Sus antecedentes se remontan a 1969 cuando se firmó el Acuerdo de Cartagena, también conocido como Pacto Andino.⁵⁶ Finalmente, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) es un proceso de integración regional instituido inicialmente por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay al cual en fases posteriores se han incorporado Venezuela y Bolivia, ésta última en proceso de adhesión. Este organismo de integración ha habilitado un espacio común que generara oportunidades comerciales y de inversiones a través de la cohesión competitiva de las economías nacionales al mercado internacional.⁵⁷

Es evidente que el DIPr ha identificado la necesidad actual de procesos de integración regional, que propicien la cohesión y agrupación de los Estados para detonar el desarrollo de distintos ámbitos que van desde el comercial hasta el propiamente jurídico o de reconocimiento y defensa de derechos de los países.

1.3.2 Interfaz entre la migración internacional y el fenómeno del derecho de integración

Existen elementos o factores que inciden en pugnar por un derecho integrador tal como se ha sustentado, ahora bien, consideramos que esta integración encuentra un cruce o interfaz con el derecho de migración *per se*. En este sentido, nacen dos componentes responsables principales de esta conexión, el primero es el fenómeno de la gobernanza global y la relación que guarda con la migración internacional y el segundo está vinculado con la figura de globalización.

⁵⁵ Vid. www.sica.int/sica/sica_breve.aspx, Consulta: 01 de marzo de 2017.

⁵⁶ Vid. www.comunidadandina.org, Consulta: 01 de marzo de 2017.

⁵⁷ Vid. www.mercosur.int/innovaportal/v/3862/11/innova.front/, Consulta: 02 de marzo de 2017.

Horatia Muir y Fernández Arroyo afirman que existen múltiples razones para sostener que el DIPr posee soluciones normativas en relación al tema de migración global y gobernanza.

En cuanto a la gobernanza, éste es un concepto cuya connotación actual es producto del debate académico sobre las transformaciones del Estado, estos debates lo han vinculado a temas como la globalización y la migración internacional, así como al discurso analítico de diversos organismos internacionales.⁵⁸ Sánchez González ha señalado que el termino gobernanza proviene del francés y de ahí paso al inglés, su significado abarca ambos como el gobierno, la administración, y dirección.⁵⁹ Actualmente, la mayoría de las materias requieren de un diálogo y cooperación entre los Estados particularmente ámbitos como el campo de la migración. Donde se han adoptado metas programáticas que políticamente deberán demostrar un progreso gradual de estos temas. Autores como Van Loon consideran que el espíritu de engendrar y desarrollar la participación de los Estados en estos temas, lo encontramos en el DIPr quien ha demostrado hacer uso de herramientas de cooperación capaces de implementarse en el área de la migración y la gobernanza.⁶⁰

Tal es el caso de la Conferencia de la Haya sobre DIPr que aborda aspectos vinculados a la migración internacional. De acuerdo con el Secretario General de la Conferencia de la Haya referida, los estados de origen, destino y tránsito comparten temas e intereses en común, deben permitir la creación de una infraestructura multilateral. Considera además que futuros instrumentos deben definir las responsabilidades de los Estados parte, y el establecimiento de mecanismos que permitan un diálogo y comunicación mutua, para la implementación de las obligaciones contraídas, así como de herramientas de monitoreo.⁶¹ El propósito de lo anterior no será remplazar los ordenamientos existentes aplicables a la materia migratoria, sino el desarrollo de una

⁵⁸ Aguilar Villanueva, Luis F., *Gobernanza y Cuestión Pública*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008, p. 38.

⁵⁹ Sánchez González, José Juan., *Gestión Pública y governance*, Instituto de Administración Pública del Estado de México, México, 2006, p.18.

⁶⁰ Muir Watt, Horatia y Fernández Arroyo, Diego P., *Private international law and global governance*, Oxford, 2015, p. 308.

⁶¹ *Ibidem*.

infraestructura autónoma que aborde temas concretos de la migración internacional.⁶²

Desde la perspectiva del DIPr la migración se debe centrar en el migrante irregular como un individuo por encima de los intereses del Estado y donde se debe focalizar la protección de sus derechos humanos. Con mayor razón en los temas de la migración internacional que hacen frente al tema de menores y la protección especial a la que deben estar sujetos, especialmente aquellos que no están acompañados.⁶³

Sin embargo, los Estados quieren la preservación de su soberanía y establecen sus propias condiciones para el acceso a su territorio, es aquí donde el DIPr cobra relevancia toda vez que ofrece herramientas para proveer una cooperación interestatal que incida en la armonización del derecho sustantivo en materia de migración. Es por ello que el papel actual del DIPr es fungir como un derecho de integración, cuya función principal consiste en propiciar la comunicación entre el DIP y el DIPr, de esta manera, en palabras de Muir Horatia *et al*, el DIPr es una herramienta de armonización del derecho sustantivo en sede interna capaz de proveer herramientas de cooperación entre Estados, así como monitorear los métodos o herramientas utilizadas para alcanzar las metas de una gobernanza tendiente a afrontar los desafíos de la migración irregular.

Concordamos con el planteamiento de autores como Scotti, Muir y Fernández Arroyo, quienes sostienen que el DIPr tiene un enfoque integrador, consideramos que los nuevos desafíos que afronta el DIPr en materia de gobernanza y migración, pueden desarrollar una faceta catalizadora y holística de nuestra disciplina, como vehículo multidisciplinar, es decir, el DIPr moderno asume la dimensión de ser una herramienta integración del Derecho internacional.

Ahora bien, en cuanto al segundo elemento o factor que impulsa la necesidad de desarrollar un derecho integrador es la globalización, el Diccionario de Política de Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, en relación a este concepto sostienen:

"El camino a una colaboración internacional cada vez más estrecha ha comenzado a corroer los tradicionales poderes de los Estados soberanos.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.* p. 302.

Influyen mayormente las llamadas comunidades supranacionales que intentan limitar fuertemente la soberanía interior y exterior de los Estados miembros; las autoridades supranacionales tienen la posibilidad de asegurar y afirmar por medio de cortes de justicia adecuadas la manera en que su derecho supranacional debe ser aplicado por los Estados a casos concretos: ha desaparecido el poder de imponer impuestos y comienza a ser limitado el de acuñar moneda ... Pero hay también nuevos espacios, ya no controlados por el Estado soberano: el mercado mundial ha permitido la formación de empresas multinacionales que tienen poder de decisión no sujeto a nadie y libres de cualquier control ... Los nuevos medios de comunicación de masas han permitido la formación de una opinión pública mundial... La plenitud del poder estatal está en decadencia. Con esto, sin embargo, no desaparece el poder; desaparece solamente una determinada forma de organización del poder, que tuvo su punto de fuerza en el concepto político - jurídico de soberanía.”⁶⁴

El Fondo Monetario Internacional (FMI) define la globalización como “la interdependencia económica creciente en el conjunto de los países del mundo, provocada por el aumento del volumen y variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capitales, al mismo tiempo que por la difusión acelerada y generalizada de la tecnología”.⁶⁵

Pero también la globalización incide profundamente en el derecho y así vacía de contenidos a las estructuras de los derechos nacionales internos, reformula al Derecho Internacional Público y al DIPr y esfuma sus diferencias, da un especial y renovado impulso al Derecho de la Integración según Fernández Arroyo.⁶⁶

La globalización, representa también un discurso contemporáneo que promete reducir las asimetrías económicas y las inequidades sociales imperantes entre los países y sus límites territoriales.⁶⁷ Sin embargo, la globalización como un fenómeno mundial, según Lungo Mario, ha traído como consecuencia la desigualdad, es decir, el

⁶⁴ Bobbio Norberto *et al*, *Diccionario de Política*, México, Siglo XXI Editores, 1986, p. 1544

⁶⁵ Scotti Beatriz Luciana. *DIPr, Globalización e internet*. Porrúa, México, 2016, p. 10.

⁶⁶ Fernández Arroyo Diego P. *Algunas reflexiones acerca de las relaciones entre el DIPr y el derecho internacional público*, en Suplemento de DIPr y de la Integración, Albremática, Buenos Aires, 2012.

⁶⁷ *Castles Stephen y Delgado Wise Raúl. Migración y desarrollo, perspectivas desde el sur*. SEGOB, México, 2007, p. 7.

empobrecimiento de ciertas capas de la sociedad en muchas regiones del mundo, y al mismo tiempo ha traído modernización y nuevas tecnologías, ha internacionalizado la economía y nos ha abierto los ojos a muchas de las culturas del mundo. En algunos casos, según el autor, los grupos migrantes invaden nuevos territorios y traen su propia cultura causando malestar en la población autóctona que expresa miedo a lo extranjero y rechaza convivir con esa diversidad cultural.⁶⁸

La globalización, desde el punto de vista jurídico ha sido analizada con todos los enfoques posibles, ha generado -o como mínimo, ha potenciado- un panorama todavía no suficientemente ponderado, por raro que parezca; un panorama que debe ser estudiado desde el DIPr. Es cierto que esta afirmación puede sonar pretenciosa; una manifestación tardía del espíritu narcisista ya comentado, pero si se la analiza con cuidado es imposible no concluir que lo máximo que cabe hacer es matizar dicho enfoque, pero nunca negarlo.⁶⁹

La percepción de la globalización como una amenaza provoca la necesidad de los pequeños estados para unirse. Es en este sentido que la regionalización y la integración están relacionadas con la globalización, constituyendo un paso hacia la formación de una globalización ordenada, a través de una regulación jurídica compleja, internacional y transnacional.⁷⁰

En suma, “la integración requiere para concretarse de una estructura jurídica que incluya entre otras ramas, al DIPr”.⁷¹ Feldstein de Cárdenas sostiene que: “Nuestra disciplina está llamada, dentro de los procesos de integración, entre otros, a contribuir como marco regulador e interpretativo y como instrumento imprescindible, para el logro de la armonización de las legislaciones de los países que conforman un esquema de integración. En este sentido existe una recíproca influencia entre el DIPr y los denominados procesos de integración regional”.⁷²

⁶⁸ Lungo Mario, *Migración Internacional y desarrollo*, Tomo I, FUNDE, El Salvador, 1997. p. 91.

⁶⁹ Fernández Arroyo Diego P., *DIPr y Derecho de Integración*, CEDEP, Paraguay, 2013. p.32

⁷⁰ Pamboukis CH., *Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé*, Recueil des cours, Tomo/Volumen 330 (2007) p. 81.

⁷¹ Dreyzin de Klor A., y Uriondo de Martinoli A., *Implicancia de la integración en el DIPr*, La Ley 1994-E, 1116.

⁷² Feldstein de Cárdenas S. *Armonización Legislativa en áreas integradas*, *Revista Temas de Derecho Privado* N° XII, Buenos Aires, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2000, p. 201.

En efecto, asumimos las posturas de los autores que defiende la idea integracionista del DIPr, toda vez que consideramos que nuestra disciplina, principalmente en los fenómenos vinculados a la migración internacional, existe un factor transnacional que entrelaza los Estados en problemáticas o temas comunes, que actualmente han adquirido mayor enlace con el desarrollo de temas como la globalización y la gobernanza y es por ello que resulta pertinente hablar de un DIPr con cualidades holísticas, vinculadas a la teoría extensa o amplia en su aspecto general, que incluye los contenidos del derecho de extranjería, en este caso la migración que es el tema que nos atañe.

1.4 Derecho de extranjería como conexión necesaria entre el DIPr y la migración en su dimensión irregular

1.4.1 Introducción al Derecho de extranjería

El Derecho de extranjería es una vertiente del DIPr que tiene como propósito regular las normas relativas al ingreso y la permanencia de los extranjeros en los Estados, en este caso en México y en las hipótesis que materialicen procesos de deportación y expulsión,⁷³ incluyendo todas las aristas derivadas de la migración internacional, particularmente la migración irregular. El tema de la migración irregular debe ser abordado en el seno de los derechos domésticos por el DIPr, en el apartado correspondiente al Derecho de extranjería, de ahí la conexión necesaria e ineludible entre esta rama del DIPr y la migración internacional.

La migración internacional se produce “cuando los migrantes cambian de país de residencia, es decir dejan el país natal, para residir en otro.”⁷⁴ Asimismo, el Derecho de extranjería se ocupa del estudio de los contenidos vinculados a la condición jurídica del extranjero, esto es, de aquellas personas que forman parte de un proceso migratorio internacional. Esta condición se define en México, “como el conjunto de derechos y obligaciones de aquel que no es mexicano”.⁷⁵

⁷³ Miaja de la Muela. *DIPr*, Tomo I, Introducción y parte general. Atlas, Madrid 1985. p. 5

⁷⁴ Malgesini Graciela y Giménez Carlos. *Guía de Conceptos sobre migraciones racismo e interculturalidad*, la cueva del oso, Madrid, 1997. p. 105.

⁷⁵ Contreras Vaca, Francisco José. *DIPr, parte general*, México D.F., 2013, p. 280-312.

En nuestro país, de acuerdo a Contreras Vaca, se reconoce en materia de condición jurídica del extranjero el sistema de trato denominado de equiparación a nacionales o latinoamericano, que concede al extranjero igualdad de derechos civiles con los nacionales hasta que una disposición legal no establezca restricciones en forma expresa, se conoce como latinoamericano en virtud de su reiterada aplicación en Hispanoamérica, México se adhiere al mismo en el artículo 1 constitucional.⁷⁶

Respecto de la condición jurídica de los migrantes como parte medular del Derecho de extranjería, Jorge Bustamante, relator especial de la Organización de las Naciones Unidas, ha señalado que "...Cualquiera que sea la condición jurídica del migrante, el Estado tiene la responsabilidad de garantizar que se cumplen las normas relativas a los derechos fundamentales y que todos los migrantes son tratados con dignidad."⁷⁷ El tema de los derechos fundamentales y la dignidad humana son aspectos que abordaremos en el apartado de las fuentes del DIPr.

Al Derecho de extranjería se le conoce también como jurisdicción sobre extranjeros. Tiene el carácter de extranjero la persona física o jurídica que no reúne los requisitos establecidos por un sistema legal determinado para ser considerado como nacional.⁷⁸ En el presente trabajo nos referiremos únicamente a las personas físicas extranjeras, particularmente los menores migrantes irregulares centroamericanos sin acompañamiento.

A lo largo de la historia han surgido diversas instituciones jurídicas relacionadas con los extranjeros, en Grecia el patronaje que los sujetaba a protección y vigilancia de un ciudadano griego. En Roma se regían por leyes de su lugar de origen dando génesis a las denominadas teorías de la personalidad de las leyes, y se creó el *jus Gentium* como una rama de derecho aplicable a los extranjeros.

⁷⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1: "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece."

⁷⁷ Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Séptimo Período de Sesiones.

⁷⁸ Contreras Vaca, Francisco José. *DIPr, parte general*, México D.F., 2013, p. 279.

En la edad media se les sometía a tributos especiales como el *aubana*, que eran las leyes determinadas por el feudo al que pertenecían. Después de la revolución francesa se les otorgó en algunos Estados igualdad de derechos con los nacionales a partir de la promulgación de la Declaración Francesa de Derechos civiles y políticos del hombre y el ciudadano de 1789.⁷⁹

Actualmente cada nación regula la situación jurídica o condición jurídica de sus extranjeros en razón de sus propios intereses, aunque en general la mayoría de los países ha reconocido un mínimo de derechos en su favor derivados de los instrumentos internacionales más relevantes en el tema *inter allia*: la Convención sobre Condiciones de los extranjeros emanada de la sexta conferencia internacional americana, celebrada en la Habana en 1928; Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados suscrita en Montevideo Uruguay en 1933; y la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948.

1.4.2 El Derecho de extranjería y la migración irregular

Frisch Philipp precisa que el Derecho de Extranjería se distingue de otras subespecies del DIPr, principalmente del Derecho conflictual o Derecho aplicable, aspecto que, si bien es cierto, no es abordado en los contenidos medulares de la presente investigación, es importante marcar la línea separatista entre ambos. “El Derecho conflictual por una parte implica normas de colisión y remisión y el Derecho de extranjería se integra por normas sustantivas. Solamente en ocasiones excepcionales tienen las normas conflictuales aspectos vinculados con la extranjería.”⁸⁰ El primero implica el presupuesto de un conflicto entre disposiciones y la búsqueda la remisión al Derecho aplicable, el segundo corresponde a la aplicación de normas materiales de derecho interno; asimismo la aplicación de normas conflictuales en materia de extranjería constituye una excepción y no una regla, por lo tanto no resulta total para el entendimiento del Derecho de extranjería y de la migración irregular.

⁷⁹ *Ibidem*. p. 280.

⁸⁰ Frisch Philipp, Walter, *et al. DIPr y Derecho Procesal Internacional*, Porrúa, México, 2016, p. 28.

Ahora bien, el mismo autor alemán sostiene, siguiendo con entusiasmo la corriente jurídica de su país, que el Derecho de extranjería no pertenece al DIPr; no obstante también reconoce que existe una concepción latina que considera al DIPr en un sentido amplio, en la cual se incorpora el Derecho de extranjería a nuestro Derecho privatista, al encontrar un aspecto internacional o extranjero que produce la conectividad.⁸¹ Siguiendo nuestra postura decantada hacia la teoría amplia o extensa que explica la naturaleza jurídica del DIPr y que reconoce la incorporación del Derecho de extranjería a esta materia, consideramos que este Derecho es un *ius commune*, que implica la integración de otras ramas para la consecución de sus objetivos, y al incorporar aspectos de internacionalidad contenidos en el Derecho de extranjería que deben ser resueltos en la competencia de los Estados sobre los particulares resulta en un tópico que corresponde al DIPr.

Ahora bien, Frisch⁸² sostiene una teoría sobre la existencia de fragmentación entre el DIPr y el Derecho de extranjería, la cual radica en que existe separación de ambas ramas, debido a que el Derecho de extranjería está compuesto por un conglomerado de principios y preceptos que incluyen no solo al DIPr, sino también al DIP. Es ahí donde el autor observa la separación o la cataloga como rama autónoma e independiente. No obstante, bajo nuestra consideración, existe un diálogo entre el Derecho de extranjería que alberga aspectos del DIP y el DIPr, donde convergen y se comparten principios y normas. Esta comunicación entre las dos ramas del derecho internacional no debe ser considerada como óbice para separarlas, sino para facilitar su integración en el derecho interno, es el caso del DIPr que constituye un instrumento holístico o de integración tendiente a procurar la comunicación jurídica entre disciplinas afines, por lo que no podemos coincidir con la postura de Frisch.

Es por lo anterior que, como hemos sostenido, la migración internacional en su dimensión irregular representa un fenómeno subsumido al estudio del Derecho de extranjería dentro del ámbito del DIPr.

⁸¹ Cfr. *Ibidem*.

⁸² Cfr. *Ibid.* pp. 28 y 29.

1.5 Conceptos vinculados a la migración irregular en sinergia con el DIPr

Como hemos sustentado, el tema de la migración internacional de carácter irregular es tratado en el seno de los derechos domésticos o nacionales por el DIPr, en el apartado correspondiente al Derecho de extranjería.

Con la intención de clarificar nuestra propuesta de estudio, consideramos pertinente hacer un breve análisis de la migración internacional, insistiendo que esta figura se encuentra en sinergia con nuestra disciplina jurídica y por lo que su estudio es relevante para el presente trabajo.

La migración internacional es un fenómeno que se inició desde una dimensión jurídica a partir de Grocio, quien se planteó el derecho a separarse del Estado al que se pertenece sin tener autorización.⁸³ Emmanuel Kant manifestó, a su vez, que “el derecho del individuo, ciudadano del mundo, a la hospitalidad, ya que siendo el mundo una esfera, los hombres se ven obligados a vivir juntos”. Distingue un derecho de visita derivado de la propiedad común de la superficie de la tierra.⁸⁴ Zygmunt Bauman ha retomado el concepto Kantiano de ciudadano del mundo para definir un mundo moderno surcado por los diversos flujos migratorios.⁸⁵

El autor Calduch destaca tres elementos característicos del fenómeno migratorio: el “elemento humano”, las migraciones internacionales suponen siempre una movilización del factor humano, que se encontraba formando parte de una determinada sociedad política, generalmente el Estado. El “elemento internacional”, que supone un cambio de un país a otro. Este cambio es el elemento de los movimientos de población que se producen dentro de un mismo Estado. Este superar de las fronteras estatales es el que origina el factor de desequilibrio entre los Estados y sus relaciones, y en consecuencia en la sociedad internacional. El “elemento temporal”, que a diferencia de otros fenómenos de movilidad humana (turismo, intercambio cultural, militar, etc.) la migración supone una cierta estabilidad en el país destino. Este elemento

⁸³ Véase el análisis de Smouts Marie-Claude sobre Grocio en Marcel Merle, *Les Relations Internationales a l'épreuve de la science politique*, Paris, Económica, 1993.

⁸⁴ Cfr. Kant, Emmanuel. *Sobre la paz perpetua*, Madrid, Akal, 2011.

⁸⁵ Wihtol de Wenden, Catherine. *El fenómeno migratorio en el siglo XXI, Migrantes, refugiados y relaciones internacionales*. Fondo de Cultura Económica, México, 2013, p. 111.

permite que los desequilibrios originados en las relaciones internacionales no sean momentáneos o transitorios, sino que la permanencia produce mayores efectos en la sociedad internacional.⁸⁶

Actualmente, existe distintas clasificaciones para representar a la migración y sus tipos, sin embargo, Marcel señala las siguientes tres categorías o tipologías: a) en relación a la forma que se materializa; b) su lugar de destino y finalmente c) la legalidad del acto de la migración.⁸⁷

a) La primera de ellas, la que hace referencia a la decisión o imposición a migrar, es se puede presentar de forma “voluntaria, o de manera forzosa”, es decir, los denominados desplazamientos forzados. La migración voluntaria se refiere a la decisión libre de los individuos de migrar, dicha decisión viene condicionada por las posibilidades existentes en la legislación para cambiar de residencia en donde la migración se considera una vía de escape de distintos factores, entre los que sobresalen la pobreza principalmente.

Los principios rectores de los desplazamientos internos de las Naciones Unidas, en su principio segundo definen a los desplazados internos como “las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida”.⁸⁸

En cambio, al hablar de un desplazamiento forzoso externo o internacional entramos en la temática de los refugiados. El Comité Internacional de la Cruz Roja⁸⁹ ha sostenido que los refugiados son personas que han cruzado una frontera internacional porque corren el riesgo de ser perseguidas o han sido perseguidas en sus países de origen. Los desplazados internos, no han cruzado una frontera internacional, pero por algún motivo, se han ido de sus hogares.

⁸⁶ Derruan, Max. *Tratado de Geografía Humana*, Barcelona, 1974, p. 176.

⁸⁷ Merle, Marcel. *Sociología de las relaciones internacionales*, Madrid, 2003, p. 223.

⁸⁸ ONU, Comisión de Derecho Internacional, 54º período de sesiones, *Principios Rectores de los desplazamientos internos*. Resolución 1997/39. Principio 2.

⁸⁹ Comité Internacional de la Cruz Roja, *International Review of the Red Cross*, Selección de artículos, 2007, p. 91.

b) La segunda tipología enunciada, consiste en el estudio de la migración en cuanto al lugar de destino, esta se puede clasificar en “interna e internacional”. Como hemos analizado, la migración internacional es considerada un fenómeno mundial, pese a que la migración internacional, en sus formas crecientemente complejas, afecta en la actualidad a un mayor número de países que en el pasado, no existe ningún sistema global para regular el movimiento de personas. La consecuencia es que la soberanía de los Estados sigue siendo el principio general en este ámbito. Asimismo, también hemos sostenido que el DIPr juega un papel de primer orden en la construcción de soluciones integrales en materia de gobernanza de los Estados y migración internacional.

El Derecho internacional reconoce el derecho de “movilidad humana” que consiste en salir de cualquier país, incluido el propio, y a regresar al país de origen. Sin embargo, no contempla el derecho a entrar en otro país: los Estados retienen la prerrogativa soberana de decidir los criterios de admisión y expulsión de los no nacionales, incluidos aquellos en situación irregular. Esta prerrogativa está sujeta, no obstante, a sus obligaciones en materia de derechos humanos y a cualquier acuerdo o convenio que puedan haber suscrito para limitar su soberanía en este ámbito.⁹⁰

El principio de la soberanía estatal y su aplicación a la migración internacional se refleja con claridad en el instrumento fundamental de derechos humanos que consagra la protección de los trabajadores migrantes y sus familiares, concretamente la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (ICRMW), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990.⁹¹

c) Finalmente, en relación con la legalidad de la migración, esta categoría se divide en dos grandes grupos: la migración “regular e irregular”. La migración irregular parece ser un fenómeno casi universal, aunque sólo se ha visto como un asunto de preocupación en épocas relativamente recientes.

⁹⁰ ONIU, Organización de las Naciones Unidas, *Migración y derechos humanos. Mejoramiento de la gobernanza basada en los derechos humanos de la migración internacional*, Ginebra, 2013. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/MigrationHR_improvingHR_ReporSPt.pdf

⁹¹ *La Convención internacional sobre los trabajadores migratorios y su Comité*, Folleto informativo N° 24 (Rev.1), OACDH, Nueva York y Ginebra, 2006. Disponible en árabe, chino, español, francés e inglés en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet24Rev.1sp.pdf>

Los esfuerzos orientados a un mejor control fronterizo y a evitar el empleo irregular se han realizado principalmente en los Estados de destino. Los Estados de origen intentaron, de formas desiguales, de regular la emigración para evitar la explotación de los migrantes vulnerables por agentes y patronos.

La falta de cooperación internacional, junto con las políticas nacionales restrictivas hacia la fuerza de trabajo de escasa calificación, ha derivado en enormes mercados negros para la mano de obra migrante irregular. Paradójicamente, mientras más controlan los Estados la migración, más migrantes irregulares parece haber.⁹²

1.5.1 Migración irregular problemáticas emergentes de conceptualización

La migración irregular se presenta cuando “una persona ingresa a, o vive en, un país del cual no es ciudadano o ciudadana, violando sus leyes y regulaciones de inmigración. Muchos de los migrantes irregulares son trabajadores, pero no todos ingresan en el mercado de trabajo; las personas que migra para unirse a miembros de su familia o por razones de estilo de vida puede convertirse en irregular. Los solicitantes de asilo que son rechazados pueden también caer en la irregularidad”.⁹³

Se le denomina también al migrante irregular, migrante indocumentado a pesar de los amplios debates al respecto sobre la pertinencia del término. Al respecto, la Corte Interamericana en la opinión consultiva No. 18, hace referencia a los migrantes indocumentados particularmente, como aquellos que se encuentran frecuentemente en una situación de gran vulnerabilidad, ante el riesgo del empleo precario (en la llamada "economía informal"), de la explotación laboral, del propio desempleo y la perpetuación en la pobreza (también en el país receptor).⁹⁴

En este sentido, la "falta administrativa" de la indocumentación ha sido "criminalizada" en sociedades intolerantes y represivas, agravando aún más los problemas sociales de que padecen. En este sentido el drama de los refugiados y los migrantes

⁹² Bhagwati, J., *Borders Beyond Control*, Foreign Affairs, 2003, p. 98-104.

⁹³ Castles Stephen y Miller Mark, *The age of migration*, Nueva York, Mcmillan, 1993, p. 113.

⁹⁴ *Ibidem*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No. 18, párr. 112-113 y 131-132.

indocumentados sólo podrá ser eficazmente tratado en medio a un espíritu de verdadera solidaridad humana hacia los victimados.⁹⁵

A la luz del Derecho internacional de los derechos humanos, los derechos de los migrantes están establecidos en diversos instrumentos que integran el *corpus iuris* internacional en materia de derechos humanos.⁹⁶ Al respecto los migrantes tienen derecho a reclamar formas implícitas o explícitas de protección que se encuentran estipuladas en los ordenamientos jurídicos internacionales de los derechos humanos. Si bien son pocas las fuentes que hacen referencia específica a los migrantes, el uso de un lenguaje inclusivo implica que sus disposiciones se deben aplicar a todas las personas sin considerar sus circunstancias, salvo cuando se estipule lo contrario en los ordenamientos en sede interna.⁹⁷

Hay varios derechos civiles y políticos, incluidos el derecho a la vida, al no sometimiento a la tortura, a la esclavitud y al trabajo forzoso, a la igualdad ante la ley e igual protección de la ley, que no se pueden limitar, ni siquiera en el caso de personas no nacionales, incluyendo a los migrantes irregulares y las víctimas del tráfico de personas. Sin embargo, el ordenamiento jurídico internacional de los derechos humanos no se aplica necesariamente de la misma manera o en el mismo grado a los migrantes que a los ciudadanos. Aunque el trato diferencial es a veces permisible, el trato discriminatorio no lo es en absoluto⁹⁸.

Los conceptos anteriores son materia del DIPr, que en efecto encuentran interacción con el propio DIP y materias derivadas del mismo como el Derecho internacional de los derechos humanos. No obstante, sostenemos que la relevancia de abordar a la migración dentro del DIPr estriba en clarificar los conceptos, anidar los

⁹⁵ Ruiz de Santiago J., *Derechos Humanos, Migraciones y Refugiados: Desafíos en los Inicios del Nuevo Milenio, Memoria del III Encuentro de Movilidad Humana: Migrante y Refugiado*, San José de Costa Rica, ACNUR/IIDH, 2001, pp. 37-72

⁹⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en relación al *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, que este se encuentra formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos distintos, (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), así como las decisiones adoptadas por los órganos internacionales. Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el derecho internacional, en el sentido de formar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre Estados, y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. *Vid.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Instituto de reeducación del menor*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C, No.112, párr.181.

⁹⁷ Consejo Internacional de Política en Derechos Humanos, *Migración Irregular, Tráfico Ilícito de Migrantes y Derechos Humanos: Hacia la Coherencia*, Ginebra Suiza, 2010, p.5.

⁹⁸ *Supra* nota 34.

contenidos normativos y facilitar su aplicación y la protección de la condición jurídica de los migrantes irregulares en el seno de los Estados. Esta consiste en una de las funciones principales del DIPr al ser un Derecho de corte estadual o interno a diferencia del DIP, lo anterior permite que el DIPr se ocupe de la migración irregular en el ámbito de las jurisdicciones nacionales y de sus figuras subyacentes, como la minoridad migrante irregular sin acompañamiento.

1.6 Un nuevo orden unificador del derecho internacional.

1.6.1 Un solo Derecho internacional

Es importante establecer que para autores como Velázquez Elizarrarás⁹⁹ la unificación del Derecho internacional en sus vertientes pública y privada sería lo idóneo para la realidad moderna del derecho y de la sociedad globalizada, esto implica la convergencia de un solo derecho internacional; no obstante lo anterior, el mismo autor reconoce que la enseñanza de ambas ramas en México dista de unificar estas disciplinas, por el contrario cada vez más crece el abismo y separatismo entre ambas, a pesar de las teorías europeas que son entusiastas en la unidad del Derecho internacional.

El mismo autor sostiene que el Derecho internacional actual puede ser estudiado desde dos distintos enfoques, el tradicional y el moderno. El primero recurre a la utilización de herramientas mecanicistas y formales para el análisis de un conjunto de norma, formulas y procedimientos de origen eminentemente anglosajón. Dentro de la segunda concepción se trata de desarrollar un método científico más dinámico y abierto a los cambios para aprender de las nuevas formas y procesos jurídicos y cuasijurídicos que emanan a diario de la sociedad en constante evolución. En esta segunda concepción bien podría encuadrarse las teorías integradoras o de integración del DIPr que hemos explorado.

Bajo las consideraciones anteriores, el Derecho internacional está viviendo una crisis de identidad, porque no quiere ceder ante las nuevas realidades mundiales ni ante necesidades actuales de conocimiento y de la construcción de nuevas ciencias de

⁹⁹ Velázquez Elizarrarás Juan Carlos. *El Derecho Internacional Público y privado a través de los debates teóricos actuales en universidades de México y el extranjero*. UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, México, 2005, p. 44.

enseñanza, de su investigación y de su aprendizaje.¹⁰⁰ Lo anterior ha propiciado que juristas de los cinco continentes se dediquen al estudio de estos nuevos procesos y a la construcción de otras disciplinas, tales como el nuevo Derecho internacional.

El reto del jurista ante estos desafíos, es traspasar los discursos existentes, lo que arrastrará consigo conceptos clarificadores, necesarios para la cabal comprensión (articulación) del Derecho internacional ante el nuevo estado de cosas, implica abrirnos en la exploración de un estudio transdisciplinario.¹⁰¹

El método transdisciplinario no está separado del Derecho, Roza Gauta señala que “el método transdisciplinario es una necesidad del proceso cognitivo... Hay que enseñar las disciplinas, pero también hay que abrirlas a la información de las otras disciplinas, pues al fin y al cabo todo aquello que aprendamos y/o enseñamos no se halla en un solo nivel, en una sola dimensión, siempre es multinivel, polidimensional, polisemántico, unidad de lo diverso y diversidad de la unidad.”¹⁰²

Un tema significativo en esta evolución, es que el objeto de estudio del Derecho internacional se ha ampliado, podríamos afirmar que no existe tema en el Derecho interno que no se haya internacionalizado. Otro aspecto relevante es la multiculturalidad de las sociedades, la globalización y las nuevas tendencias de homogeneización que hemos analizado previamente.

1.6.2 Paradoja de la unificación, la fragmentación del Derecho internacional

El cruce que ha transitado entre el DIP y el DIPr ha colocado en la mesa de discusión la posibilidad de la unificación de las dos grandes disciplinas del Derecho internacional, aunque esta apreciación parece cada vez más lejana al menos en el derecho mexicano.

Sin embargo, este fenómeno ha traído consigo una especie de fragmentación del Derecho internacional, como producto de una compleja y variada gama de regímenes

¹⁰⁰ Velázquez Elizarrarás Juan Carlos. *El Derecho Internacional Público y privado a través de los debates teóricos actuales en universidades de México y el extranjero*. UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, México, 2005, p. 44.

¹⁰¹ *Ibidem*. p. 273

¹⁰² Roza Gauta, José. *La inter-trans-multidisciplinarietà: una alternativa al pensamiento fragmentado y la enseñanza dictatorial*, Uni-pluri-Versidad, 2002, p. 16.

jurídicos y tribunales internacionales para atender a cada uno de los grandes temas objeto de regulación y reclamación internacional. Por el interés demostrado por los países desde el año 2001, esta temática ha sido incluida en la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI), bajo el tópico de “Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional”.¹⁰³

En relación a los procesos sustantivos de la norma, concretamente al examen de cómo el derecho se ha venido fragmentando en regímenes particulares o especiales denominados *lex specialis*, regímenes autónomos llamados *self-contained regímenes*, y regímenes regionales o derecho de integración regional y la relación que estos aspectos poseen con el derecho internacional general.¹⁰⁴ La propia CDI se ha propuesto examinar en los próximos años aspectos sustantivos con la finalidad de emitir recomendaciones para coadyuvar a la coherencia entre las normas del Derecho internacional general y la de los regímenes particulares, tanto en los aspectos vinculados a la interpretación como a la aplicación de los mismos.¹⁰⁵

Para los fines del presente trabajo, acentuaremos la dimensión de las normas sustantivas fragmentadas que conforman ordenamientos de naturaleza especial o especiales, llamados *lex specialis*, Norberto Bobbio hace referencia al principio de especialidad normativa que incluye la materia regulada, al contenido de la norma, y supone el tránsito de una regla más amplia, que afecta a todo un género, a una regla menos extensa, que afecta exclusivamente a una especie de dicho género.¹⁰⁶

Martin Wolff *et al*, han definido al Derecho especial, como aquel que se contrapone al Derecho general, es decir, el “que se aparta de la regla general y es relativo a clases especiales de personas, cosas y relaciones”. Su importancia estriba en separar en clases determinadas de la esfera de imperio de una regla general [...], para someterlas a una

¹⁰³ Cfr. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Naciones Unidas, 55 Periodo de Sesiones, mayo-junio y julio-agosto de 2003, cap. X: *Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*.

¹⁰⁴ Velázquez Elizarrarás Juan Carlos. *El Derecho Internacional Público y privado a través de los debates teóricos actuales en universidades de México y el extranjero*. UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, México, 2005, p. 31.

¹⁰⁵ Cfr. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Naciones Unidas, 55 Periodo de Sesiones, mayo-junio y julio-agosto de 2003, cap. X: *Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*.

¹⁰⁶ Bobbio, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*, Debate, 1990, p. 344.

disposición especial, formando así un Derecho especial, un *jus proprium* de esas clases, que diverge del *jus commune* aplicable a lo demás.¹⁰⁷

Son *lex specialis* en materia de minoridad, la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño,¹⁰⁸ y todo el *corpus iuris* internacional en materia de menores, que significa el reconocimiento a la existencia de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes.¹⁰⁹

De lo anterior podemos analizar cómo distintos sectores de la doctrina han hablado de la construcción de un nuevo orden jurídico internacional que abraza tanto al DIP como al DIPr, afirmándose que este nuevo orden descansaría en el Derecho internacional existente ahora, y cuya tendencia se dirige hacia la unificación de las disciplinas inmersas en el contexto internacional.

Si bien es cierto, hemos defendido una tesis de integración del DIPr y que los nuevos objetos de estudio que están surgiendo en ambas disciplinas abren un posible puente que los conecte de tal manera que formen una rama homogenizada; no obstante coincidimos con el autor Velázquez Elizarrás, en el punto de que esta situación en Latinoamérica dista de presentarse al menos en corto plazo; no obstante, no descartamos la generación de un diálogo multidisciplinar de naturaleza normativa predominantemente.

También es importante resaltar además que, si la propia CDI se ha ocupado de estos temas referentes a la expansión del derecho internacional y su diversificación, implica que este tópico representa una realidad innegable e ineludible para quienes nos ocupamos del estudio de estas disciplinas.

Asimismo, consideramos que al hablar de esta conexidad entre las dos disciplinas mencionadas, emanada de la interacción de fuentes del derecho y del empleo de conceptos afines dentro de su naturaleza jurídica, hacen viable y necesario un diálogo entre estas disciplinas, el cual siempre ha estado latente, pero que ha sido denostado o

¹⁰⁷ Wolff, Martin, *et al. Tratado de Derecho Civil, Parte General*, tomo I, vol. I, traducción española, Bosch, Barcelona, 1953, pp. 182-183.

¹⁰⁸ Naciones Unidas (ONU), *Convención sobre los Derechos del Niño*, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

¹⁰⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A, Párr. 114.

desprovisto de relevancia por la literatura jurídica, esta interacción o comunicación entre el DIP y el DIPr hoy cobra más relevancia que nunca, al hablar de fenómenos como la unificación del derecho internacional que hemos abordado.

1.7 Diálogo entre disciplinas del derecho internacional en materia migratoria.

Para los objetivos de la presente investigación analizaremos la presencia de un diálogo jurídico entre las disciplinas del derecho internacional en materia migratoria bajo las siguientes dos consideraciones: la primera perspectiva, la estudiaremos propiamente como un mecanismo de comunicación o interfaz entre las diversas disciplinas jurídicas del derecho internacional, principalmente DIP y DIPr y la segunda posición, en relación con la finalidad u objeto de dicha comunicación.

En cuanto a la primera dimensión, el diálogo entre ramas jurídicas se interpreta como una conversación donde existe alternancia e intercambio de ideas, en el campo del derecho internacional implica bajo nuestra consideración un proceso de comunicación entre disciplinas jurídicas, que puede ser alternada entre dos o más ámbitos, donde encuentre conexión entre sus contenidos propios y su naturaleza jurídica.

El medio o instrumento de comunicación en este fenómeno concreto a diferencia de las personas humanas no será la lengua y el habla, sino las fuentes del derecho, principalmente la fuente normativa; es decir la ley y los tratados internacionales aplicables en este caso a la migración internacional.

Por lo que hace a la finalidad del diálogo, esta consiste en la capacidad de incitar una discusión o un acuerdo, pero siempre procurando el concierto de las ideas. La intención de abordar la idea de un diálogo es precisamente propiciar un encuentro armónico y concordante entre las disciplinas jurídicas.

A este respecto, es importante señalar que el diálogo que proponemos se entabla desde distintos ámbitos que encuentran empalme entre el DIP y DIPr principalmente pero que también puede encontrar conexión con otras ramas como el Derecho constitucional, para el caso que nos ocupa nos referiremos al Derecho de extranjería y la figura de la migración irregular que emana de la misma y que se ha analizado y regulado desde estas dos vertientes del Derecho internacional.

En términos de este diálogo, y al referirnos a un sistema de comunicación e intercambio de mensajes entre disciplinas jurídicas, no consideramos al Derecho como un sistema autopoietico,¹¹⁰ es decir, “como una red de operaciones elementales que recursivamente reproduce operaciones elementales. Los elementos básicos de este sistema son comunicaciones, no normas: el Derecho no es un sistema de normas, tal y como pretenden las teorías analítico-normativistas, sino un sistema de comunicación *per se*.”¹¹¹ Al igual que autores como Neil MacCormick¹¹², consideramos equivocada esta apreciación toda vez que el sistema normativo no puede compararse en muchos aspectos, a un sistema biológico, entre ellos que no puede ser creado por generación espontánea, y si bien es cierto, se transforma y evoluciona lo hace de manera encausada y dirigida a diferencia de las entidades biológicas que se desarrollan de manera aleatoria. Queremos precisar que este debate filosófico no es materia de nuestro análisis, no obstante, puntualizamos que nos referimos a un sistema jurídico abierto, donde, en nuestra consideración, los operadores jurídicos partícipes del sistema, son capaces de comunicarse a través de las fuentes del derecho (principalmente la norma y la jurisprudencia) e interactuar aun en disciplinas jurídicas y latitudes geográficas diversas.

Ahora bien, al hablar de un diálogo entre disciplinas, es importante reiterar la naturaleza independiente tanto del DIP como del DIPr, ya que son las dos ramas que analizaremos en torno al diálogo propuesto. Primeramente, el DIPr es autónomo y no una

¹¹⁰ La palabra *autopoiesis*, es un vocablo compuesto y derivado del griego *auto-*, *auto-*, "sí mismo", y *ποιησις*, *poiesis*, "creación" o "producción"), se entiende como la cualidad definitoria de los seres vivos que se caracterizan porque son sistemas que se producen a sí mismos, "...la noción de autopoiesis es necesaria y suficiente para caracterizar la organización de los sistemas vivos". El concepto de autopoiesis como definición de los seres vivos lo extraemos de los biólogos Varela Francisco y Maturana R Humberto, *El árbol del conocimiento*, Universitaria, Santiago de Chile, 1995, p. 28. Ahora bien el concepto de finalidad solo es aplicable a los sistemas alopoieticos y no autopoieticos, por cuanto se crean a partir de un sentido del comportamiento humano dado que con respecto a los sistemas autopoieticos no se puede utilizar el concepto de finalidad o propósito, simplemente porque carecen de ellos, estos sistemas existen en su operar como una consecuente parcializada del caos, no poseen en este sentido un fin, simplemente se crean. La diferencia es notoria con relación a los sistemas alopoieticos o producidos pues estos son creados por los humanos con un propósito y por lo tanto no son verdaderamente autopoieticos, carecen de propósito originario. Véase, Arce Aggeo, et al, *Sistema del delito, Una visión del Derecho Penal desde la teoría de los sistemas y la ontología del lenguaje*, Universidad, Bs. As. 2006, específicamente en la primera parte de la obra.

¹¹¹ Véase. Teubner, Günther, *El Derecho como Sujeto Epistémico: Hacia una Epistemología Constructivista del Derecho*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, traducción de Carlos Gómez Jara-Díez, Doxa 25, 2002. p. 33

¹¹² Véase. MacCormick Neil, *Argumentación e interpretación en el Derecho*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, DOXA, 2011, pp. 65-78.

subespecie de otras ramas derecho, como el derecho civil, administrativo y constitucional; particularmente se hace la distinción del DIPr frente al DIP, a pesar de que puedan coincidir en el estudio de sus instituciones no cabe desconocer que su punto de examen es completamente diferente, el cual se realiza a través de métodos diferentes y buscando soluciones en planos procesales distintos.¹¹³

En relación al DIP, doctrinarios clásicos como Max Sorensen sostienen que esta disciplina ha tomado como propia la figura de la soberanía, concepto que es pertinente para el análisis de la autonomía de ambas ramas. La soberanía, entonces, implica entre diversos aspectos la división del mundo en países, bajo esta premisa el tópico de los límites territoriales de las naciones pertenece *prima facie* al DIP. Derivado de lo anterior, toda vez que el DIPr en su ámbito conflictual que hemos señalado previamente, y mismo que tiene su punto de partida en la diversidad de jurisdicciones y de legislaciones, se ha inferido que el DIPr depende de Derecho internacional público.¹¹⁴ Sin embargo, de ninguna manera podríamos aceptar tal afirmación, cuando ha quedado preciado que el DIPr es una rama autónoma y autores como Fernández Flores han asentado que “no es correcto afirmar que sin el derecho internacional público no existiría el DIPr, sino que en realidad, si no existiese la división territorial del mundo no existiría ninguno de ellos”.¹¹⁵

En este sentido, puntualizamos que el DIPr no es un elemento derivado del DIP, ni de otras ramas del derecho interno o estatal. Podemos señalar que la diferencia más visible que existe entre el derecho internacional público y el privado es subjetiva, es decir, en razón de los sujetos que intervienen en una relación jurídica. Así, mientras que en el derecho internacional público los sujetos son los Estados, entes soberanos, en el DIPr son sujetos privados, personas físicas o jurídicas.¹¹⁶

Asimismo, Verdross ha sostenido que el DIPr forma parte del derecho estatal o estadual, porque su normatividad integra Derecho doméstico formado por el legislador nacional y a su vez de origen internacional formado por el DIP y su normatividad que se

¹¹³ Velázquez Elizarrarás...*Ibíd.* p. 26

¹¹⁴ Sorensen, Max. *Manual de derecho internacional público*, México, FCE, 2002, p. 53.

¹¹⁵ Fernández-Flores, José Luís, *Relaciones entre el derecho internacional público y el DIPr*, Jurídica-Anuario, número 14. México, 1982, p. 156.

¹¹⁶ Frisch Philipp, Walter, *et al. DIPr y Derecho Procesal Internacional*, Porrúa, México, 2016, p. 24

introduce al orden jurídico nacional. En tanto el DIP se constituye en la esfera internacional por vía consuetudinaria o en la de Tratados.¹¹⁷ El autor mencionado realiza un razonamiento sumamente congruente, que podemos utilizar como premisa fundamental de la existencia y necesidad de un diálogo entre las disciplinas del Derecho Internacional. Al ser el DIPr una materia de derecho interno y entenderla bajo esa naturaleza doméstica, facilita la comprensión los fenómenos subyacentes, en este caso concreto la migración irregular.

Al respecto, ya Golschmitd hacía referencia a la autonomía legislativa del DIPr,¹¹⁸ pero tampoco es admisible poner en tela de juicio el hecho de que entre el DIPr y las disciplinas afines se abre un verdadero abismo.¹¹⁹ Ha sido ineludible para diversos autores, la existencia de conectores derivados del Derecho de extranjería que implican la interrelación del DIPr con otras ramas del derecho.

Por otra parte, según la doctrina, las materias afines al DIPr en el seno internista (Derecho constitucional, Derecho administrativo, Derecho civil), se basan en la intolerancia con lo extranjero, sea que lo cercenen en favor de lo nacional, sea que superen la diversidad de lo nacional y lo extranjero mediante la uniformidad.¹²⁰ Por otra parte, ninguno de los problemas generales del DIPr aparece en las disciplinas nacionales mencionadas, pues en muestra consideración al ser un derecho con fines holísticos o de integración e intercomunicación entre ramas, pugna por la integración y la unificación de criterios y figuras jurídicas como hemos sostenido.

A diferencia de las ramas domésticas citadas, el DIPr descansa sobre la tolerancia de lo extranjero al que se permite que viva entre nosotros según su propia manera de ser; a su vez, la elaboración científica de determinados problemas generales (adaptación, calificaciones, cuestión previa, fraude a la ley aplicable, puntos de conexión, reenvío, orden público internacional).

Por otra parte, en relación al DIP Hans Kelsen plantea que en gran medida se trata de un Derecho descentralizado, en el sentido de que no están instituidos órganos de

¹¹⁷ Kegel. *Internationales privatrecht (Derecho Privado Internacional)* Viena, 1979. p. 26.

¹¹⁸ *Óp. cit.* Werner Golschmitd, *DIPr, el Derecho de la tolerancia*, Buenos Aires, El Derecho, 1970. p.25.

¹¹⁹ *Ibidem.* p.22.

¹²⁰ *Ibidem.* p.22.

reconocimiento y de ejecución para obtener sanciones, razón por la cual subsisten en esta medida la guerra y las represalias como sanciones bajo su hipótesis. El DIP es una disciplina que se ocupa de aspectos de orden internacional como los conflictos armados y a su vez existe un importante sector de la literatura jurídica que ha cuestionado la naturaleza propia del Derecho internacional público en relación al elemento sanción y coacción, pues a reserva del derecho penal internacional, el DIP no posee una fuerza punitiva o coactiva para el cumplimiento de sus distintas fuentes del Derecho, incluyendo los tratados internacionales.

Ahora bien, es importante precisar que “los fenómenos migratorios y la sociedad a través de la comunicación se combinan para poner en relación las diversas culturas, que, una vez terminada la era colonizadora, aspiran a dialogar en un plano de igualdad... Pero, sobre todo, convierte al DIPr en una pieza clave del diálogo jurídico intercultural, convirtiéndose en una suerte de *“ius communicationis”* o, si se quiere, en un canal de comunicación jurídica.¹²¹ Es, por tanto, ineludible este diálogo en materia migratoria, en virtud de fenómenos como la globalización y la integración jurídica, la comunicación interdisciplinar en un medio recurrente y necesario, para afrontar los grandes temas de la agenda internacional, como la minoridad migrante irregular no acompañada, estamos en un momento de grandes cambios en las formas de concebir, entender e interpretar al Derecho, es el DIPr, sin duda, piedra angular en esta interacción y comunicación en virtud de sus características y de su flexibilidad para adaptarse a las circunstancias del individuo desde sede interna como hemos mencionado.

1.8 Consideraciones sobre la concurrencia entre el DIPr y el DIP en materia migratoria

Ahora bien, ¿dónde encontramos concurrencia entre ambas disciplinas? El elemento concomitante más relevante, lo identificamos plenamente en la paridad de fuentes del derecho, lo que implica que estas dos ramas comparten normatividad, nos referimos prioritariamente a los tratados internacionales.

¹²¹ Cfr. Sánchez Lorenzo S. *Estado democrático, postmodernismo y el DIPr*, en: Revista de Estudios Jurídicos N° 10/2010, Universidad de Jaén, España, p. 7. Disponible en línea en: <http://www.rej.ujaen.es/>

En el caso de México solamente las normas del DIP contenidas en Tratados internacionales y no las normas de carácter consuetudinario pueden entrar en el DIPr mexicano, esto debido a que el artículo 133 de nuestra Constitución establece que solo los Tratados, pero no las normas consuetudinarias internacionales pueden introducirse al orden jurídico mexicano a diferencia de otros países como Alemania que en su artículo 25 constitucional establece “las reglas generales del DIP forman parte integrante del Derecho Federal”.¹²²

Lo anterior implica que el DIPr nutre su torrente sanguíneo normativo con las fuentes del DIP, principalmente se alimenta del contenido de los tratados internacionales¹²³ o instrumentos internacionales que encuentren conexión con sus cuatro ámbitos de conocimiento que hemos señalado consistentes en el derecho conflictual; el derecho procesal civil internacional; el derecho de la nacionalidad, y el derecho de extranjería.

Es evidente que en las dos ramas crece el número de instrumentos internacionales; no obstante, el DIPr ha dominado las tendencias de codificación.¹²⁴ Reconocemos plenamente que el DIPr se sirve de los convenios internacionales que regula el derecho internacional público como una herramienta (con sus pros y sus contras) para dar sentido y solución a las situaciones que son el objeto de estudio por el DIPr.¹²⁵ De ahí la importancia de entablar un diálogo entre ambas disciplinas para la unificación de criterios e instrumentos que hagan permisible un abordaje integral de los distintos elementos jurídicos que los entrelazan.

Incluso nuestro más alto tribunal en México ha señalado que: “...el DIPr puede dividirse en dos grandes categorías: el interno, constituido primordialmente por las leyes mexicanas que establecen reglas aplicables a los mexicanos en sus relaciones con

¹²² Frisch Philipp, Walter, *et al. DIPr y Derecho Procesal Internacional*, Porrúa, México, 2016, p. 26.

¹²³ En relación al tema de tratados internacionales de DIP existe un amplio debate en México sobre su jerarquía normativa en el ámbito constitucional, Véase. Becerra, Ramírez Manuel, *La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del derecho internacional*, UNAM, 2009, p.291

¹²⁴ Frisch Philipp, Walter. *Las nuevas codificaciones del DIPr en Alemania, Austria y Suiza (estudio comparativo)*, México, 1989. p 57

¹²⁵ González Martín, Nuria. *DIPr. Parte general*. Colección Cultura Jurídica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 26

ciudadanos extranjeros, y el convencional, integrado esencialmente por los instrumentos internacionales que los Estados Unidos Mexicanos signan con Estados u organizaciones internacionales.”¹²⁶

Ahora bien, en materia migratoria existen distintos instrumentos internacionales que forman parte del derecho convencional del DIPr y que hacen referencia a este diálogo ineludible entre el DIP y el DIPr, tales como: La Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Estatuto de los Apátridas.¹²⁷ La Convención sobre condiciones de los extranjeros.¹²⁸ La Constitución de la Organización Internacional para las Migraciones.¹²⁹

En materia de menores migrantes irregulares podemos mencionar: La convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la enmienda al párrafo 2 del artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño.¹³⁰ El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados.¹³¹ El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía.¹³² La observación General No.6 de las Naciones Unidas, la opinión Consultiva No. 21 de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, y finalmente la Declaración extraordinaria de Managua de la Conferencia Regional sobre Migración.

De lo que precede, se colige que la migración internacional derivada del derecho de extranjería es una rama que se encuentra circunscrita al DIPr, no obstante, reconocemos en congruencia al pensamiento de Golschmitd que es imposible un unidimensionalismo sociológico en materia de extranjería, por lo que proponemos la

¹²⁶ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXII, octubre de 2005, Tesis: 1a. CXIX/2005 p. 705, Tesis aislada, Amparo en revisión 887/2005. *Le Reve Hotel Limited Liability Company*. 13 de julio de 2005. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Novena Época, Primera Sala, Materia: Civil.

¹²⁷ Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Estatuto de los Apátridas. Publicada en el DOF el 25 de agosto del 2000.

¹²⁸ Convención sobre condiciones de los extranjeros. Publicada en DOF el 20 de agosto de 1931.

¹²⁹ Constitución de la Organización Internacional para las Migraciones. Publicada en el DOF el 9 de agosto de 2002.

¹³⁰ Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Publicada en el DOF el 1 de junio de 1998.

¹³¹ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados. Publicado en DOF el 3 de mayo de 2002.

¹³² El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía. Publicada en el DOF 22 de abril de 2002.

implementación de un diálogo multidisciplinar entre las ramas del derecho vinculadas al aspecto internacional de la migración, DIP y DIPr.

1.9 La necesidad de la armonización del DIPr en el derecho interno.

1.9.1 Armonización, unificación y codificación análisis terminológico a la luz del DIPr

El DIPr es un área del conocimiento jurídico complejo. Esta complejidad se hace más evidente por la variedad o multitud de supuestos jurídicos privados, con algún elemento de internacionalidad, que son regulados por el DIPr. Por lo tanto, el conocimiento del DIPr y el fomento de la seguridad jurídica deben ser premisas fundamentales para esta rama del derecho; además de su actualización y vigencia.¹³³

En este contexto, a estos elementos –es decir, complejidad, variedad, conocimiento, seguridad jurídica, actualidad y vigencia–, se le une al DIPr el carácter de armonización, unificación y/o codificación de los instrumentos internacionales que lo conforman. En relación a esta triada, “los términos armonización, unificación y codificación no son sinónimos”.¹³⁴

Primeramente, la armonización es un proceso que tiende a eliminar diferencias existentes entre los sistemas jurídicos.¹³⁵ Tiende a la homogenización de los contenidos normativos de orden nacional e internacional para evitar ambigüedad.

En segundo término, en la unificación se tiene por sentado que existe una legislación heterogénea en el Estado de que se trata, marco normativo que será sustituido por otras normas previamente consensuadas que están redactas en términos idénticos.¹³⁶

¹³³ Cfr. González Martín, Nuria. Compatibilidad de las convenciones interamericanas y universales en materia de familia y niñez: evolución y análisis, OEA-OAS, Washington, D.C., Estados Unidos de América, 2010. https://www.oas.org/dil/esp/seminario_derecho_internacional_documentos_nuria_gonzalez.pdf

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ Véase Boodman, Martin, *The myth of harmonization of laws*, The American Journal of Comparative Law, vol. 39, núm. 4, otoño de 1991, p 700; Leeborn, David W., *Claims for Harmonization: A theoretical framework*, en Canadian Business Law Journal, vol. 27, núm. 1, Jul 1996, p. 67; Lerner, Pablo, *Sobre la armonización, derecho comparado y la relación entre ambos*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, Nueva Serie, año XXXVII, núm. 111, septiembre-diciembre de 2004, p. 921.

¹³⁶ Véase Garro M., Alejandro, *Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades* en Jurídica, anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana, Universidad Iberoamericana, México, núm. 22, 1993 p. 226; Fix-Zamudio, Héctor, *Armonización del derecho*

En relación a la codificación, codificar es, en sí, compendiar, pero implicando, previamente, una unificación y/o armonización¹³⁷, lo que implica considerar a la codificación como una subespecie de las dos primeras. Para autores como Coronado Contreras Laura¹³⁸ la codificación en el ámbito del DIPr es contraria a su naturaleza jurídica y prácticamente imposible.

Esta reflexión nos lleva a otra, en torno a la importancia del DIPr, y así subrayamos la necesidad de encontrar una metodología adecuada “que consiste en lograr un término medio entre la aplicación estricta de la ley, cuya existencia en el ámbito del DIPr, a nuestro criterio, es imprescindible, y las soluciones puramente prácticas, con un sentido subjetivo de justicia y equidad.¹³⁹ Es precisamente a lo que hacemos referencia al hablar de la armonización del Derecho internacional al interior del Derecho de los Estados, aunque *prima facie* parecía un ejercicio absurdo e innecesario.¹⁴⁰

La armonización es una figura necesaria cuando partimos de la existencia de dos tipos de fuentes en el Derecho internacional en relación a su obligatoriedad a saber: el *hard law* y *soft law*. La primera la constituyen todas aquellas normas de carácter obligatorio de las cuales nacen vínculos jurídicos y ante su incumplimiento surge responsabilidad internacional¹⁴¹ tales como los tratados internacionales y la costumbre internacional. En

en América Latina y procedimientos para lograrla en VII Conferencias de Facultades y Escuelas de Derecho en América Latina, México, Edit. Uduval, 1978, p. 533.

¹³⁷ Fernández Arroyo, Diego P., *Current approaches towards harmonization of consumer private International law in the Americas*, International and Comparative Law Quarterly, vol. 58, 2009, p. 411.

¹³⁸ Coronado Contreras Laura. *Manual de DIPr, casos prácticos*. Colección Jurídica IBI IUS, Porrúa, México, 2016, p. XV.

¹³⁹ Zweigert, Honrad, *Zur Armut des Internationalen Privatrchts an Sozialen Werten*, Rabelsz, 37, año 1973, cuaderno 2-3, p. 435.

¹⁴⁰ La búsqueda de un término medio entre la aplicación estricta de la norma positiva y otras fuentes como los principios generales del derecho en el contexto moderno, ha sido planteado por el *iuspositivismo* contemporáneo, que ha pugnado por la ampliación y creación de instrumentos normativos que implemente los contenidos propios del derecho natural. Consideramos que la teoría más adecuada en virtud del panorama actual del Derecho internacional es el antipositivismo moderno que establece una conexión y colaboración entre *iusnaturalismo* y *iuspositivismo*, lo que hace viable la defensa la figura de la armonización de instrumentos jurídicos internacionales en el Derecho interno de los Estados. Cfr. García Figueroa, Alfonso, *Creaturas de la moralidad*, Trotta, Madrid. 2014.

¹⁴¹ La responsabilidad del Estado se origina en las conductas violatorias a las normas de Derecho internacional, realizadas por los sujetos de este, principalmente el Estado. La CDI en su *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Intencionalmente Ilícitos* dispone que para hacer efectiva esta responsabilidad debe realizarse un comportamiento consistente en una acción u omisión, que en primer término sea atribuible al Estado según el Derecho internacional y en segundo lugar que constituya una violación de una obligación internacional del Estado. Cfr. Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho Internacional Público*, Oxford, México D.F. 2015, p. 145-198.

cuanto al *Soft law*, también denominado Derecho blando o suave, está constituido por las normas establecidas en los instrumentos internacionales que no son jurídicamente obligatorias tales como recomendaciones, conclusiones, declaraciones las declaraciones entre otras.¹⁴²

En relación a la implementación de técnicas o herramientas de *Soft law* aplicables a los derechos de la minoridad que es el tema que nos ocupa, debemos precisar que en el marco de la Conferencia de La Haya de DIPr anteriormente aludida, “surgió el denominado *Law in Action –Mise en oeuvre progressive—*aplicación progresiva, el cual hace referencia al compromiso de la Conferencia de La Haya de DIPr de propiciar, con una serie de herramientas, la aplicación práctica de los convenios internacionales que regulan, concretamente, la protección internacional del menor”. González Martín sostiene, además, que “el *Law in Action* tiene un objetivo fundamental que consiste en que dicha normativa convencional sea dinámica, funcional y sobre todo que ante la dificultad –por no decir la imposibilidad- que entraña la modificación de los convenios internacionales pues que haya posibilidades de adaptación a las nuevas circunstancias con respecto a aquellas que le dieron forma y sentido de ser a un determinado tratado internacional relacionado con los menores”.¹⁴³

Este tipo de herramientas utilizadas por el denominado derecho blando o suave son sumamente relevantes sobre todo tratándose de los menores y su protección, haciendo efectiva o procurando la efectividad de los compromisos contraídos en el seno de los Estados y facilitando la incorporación de nuevos contenidos jurídicos que redunden en un beneficio más amplio para la minoridad.

Asimismo, en materia de unificación, codificación y armonización, debemos mencionar que se presenta una diferencia sustancial entre los tres aspectos esbozados consiste en el autor o artífice de cada una de las dimensiones citadas; por una parte, es a los órganos internacionales a quienes les corresponde realizar los procesos de unificación

¹⁴² Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho Internacional Público*, Oxford, México D.F. 2015, p. 641.

¹⁴³ Cfr. González Martín, Nuria. *Compatibilidad de las convenciones interamericanas y universales en materia de familia y niñez: evolución y análisis*, OEA-OAS, Washington, D.C., Estados Unidos de América, 2010. https://www.oas.org/dil/esp/seminario_derecho_internacional_documentos_nuria_gonzalez.pdf

y codificación, *inter alia*, la ONU, a través de la CDI, y en el ámbito interamericano la Organización de Estados Americano (OEA); por otro lado la armonización es deber del Estado. La incorporación y la codificación la observamos desde el plano internacional y la armonización en sede interna.

Diversos tratados internacionales¹⁴⁴ han sustentado la obligación de los Estados Partes en ellos de realizar un ejercicio de armonización en su legislación nacional tales como: la Convención Americana de Derechos Humanos,¹⁴⁵ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,¹⁴⁶ y el Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.¹⁴⁷

Ciertamente estamos en presencia de en un tema poco explorado, al menos desde la perspectiva del DIPr.¹⁴⁸ El tema de la armonización tradicionalmente se ha estudiado en el derecho internacional público, pero el incremento de tratados en el ámbito del DIPr ha vuelto importante analizar la manera en que los tratados se vinculan en este caso particular al sistema jurídico mexicano, porque dependiendo del tipo de inserción tendremos consecuencias jurídicas diferentes, de ahí el interés del DIPr de por conocer la mecánica de esa forma de creación normativa a través de una fuente tan relevante como lo son los tratados internacionales.

Autores como Pérez Nieto, han sido enfáticos en la necesidad de la incorporación de la norma jurídica internacional al sistema jurídico nacional y que los tratados o convenios internacionales están elaborados para facilitar el tráfico jurídico internacional y elevan el nivel de los derechos de las personas que pertenecen a los países que firman el

¹⁴⁴ Por tratados celebrados por México, debe entenderse cualquier "acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular". Véase el artículo 2, inciso a, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

¹⁴⁵ Adoptada en San José de Costa Rica por la Organización de Estados Americanos (OEA) el 22 de noviembre de 1969, entrando en vigor el 18 de julio de 1978. El Senado mexicano la aprobó el 18 de diciembre de 1980. México se adhirió a ella el 24 de marzo de 1981. Fue publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 7 de mayo de 1981.

¹⁴⁶ Adoptado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 19 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 23 de marzo de 1976. El Senado mexicano lo aprobó el 18 de diciembre de 1980. México se adhirió a él el 23 de marzo de 1981. Fue publicada en el DOF el 20 de mayo de 1981.

¹⁴⁷ Adoptado por la Organización de Estados Americanos, OEA, el 17 de noviembre de 1988. Aprobado por el Senado el 12 de diciembre de 1995. México lo ratificó el 16 de abril de 1996, y su publicación en el DOF se dio el 1º de septiembre de 1998.

¹⁴⁸ Werner Golschmitd, *DIPr, El Derecho de la tolerancia*, Buenos Aires, 1970. p.22.

tratado.¹⁴⁹ En este sentido, han hecho un abordaje de la relevancia de integrar los contenidos del *iusprivatismo* internacional en sede local, y una vez integrados e incorporados se debe procurar la armonización de estos contenidos en el Derecho doméstico de los países. Lo que implica que el primer paso consiste en un proceso de incorporación del tratado y consecuentemente en materias prioritarias como el caso de la minoridad migrante irregular sin acompañamiento, la realización de un proceso de armonización en sede interna que facilite la aplicación de los contenidos de las normas internacionales.

La doctrina moderna también ha hablado de “la importancia de facilitar los procesos de armonización de los tratados internacionales, principalmente aquellos que contienen derechos humanos como los correspondientes a la migración internacional, deben primar formulas normativas que deben atender al detalle mínimo descriptivo de esos derechos y de su contenido y con elasticidad y generalidad lexicales para facilitar la ratificación o adhesión de los Estados, de modo que el derecho interno de estos no tropiece con barreras demasiado rígidas y disponga de suficiente margen reglamentario interno, compatible con la aludida apertura de las disposiciones normativas internacionales.”¹⁵⁰ De lo anterior se colige, que resulta de suma importancia que el derecho de los estados pueda con fluidez y sencillez incorporar los contenidos de las normas internacionales a su derecho interno.

La incorporación de un derecho más favorable en el sistema jurídico interno, especialmente en materia de derechos humanos, debe subsistir dentro del sistema, ya que la norma jurídica internacional se "nacionalizó".¹⁵¹ Implica la se integración al sistema jurídico interno expandiendo la esfera de derechos de las personas. En el caso mexicano, a partir de la reforma constitucional en su artículo 1.¹⁵²

¹⁴⁹ Pérez, Nieto Leonel, *El DIPr y su normatividad en su incorporación en el sistema jurídico mexicano*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XV, 2015, p.788.

¹⁵⁰ Cancado Trindade Antonio, *Desafíos de la protección internacional de los Derechos Humanos al final del siglo XX*. En Seminario de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 30 de mayo al primero de junio 1997, p. 112.

¹⁵¹ Silva, J., *DIPr*, México, Porrúa, 1999, pp. 301 y ss.

¹⁵² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1: "Las normas relativas a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas, la protección más amplia".

Nos referimos concretamente a normas internacionales que se han incorporado al sistema jurídico interno. Además, el contenido de estas normas establece derechos más específicos, nuevos derechos o simplemente, regulaciones que facilitan el alcance de esos derechos.¹⁵³

El precepto constitucional reformado al que hemos hecho mención, nos dice que cuando se trata de este tipo de derechos se le debe otorgar a la persona, la protección más amplia, es decir, impera la aplicación de las normas que brinden el mayor espectro de prerrogativas sin importar si son nacionales o internacionales, no obstante en ocasiones estas normas al formar parte del derecho internacional provoca que las autoridades distan de conocerlas y aplicarlas, es por ello, que resulta relevante los procesos de armonización de los contenidos jurídicos internacionales.

1.9.2 Sistemas de incorporación del derecho internacional en México

En lo que respecta a México es pertinente analizar a cuál de los sistemas de incorporación del derecho internacional pertenecemos, por lo que hace al artículo 133 constitucional,¹⁵⁴ en nuestra consideración crea una relación de igualdad en términos de su validez entre los tratados internacionales *vis a vis* la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en adelante CPEUM. Autores como Tena Ramírez han sostenido que esta igualdad de *iure* existe desde 1934 con la tesis de Oscar Rabasa.¹⁵⁵

Ahora bien, al hablar del Derecho internacional y el derecho interno y las relaciones que estos guardan desde 1899 el autor Triepel inicia un debate en este sentido¹⁵⁶. Puesto que para algunos autores a los que haremos alusión *at infra*, el Derecho internacional convencional, no requiere de procedimientos de armonización e incorporación puesto que forman parte del derecho interno *per se* al momento de ser aceptados.

¹⁵³ Jardón, Luis, *La interpretación de las cláusulas jurisdiccionales en los tratados de derechos humanos*, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013, pp. 99 y ss.

¹⁵⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

¹⁵⁵ *Óp. Cit.* Pérez Nieto, Leonel. *DIPr, parte general*. p. 358.

¹⁵⁶ Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho Internacional Público*, Oxford, México D.F. 2015, p. 4

Existen tres vertientes básicas al respecto, las tesis monistas, dualistas y coordinadoras. En relación al dualismo en su dimensión pura señala que el Derecho internacional público y el DIPr son ordenes distintos jurídicos e independientes, se diferencian tanto por sus fuentes como por sus ámbitos de validez no coincidentes. A partir de estas consideraciones el derecho internacional público requeriría de un acto especial que lo incorporara al derecho interno. Bajo esta teoría la norma internacional debe si pretende obligar en el ámbito nacional transformarse en una norma interna, no es la norma internacional la que se aplica en el ámbito interno, sino una nueva norma doméstica. Dentro de las críticas señaladas a esta teoría se sostiene principalmente que la práctica interna ha evidenciado que la norma internacional es incorporada directamente al orden interno, sin necesidad de ninguna transformación.¹⁵⁷

Las teorías monistas en cambio proclaman la unidad de ambas ramas jurídicas en un solo sistema jurídico; estas tesis parten de la concepción normativista de Kelsen según la cual en un único conjunto estarían incluidos los distintos órdenes y entre los cuales habría una relación de subordinación¹⁵⁸.

Según León Bastos, los monistas se basan en que los preceptos internacionales no requieren de ninguna adaptación interna por parte de los Estados, por lo que no se requiere de ningún acto legislativo interior para darle fuerza obligatoria al derecho internacional, modelo más cercano al sistema mexicano.¹⁵⁹

Las tesis que derivan de los monistas son la internista e internacionalista. La primera sostiene que el derecho interno prevalece sobre el derecho internacional se basa en que históricamente el derecho internacional es posterior al derecho interno por cuanto surge como consecuencia de la regulación de las relaciones entre Estados, y que los Estados son quienes se obligan libremente. Dicha doctrina desconoce el fundamento de obligatoriedad del derecho internacional. En cambio, el monismo internacionalista evoca que existe un único orden jurídico en el cual el derecho interno está subordinado al orden internacional. Kelsen considera que el derecho internacional es jerárquicamente superior al derecho interno en razón de una norma hipotética fundamental (*pacta sunt servanda*),

¹⁵⁷ *Ibidem*. p. 5

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ León Bastos Carolina y Wong Víctor Alejandro (coords.) *Teoría de la Constitución. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo en Madrid, Porrúa, México, 2010*, p. 153.

que no es derivable de ninguna otra y que se considera en el vértice de la pirámide, por lo que implica una norma jerárquicamente superior y otra inferior.

Los conceptos de monismo y dualismo jurídico ayudan a explicar la integración del derecho internacional en el orden jurídico de un Estado. Diversos autores consideran que la adopción de una posición monista o dualista es de suma importancia para los Estados, ya que la constitucionalización del derecho internacional es relevante para el fortalecimiento de las democracias.¹⁶⁰ Lo que implica que a pesar de la tendencia monista en México el elevar a rango constitucional el derecho internacional resulta prioritario en el contexto de un Estado democrático moderno.

Según Verdross, el dualismo se fundamenta en el principio de que el orden jurídico internacional son ordenamientos distintos porque cuentan con fundamentos de validez y destinatarios diferentes.¹⁶¹

El sistema jurídico internacional establece un régimen monista internacionalista, donde el Derecho Internacional ostenta una supremacía frente a los sistemas normativos locales. Este criterio lo encontramos codificado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹⁶²

Petros Vallindas afirma que la discusión acerca del supranacionalismo y nacionalismo es meramente teórica y que posiciones tan extremas no ayudan a la cabal comprensión de los problemas que en la realidad plantea el DIPr cuyo objeto se reduce a la reglamentación de la vida internacional de los individuos, objeto que, por lo demás, hace de la disciplina una rama autónoma del derecho. Por tanto, deben proponerse y estudiarse los procedimientos idóneos que sirvan verdaderamente y efectivamente para reglamentar esa vida internacional de los individuos.¹⁶³

Loretta Ortiz, señala que una vez ratificado un tratado, incluso incorporado se plantea el problema de su aplicación, y establece una clasificación atinente a la forma de aplicación o ejecución de la norma: las normas ejecutables (*self-executing*) y las normas

¹⁶⁰ Ginsburg Tom, *et al*, *Symposium: International law and economics: commitment a diffusion: how and why national constitutions incorporate international law*. The board of trustee of the University of Illinois, en *University of Illinois Law Review*, 2008.

¹⁶¹ Verdross, Alfredo. *Derecho Internacional Público* (trad. Antonio Truyol y Serra), Aguilar, Madrid, 1967, p.63.

¹⁶² *Óp. Cit.* Pérez Nieto, Leonel. *DIPr, parte general*. p. 206.

¹⁶³ *Ibidem*.

no ejecutables (*non self-executing*).¹⁶⁴ Considera primeramente que en principio la estipulación de un tratado se entiende como ejecutable por sí mismo, es decir *self-executing*, cuando es susceptible de aplicación inmediata esto es, sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implantación o exigibilidad. Esta teoría emana de la fórmula utilizada por el célebre juez norteamericano John Marshall, que consideraba que este tipo de normas operaban para sí, sin ayuda de ninguna disposición legislativa. Por otra parte, no todas las normas de una convención o tratado son ejecutables por sí mismas, hay otras disposiciones que no pueden ser ejecutadas sin una acción legislativa del Estado, hay también otros derechos que debido a su naturaleza o a la fraseología del tratado carecen de exigibilidad inmediata, por ausencia de normas internas o de medidas complementarias del Estado, estas normas se denominan *non self-executing*.¹⁶⁵

1.10.3 La importancia del papel del DIPr en la armonización del derecho migratorio mexicano

La armonización normativa, en los términos expresados, la interpretamos como un proceso que tiende a la homogenización de los contenidos normativos de orden nacional e internacional para evitar vaguedades entre los contenidos normativos mencionados. Resulta importante en este tema, en aras de destacar la importancia de los procesos de armonización en México.

En el caso de México la Ley de migración representa un ejemplo trascendente de las normas internacionales *non self-executing*, que alberga dentro de su contenido aspectos del DIP contenidos en distintos tratados internacionales en materia migratoria, tal es el caso del artículo 8 del ordenamiento citado que contiene el derecho a la salud de las personas migrantes irregulares bajo los siguientes términos:

Artículo 8. Los migrantes tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica, provista por los sectores público y privado, independientemente de su situación migratoria, conforme a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables.

¹⁶⁴ Vid. Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho Internacional Público*, Oxford, México D.F. 2015, p. 35.

¹⁶⁵ Vid. Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho Internacional Público*, Oxford, México D.F. 2015, p. 36.

Los migrantes independientemente de su situación migratoria, tendrán derecho a recibir de manera gratuita y sin restricción alguna, cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida.

Por su parte, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, en su capítulo segundo, artículo 28 establece lo siguiente en relación al derecho aludido:

Artículo 28. Los migrantes y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo.¹⁶⁶

De lo anterior podemos observar, cómo los ordenamientos internos, en este caso la Ley de Migración mexicana, requiere la inserción de algunas de las disposiciones o derechos contenidos en los tratados internacionales para hacer operativos estos derechos y facilitar su aplicación. Estas normas poseen un contenido de derechos destinados a este sector poblacional (migrantes), que para ser aplicados efectivamente requieren de procesos de integración y a su vez armonización en sede interna.

Si bien es cierto, en materia del DIPr, la normativa internacional de derechos humanos ha tenido un fuerte impacto sobre la legislación y la jurisprudencia estatales, “impacto que se ejerce sobre variadas materias y en diversas circunstancias para garantizar cuestiones tales como el acceso a la justicia, los derechos de los trabajadores, la protección del medio ambiente o los intereses de niños y adolescentes. Íntimamente ligado a esto, se hace patente desde una perspectiva funcional que el DIPr puede difícilmente seguir siendo tomado como un mero instrumento neutral para la repartición de competencias a poco que se preste atención al rampante proceso de materialización que lo viene animando en las últimas décadas”.¹⁶⁷ No obstante, en materia migratoria, se

¹⁶⁶ Naciones Unidas, *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, capítulo segundo, artículo 28.

¹⁶⁷ Dreyzin de Klor A., y Uriondo de Martinoli A., *Implicancia de la integración en el DIPr*, La Ley 1994-E, 1116.

encuentran una de las vetas más ricas de oportunidad de armonización de la normatividad interna a los tratados internacionales especializados en este tema; hemos analizado un ejemplo muy pequeño, pero que ha hecho manifiesta la necesidad de implementar y perfeccionar los procesos de armonización normativa en México.

Respecto del tema específico que nos atañe, la migración de los menores irregulares sin acompañamiento, distintos instrumentos internacionales ratificados por México, por mencionar un ejemplo que pueda ilustrar lo anterior: la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, establece un marco más amplio de derechos y principios protectores de este sector poblacional que los establecidos localmente. Mediante la aplicación de estos contenidos jurídicos en el derecho interno, redundará en un beneficio concreto para los menores incluyendo a los migrantes sin acompañamiento, sin importar la teoría de armonización o incorporación que se aplica, o si se trata de una norma *self-executing* o de una *non self-executing*, lo relevante desde un punto de vista teleológico o finalista es la protección del menor migrante, esto es lo que siempre debe primar y si para ello es necesaria la inserción de las normas internacionales en los instrumentos internos como la propia Ley de migración mexicana o la creación de legislación especial (*lex specialis*) en materia de minoridad migrante, la discusión no se debe centrar en la tipología de las normas en razón de su ejecución, sino en la efectividad de las mismas para procurar la protección más amplia de los menores migrantes.

En este sentido, el DIPr tiene como fin último la protección de la persona humana y la solución de los conflictos de leyes presuponen un diálogo intercultural, en respeto de la diversidad y de la identidad cultural de los individuos, el rol de nuestra disciplina es central en el mundo globalizado, multicultural, posmoderno, en el que vivimos.¹⁶⁸

Por ello, para asegurarse que las normas internacionales operen dentro de la jurisdicción estatal no basta con ratificarlas, es necesario que la normativa nacional instrumente recursos adecuados, eficaces e “idóneos para proteger la situación jurídica

¹⁶⁸ Scotti B. Luciana. *Los escenarios del DIPr actual: Globalización, integración y multiculturalidad*. En Fernández Arroyo Diego Coord. *DIPr y Derecho de la Integración – Libro homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano*, CEDEP, Asunción, 2013, pp. 147-168.

infringida”,¹⁶⁹ e impulsar las reformas estructurales en todo el aparato estatal de modo que los derechos puedan ejercerse en forma efectiva.

Como corolario podemos expresar que a pesar de la fuerza y defensa de la teoría monista aludida en párrafos precedentes, de donde se desglosan los temas analizados de incorporación, armonización y codificación normativa; independientemente de lo anterior, la praxis ha evidenciado que para la efectiva vigencia de las normas internacionales no basta con ratificar los instrumentos internacionales e incorporarlos al derecho interno, sino que se requieren además procesos de adecuación legislativa; es decir que pasen por procesos de armonización en sede interna que facilite la integración de los contenidos internacionales y facilite su cumplimiento, principalmente en el caso de los menores, donde la necesidad de su protección es apremiante.

Desde este escenario el DIPr, se presenta como una disciplina jurídica autónoma que posee diversas cualidades para propiciar estos procesos de adecuación legislativa y de armonización en sede interna para facilitar la integración de los contenidos internacionales en materia migratoria, en aras de incidir en su efectividad en el derecho doméstico.

En este sentido, consideramos que el DIPr está facultado para realizar un abordaje del tema migratorio principalmente en su dimensión internacional por lo que hace al contexto interno de los Estados. En virtud, de sus funciones analizadas como rama del derecho, pues a través de esta disciplina, se puede propiciar un análisis ordenado y delimitado tendiente a evitar confusión y lagunas sobre la naturaleza de los documentos legales internacionales en migración en el contexto doméstico de los Estados y consecuentemente esta función incide a su vez en la permeabilidad y armonización en sede nacional de los derechos en favor de los migrantes reconocidos en los instrumentos internacionales.

No obstante, está claro que el DIPr no realizará estas funciones de manera aislada, pues se requiere abordar la migración desde un enfoque integracionista liderado por el DIPr, y auxiliado de diversas disciplinas de derecho internacional y nacional inmersas en el tema, particularmente dos ramas: el Derecho Internacional Público y el Derecho

¹⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, párrafo 64, Serie C; *Caso Godínez Cruz*, párrafo 67.

constitucional mexicano, lo anterior en aras de clarificar y evidenciar la existencia de un diálogo multidisciplinar que surge en la interfaz que logran estas disciplinas jurídicas cuando hacen el abordaje del tema migratorio.

Consideramos que, en el caso del colectivo migrante de la minoridad irregular no acompañada, es el grupo poblacional que mayormente puede resultar beneficiado desde este enfoque analítico, toda vez que “los menores, tanto aquéllos que migraron solos como los que están acompañados por sus padres o tutores, ocupan una posición particularmente vulnerable en cuanto a su capacidad de tener acceso a derechos y protección.”¹⁷⁰

En la búsqueda de una mayor protección de los derechos de la minoridad migrante irregular no acompañada en México se presenta un enfoque alternativo al tradicionalmente utilizado desde el DIP, sostenido en las cualidades propias del DIPr como disciplina jurídica científica que hemos revisado en el presente capítulo y adicionalmente la creciente literatura jurídica que ha depositado su interés en el *iusprivatismo* internacional como la materia tendiente a buscar soluciones globales en materia de migración internacional irregular, principalmente en el ámbito de la minoridad no acompañada.

¹⁷⁰ Ortega Velázquez, Elisa. *Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVIII, núm. 142, enero-abril de 2015, p. 186.

Capítulo II. Menores migrantes irregulares no acompañados en México a través del mirador *iusprivatista* internacional

2.1 El concepto de menores migrantes irregulares no acompañados, análisis terminológico

2.1.1 Menor vs. Niño un acercamiento al debate conceptual

Es importante precisar que al tratarse del tema de los derechos de la minoridad y la infancia se ha presentado una diferencia de pareceres en cuanto a los conceptos menor y niño, estas diferencias acuñadas en el plano disciplinario del derecho internacional se han visto cada día más polarizadas.

Tanto el DIP como el DIPr, son disciplinas jurídicas que estudian los derechos de la minoridad o la infancia y desde sus campos de investigación han adoptado posturas terminológicas opuestas, toda vez que el término menor ha sido incorporado en el seno del DIPr mientras que el DIP se ha decantado por el uso constante y casi exclusivo del término niño.

Ante este escenario consideramos ilustrativo conocer algunas de las posturas de los principales teóricos de ambas disciplinas, toda vez que son ramas que encuentran un cruce en este tema particular de la minoridad. Esta mirada a las dos disciplinas se realiza con el propósito de identificar algunas de las causas de la polarización de las ideas de ambas ramas y de contribuir al entendimiento de esta controversia conceptual.

Primeramente en el ámbito del DIP, y en el derecho constitucional, autores como González Contró postula, que en efecto existe un debate al respecto, y que además es relevante toda vez que existen amplios desacuerdos entre los especialistas del tema, asimismo establece *prima facie* su postura de defensa del término “niño” *versus* “menor”.¹⁷¹ Esta misma autora señala que existen distintas categorías conceptuales para referirnos a las personas menores de edad, y que no las considera sinónimos, pese a que se utilicen indistintamente, puesto que cada concepto hace referencia a distintos contenidos, los conceptos más frecuentes son: menor, menor de edad, niño, niña y adolescente, infancia y niñez. Respecto al término “menor”, inicia partiendo de un estudio

¹⁷¹ González Contró, Mónica. *¿Menores o niños, niñas y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Publicación electrónica, No.5, 2011, p. 35. Disponible: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3011/7.pdf>.

semántico a la luz de los contenidos de la RAE. La asociación española sostiene que “es un adjetivo calificativo que significa que es inferior a otra cosa, en cantidad, intensidad o calidad, o menos importante en relación con algo del mismo género.”¹⁷²

Por otra parte, Ortega considera “que el término “menor” tiene una connotación negativa que se exagera en el contexto de la migración, pues referirse a los niños como “menores” puede implicar el riesgo de exclusión de programas de protección y derechos diseñados específicamente para los niños. Insiste en que es preciso nombrar adecuadamente a este colectivo y usar el parámetro que nos marca la Convención de los Derechos del niño, el cual diluye la antigua dicotomía entre “niños” y “menores” al incluir ambas categorías dentro del ámbito de protección de la Convención”.¹⁷³

Las posturas anteriores han sido acuñadas dentro del DIP, fundamentalmente, y han dejado en claro no solo su inclinación por los términos niño y niña, sino además el rechazo categórico al término menor, que incluso es considerado como negativo y peligroso en algunos contextos.

Ahora bien, en el ámbito del DIPr González Martín sostiene “que dicha nomenclatura expresa un concepto jurídico el cual es delimitado, numéricamente; por un derecho positivo, su trascendencia jurídica consiste en otorgar a las personas que entran en esta categoría jurídica, determinados derechos y obligaciones, tanto a nivel social como familiar”. También considera que además de la dimensión jurídica el término también tiene que valorarse desde su aspecto humano, como persona con una realidad humana por devenir o construir.¹⁷⁴

La misma autora asegura que si la arista jurídica desde donde se aborda el término que nos ocupa es nuestra disciplina jurídica, sin lugar a duda el término utilizado indiscutiblemente es “menor”. “Pudiendo afirmar que el ámbito del DIPr no se discute la utilización de otro término, por otra parte, también precisa que, si la connotación jurídica es desde los derechos de la infancia, el término usado de manera exclusiva es el de niños,

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ Ortega Velázquez, Elisa. *Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVIII, núm. 142, enero-abril de 2015, p. 190.

¹⁷⁴ González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia. *¿Menor o niños, niñas y adolescentes? Un tópico a discutir*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Publicación electrónica, No.5, 2011, p. 57, Disponible: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3011/9.pdf>.

niñas y adolescentes. Es por lo que apriorísticamente afirmamos que estamos ante un discutible debate y ante la falta de respuesta unívoca.”¹⁷⁵

El Parlamento europeo a través del Departamento de Políticas para los Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales en un documento sobre menores migrantes definió el término menor señalando que es parte de una situación personal y que para los efectos de las leyes de migración las personas menores de 18 años se consideran "niños" o "menores" y tienen derecho a protección.¹⁷⁶

Ahora bien, precisamos que si bien es cierto el objeto de nuestro estudio se centra en el DIPr, de forma objetiva hacemos alusión a la perspectiva legal del DIP, respetando en todo momento sus consideraciones y premisas.

Del análisis doctrinal previo, reafirmamos lo que ya era un hecho notorio, que las ideas en torno al tema están polarizadas y los desacuerdos son firmes; no obstante, insistimos en volcarnos al estudio de la controversia, para efecto de comprender las razones de las discrepancias y construir puentes alrededor de las teorías.

En relación con lo sostenido por la doctrina en el campo del DIP, esta disciplina considera principalmente que estamos en presencia de un debate conceptual de orden semántico, afirma que la problemática con el término “menor” radica en su significado semántico al considerarlo como un concepto peyorativo negativo. Si atendemos a un estudio de esta naturaleza y nos allegamos de definiciones que se circunscriban a la composición morfológica del término, es irrefutable que su significado tendrá un sentido adverso, al menos en su acepción amplia. Lo cierto es que, si nos enfocamos a un análisis conceptual meramente jurídico el panorama es muy diferente, porque debemos prestar atención al proceso evolutivo del término menor y como este, ha sido empleado como categoría jurídica.

En este punto nos encontramos con una teoría concreta, el denominado paradigma de la minoridad que sostuvo la premisa de la incapacidad de las personas menores de edad. Esta teoría fue desplazada con la entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas de los derechos del niño, y la incorporación de la teoría de la Protección integral del niño, tema que será abordado de manera profunda más adelante. Es verdad que bajo

¹⁷⁵ *Ibidem.* p. 55.

¹⁷⁶ European Union, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs. European Parliament, *Children on the move: A private international law perspective*, Brussels, 2017, p. 10.

el imperio del paradigma de la minoridad el concepto jurídico de menor representaba una situación disminuida de protección jurídica.

De lo anterior, resulta lógico considerar que, si el término menor como categoría jurídica en el ámbito legislativo y doctrinal tuvo un contexto negativo, actualmente sigue acudiéndose a ese significado, negándose esa transición (al menos en el ámbito del DIP). También es importante plantear que los derechos de la infancia son categorías jurídicas de reciente génesis y en virtud de lo cual la minoridad hasta la reciente acogida de este nuevo conjunto de derechos de la infancia por parte de la Convención de Naciones Unidas citada, no poseía estas prerrogativas o derechos, por lo que el concepto jurídico de menor no abrazaba las bondades que ahora ostenta.

En cuanto al análisis que realiza la doctrina del DIPr del término menor, el primer elemento que debemos identificar es que a la luz de esta disciplina representa un concepto jurídico, es decir, esta rama ha sostenido que estamos en presencia de una discusión circunscrita a una categoría *nomen iuris*, y en segundo lugar este concepto jurídico también puede ser interpretado en dos sentidos, uno cuantitativo y no solo cualitativo, según ha arribado la literatura jurídica.

En relación a la categoría *nomen iuris*, este principio jurídico establece que los cosas son lo que son y no lo que parecen que son, es decir, estamos conscientes de que históricamente con el paradigma de la minoridad, el término menor hacía alusión a una condición disminuida al niño respecto del adulto, por lo que, bajo esta connotación, se conjetura desfasada el uso de esta terminología por la corriente del DIP.

Sin embargo, el término menor ha trascendido el paradigma de la minoridad mencionado, y representa un concepto jurídico que protege actualmente a este colectivo y que bajo la óptica de disciplinas como el DIPr se ha convertido en una nomenclatura cada vez más arraigada y en uso, particularmente en el tema migratorio; una nomenclatura que no lleva implícita ninguna connotación ni discriminatoria ni peyorativa, en donde el debate semántico se deja aparte para darle valor al debate de protección internacional e integral a una infancia vulnerable y en donde la edad del menor se contempla en orden a proteger de manera más eficaz según el interés superior del mismo.¹⁷⁷

¹⁷⁷ *Op. Cit.* González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia. *Marco teórico conceptual: Tráfico internacional de menores, trata de personas y sustracción internacional de menores*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 37 Publicación electrónica No. 8, 2013, *passim*.

Si bien es cierto, la nueva doctrina de la protección integral del niño, reconocida por Naciones Unidas recogió el término “niño” en lugar de “menor”; esto no implica necesariamente, que la Convención de los Derechos del niño haga diferencia entre la aplicación de los derechos a este colectivo, ya sea que se trate de menores o niños.

En relación al análisis terminológico de menor desde la perspectiva cuantitativa, se realizará un estudio a fondo en el apartado del derecho internacional para efecto de arribar a conclusiones precisas sobre los rangos de edad establecidos por los instrumentos internacionales y los desacuerdos que subyacen entre estos tratados para establecer los máximos de edad, ante los cuales este sector poblacional puede ser titular de la protección especial otorgada por los derechos de infancia, al ubicarse en la categoría jurídica de niño o menor desde una perspectiva numérica.

2.1.2 El paradigma de la minoridad un tema superado por el DIPr

Como hemos referido, alrededor de los derechos de la infancia prevalece una discusión teórica, que como señalamos ha generado debates importantes en cuanto al tema de los derechos de la minoridad en general.

En este sentido, algunos autores han defendido la denominada teoría voluntarista o mejor conocida como “teoría de la situación irregular” también conocida como el paradigma de la minoridad, que sostiene la lucha por el desconocimiento de la titularidad de derechos subjetivos durante la infancia, debido a la ausencia de capacidad de autonomía de la voluntad.¹⁷⁸ Desde esta postura los derechos subjetivos constituyen ámbitos de protección de las decisiones del individuo que implican la posibilidad de ejercer el derecho o renunciar a él, por lo que los niños no pueden ser titulares de derechos al carecer de esta capacidad.

Por otra parte, encontramos, las denominadas teorías del interés, que consideran que el origen de los derechos subjetivos son los intereses de las personas, y defienden la utilización del lenguaje de los derechos para las personas menores de edad.¹⁷⁹

Sin embargo, ambas posturas comparten la premisa de la incapacidad de las personas menores de edad, lo que ha sido cuestionado por la literatura dedicada a los

¹⁷⁸ Cfr. MacCormick, Neil. *Children's Rights: a Test-Case for Theories of Right*, 1976.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

derechos de la infancia de los últimos años, así como por las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño en su interpretación de los artículos de la Convención sobre los Derechos del niño.¹⁸⁰

Ahora bien, de las teorías anteriores, se desprende el llamado “paradigma de la minoridad” que hemos citado previamente, donde el término “menor” se encuentra en el centro de esta pauta, que sustentaba principalmente “la doctrina de la situación irregular”.¹⁸¹ Este arquetipo estaba integrado por un conjunto de creencias en relación con la infancia que hacían distinción entre el menor y mayor de edad, e infería una situación peyorativa o disminuida respecto de quien se consideraba menor.

Esta doctrina absurda fue superada una vez que la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño junto con otros instrumentos internacionales, acogieron una novedosa doctrina en favor de la minoridad y la infancia, la cual es de suma importancia estudiar, toda vez que reconoce al niño su condición de sujeto de derecho y le confiere un papel principal en la construcción de su propio destino;¹⁸² es decir, con ella, se abandonaron las antiguas doctrinas de derecho civil que consideraba a los niños incapaces de asumir responsabilidad por sus acciones (como la de la situación irregular). Por ello, se constituían en objetos pasivos de la intervención proteccionista o represiva del Estado.

Ahora, la denominada doctrina de la protección integral trajo consigo el surgimiento del Derecho de los niños como una nueva rama jurídica, basada en tres pilares fundamentales: el interés superior del niño, el menor de edad como sujeto de derecho, y su vínculo a la autoridad parental; aspectos que analizaremos en el apartado referente al principio del interés superior del menor, reconocido en el instrumento internacional citado.

Para González Contró, hasta antes de la firma de la Convención aludida y su posterior ratificación por parte de los Estados latinoamericanos, el tratamiento jurídico a las personas durante la minoría de edad estuvo basado en la “doctrina de la situación irregular.” La autora considera, que esta doctrina diversifica dos grupos, el de “niños” y el de “menores”, donde el primero hacía referencia a aquellos que se encontraban protegidos

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ González Contró, Mónica. *¿Menores o niños, niñas y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Publicación electrónica, No.5, 2011, p. 42. Disponible: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3011/7.pdf>.

¹⁸² *Ibidem*, p.15.

o tutelados en su ámbito de familia y no que llegaban a ser sujetos jurídicos; y por otra parte el segundo sector, se refería a menores como infractores y descarriados ya sea por su situación de abandono o por haber cometido algún delito.¹⁸³

En contraste, de lo que la autora González Contró sostiene sobre la clara distinción de menor y niño a la luz del paradigma de la minoridad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que la doctrina de la situación irregular, no traza una distinción clara entre niños y menores, y que ambos necesitan protección y cuidado como, por ejemplo, aquéllos provenientes de familias pobres y que son colocados en instituciones de asistencia pública o en internados, y niños en conflicto con la ley penal.¹⁸⁴

Si la justificación de las posturas anteriores es el abandono de la “doctrina de la situación irregular” y el abrigo de la “doctrina de la protección integral” dicho paso no transita necesariamente por el destierro de un concepto jurídico, tampoco implica que el concepto de “niño” ha borrado del mapa al término “menor”.

Si bien, para la “doctrina de la situación irregular” “menor” representaba aquel sector de la población menor de 18 años que no tenía sus necesidades básicas cubiertas, y “niño”, a *contrario sensu*, quien sí las tenía, esto no implica que se mantiene y refleja en la actualidad, donde “niños”, “menores” y “adolescentes” son términos jurídicos que se marcan por la edad civil de 18 años.¹⁸⁵

Dentro del ámbito del DIP, se ha afirmado que se ha presentado a través de la doctrina de la protección integral una conversión del “menorismo a la protección integral”,¹⁸⁶ nos encontramos en profundo desacuerdo con esta aseveración, pues en nuestra consideración, esta frase encierra un carácter fundamentalista, restrictivo y limitado a la rama del DIP principalmente (en donde tiene origen la Convención de los Derechos del niño), toda vez que como hemos sostenido, no podemos desconocer que el término “menor” desde la dimensión de otras ramas del derecho es empleado con

¹⁸³ González Contró, Mónica. ¿Menores o niños, niñas y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Publicación electrónica, No.5, 2011, Pág. 40. Disponible: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3011/7.pdf>.

¹⁸⁴ Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Instituto de reeducación del menor*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C, No.112.

¹⁸⁵ González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia. *Marco teórico conceptual: Tráfico internacional de menores, trata de personas y sustracción internacional de menores*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 37 Publicación electrónica No. 8, 2013, p.37.

¹⁸⁶ Véase Supra nota 183.

frecuencia y con un sentido protector, por el derecho privado y público. En este sentido, el término menor cobra aplicación relevante para la protección de los derechos de este colectivo en disciplinas como el derecho penal, el derecho civil, el derecho procesal civil y el propio DIPr, donde se estudia la migración internacional, que es el tema que nos ocupa.

Nuestra postura es justamente inversa a la aseveración de la transición del *menorismo a la protección integral*, puesto que sostenemos que en efecto se ha presentado un desarrollo de los derechos de la infancia, este progreso impactó positivamente al concepto jurídico de menor como categoría *nomen iuris*, rompiendo con esquemas atávicos y dando paso al reconocimiento de derechos bien definidos a la infancia.

Hemos dejado asentado que el concepto menor, no representa un problema terminológico en el ámbito del DIPr y en otras disciplinas jurídicas. Resaltamos que instrumentos que tienen origen en el DIPr como la Declaración Extraordinaria de Managua,¹⁸⁷ de la Conferencia Regional sobre Migración, incluso recoge la situación específica de los menores migrantes irregulares sin acompañamiento, utilizando en reiteradas ocasiones el término “menor”, sin hacer una precisión o distinción entre el niño y el menor.

Estimamos que el término “menor” ha cambiado su significado jurídico, es decir, ha superado el llamado paradigma de la minoridad, esto implica que al hablar de menores hacemos alusión a un colectivo perfectamente identificado, insistimos en que se ha producido una evolución terminológica, cuya transición comenzó a partir de la aparición de la teoría de la protección integral, esta evolución terminológica ha sido bien asimilada por el DIPr, como hemos señalado en diversos instrumentos internacionales que han acogido el término con regularidad y asiduidad; en cambio en el ámbito del DIP esta transición terminológica ha sido rechazada.

¹⁸⁷ El término “menor” se emplea en diversos instrumentos internacionales nacidos en el ámbito del DIPr, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia a Menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, en la Constitución de la Organización Internacional para las Migraciones, y finalmente en la Declaración Extraordinaria de Managua, de la Conferencia Regional sobre Migración, el cual es un instrumento que aborda la cuestión específica de los menores migrantes irregulares sin acompañamiento.

Por todo ello, consideramos que el paradigma de la minoridad es un tema que ha sido sobrepasado por el DIPr, pues desde nuestra disciplina es irrelevante el análisis semántico, ya que con la creación de la doctrina de la protección integral el término “menor” incorporó las bondades de esta nueva visión sobre los derechos de la infancia. Insistimos el vocablo menor desde su dimensión jurídica no representa bajo ninguna circunstancia una acepción discriminatoria o peyorativa. Es así, que los más recientes instrumentos internacionales que han nacido en el ámbito del DIPr han acogido el término “menor” de forma recurrente.

Finalmente, García Ramírez ha señalado que estamos en presencia de un mismo fenómeno aunque utilicemos distintos términos, “diversas expresiones que corresponden a una misma realidad y atienden a un solo designio jurídico, menores, niños y adolescentes”,¹⁸⁸ es decir, representa una cuestión *nomen iuris*, como hemos referido, lo que implica una discusión de forma o construcción lingüística, que dista de ser un asunto de fondo o de contenido sustantivo, porque lo relevante en este debate no es la construcción semántica de los términos, sino una cuestión de fondo encaminada a la protección de la minoridad y los desafíos a los que nos enfrentamos ante este sector poblacional en el escenario migratorio.

2.1.3 Pertinencia del término “menor” a la luz del DIPr

Como hemos sustentado los términos “menor” y “niño” han generado a la luz del derecho internacional importantes debates que han sido caldo de cultivo para la confrontación intelectual entre especialistas de la rama del derecho referida, principalmente los debates han surgido en los planos del DIP y el DIPr, arribando a posturas contradictorias. Estos esfuerzos dialécticos, sin embargo, deberían centrarse a problemáticas urgentes en el ámbito de los derechos de la minoridad, como la identificación de los menores en contextos de vulnerabilidad como la migración y no en debates conceptuales que tienden a la circularidad.

¹⁸⁸ García Ramírez, Sergio. *Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal, Criterios de la jurisdicción Interamericana y reforma constitucional*, Derechos Humanos de las niñas, niños y adolescentes, México-Union europea, programa de cooperación sobre Derechos Humanos, 2010. pp. 51 y 52.

González Martín y Rodríguez Jiménez sostienen que uno de los elementos a tomar en cuenta para dilucidar el concepto de menor, es la disciplina jurídica desde donde se estudia, ya que, dependiendo de la misma, la respuesta puede resultar diametralmente opuesta.¹⁸⁹

El término “menor” bajo la óptica del DIPr es un concepto jurídico que no está constreñido a un debate termológico y que cada vez más es incorporado a la diversidad de tratados aplicables a la minoridad, incluyendo a los menores migrantes irregulares.

En virtud de que el presente análisis se hace desde el DIPr, el cual es una rama autorizada, autónoma y adecuada para proteger integra y adecuadamente a un menor en la esfera internacional.¹⁹⁰ Es por tanto, que el término que se acogerá y se utilizará para los fines perseguidos en el presente trabajo será el de “menor”.

Adicionalmente el concepto “menor” encuentra una clara delimitación, en nuestra disciplina en relación con el ámbito normativo, en los instrumentos que en su contenido lo estudian, bien de manera directa o bien por influencia o remisión a otros instrumentos convencionales.¹⁹¹

A pesar de que un sector de la doctrina ha afirmado que “el término “menor” se encuentra desfasado y obsoleto y que es un término despectivo para referirse a este sector de la población, estimamos que deben ser respetados los títulos que en los diversos foros de codificación de la Haya se han otorgado en el seno del DIPr”.¹⁹² En otras palabras, no se deben despreciar *a priori* los instrumentos internacionales del DIPr que utilizan el término menor. El que no sea utilizado con frecuencia en el ámbito del DIP no implica categóricamente que sea negativo o peyorativo, o incluso discriminatorio, como hemos expuesto.

¹⁸⁹ González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia. *¿Menor o niños, niñas y adolescentes? Un tópico a discutir*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Publicación electrónica, No.5, 2011, p. 55, Disponible: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3011/9.pdf>.

¹⁹⁰ González Martín, Nuria, *Los menores de edad migrantes no acompañados y sus exigencias jurídicas. Un diálogo entre España y México*, en coautoría con Vestri, Gabriele, Sevilla, España, Edit. Centro Euro-Árabe de Estudios Jurídicos Avanzados- Universidad Pablo de Olavide-Diputación de Sevilla, 2012. p. 160.

¹⁹¹ González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia. *¿Menor o niños, niñas y adolescentes? Un tópico a discutir*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Publicación electrónica, No.5, 2011, p. 55, Disponible: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3011/9.pdf>.

¹⁹² *Ibidem*.

2.1.4 Consideraciones sobre el término menor a la luz del DIPr en el ámbito migratorio

Hemos señalado que los conceptos menor y niño han evolucionado con la teoría de la protección integral y han adquirido una connotación de defensa de los menores y de la construcción de la minoridad como sujetos de derecho y no objetos del mismo, particularmente el término “menor” bajo la óptica del DIPr es un concepto jurídico que no está constreñido a un debate termológico y que cada vez más es incorporado a la diversidad de tratados aplicables a la minoridad, incluyendo a los menores migrantes irregulares.

Sentado lo anterior, es importante establecer en relación al tema que nos ocupa, ¿cómo ha sido definido el colectivo de menores migrantes irregulares? Primeramente, daremos tratamiento al aspecto de la irregularidad. Se prefiere usar el término “irregulares” debido a que es neutral y no estigmatiza o criminaliza y, además, porque es usado en la Convención de Naciones Unidas sobre Trabajadores Migratorios de 1990¹⁹³ y por las organizaciones internacionales que trabajan en temas migratorios, *inter alia* la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) de 2006 que definió como “migrantes irregulares” a las personas que “habiendo ingresado ilegalmente o tras el vencimiento de su visado, dejan de tener status legal en el país receptor o de tránsito. El término se aplica a los migrantes que infringen las normas de admisión del país o cualquier otra persona no autorizada a permanecer en el país receptor (también llamado clandestino/ ilegal/migrante indocumentado o migrante en situación irregular).¹⁹⁴

Desde 1999, en el Simposio Internacional sobre Migración celebrado en Bangkok, se recomendó el uso del término “irregular” para abarcar el hecho de que “las irregularidades en la migración pueden surgir en varios puntos —salida, tránsito, entrada y regreso— y pueden ser cometidas en contra del migrante o por el migrante”.¹⁹⁵

¹⁹³ Según el artículo 5o., inciso b), de la *Convención de Naciones Unidas sobre Trabajadores Migratorios de 1990*, serán trabajadores migratorios en situación irregular aquellos que no han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte.

¹⁹⁴ Organización Internacional para las Migraciones (OIM), *Glosario sobre Migración*, Ginebra, OIM, 2006, p. 43.

¹⁹⁵ United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Statistics Division, *Recommendations on Statistics of International Migration*, Revision 1, Statistical Papers Series M, núm. 58, Rev. 1.

Ahora bien, en el ámbito del DIPr, “por menores inmigrantes irregulares o extranjeros no acompañados (MINA o MENA son los acrónimos con los que a menudo se les alude) entendemos a los menores de 18 años de edad que se encuentran fuera de su país de origen que están separados de ambos padres o de que por ley o costumbre los tenga a su cargo. Se trata, por tanto, de menores extranjeros que no están acompañados por ninguna persona responsable de su guardia o custodia”.¹⁹⁶

La figura “no acompañado”, se define como: La niña o niño que está separado de ambos progenitores y otros parientes y no está al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad.¹⁹⁷

Por otra parte, no debemos confundir el “menor no acompañado” respecto de un “menor separado”, que representa una situación jurídica distinta, ubicándose en esta toda niña o niño separado o distanciado de ambos progenitores o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes.¹⁹⁸ Por tanto, entendemos que puede encontrarse acompañado por otros miembros adultos de la familia.

Derivado de lo anterior debemos precisar que los menores migrantes irregulares no acompañados tienen una triple condición: la de extranjeros en situación irregular, normalmente indocumentados, la de menores de edad y finalmente su situación sin “acompañamiento”. Si de por sí los menores representan uno de los colectivos más vulnerables de la sociedad, su condición de extranjeros en situación irregular y al estar no acompañados, empeora todavía más su situación. Además, desde el punto de vista jurídico, esta triple condición comporta la aplicación de normativas diferentes: la de extranjería y la de protección de la infancia, que complejiza la protección de este sector de la población migrante.

¹⁹⁶ Estudios sobre inmigración, Selección de textos de los Simposios Internacionales 2007-2010, FUNCIVA-COLEF, España, 2011. p. 143.

¹⁹⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6: *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, UN Doc. CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005, Párr. 7.

¹⁹⁸ *Ibidem*. Párr. 8.

2.2 Circunscripción de la figura de los menores migrantes irregulares no acompañados al DIPr

Podemos aseverar que la idea de que la figura de los menores migrantes irregulares sin acompañamiento se encuentra circunscrita al DIPr dentro del ámbito del Derecho de extranjería, es axiomática; como la afirmación de que el DIPr analiza aspectos que conllevan un elemento de internacionalidad o extranjería vinculado al sujeto privado.

La anterior deducción se desprende del uso de herramientas argumentativas de la ciencia jurídica denominado método de subsunción en Derecho al que hace referencia Alexy,¹⁹⁹ que consiste en un método que hace uso de un silogismo de subsunción.²⁰⁰

Este proceso racional, a través de la herramienta del silogismo de subsunción, está dirigido a determinar la norma o figura jurídica aplicable a un hecho, es un razonamiento deductivo, que implica en términos llanos encasillar de manera lógica una situación particular o específica dentro de una abstracta, (como lo es la Ley o incluso un concepto *lato sensu*, como en el caso que nos ocupa la figura de la “migración irregular” a un contexto concreto).

Ahora bien, si realizamos este mismo proceso racional de subsunción jurídica, utilizando la figura de la “minoridad migrante irregular no acompañada” (premisa menor) esta se encuadraría correctamente a la figura de la “migración irregular” *lato sensu* que se encuentra circunscrita al DIPr (premisa mayor), el encuadramiento se presenta, toda vez que los menores migrantes irregulares se encuentran subsumidos al tema de la migración con un punto o aspecto de extranjería, esta operación racional en términos de la argumentación jurídica parecería una obviedad; no obstante al lograr la incorporación de estas dos figuras (migración irregular y menores migrantes irregulares) pertenecen a nuestra línea de investigación, toda vez que como hemos establecido con antelación, la migración irregular es un tema que forma parte del objeto de estudio del DIPr.

¹⁹⁹ Cfr. Alexy, Robert. *A theory of legal argumentation*, Oxford, 1959. p 27.

²⁰⁰ El silogismo, en general es un razonamiento que consta de dos premisas y una conclusión. En el caso del silogismo de subsunción: La premisa mayor sería la norma o concepto jurídico. La premisa menor sería el hecho concreto o contexto de la aplicación de la figura jurídica y finalmente la conclusión sería la subsunción. Se trata, por lo tanto, de un razonamiento de naturaleza deductiva puesto que la conclusión se sigue necesariamente de las premisas. Se diferencia de los razonamientos inductivos en que en éstos la conclusión sólo se sigue probablemente de las premisas, pero no necesariamente. Cfr. Alexy, Robert. *A theory of legal argumentation*, Oxford, 1959. pp. 27 y 28.

Como se ha sostenido, el Derecho de extranjería es una subespecie del DIPr que se ocupa de regular las normas relativas al ingreso y permanencia de extranjeros en un Estado. En ese sentido, se debe atender a la delimitación y observancia de los derechos y obligaciones de aquel que no es nacional, a esto se le conoce como condición jurídica del extranjero, albergando todas las hipótesis derivadas de la migración internacional, incluyendo la migración irregular y a la minoridad migrante irregular.

Es por lo anterior que, al construir un puente entre la migración irregular y el DIPr, la minoridad migrante irregular no acompañada al ser una figura que se encuentra subsumida a la migración irregular, se circunscribe al *iusprivatismo*.

Sustentamos con antelación, que autores en distintos puntos cardinales,²⁰¹ consideran que el tópico más relevante de la migración como un fenómeno internacional bajo la óptica del DIPr es el de la protección de los menores migrantes sin acompañamiento.²⁰² Esto significa que la literatura jurídica que se ocupa del estudio del DIPr ha esbozado la relevancia del tema de la minoridad migrante irregular dentro de su objeto de estudio, y no solo eso, sino que además es considerado como el aspecto más importante de la figura de la migración internacional, lo que convalida nuestra operación racional del silogismo de subsunción realizada en los párrafos precedentes.

Si bien es cierto, reconocemos que este es un tema que ha sido poco explorado desde el ámbito de la doctrina, sin embargo, resulta bajo los razonamientos planteados viable, aceptada y autorizada por reconocidos autores del seno del *iusprivatismo* internacional, la circunscripción de la figura de la minoridad migrante irregular sin acompañamiento dentro del contenido de estudio del DIPr.

2.3 Los menores migrantes no acompañados vulnerabilidad y discriminación

Todos los migrantes se enfrentan a los riesgos crecientes de pobreza y exclusión social, pero estos riesgos están exacerbados para quienes no tienen un permiso de residencia regular. Entre estos migrantes, los menores, tanto aquéllos que migraron solos como los que están acompañados por sus padres o tutores, ocupan una posición

²⁰¹ Véase Van Loon Hans en Holanda, Muir Watt Horatia en Francia y Fernández Arroyo Diego en Argentina.

²⁰² Muir Watt, Horatia y Fernández Arroyo, Diego P., *Private international law and global governance*, Oxford, 2015, p. 315.

particularmente vulnerable en cuanto a su capacidad de tener acceso a derechos y protección.²⁰³

La vulnerabilidad representa un estado de debilidad, la ruptura de un equilibrio precario que arrastra al individuo (en este caso al menor) o al grupo a una espiral de efectos negativos acumulativos. Uno de sus rasgos distintivos es la incapacidad de actuar o de reaccionar a corto plazo. La noción de vulnerabilidad no se limita a la falta de satisfacción de las necesidades materiales, también incluye las conductas discriminatorias.²⁰⁴

La irregularidad convierte al migrante en “vulnerable entre los vulnerables” porque experimentan con frecuencia riesgos sociales tales como pobreza y discriminación.²⁰⁵ Particularmente los menores migrantes irregulares, son considerados como uno de los grupos humanos más indefenso. Son triplemente vulnerables: como niños, como migrantes y como personas en situación irregular.²⁰⁶ Máxime si estos menores realizan el trayecto migratorio sin acompañamiento, adquieren un cuarto elemento que incide en su vulnerabilidad o desventaja, el estar no acompañados.

Estos menores, constituyen un colectivo grande y diverso que incluye a: a) niños que llegan al país de destino para reunirse con sus familias pero que no se inscriben en los esquemas oficiales de reunificación familiar o no consiguen documentación válida a través de estos programas; b) niños que entran de forma irregular con uno o varios parientes o no acompañados; c) niños que han escapado de sus familias y se encuentran solos; d) niños nacidos en el Estado receptor, pero cuyos padres o tutores son irregulares; e) niños con estatus regular pero que viven con padres o tutores en situación irregular; f) niños sin permiso de residencia o con visados caducados, y g) niños que forman parte de familias cuyas solicitudes de asilo han sido rechazadas.²⁰⁷

²⁰³ Ortega Velázquez, Elisa. *Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVIII, núm. 142, enero-abril de 2015, p. 186.

²⁰⁴ Cfr. Forester, Jacques. *Invertir la espiral de la vulnerabilidad*, Revista internacional de la Cruz Roja, No.124, julio-agosto 2004. pp. 328 y 329.

²⁰⁵ Martínez Pizarro, Jorge. *América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 2008. p. 269.

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ *Ibidem*. p.186.

Como ha sido señalado por la doctrina, la vulnerabilidad se encuentra estrechamente vinculada a la figura de la discriminación, incluso es considerada la discriminación una conducta que conlleva a la vulnerabilidad de un individuo o grupo.

Sentado lo anterior, en materia migratoria, el Comité sobre los Derechos del Niño ha establecido de forma explícita que el principio de no discriminación es aplicable independientemente del estatus migratorio: El principio de no discriminación, en todas sus manifestaciones, se aplica a todos los aspectos del trato de los menores separados y no acompañados. En particular, prohíbe toda discriminación basada en la situación de no acompañado o separado del menor o en su condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante. Este principio no excluye —e incluso puede exigir— la diferenciación fundada en la diversidad de necesidades de protección, como las asociadas a la edad o al género. Deben tomarse también disposiciones en previsión de hipótesis de prejuicios o de actitudes de rechazo social de los menores no acompañados o separados. A propósito de los menores no acompañados o separados, las medidas de policía o de otro carácter con referencia al orden público sólo son admisibles si se ajustan a la ley, suponen una apreciación individual y no colectiva, respetan el principio de proporcionalidad y representan la opción menos intrusiva. A fin de no infringir el mandato de no discriminación, las medidas descritas nunca podrán ser aplicadas a un grupo o sobre una base colectiva.²⁰⁸

Por lo que ningún menor deberá ser discriminado en razón de su estatus migratorio, “el disfrute de los derechos estipulados en la Convención sobre los Derechos del Niño no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores -sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes- con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración.”²⁰⁹

Por otra parte en relación a la vulnerabilidad y género en materia migratoria, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los

²⁰⁸ Comité sobre los Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Observación General núm. 6, U.N. Doc. CRC/GC/2005/6, 2005, Párr. 18.

²⁰⁹ *Ibidem*. Párr. 12.

Refugiados (ACNUR) ha señalado en su informe 2015 que es de explorado conocimiento que las mujeres y las niñas son las que enfrentan mayores obstáculos para el ejercicio de sus derechos y que padecen una mayor vulnerabilidad que los varones durante los desplazamientos, y esta vulnerabilidad se agrava cuando los desplazamientos son derivados de conflictos armados internos.²¹⁰

Por lo que hace a los mecanismos de protección de la minoridad migrante en el ámbito internacional respecto a esta latente vulnerabilidad, el Relator Especial de la ONU para los Derechos de los Migrantes, considera que se deberían incluir opciones expresamente adecuadas para los niños migrantes (acompañados o no), por ejemplo: el alojamiento en centros de protección social, no cerrados; el albergue de niños no acompañados en instituciones de atención social cuya finalidad sea su protección integral y la garantía de sus derechos fundamentales; la exigencia de una caución juratoria (compromiso jurado ante la autoridad competente); la fijación de medidas para asegurar la presencia de las personas migrantes (los niños y, en su caso, sus padres) en las diferentes etapas de los procesos (administrativos y judiciales) ligados a su ingreso y/o residencia en el país, como podría ser la presentación periódica en determinada institución pública; el nombramiento de un garante; etcétera.²¹¹

En esta línea, la Corte Interamericana ha recalcado reiteradamente la existencia de un “muy comprensivo *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños”, que debe ser utilizado como fuente de derecho por este Tribunal para establecer “el contenido y los alcances” de las obligaciones que han asumido los Estados a través del artículo 19 de la Convención respecto a las niñas y niños, en particular al precisar las “medidas de protección” a las que se hace referencia en el mencionado precepto.²¹²

²¹⁰ ACNUR, *Global Overview 2015: People internally displaced by conflict and violence, Internal Displacement Monitoring*, Centre Norwegian Refugee Council, 2015, p.65.

²¹¹ UNICEF, *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe*, Lanus, 2009, p.24 y 25.

²¹² *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990. Los siguientes 34 Estados Miembros de la OEA son parte de este tratado: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México,

Es ineludible que respecto a la vulnerabilidad que afrontan los menores migrantes sin acompañamiento, en el DIP se encuentran perfectamente delimitadas las aristas de esta situación de desventaja que adolece este colectivo, incluyendo el principio de no discriminación, por lo que en el ámbito del derecho domestico mexicano el DIPr deberá auxiliarse de estas herramientas jurídicas contenidas en los instrumentos internacionales referidos y en la jurisprudencia internacional para efecto de ser aplicadas en el ámbito interno de manera armónica, en aras de procurar la protección de estos menores y evitar que sus derechos humanos sean conculcados.

2.4 Análisis del sistema de casos de la CNDH sobre la minoridad migrante irregular no acompañada

La Comisión Nacional de Derechos Humanos en México (CNDH) ha puesto especial énfasis en la situación de vulnerabilidad y discriminación de los menores migrantes sin acompañamiento en casos como los contenidos en las Recomendaciones 18/2010, 77/2012, 31/2013, 17/2014 y el último y más alarmante el 22/2015.

Consideramos relevante entrar al estudio de algunos casos de menores migrantes centroamericanos no acompañados para aterrizar el aparato teórico a la realidad social mexicana e identificar los desafíos de las instituciones, las autoridades y del ámbito normativo nacional de cara a este colectivo migrante.

En este sentido, la Recomendación 18/2010²¹³ se refiere al caso de una adolescente de 17 años de edad que fue asegurada en la estación migratoria de Tenosique, Tabasco, con un embarazo de 36 semanas. La menor declaró ser mayor de edad y originaria de Guatemala, sin embargo, al ampliar su declaración dijo ser hondureña y tener 17 años. Las autoridades resolvieron la salida definitiva de la víctima de la estación, concediéndole un plazo de 30 días para dejar el país. Fue trasladada a un albergue para migrantes hombres, mismo que abandonó, sin que se tuviera conocimiento de su paradero.

Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

²¹³ Vid. Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), recomendación 18/2010 *El caso de la menor "V" de nacionalidad hondureña*. México, D. F., 28 de abril de 2010.

La CNDH destacó en la Recomendación mencionada que se trataba de una menor migrante irregular no acompañada en situación de vulnerabilidad múltiple. Adicionalmente subrayó que las autoridades no contemplaron el interés superior que como menor debió primar, frente a su estatus migratorio.

La queja se presentó en contra de autoridades del Instituto Nacional de Migración (INM), toda vez que el instituto no cumplió con su labor de asignar un representante legal o tutor lo antes posible, en este caso tratándose de una menor no acompañada que requería protección especial. De lo anterior se advierte que personal del INM resolvió la situación migratoria de la menor, como si se tratara de persona adulta, al grado de permitirle tomar decisiones propias, sin la presencia de un tutor o representante legal, lo que incluso la llevó a declarar que en todo momento se habían protegido sus derechos humanos y que eximía de toda responsabilidad jurídica, penal, administrativa y civil, a todo el personal de Instituto Nacional de Migración en la Delegación de Tenosique.

La CNDH recomendó en relación a este asunto en otros puntos “que se instruya a las autoridades correspondientes para que se realice una auditoría a los procedimientos administrativos migratorios vigentes para la determinación de la situación migratoria de menores extranjeros que viajen solos y se asuman las medidas correctivas para evitar violaciones a los derechos humanos de los menores, como ocurrió en el caso”.²¹⁴

Asimismo, la Recomendación 77/2012²¹⁵ identificada como el caso del niño de nacionalidad hondureña de 17 años de edad al que se le negó refugio, donde un adolescente migrante irregular no acompañado que arribó a la estación migratoria de Puebla, solicitó ante la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados en adelante (COMAR) el reconocimiento de la condición de refugiado, encontrándose alojado en una estación migratoria. Durante el procedimiento la autoridad no lo visitó, se limitó a realizar la entrevista vía telefónica, además se abstuvo de buscar a familiares en su país de origen. Finalmente, le negó el reconocimiento de la condición a pesar de que el menor declaró que se encontraba en peligro su vida.

La CNDH consideró que no se valoró el interés superior de la niñez de conformidad con los altos estándares del Derecho internacional de los derechos humanos,

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ Véase Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), recomendación 77/2012 *El caso del niño de nacionalidad hondureña al que se le negó refugio*. México, D. F., 30 de noviembre de 2012.

adicionalmente el organismo recomendó “la implementación de mecanismos para asegurar que, en el caso de que una niña, niño o adolescente no acompañado solicite refugio, mientras se encuentra alojado en una estación migratoria, servidores públicos de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados acudan a esos recintos con la finalidad de valorar la situación de vulnerabilidad que pueda presentar y determinar la asistencia institucional que requiera; asimismo, se le efectúe una entrevista de manera personal tomando en consideración sus condiciones de especial vulnerabilidad”.²¹⁶

Por otra parte, la recomendación 31/2013²¹⁷ conocida como el caso de la omisión de cuidado de los menores de edad V1 y V2, de nacionalidad salvadoreña evadidos del albergue, en el que una Niña de nacionalidad salvadoreña con la condición de refugiada, se comunicó con la CNDH para denunciar que ella y su hermano se encontraban en malas condiciones en el albergue en el que estaban alojados. Posteriormente, la autoridad informó que los niños se escaparon y desconocían su paradero.

La CNDH señaló: “que el incumplimiento de las obligaciones referidas tuvo como resultado la salida de los menores de edad, y que, por tanto, se les expusiera a un alto riesgo, toda vez que se trata de niños no acompañados, sin documentos que acrediten su calidad migratoria debido a que éstos no les pudieron ser entregados por el personal del albergue, ... así estas acciones y omisiones transgreden los derechos de los migrantes y de sus familiares, especialmente los de las niñas, niños y adolescentes no acompañados, previstos en los artículos 1, párrafos primero, segundo, tercero y quinto, 4, párrafo octavo, 14, párrafo segundo y 16, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

La CNDH recomendó que “se diseñen y difundan los procedimientos necesarios en los que se establezca, de manera específica, las acciones a realizar cuando la persona a quien se le reconoce la calidad de refugiado sea menor de edad, en los que se incluyan las obligaciones de designarles un tutor, brindarles orientación y darles acompañamiento y asesoría, a efecto de evitar que se repitan situaciones como las que se señalan en este documento”.²¹⁸

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ Véase Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), recomendación 31/2013 *El caso de la omisión de cuidado de los menores de edad V1 y V2, de nacionalidad salvadoreña evadidos del albergue*. México, D. F., 22 de agosto de 2013.

²¹⁸ *Ibidem*.

Asimismo, la Recomendación 17/2014²¹⁹ referente al caso de agresión sexual y violación a los derechos humanos a la legalidad y seguridad jurídica, integridad, trato digno y libertad personal de V1 niña migrante de nacionalidad hondureña. Los hechos narran que la adolescente se encontraba en la estación migratoria de San Luis Potosí, lugar en el que el delegado del INM se presentó con aliento alcohólico y la tocó de forma inadecuada, además de que la trató de besar.

Es importante precisar que esta menor se encontraba en contexto de migración irregular no acompañada. Adicionalmente las autoridades involucradas se abstuvieron de valorar el interés superior de la menor, pues permaneció en ese recinto más de un mes, sin ser canalizada al Sistema Desarrollo Integral de la Familia, ni se encontró asistida por un Oficial de Protección de la Infancia OPI. Los servidores públicos omitieron denunciar los hechos a la autoridad ministerial.

La CNDH tuvo a bien recomendar: “que se instruya, a quien corresponda, a efecto de que los servidores públicos del Instituto Nacional de Migración reciban capacitación en materia de Derechos Humanos y protección a niños, niñas y adolescentes, enfatizando los temas relativos a la debida observancia de los derechos de las personas menores de edad extranjeras que viajan solas, a fin de evitar que en lo futuro se incurra en omisiones o irregularidades como las que fueron evidenciadas en este documento, enviando a esta comisión nacional las constancias con que se acredite su cumplimiento, así como los indicadores de gestión o de evaluación que se apliquen, en los cuales se señale el impacto efectivo de la capacitación”.²²⁰

Finalmente la recomendación 22/2015,²²¹ la más alarmante, en la que el organismo mencionado el 10 de marzo de 2014 tuvo conocimiento que una niña migrante de origen ecuatoriano fue encontrada sin vida en un baño del albergue donde fue asignada por parte del DIF del Estado de Chihuahua.²²² El caso involucraba a una niña migrante no acompañada. La CNDH interpretó que la niña se encontraba en una situación

²¹⁹ Véase Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), recomendación 17/2014 *El caso de agresión sexual y violación a los derechos humanos a la legalidad y seguridad jurídica, integridad, trato digno y libertad personal de V1 niña migrante de nacionalidad hondureña*, México, D. F., 29 de abril de 2014.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ Véase Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), recomendación 22/2015. México, D. F., 27 de julio de 2015.

²²² *Ibidem*. Párr. 56

“vulnerabilidad múltiple” no sólo por su sexo y edad, sino por ser una “persona en situación de migración y jurídicamente sin compañía de un adulto.”²²³

El organismo mexicano también reconoció en que la problemática de los niños migrantes no acompañados no se debe limitar a la posible detención y devolución de estos al país de origen.²²⁴ Para la Comisión, estas acciones tienen un efecto placebo frente a las causas estructurales de la migración: aquéllas en las que el estado debe enfocarse puntualmente.²²⁵ Al respecto, la Comisión concluyó que no existían protocolos ni capacitaciones específicas tendientes a fortalecer, por ejemplo, la prevención y la protección de los menores en los centros de alojamiento a personas.²²⁶ Para la CNDH, el fallecimiento de la niña evidenció la debilidad de la coordinación entre Federación y Estados y de la cadena de protección de los menores migrantes.

En nuestra consideración, las recomendaciones de la CNDH identifican acertadamente el problema fundamental del régimen de derecho migratorio de menores: la no aplicación de los principios y ordenamientos jurídicos, tanto internacionales como nacionales.

Las Naciones Unidas ya han identificado la ineffectividad del derecho formal como problema en esta área. Según este organismo internacional, “[l]a Ley de Protección del año 2000 constituyó en su momento un avance, pero ya desde su emisión se anticipaba la carencia de mecanismos para asegurar la efectividad de sus disposiciones y la adecuada coordinación entre diferentes sectores y niveles de gobierno responsables de garantizar los derechos de la infancia y la adolescencia.”²²⁷

Igualmente, el Comité de los Derechos del Niño manifestó que la estructura federal del Estado complejiza la aplicación de las leyes en materia de menores migrantes. Según el Comité, para asegurar la aplicación efectiva de las normas legales en la materia, es necesario no solo armonizar las leyes federales y estatales con las normas internacionales

²²³ *Ídem.*

²²⁴ *Ibidem.* Párr. 45.

²²⁵ *Ídem.*

²²⁶ *Ibidem.* Párr. 85

²²⁷ Morlachetti, Alejandro. *Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe*, CEPAL-UNICEF. División de Desarrollo Social. p. 31.

pertinentes, sino también adoptar los procedimientos administrativos encaminados a la implementación de toda esta normatividad.²²⁸

Lo anterior implica que la adopción de leyes en materia de menores migrantes resulta estéril sin la correcta formación de un aparato administrativo que permita aplicarlas. Así como de la formación de autoridades debidamente capacitadas y conocedoras de los ordenamientos aplicables y de los estándares mínimos de derechos humanos.

Por ello, en nuestra consideración, a partir del presente estudio de casos de la CNDH, identificamos que es necesario afrontar el fenómeno de los menores migrantes no acompañados a partir de dos dimensiones: por una parte lo referente a la legalidad y pertinencia de los actos y omisiones de las autoridades involucradas en el tema, y por otro lado, la efectividad de las leyes y normatividad aplicable en el derecho doméstico mexicano en torno al impacto positivo que estos ordenamientos generen en aras de la protección de los derechos humanos de los menores migrantes extranjeros no acompañados que se encuentran en el territorio nacional, independientemente de su estatus migratorio.

²²⁸ Organización de las Naciones Unidas (ONU), Comité de los Derechos del Niño 2006, México. Párr. 7.

2.5 Breve revisión de los instrumentos jurídicos aplicables en México en materia de minoridad migrante irregular

En virtud de que este tema será abordado en el tercer y cuarto capítulo de la presente tesis, realizaremos una breve mención de los instrumentos internacionales y nacionales aplicables y de la relevancia de realizar una clasificación óptima a la luz del DIPr.

Hemos señalado que, desde la óptica jurídica particularmente la rama del DIPr que establece el régimen de protección legal de los menores migrantes sin acompañamiento en México, existen dos planos normativos de aplicación: el primero relativo a su condición de menores, el segundo en cuanto a su situación de migrantes irregulares y a la vulnerabilidad exacerbada que enfrentan al ser menores extranjeros sin acompañamiento.

En cuanto al ámbito de la minoridad, al margen de su nacionalidad, son titulares de derechos que no pueden conculcarse por la legislación mexicana, resultan aplicables *inter alia*: los tratados internacionales en materia de menores ratificados por México, en especial la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989, la enmienda al párrafo segundo del artículo 43 de la Convención de los Derechos del niño,²²⁹ Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados,²³⁰ y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la venta de Niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía.²³¹ También son aplicables otros instrumentos en el ámbito de la minoridad que como hemos sostenido tienen un enfoque proteccionista en casos de sustracción de menores, obligaciones alimentarias, adopción internacional entre otros, cuyo enfoque se circunscribe al DIPr.

Ahora bien, en relación a la normatividad internacional aplicable a este colectivo, en virtud de su condición de migrantes irregulares, podemos citar a la Conferencia de las

²²⁹ Diario Oficial de la Federación (DOF) 01 de junio de 1998, se publica el decreto por el que se realiza la enmienda al párrafo segundo del artículo 43 de la Convención de los Derechos del niño, que hace referencia a las funciones del Comité de los Derechos del niño.

²³⁰ Diario Oficial de la Federación (DOF) 03 de junio de 2002, se publica el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados.

²³¹ Diario Oficial de la Federación (DOF) 22 de abril de 2002, se publica el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la venta de Niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía.

Naciones Unidas sobre el estatuto de los Apátridas,²³² la Convención sobre Condiciones de los Extranjeros,²³³ Constitución de la Organización Internacional para las Migraciones,²³⁴ y finalmente un instrumento que aborda la cuestión específica de los menores migrantes irregulares sin acompañamiento es la Declaración Extraordinaria de Managua, de la Conferencia Regional sobre Migración.²³⁵ Si bien es cierto la Declaración Extraordinaria de Managua no constituye un tratado internacional que tenga rango constitucional en México, si corresponde a un acuerdo que reconoce un reto humanitario que supone y asume el incremento del flujo de menores migrantes no acompañados y que adopta el desafío de desarrollar respuestas integrales orientadas a la prevención de la migración y a la protección de los derechos de los menores migrantes; la Declaración de Managua, establece once acuerdos torales en la búsqueda de la protección de este sector de la protección migrantes, acuerdos que se analizarán en el apartado normativo y subsecuente capítulo de la presente.

En cuanto al derecho doméstico mexicano desde el ámbito del DIPr encuentran aplicación, y la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes,²³⁶ asimismo, la Ley de Migración,²³⁷ no obstante, es preciso reiterar que la situación jurídica de los menores migrantes no acompañados no está perfectamente desglosada en la Ley de Migración. Sólo los artículos 3, fracción XVII, y 112 mencionan a los menores en situación de migración, lo cual resulta insuficiente para afrontar la compleja realidad de los menores migrantes no acompañados, asimismo son aplicables la Ley sobre Refugiados Protección complementaria y Asilo Político.²³⁸

²³² Diario Oficial de la Federación (DOF) 25 de agosto de 2000, se publica la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el estatuto de los Apátridas.

²³³ Diario Oficial de la Federación (DOF) 20 de agosto de 1931, se publica la Convención sobre Condiciones de los Extranjeros.

²³⁴ Diario Oficial de la Federación (DOF) 09 de agosto de 2002, se publica Constitución de la Organización Internacional para las Migraciones.

²³⁵ Firmada por México en el marco de la Conferencia Regional sobre Migración en junio de 2014.

²³⁶ Diario Oficial de la Federación (DOF) 22 de mayo de 2011, se publica la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

²³⁷ Diario Oficial de la Federación (DOF) 25 de mayo de 2011, se publica el Decreto por el que se expide la Ley de Migración y se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Población, del Código Penal Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de la Ley de la Policía Federal, de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, de la Ley de Inversión Extranjera, y de la Ley General de Turismo.

²³⁸ Diario Oficial de la Federación (DOF) 27 de enero de 2011, se publica la Ley sobre Refugiados Protección complementaria y Asilo Político.

Adicionalmente, en el ámbito de la Administración Pública Federal, se publicó el Protocolo de Atención para Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes no Acompañados o Separados que se Encuentren Albergados.²³⁹ Este protocolo es implementado por el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) y los organismos de la sociedad civil. Además, fue creado el Protocolo de Actuación para Asegurar el Respeto a los Principios y la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en Procedimientos Administrativos Migratorios.²⁴⁰ se requiere una profunda adecuación de las disposiciones relacionadas con la salida de mexicanos hacia el exterior y el internamiento, tránsito y residencia de extranjeros en el país.²⁴¹ Un marco jurídico que señale claramente la responsabilidad de los tres órdenes de gobierno respecto a los derechos y garantías de los migrantes, y orientado a fortalecer la cooperación con los países de origen y destino es fundamental para la protección de la condición jurídica de los migrantes.

Si bien es cierto, estas transformaciones jurídicas en el derecho doméstico mexicano, se basan en una clara comprensión de la importancia de las migraciones para las personas, las familias y las comunidades de origen y destino, y buscan construir un régimen migratorio ordenado. Gran parte de estas reformas normativas encontraron inspiración en pronunciamientos de altas cortes internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de la Opinión Consultiva Numero 18 solicitada por el Estado Mexicano en el año 2003.²⁴²

A pesar del significativo avance presentado con la Ley de migración y los demás instrumentos aludidos, actualmente, existe en el ámbito federal una gran dispersión normativa que incide sobre las migraciones, que en efecto se presentan más bien como fenómenos focalizados en regiones, tal es el caso de Baja California.

Resulta prioritaria la conclusión de la codificación de los compromisos internacionales suscritos por el país, es en este punto donde adquiere relevancia el DIPr

²³⁹ Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) *et al*, Marco jurídico del Protocolo de Atención para Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes no Acompañados o Separados que se Encuentren Albergados, Coordinadora Elva Leonor Cárdenas Miranda, México D.F., 2015, Pág.7.

²⁴⁰ Diario Oficial de la Federación (DOF) 10 de agosto de 2016, se publica el Protocolo de actuación para asegurar el respeto a los principios y la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en procedimientos administrativos migratorios.

²⁴¹ *Supra* nota 20.

²⁴² Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No. 18 *de la condición jurídica de los trabajadores migrantes indocumentados*, San José de Costa Rica, 2003.

como un instrumento que incide en la facilitación de la armonización de estos compromisos al derecho doméstico, a través de la homologación de las muy diversas leyes y reglamentos, tanto nacionales como estatales en la materia, pues hemos visto como las entidades federativas se encuentran en procesos de construcción de leyes estatales de coadyuvancia a la Ley federal de migración.

La falta de armonización de los instrumentos legales en materia migratoria en México han obstaculizado el ejercicio de derechos humanos de los migrantes, propiciando la desviación de la norma y fomentando la reproducción sistemática de violaciones a los diversos derechos de las personas migrantes particularmente del grupo más vulnerable de este colectivo, la minoridad migrante irregular sin acompañamiento.

2.6 Análisis del principio jurídico del Interés superior del menor

En el ámbito de la minoridad y su espectro de derechos, uno de los principios jurídicos más relevantes frente al tema de la migración, es sin duda el principio del interés superior del menor. Es importante precisar que los principios jurídicos “son derechos que permiten ejercer otros derechos, y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos”.²⁴³ De ahí su relevancia como fuente de derecho.

El interés superior del niño es mencionado por primera vez e identificado como un principio jurídico en la Declaración Ginebra de los Derechos del niño de Naciones Unidas en 1959, en su principio 2 que estableció que todos los niños eran merecedores a una protección especial.²⁴⁴

En 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño, regulaba este principio en su artículo 3, primer párrafo que señala lo siguiente: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

En México la referencia explícita al “interés superior de la niñez” se incorpora con la reforma al artículo 4 constitucional publicada el 12 de octubre de 2011, mediante la cual

²⁴³ Véase Escudero Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico*, Madrid, Civitas, 2004.

²⁴⁴ González Contró, Mónica. *Comentario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, El interés superior del niño en los criterios judiciales*, SCJN/UNAM-IIJ, México, 2015, pp. 151-152.

se establece que “este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez”.²⁴⁵

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sido en general, receptiva del principio del interés superior del menor, un concepto jurídico indeterminado. Nuestro más alto Tribunal ha sostenido que este principio en primer término se presenta a la hora de interpretar una norma que pueda afectar los intereses de algún menor de edad y, en segundo lugar, conlleva la obligación a cargo de las autoridades de garantizar que éste ejerza efectivamente sus derechos “por encima de cualquier circunstancia o formalidad.”²⁴⁶

La dimensión de principio protector también implica el reconocimiento de un “núcleo duro de derechos”, entendido por tal, aquellos que no admiten restricción alguna y, por tanto, constituyen un límite infranqueable que alcanza, particularmente, al legislador. Dentro de estos se ubican: el derecho a vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad (recreativas, culturales, etc.), así como a las garantías propias del derecho penal y del procesal penal.²⁴⁷ La función del interés superior del menor es constituirse en una obligación destinada para las autoridades estatales que resulta netamente vinculante, a efecto de asegurar la efectividad de los derechos subjetivos de los niños, es decir, implica una prescripción de carácter imperativo, cuyo contenido es la satisfacción de todos los derechos del menor para potencializar el paradigma de la protección integral.

Asimismo, es necesario advertir que para valorar el interés del menor, muchas veces se impone un estudio comparativo y en ocasiones beligerante entre varios intereses en conflicto, por lo que el juez tendrá que examinar las circunstancias específicas de cada caso para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego,

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 4, marzo de 2014, tomo I, p.406, de rubro Interés superior del niño.

²⁴⁷ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo 1, junio de 2012, p. 260, Interés superior del menor. Su función normativa como principio jurídico protector. Tesis Aislada.

procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor, principio consagrado en el artículo 4o. constitucional.²⁴⁸

Dado que los Estados deben garantizar que la niña o niño tenga un lugar adecuado donde alojarse, resulta pertinente tener en cuenta las referidas directrices en relación con las modalidades de acogida. En este sentido, se deben priorizar soluciones basadas en la familia o la comunidad antes que la institucionalización.²⁴⁹ Los Estados se encuentran, además, obligados a adoptar las medidas necesarias tendientes a la determinación de la identidad y composición familiar de la niña o del niño en tal situación; localizar a su familia y propender a su reunificación familiar,²⁵⁰ teniendo en cuenta su opinión e interés superior,²⁵¹ y velar por la repatriación voluntaria y segura a su país de origen. En caso de no ser posible esto último, otras soluciones duraderas debieran tenerse en cuenta.²⁵²

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que las niñas y los niños migrantes y, en particular aquellos en situación migratoria irregular, quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, requieren del Estado receptor una actuación específicamente orientada a la protección prioritaria de sus derechos, que debe ser definida según las circunstancias particulares de cada caso concreto, es decir, si se encuentran junto con su familia, separados o no acompañados, y atendiendo a su interés superior de los menores. A tal fin, los Estados, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales en la materia, deben diseñar e incorporar en su ordenamiento interno un conjunto de medidas no privativas de libertad a ser ordenadas y aplicadas mientras se desarrollan los procesos migratorios que propendan de forma prioritaria a la protección integral de los derechos de la niña o del niño,

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ Cfr. Comité Internacional de la Cruz Roja y otros, *Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niñas y Niños No Acompañados y Separados*, enero de 2004, p. 26.

²⁵⁰ Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Caso de Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga Vs. Bélgica*, No. 13178/03. Sentencia de 12 de octubre de 2006, párr. 85.

²⁵¹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6: *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Párr. 80.

²⁵² Cfr. *Ibidem*. Párr. 89 a 92.

de conformidad con las características descritas, con estricto respeto de sus derechos humanos y al principio de legalidad.²⁵³

Ahora bien, lo anterior implica que el principio del interés superior del menor debe primar respecto de cualquier circunstancia, como lo es la situación migratoria. Sin perjuicio de que corresponde a cada Estado la decisión sobre el diseño legislativo e institucional para la aplicación de sus políticas migratorias, el derecho internacional de los derechos humanos dispone una aproximación al tema considerando que su objetivo principal es la atención y cuidado que se requiere por su calidad particular de niñas y niños. Por este motivo, debería prevalecer la aplicación del sistema de protección de la infancia con sus servicios asociados por sobre las instituciones que ejercen el control migratorio.²⁵⁴

Es común que cuando se detiene a niños migrantes, especialmente si se encuentran junto a sus padres, los Estados justifiquen esta medida en su interés de controlar la migración irregular, en claro detrimento del principio de unidad familiar (es decir, el derecho a la vida familiar). Sin embargo, el interés superior del niño y la noción de protección integral de la infancia deberían conducir, antes que, a la detención de la familia, al mantenimiento de la unidad familiar sin recurrir a una medida privativa de la libertad.²⁵⁵

De ninguna manera puede entenderse que la privación de libertad es en beneficio del interés superior del niño. La detención de niños tiene un efecto perjudicial para su desarrollo emocional y su bienestar físico ya que pueden padecer, entre otras consecuencias psicofísicas, depresiones, cambios de comportamiento, desórdenes de diverso carácter, pérdida de peso, negativa a alimentarse, falta de sueño, así como problemas dermatológicos y respiratorios, entre otros.²⁵⁶

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce la protección especial que el Estado debe brindar a los niños, particularmente en materia de administración de justicia,

²⁵³ Opinión Consultiva No. 21, OC-21/14. *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de migración y/o necesidad de Protección Internacional*, de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21. párr.170.

²⁵⁴ Véase Comité de los Derechos del Niño, *Report of the 2012 Day of General Discussion: the rights of all children in the context of international migration*, 28 de septiembre de 2012, párr. 57.

²⁵⁵ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante. Misión a los Estados Unidos de América, 5 de marzo de 2008, A/HRC/7/12/Add.2, Párr. 125.

²⁵⁶ Bercow John, Dubs Lord and Evan Harris. *No place for a child campaign, Alternatives to immigration detention of families and children*. Discussion paper, for the All Party Parliamentary Groups on Children and Refugees, London, 2006, p. 9.

y reconoce como una prioridad que los conflictos en los que haya niños involucrados se resuelvan, siempre que ello sea posible, sin acudir a la vía penal; en caso de recurrir a ésta, siempre se les deben reconocer las mismas garantías de que gozan los adultos, así como aquellas específicas propias de su condición de niños.

Dicha Convención remite, asimismo, a otros instrumentos internacionales acuñados en el DIPr, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia a Menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, lo anterior pone de manifiesto la existencia de un diálogo jurídico entre el DIP y el DIPr en materia de minoridad, diálogo al que hemos hecho alusión en el primer capítulo.

Ahora bien, debemos señalar que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, considerado como dinámico y flexible, que debe ser evaluado adecuadamente en cada contexto.²⁵⁷ Esto implica que es un principio capaz de expandir el espectro de derechos de la minoridad y cuyo blindaje se estirará lo necesario para otorgar protección a los menores, independientemente de las circunstancias imperantes, como la condición de migrante irregular.

2.7 El concepto de familia y la minoridad migrante irregular no acompañada

La familia, según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.²⁵⁸ Si bien es cierto, el concepto de familia desde el ámbito jurídico ha sufrido diversas transformaciones que lo han volcado a una dimensión más incluyente en el ámbito de los derechos humanos, sin embargo para los fines de este trabajo se atenderá al concepto familia dentro del ámbito de la migración y las diferentes implicaciones para el caso concreto de los menores migrantes irregulares sin acompañamiento.

²⁵⁷ *Óp. Cit.* González Contró, Mónica. *Comentario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, El interés superior del niño en los criterios judiciales*, SCJN/UNAM-IIJ, México, 2015, p. 159.

²⁵⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948. Artículo 16.3: la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Es importante justificar que la ciencia jurídica con una larga tradición en el estudio de instituciones como el parentesco y la familia se encuentra en mejores condiciones que otras para abordar los procesos que intervienen y se ven afectados en los procesos migratorios.²⁵⁹

Ariza Marina considera en relación al tema de migración y familia en México, que existen dos grandes vertientes de la “migración familiar”, la primera hace referencia a aspectos como el género y la estructura familiar, en el ámbito estructural se aborda el fenómeno del transnacionalismo de la migración que ya hemos comentado en el primer capítulo del presente trabajo y que implica la noción de familias transnacionales o cuyos miembros se encuentran en distintas coordenadas geográficas. Por lo que hace a la segunda gran clasificación de la migración familiar y resulta sumamente relevante para nuestro estudio, la autora la denomina “emergente” y en ellas se exploran aspectos como afecto y emoción y los menores migrantes sin acompañamiento.²⁶⁰

En el ámbito de la migración de la minoridad, Ariza considera que es un fenómeno de la familia de carácter emergente en virtud de que se han identificado diversas dimensiones en materia de minoridad migrante, particularmente dos dimensiones que debemos focalizar: la primera esa relacionada con los efectos de la migración en los menores migrantes, tanto en su lugar de origen como de destino y el otro aspecto medular consiste en focalizar a los menores migrantes que viajan solos o sin acompañamiento.²⁶¹

En relación a los menores que transitan y se movilizan dentro de un proceso migratorio solos, esta representa una de las líneas de investigación más importantes que han emergido en los últimos años. Los estudios incluyen la complejidad de la minoridad migrante y su relación con la invisibilidad que adolece este colectivo. Tres aspectos que se encuentran directa o indirectamente resaltados por los autores al respecto consisten en: 1. La heterogeneidad que envuelve la situación en los diferentes contextos de la migración de acuerdo a la situación geográfica. 2. La vulnerabilidad de los menores, denominados “los vulnerables de los vulnerables”, en la medida en que se incrementa la

²⁵⁹ Martín Díaz Emma, *Procesos migratorios y ciudadanía cultural*, MERGABLUM, Sevilla, 2003. Pág.33.

²⁶⁰ Ariza, Marina. *Familias en transición y marcos conceptuales en redefinición*, Papeles de Población, vol. 7, Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, México, 2001, p. 12.

²⁶¹ Ariza, Marina. *Migration and Family in Mexican Research: A Recent Appraisal*, Migraciones internacionales, Col 7, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2014, p. 17-21.

violencia como una plaga en México y 3. La necesidad urgente de protección de sus derechos humanos.²⁶²

Sin duda, los tres aspectos anteriores han detonado una transformación en la vida y concepción de lo que representa la familia para un menor migrante irregular, máxime si se trata de un menor que realiza su tránsito sin acompañamiento.

Este nuevo entramado de figuras vinculadas a la migración ha propiciado, por diferentes vías, modificaciones tanto en la estructura como en la dinámica de las relaciones intrafamiliares de los migrantes, y en la cualidad identitaria de sus familias.²⁶³

Es innegable que migración de menores sin acompañamiento es un fenómeno creciente y cada vez más común, donde en algunos casos implica una situación orquestada por los padres u otros familiares para brindar al menor acceso a oportunidades que en su lugar de origen no tendrían, como la educación.²⁶⁴

Asimismo, las familias asumen la decisión de migrar en ocasiones con la misma familia otras individualmente, o sin margen de decisión como en el caso de los refugiados o asilados. El hecho de no ser una decisión compartida y de mutuo acuerdo puede ocasionar dificultades y reproches a lo largo de la experiencia migratoria.²⁶⁵

Según el cuaderno de investigación sobre las familias migrantes, se deben tener expectativas realistas a la hora de emprender la migración, sobre lo que se puede encontrar o lo que puede pasar, muchas veces las personas inician la experiencia migratoria con escasa información sobre el país de destino y con expectativas muy poco adaptadas a las circunstancias, es decir con imágenes e ideas poco acordes a la realidad. Pues se dejan llevar por lo que otros cuentan o por lo que circula en el imaginario social.²⁶⁶ Al respecto señalamos en el apartado de la migración de menores irregulares provenientes del Triángulo norte de Centroamérica, que una razón por la que en los últimos años se había acrecentado los índices de menores migrantes consistía en la desinformación sobre

²⁶² *Ibidem.*

²⁶³ Ariza, Marina. *Familias en transición y marcos conceptuales en redefinición*, Papeles de Población, vol. 7, Universidad Autónoma del Estado de México Toluca, México, 2001, p. 12.

²⁶⁴ Boehm Deborah A. *For My Children: Constructing Family and Navigating the State in the U.S.-Mexico Transnation* Anthropological Quarterly, Volume 81, Number 4, Published by George Washington University Institute for Ethnographic Research 2008, p.785.

²⁶⁵ Albert Julve María Eugenia *et al*, *Cuadernos de investigación Familias Migrantes reflexiones sobre los cambios*, Compromiso social Bancaja, Aragón, 2009. pp. 12-15.

²⁶⁶ *Ibidem.*

las bondades de la legislación en Estados Unidos, es decir, un sector importante de la minoridad migrante sin acompañamiento está tomando la decisión de migrar motivados en ideas irreales y que distan de obedecer a la política migratoria norteamericana.

2.7.1 El principio de unidad familiar a la luz de la migración

Hemos señalado que cuando un menor migra sin la compañía de ambos padres, parientes o un adulto que por ley o costumbre es responsable de cuidarlo,²⁶⁷ se encuentra en una clara situación de desprotección y vulnerabilidad, por lo que es apremiante la protección del Estado hacia el menor, su función protectora conlleva la aplicación de diversos principios como lo es el de la unidad familiar.²⁶⁸

El principio de unidad familiar a la luz de la migración “establece que todos los niños, las niñas y los adolescentes, tienen derecho a tener una familia, y las familias tienen derecho a cuidar de éstos; deben tener acceso a servicios destinados a reunirlos con sus padres o sus tutores legales o sus cuidadores, tan rápido como sea posible. Por otra parte, en todas las actuaciones de las instituciones que intervienen en la atención de niños, niñas y adolescentes, debe observarse que no se separe al niño de sus familiares a menos que sea necesario con el fin de asegurar su protección, es decir primando el interés superior del niño y la niña”.²⁶⁹

Este principio resulta total, tratándose del colectivo que nos ocupa, ya que su proceso migratorio ha sido estudiado como lo hemos referido como parte de una estrategia que busca la unión familiar, sin embargo, no todas las hipótesis apuntan a esta situación, en algunos casos los menores toman y asumen esta decisión de *mutuo propio*, o incluso en algunos ante la necesidad de escapar de la violencia intrafamiliar, por lo que este principio debe aplicarse a través de una revisión minuciosa de la autoridad migratoria en cada caso concreto.

²⁶⁷ Cfr. UNICEF-ACNUR, *Directrices Generales Inter-agenciales sobre niñas y niños no acompañados y separados*. World Vision international/Save the children/Comité Internacional de la Cruz Roja, 2004.

²⁶⁸ Berumen Sandoval, Salvador. *et al. Migración y familia, una mirada más humana para el estudio de la migración internacional*, Centro de estudios migratorios/unidad política, SEGOB, México, 2012, p. 57.

²⁶⁹ Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) *et al, Marco jurídico del Protocolo de Atención para Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes no Acompañados o Separados que se Encuentren Albergados*, Coordinadora Elva Leonor Cárdenas Miranda, México D.F., 2015, p.9.

Finalmente, coincidimos en la complejidad de la figura de la familia frente a los menores migrantes irregulares, donde se presentan distintos escenarios que abren nuevos debates en torno a la formación de nuevos conceptos vinculados al tema, pues en efecto este sector de la población migrante es un fenómeno de reciente génesis, ciertamente emergente y que ha representado la formación de factores que no habían sido analizados previos a su gestación, incluyendo la redimensión de la familia y la búsqueda de alternativas normativas para garantizarla en favor de estos menores como ha sido abordado.

2.7.2 El principio *non refoulement* y sus implicaciones con el principio de unidad familiar en el caso de menores migrantes irregulares no acompañados.

La Corte interamericana de Derechos Humanos ha resaltado que el principio de no devolución o *non-refoulement* constituye la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas y de las personas solicitantes de asilo.²⁷⁰

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 fue el primer instrumento internacional en codificar, en su artículo 33.1, este principio como una medida efectiva para garantizar el ejercicio del derecho a buscar y recibir asilo que bajo dicho tratado asume la modalidad específica del estatuto del refugiado y como un componente integral de la protección internacional garantizada a las personas solicitantes de asilo y refugiadas, al establecer que “ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas”.²⁷¹

“Dado el carácter declarativo de la determinación de la condición de refugiado, la protección brindada por el principio de no devolución aplica a todos los refugiados hayan o no sido reconocidos aún como tales por las autoridades con base en los requerimientos de la definición del artículo 1 de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967²⁷² o la

²⁷⁰ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, Conclusiones Generales sobre la protección internacional de los refugiados, UN Doc. 65 (XLII)-1991, publicadas el 11 de octubre de 1991.

²⁷¹ *Ibidem*.

²⁷² Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 272, 25 de noviembre de 2013, párr. 144.

legislación nacional. Este principio se encuentra destinado también a solicitantes de asilo, cuya condición todavía no ha sido determinada, y a los refugiados que no han sido aún reconocidos oficialmente como tales. Igualmente, es oponible por aquellos que quieran hacer valer su derecho a buscar y recibir asilo y se encuentren ya sea en la frontera o crucen la misma sin ser admitidos formal o legalmente en el territorio del país, pues de lo contrario se tornaría este derecho ilusorio y vacío de contenido,²⁷³ es decir, sin ningún valor o efecto. Esto necesariamente implica que esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones.²⁷⁴

En este sentido, el reconocimiento del estatuto de refugiado le permite a la persona gozar del principio de no devolución, *non-refoulement*, de acuerdo con el cual el solicitante de refugio y el refugiado no pueden ser devueltos en ningún caso al territorio del Estado en que sufren o temen sufrir persecución. Lo que no impide, sin embargo, su expulsión o devolución hacia otro Estado considerado como seguro.²⁷⁵

En el tercer capítulo, abordaremos con mayor amplitud la figura del refugio y como esta se extiende a los menores migrantes irregulares no acompañados, toda vez que “la definición de refugiado contenida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 es aplicable a cualquier persona, independientemente de su edad,”²⁷⁶ pues la Convención al hacer uso del término “persona” incluye en esta categoría a todos los colectivos.

²⁷³ *Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria*, de 27 de enero de 2011, artículos 6 y 21 y Reglamento de la ley sobre refugiados y protección complementaria, de 21 de febrero de 2012, artículo 9.

²⁷⁴ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, No-Devolución, UN Doc. 6 (XXVIII)-1977, publicado en 1977, reafirmando la importancia fundamental de la observancia del principio de no devolución, tanto en la frontera como en el territorio de un Estado, de personas que pueden ser objeto de persecución si regresan a su país de origen, independientemente de si han sido o no formalmente reconocidos como refugiados. (“(c) Reafirmó la importancia fundamental de la observancia del principio de no devolución - tanto en la frontera como dentro del territorio de un Estado - de las personas que, reconocidas o no oficialmente como refugiadas, podían ser objeto de persecución si se las devolvía a su país de origen”). La Declaración de Brasilia sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano, establece en su preámbulo lo siguiente: “Reiterando el respeto irrestricto al principio de la no devolución (*non-refoulement*), incluyendo el no rechazo en frontera y la no devolución indirecta, así como de la no sanción por ingreso ilegal, y de la no discriminación, como principios fundamentales del derecho internacional de refugiados”.

²⁷⁵ Mangas Martín, Araceli, *El derecho de asilo como institución protectora de la vida y libertad humanas, Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 506

²⁷⁶ Oficina del ACNUR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, Ginebra, 1992, p. 4-5.

Adicionalmente, “el principio de *non-refoulement* constituye, una norma consuetudinaria de Derecho Internacional y es, por ende, vinculante para todos los Estados, sean o no partes en la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967. Sin embargo, tal como ha sido codificado, dicho principio no es absoluto en tanto permite excepciones.”²⁷⁷ En efecto, el mismo artículo 33 de la Convención de 1951 especifica los supuestos que permiten a un Estado no brindar la protección de la no devolución, aun cuando la persona cumpla con la definición de refugiado. Sin embargo, éstas deben ser interpretadas en forma taxativa y restrictiva, así como en relación con las obligaciones derivadas de derechos inderogables, como la prohibición de la tortura.²⁷⁸

Asimismo, en el caso *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos realizó la interpretación de este principio de la siguiente manera: “es posible considerar que en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre”. La protección del principio de no devolución establecido en la disposición bajo análisis de la Convención Americana sobre Derechos Humanos alcanza, en consecuencia, a toda persona extranjera y no sólo a una categoría específica dentro de los extranjeros, como sería los solicitantes de asilo y refugiados. A esta conclusión se llega a partir de una interpretación literal de los términos del artículo.”²⁷⁹

Siguiendo la interpretación de la propia Corte Interamericana, es claro que está prohibido devolver a un menor migrante irregular no acompañado cuando su vida, seguridad o su libertad estén en peligro a causa de persecución o amenaza de la misma, en virtud de violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde pueda ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o

²⁷⁷ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), UNHCR *Note on the Principle of Non-Refoulement* [Nota del ACNUR sobre el principio de no devolución], noviembre de 1997, sección F.

²⁷⁸ Supra nota 305.

²⁷⁹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 272, 25 de noviembre de 2013, párr.135.

degradantes a pesar de que el menor no se encuentre bajo la categoría de refugiado o asilado.

Respecto al riesgo a los derechos a la vida o libertad de la persona extranjera, en este caso menores extranjeros, es pertinente precisar que el tratado internacional en comento señala que este riesgo debe ser real, es decir, ser una consecuencia previsible. En este sentido, el Estado debe realizar un examen individualizado a fin de verificar y evaluar las circunstancias aducidas por la persona que revelen que pueda sufrir un menoscabo en su vida o libertad en el país al cual se pretende devolverla, es decir, a su país de origen o que siendo retornada a un tercer país, esa persona corra el peligro de ser enviada luego al lugar donde sufre tal riesgo. Si su narrativa resulta creíble, convincente o coherente en orden a que puede haber una probable situación de riesgo para ella, debe regir el principio de no devolución.²⁸⁰

Ahora bien, en cuanto al principio de unidad familiar cuyo abordaje realizamos previamente, este puede colisionar con el principio de no devolución, particularmente en los casos de la minoridad migrante irregular no acompañada. En materia de minoridad, a la hora de buscar soluciones duraderas, deberán sopesarse con mucho cuidado el principio de la unidad familiar y el principio según el cual el interés superior del menor ha de ser una consideración principal.²⁸¹

En este sentido, no existen fórmulas perfectas e invariables para determinar la primacía entre el principio de unidad familiar y el principio de no devolución cuando se encuentren en colisión, por lo que se deben atender al caso concreto de cada menor y el contexto de su migración, es decir, las autoridades mexicanas deben analizar la situación que detonó la migración del menor en aras de determinar si este se encuentra bajo un riesgo latente al regresar a su país; por ejemplo que el menor migrante y su familia vivan un contexto de violencia generalizada y amenazas en su lugar de origen, pues a pesar de que un menor migrante irregular no acompañado debe estar con su familia donde sea que esta se encuentre, habrá casos como el ejemplificado en los que deberá primar el principio

²⁸⁰ Véase, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No. 21, OC-21/14. *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de migración y/o necesidad de Protección Internacional*, de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.

²⁸¹ *Ibidem*.

de no devolución respecto del de unidad familiar en aras de proteger la vida y seguridad del menor.

En este sentido, deberá recogerse además el principio del interés superior del menor que también hemos analizado, para buscar la protección del menor irregular no acompañado a través de la aplicación del principio de *non-refoulement* por encima del principio de unidad familiar en los casos y situaciones que la vida y seguridad del mismo estén en riesgo.

2.8 Ventajas del estudio de la migración irregular particularmente la minoridad no acompañada desde el DIPr.

2.8.1 ¿Por qué es benéfico el enfoque del DIPr para el estudio de la minoridad migrante irregular?

Con el objeto de incitar un modelo de estudio que redunde en la mayor protección a los derechos de los migrantes en condición irregular, particularmente a los menores migrantes irregulares centroamericanos sin acompañamiento, realizamos la propuesta metodológica de centrarnos en el tópico de la migración internacional desde el prisma del DIPr, donde hemos esbozado consideraciones sobre el DIPr como una herramienta de integración o un canal de comunicación del Derecho, asimismo se ha defendido la existencia de un diálogo entre las distintas disciplinas del Derecho internacional (Público y Privado), que convergen o encuentran comunión en el tema migratorio, entre otros aspectos.

Sin embargo, la justificación total de nuestra investigación a la luz del DIPr se centra en lo que denominamos la existencia de una conexión necesaria entre el Derecho de extranjería (de donde emerge el tópico de la migración internacional en sus dimensiones regular e irregular) y el DIPr.

Hemos sostenido, que el Derecho de extranjería representa un ámbito de estudio plenamente identificado en las denominadas teorías amplias o extensas que explican la naturaleza jurídica de nuestra disciplina.

Ahora bien, autores como Van Loon Exsecretario General de la Conferencia de La Haya sobre DIPr, Muir Watt en Francia y Fernández Arroyo en Argentina, consideran que

el tópico más relevante de la migración como un fenómeno internacional o global bajo la óptica del DIPr es el de la protección de los menores sin acompañamiento.²⁸²

Esto significa que la literatura jurídica que se ocupa del estudio del DIPr ha esbozado la relevancia del tema de la minoridad migrante irregular dentro de su objeto de estudio, y no solo eso, sino que además es considerado como el aspecto más importante de la figura de la migración internacional. Esto en virtud principalmente, del grado de vulnerabilidad en el que subyace este sector de la población migrante.

El crecimiento de la movilidad internacional irregular ha aperturado un campo prodigioso de gran potencialidad y a la vez de importantes desafíos en el ámbito del DIPr, la cual es la disciplina jurídica idónea para realizar este abordaje.²⁸³ Podemos ver con claridad que esta disciplina representa el motor del cambio y modernización del derecho internacional, contemporáneo.²⁸⁴

Si bien es cierto, “la migración irregular es un tema controversial en muchos Estados... y el debate en torno al mismo se ve con frecuencia menoscabado por conceptos equivocados, información errónea..., por lo que es preciso replantearlo sobre la base de los hechos y de la ley.”²⁸⁵ Esta es la oportunidad del DIPr de clarificar estos contenidos al poseer la cualidad de ser una herramienta de integración del derecho como hemos puntualizado y de abonar a la protección de los migrantes irregulares, en especial al sector de la minoridad no acompañada, como sustentan de manera contundente la literatura jurídica europea y latinoamericana.

²⁸² Muir Watt, Horatia y Fernández Arroyo, Diego P., *Private international law and global governance*, Oxford, 2015, p. 315.

²⁸³ Cfr. European Union, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, *Private International Law in a Context of Increasing International Mobility: Challenges and Potential*, 2017, p. 6.

²⁸⁴ Pérez Nieto, Leonel, *El DIPr, uno de los impulsos modernos para el derecho mexicano*, revista de Derecho Privado, IJ-UNAM, versión digital: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/view/9051/11100>, consulta: 02 de agosto de 2017.

²⁸⁵ Cfr. Discurso pronunciado por Chris Sidoti, Human Rights Council of Australia, ante el Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, Ginebra, 2010.

2.8.2 Clasificación de las ventajas relevantes de este abordaje jurídico

Ahora bien, en atención a los postulados de idoneidad y necesidad de abordar el estudio de la migración irregular desde la visión del DIPr, debemos preguntarnos cuales son las razones que nos inclinan a optar por esta disciplina jurídica en lugar de otras.

Lo anterior se puede resumir bajo la siguiente interrogante: ¿Resulta más benéfico inclinarnos por el DIPr, y en su caso cuales son estas ventajas que lo convierten en una disciplina jurídica pertinente para afrontar el tema que nos ocupa?

Consideramos, tal y como hemos venido proyectando, que el DIPr es una disciplina jurídica adecuada y óptima para realizar el abordaje del tópico de la migración irregular y al respecto sostenemos que el inclinarnos por la visión y los postulados de esta rama del derecho es benéfico para el sector de la población migrante irregular, principalmente los menores, toda vez que nos encontramos con una rama del derecho diseñada para afrontar el cruce de normatividad nacional e internacional y cuyo núcleo y objeto de estudio siempre ha sido y será la persona con un contexto de internacionalidad, y no los Estados.

Ahora bien, al hablar de que este estudio a partir del DIPr nos provee ventajas, respecto de otras ramas jurídicas, de ninguna manera hacemos alusión a la superioridad de nuestra disciplina sobre otras, por el contrario, nuestra intención es incitar una mejor comprensión de los contenidos vinculados a la migración internacional desde el plano estadual o local, esto es, el papel de DIPr bajo este escenario es fungir como una base de integración de diversas disciplinas que encuentran una interfaz con el tema de la migración internacional y beneficiarnos de su naturaleza jurídica, al ser un Derecho estatal o interno, entre otros aspectos.

Debemos ser cautelosos de este abordaje pues podemos caer en la confusión derivada de la ampliación del espectro de estudio y funciones del DIPr, que se ha transformado para asumir los retos del siglo XXI, tal es el caso de su función integradora, dentro de los aspectos más novedosos, como hemos acotado previamente.

Lo cierto es, que no todo lo referente al contexto internacional y todas las figuras jurídicas derivadas de este escenario pertenecen a nuestra disciplina, nuestra propuesta está lejos de ser narcisista,²⁸⁶ pues de acuerdo a lo sostenido por Fernández Arroyo el DIPr es capaz de dar solución a diversos aspectos del contexto internacional más ahora

²⁸⁶ Fernández Arroyo Diego P., *DIPr y Derecho de Integración*, CEDEP, Paraguay, 2013. p.30

con su cualidad de derecho integrador, esto no significa que nuestra disciplina sea capaz de dar atención y tratamiento a todos los temas del ámbito internacional.

Sin embargo, está claro que la migración internacional es un tema que se encuentra subsumido al estudio del derecho de extranjería, el cual forma parte indiscutiblemente del DIPr, también es verdad, que esto no representa una novedad para nuestra disciplina pues desde sus orígenes la literatura jurídica francesa lo contempló. No obstante, lo interesante es que no fue hasta este siglo, que se iniciaron estudios de la migración internacional desde la visión del DIPr, identificada como un área de oportunidad y desarrollo de la migración en este contexto, principalmente en Europa y Latinoamérica, y es aún más novedoso el acogimiento dentro de estos abordajes del fenómeno de la minoridad migrante irregular no acompañada como un tema prioritario e impostergable de la migración internacional.

Es por lo anterior que, bajo nuestra consideración, identificamos principalmente seis ventajas al abordar la migración irregular a la luz de nuestra rama jurídica:

1. Desarrollo de un estudio doctrinal focalizado (desde el DIPr), tendiente a facilitar el progreso conceptual de la migración internacional en su dimensión irregular.
2. Análisis ordenado y delimitado de la normatividad internacional, nacional y subnacional aplicable a la migración irregular de la minoridad no acompañada.
3. Comunicación e integración de las disciplinas jurídicas del DIP y el DIPr, para generar un diálogo normativo y jurisprudencial en favor de la minoridad migrante irregular.
4. Propiciar el desarrollo de *lex specialis* en materia de minoridad migrante irregular sin acompañamiento en el ámbito local.
5. La multifunción del DIPr al ser una disciplina internacional y estadual.
6. El DIPr es una disciplina jurídica pertinente para realizar este abordaje, con fundamento en componentes teórico-jurídicos y en sus líneas científicas de estudio.

En relación al primer punto, sugerimos el estudio de la minoridad migrante irregular en México desde la óptica del DIPr, toda vez que esta concepción implica encuadrar a la migración como un tema propio de esta rama, donde dicho encasillamiento nos permitirá un análisis limpio, y concreto del fenómeno, propiciando desarrollos doctrinales y

conceptuales, principalmente tendientes a evitar lagunas entre diversas disciplinas del derecho *inter allia*: DIP, derecho civil, derecho administrativo, derecho procesal civil, y derecho constitucional, ya que estos desarrollos conceptuales al ser acotados al ámbito del DIPr son capaces de generar un enfoque alternativo en la literatura jurídica contemporánea de carácter especializado en materia de migración irregular.

En cuanto al segundo aspecto, el abordaje propuesto, incide en una mayor comprensión y claridad de los diversos documentos legales nacionales, internacionales y subnacionales que se encuentran inmersos en la materia, en aras de facilitar la asimilación de sus contenidos y su armonización. En el ámbito del Derecho mexicano, el realizar un desglose normativo a partir de los postulados del DIPr, pondrá de manifiesto mayor claridad en el estudio normativo de la migración internacional en sede nacional, acotando las normas nacionales e internacionales incluso las fuentes de *hardy soft law*, aplicables al tema de la minoridad migrante irregular no acompañada, sin la necesidad de acudir a diversidad de disciplinas jurídicas.

Respecto al tercer elemento, consistente en la comunicación entre el DIP y el DIPr, que se debe desarrollar en aras de generar un diálogo multidisciplinar normativo y jurisprudencial; como hemos sostenido este diálogo, es uno de los aspectos medulares de nuestro planteamiento. Para la materialización de este diálogo y sus subsecuentes desarrollos se requiere de un estudio integracionista de las diversas ramas de derecho internacional y nacional inmersas en el tema de la migración irregular, el DIPr representa una herramienta de comunicación capaz de consensuar de manera holística aspectos tales, como el núcleo duro de derechos de los menores migrantes antes referidos, y su situación jurídica o estatus migratorio en el derecho doméstico, por mencionar algunos de los aspectos más inmediatos, que son abordadas por ambas ramas en lo que respecta a nuestro tema.

La cuarta ventaja la podemos interpretar como un efecto de este enfoque, ya que al analizar a la minoridad migrante irregular no acompañada a la luz del DIPr, es posible propiciar el desarrollo de *lex specialis* en torno al tema, lo anterior como se esbozará a profundidad en el cuarto capítulo de la presente, resulta prioritario ante el nacimiento de nuevos fenómenos jurídicos derivados de la migración irregular de menores sin acompañamiento *inter allia*: la redimensión del concepto de familia, la reformulación del

concepto de menor como sujeto de derecho y la aplicación efectiva de principios jurídicos reconocidos por el DIP y el DIPr como el del interés superior del menor que han sido abordados a la luz de la normatividad y la jurisprudencia internacionales y que estos puedan redundar incluso en el ámbito local.

En cuanto al quinto postulado, referente a la multifunción del DIPr, consideramos que una de las bondades más relevantes de nuestra disciplina jurídica es el constituirse como una rama multifuncional, es decir que tiene la capacidad camaleónica de estudiar aspectos jurídicos que incluso podrían considerarse como diametralmente opuestos, concretamente invocaremos dos de las funciones principales: estudiar los tópicos que encuentren relación con un elemento extranjero o internacional, (por mencionar un ejemplo, el uso del Derecho internacional propiamente dicho, así como del empleo de su diversidad de fuentes de Derecho) y en segundo término el constituirse como un Derecho interno o de corte estadual. Esto le granjea al DIPr atributos específicos en materia de armonización legislativa, siendo uno de sus propósitos el de coadyuvar la inserción de ordenamientos jurídicos internacionales en sede interna en aras de lograr una integración armónica de ambos derechos, esta es la parte medular de lo que consideramos su multifunción.

Finalmente, el DIPr es una disciplina jurídica pertinente para estudiar a la migración internacional. La afirmación anterior, encuentra fundamento en los componentes teóricos y las líneas científicas de estudio que hemos revisado, concretamente nos referimos a la *teoría amplia o extensa* para explicar la naturaleza jurídica del DIPr de donde emerge el concepto de Derecho de extranjería que hemos identificado como la conexión necesaria entre el tema de la migración internacional en su dimensión irregular, esta figura desde el DIPr es tratada en el seno de los derechos domésticos o nacionales.

Esto no significa que la migración no puede ser abordada a través de otras disciplinas como el DIP, el Derecho internacional de los derechos humanos o el propio Derecho constitucional que también son apropiadas, sin embargo el DIPr se presenta como una rama del derecho capaz de hacer un abordaje integral en este tema, es decir su naturaleza le permite integrar los ámbitos del Derecho internacional y del Derecho doméstico lo que genera ventajas sobre otras disciplinas tratándose especialmente de la

migración internacional al momento del análisis de la normatividad internacional y nacional en un caso concreto en sede interna.

Es cierto que el tema de la migración internacional es una figura que puede ser estudiada con una visión de especialidad, es decir a partir de un estudio específico desde una disciplina jurídica concreta como lo son el DIP o el propio DIPr en el que centramos nuestro enfoque; no obstante la migración internacional principalmente tratándose de colectivos concretos como la minoridad irregular no acompañada pueden ser abordados no solamente con base en el principio jurídico de especialidad, sino también el principio de complementariedad, toda vez que en el caso de menores migrantes es necesario lograr una protección específica para las diversas hipótesis en las que se ubiquen estos menores *inter alia*: no acompañados, apátridas, solicitantes de asilo, o refugio. Esto supone que los menores migrantes no acompañados disfrutarán en calidad de menores de todos aquellos derechos esenciales para su desarrollo y protección, pero también de aquellos otros derechos que están ligados a su condición específica derivada de su situación jurídica migratoria.

Debemos abonar que en el contexto de la migración es ineludible la interacción que guarda el DIPr con el tema de la movilidad internacional, cada vez más surgen instrumentos internacionales especializados en migración internacional en el ámbito del DIPr, tal es el caso de la Declaración Extraordinaria de Managua,²⁸⁷ de la Conferencia Regional sobre Migración, la tendencia actual es clara, los esfuerzos de la comunidad internacional están depositando su confianza en el DIPr como disciplina autorizada y autónoma capaz de dar puntal solución a los temas vinculados a la migración internacional, incluso en estos grandes foros internacionales se ha indicado que la principal preocupación del DIPr en este tenor, es la minoridad migrante irregular no acompañada.

²⁸⁷ El término “menor” se emplea en diversos instrumentos internacionales nacidos en el ámbito del DIPr, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia a Menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, en la Constitución de la Organización Internacional para las Migraciones, y finalmente en la Declaración Extraordinaria de Managua, de la Conferencia Regional sobre Migración, el cual es un instrumento que aborda la cuestión específica de los menores migrantes irregulares sin acompañamiento.

El siguiente capítulo, que se refiere al análisis de las fuentes del DIPr nos permitirá afianzar la presente propuesta teórica, en la expectativa de contribuir a la consolidación de la doctrina que abraza el estudio de la migración internacional desde el DIPr, tendiente a mejorar la comprensión de la migración irregular desde la perspectiva de los derechos y las normas en aras de facilitar su aplicación en el derecho interno, y con ello incidir en la protección de los menores migrantes irregulares sin acompañamiento en México.

Capítulo III. Fuentes del DIPr aplicables a la minoridad migrante irregular sin acompañamiento en México

3.1 El DIPr como una disciplina jurídica pertinente para el estudio de la normatividad migratoria en México

La migración internacional es una figura jurídica que puede ser estudiada desde el DIPr, toda vez que dentro de una de sus vertientes, denominada *Derecho de extranjería* y que es acogida por esta disciplina jurídica, explora los aspectos relacionados con la condición jurídica de los extranjeros en un Estado determinado, en este caso México, el derecho de extranjeros está incorporado al objeto de estudio del DIPr de acuerdo a la teoría extensa que establece tres elementos torales que lo integran: el derecho conflictual, el derecho de nacionalidad y el derecho de extranjería o la condición jurídica de los extranjeros y en el que se centra nuestro enfoque.

Desde esta perspectiva teórica, el aparato normativo en materia migratoria en México puede ser abordado desde el DIPr, pues esta es una disciplina jurídica pertinente y autorizada para analizar a la migración internacional desde sede interna, si la conectamos con el derecho de extranjería mencionado.

En relación a las fuentes normativas del DIPr, los aspectos de incorporación, codificación y armonización como ha sido revisado en el primer capítulo, son aspectos relevantes en materia migratoria en sede interna, particularmente nos interesa la armonización, que se presenta como uno de los desafíos de cara a lograr la homogeneidad de las normas en sede interna respecto de las de la esfera internacional.

Ahora bien, el sistema normativo aplicable al DIPr descansa en disposiciones legales o reglamentarias de naturaleza nacional e internacional, en el caso del derecho internacional y sus fuentes, estas se introducen al propio orden jurídico doméstico, con lo cual el contenido normativo de tipo internacional se convierte en derecho nacional.

Está claro que el DIPr forma parte del derecho nacional que se compone de fuentes jurídicas tanto nacionales como internacionales, por lo que en este sentido el tema de la migración, ha sido de importancia global por lo que hace a la cooperación entre los países, pero sobre todo es relevante en su vertiente doméstica o interna, particularmente en

cuanto al tema de la migración proveniente de Centroamérica hacia México como analizaremos en el capítulo final.

Ante esta faceta dual del tema de la migración internacional (que puede ser estudiada como una figura jurídica internacional y nacional), nuestra disciplina puede fungir como un canal de comunicación jurídica y enlace entre las dos vertientes mencionadas (derecho nacional e internacional). Está diseñada para ser capaz de encontrar soluciones en el caso en el que exista discrepancia o incompatibilidad entre las dos fuentes de derecho, ya sea que el derecho mexicano establezca algún presupuesto sustantivo y un tratado internacional contemple un presupuesto diametralmente opuesto, por citar un ejemplo. De ahí emanan las labores de codificación, incorporación y armonización del DIPr.

En este sentido, es importante recordar que “los fenómenos migratorios y la sociedad a través de la comunicación se combinan para poner en relación las diversas culturas... que aspiran a dialogar en un plano de igualdad... Pero, sobre todo, convierte al DIPr en una pieza clave del diálogo jurídico intercultural, convirtiéndose en una suerte de “*ius communicationis*” o, si se quiere, en un canal de comunicación jurídica.²⁸⁸

Lo anterior, revela la existencia de un diálogo jurídico en materia migratoria, en virtud de fenómenos también analizados previamente, como la globalización y la integración jurídica, la comunicación entre disciplinas jurídicas es un medio recurrente y necesario para afrontar grandes desafíos como la minoridad migrante irregular no acompañada, estamos en un momento de grandes cambios en las formas de concebir, entender e interpretar al Derecho, es el DIPr, sin duda, un eslabón fuerte en esta interacción y comunicación en virtud de sus características y de su flexibilidad para adaptarse a las circunstancias del individuo desde sede interna como hemos mencionado.

Ahora bien, ¿Cómo se presenta esta interacción o diálogo? ¿Dónde encontramos concurrencia entre disciplinas jurídicas? En materia migratoria este diálogo surge principalmente entre el DIPr y las siguientes disciplinas: el DIP, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional en este caso el mexicano. El común denominador o nexo entre estas disciplinas que genera esta suerte de interacción o

²⁸⁸ Cfr. Sánchez Lorenzo S. *Estado democrático, postmodernismo y el DIPr*, en: Revista de Estudios Jurídicos N° 10/2010, Universidad de Jaén, España, p. 7. Disponible en línea en: <http://www.rej.ujaen.es/>

comunicación jurídica, lo identificamos en el uso de fuentes del Derecho símiles o paralelas, que estas diversas disciplinas jurídicas emplean para cumplir sus propósitos, lo que implica que estas ramas comparten normatividad, nos referimos prioritariamente a los tratados internacionales.

Lo anterior implica que el DIPr se abastece con las fuentes del derecho del DIP, principalmente se alimenta del contenido de los tratados internacionales o instrumentos internacionales que encuentren conexión con sus cuatro ámbitos de conocimiento que hemos señalado, consistentes en el derecho conflictual; el derecho procesal civil internacional; el derecho de la nacionalidad, y el derecho de extranjería.

Hacemos la precisión que en el caso de México solamente las normas contenidas en Tratados internacionales y no las normas del DIP de carácter consuetudinarios pueden entrar en el DIPr mexicano, esto debido a que el artículo 133 de nuestra Constitución establece que solo los Tratados, pero no las normas consuetudinarias internacionales pueden introducirse al orden jurídico mexicano...²⁸⁹

Reconocemos plenamente que el DIPr se sirve de los convenios internacionales que regula el Derecho internacional público como una herramienta (con sus pros y sus contras) para dar sentido y solución a las situaciones que son el objeto de estudio por el DIPr.²⁹⁰ De ahí la relevancia de entablar un diálogo jurídico-normativo principalmente entre ambas disciplinas para la unificación de criterios e instrumentos que hagan permisible un abordaje integral de los distintos elementos jurídicos que los entrelazan.

En materia migratoria existen distintos instrumentos internacionales que forman parte del derecho convencional del DIPr y que hacen referencia a este diálogo jurídico-normativo entre el DIP y el DIPr²⁹¹, tales como: La Conferencia de las Naciones Unidas

²⁸⁹ Frisch Philipp, Walter, *et al. DIPr y Derecho Procesal Internacional*, Porrúa, México, 2016, p. 26.

²⁹⁰ González Martín, Nuria. *DIPr. Parte general*. Colección Cultura Jurídica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 26

²⁹¹ En materia de menores migrantes irregulares podemos mencionar dentro de lo instrumentos internacionales que constituyen este diálogo: La convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la enmienda al párrafo 2 del artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño. El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados. El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía. La observación General No.6 de las Naciones Unidas, la opinión Consultiva No.21 de la Corte Interamericana de los Derechos

Sobre el Estatuto de los Apátridas,²⁹² la Convención sobre condiciones de los extranjeros,²⁹³ y la Constitución de la Organización Internacional para las Migraciones²⁹⁴ por citar algunos instrumentos internacionales.

Otro aspecto que debemos mencionar en conexión con el diálogo jurídico aludido, es la relación existente entre el DIPr y los principios de especialidad y complementariedad aplicados al caso de la materia migratoria, estos principios en nuestra consideración proveen al DIPr una posición privilegiada como disciplina jurídica de especialidad para realizar el abordaje de la materia migratoria respecto de otras disciplinas.

El principio de la ley especial o de especialidad sugiere que cuando dos o más normas tratan de una misma materia, como es el caso de los menores migrantes no acompañados, debe darse prioridad a la más específica (asilo, víctima de trata).²⁹⁵ Reiteramos que el tema que nos ocupa puede ser estudiado desde la mirada de diversas ramas normativas, está claro que el DIPr no tiene la exclusividad en esta temática, pues puede ser planteado desde el DIP y los derechos humanos o el propio derecho de la infancia, adicionalmente existen diversas hipótesis en las que un menor bajo esta categoría jurídica se puede ubicar, por ejemplo puede ser apátrida, solicitante de asilo, refugio, o víctima de trata, lo que implica que estos menores sean tratados a partir de su condición etaria, pero simultáneamente se les debe aplicar de manera complementaria la ley de protección específica que le corresponda por razón de su situación jurídica de apátrida, solicitante de asilo, refugio o víctima de trata. Esto significa que la protección a la minoridad migrante irregular no acompañada puede conllevar la aplicación de una diversidad de materias especiales como el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho de refugio y asilo, normatividad sobre trata de personas o leyes internas de nacionalidad y apatridia. Es verdad que se debe primar su condición de

Humanos, y finalmente la Declaración extraordinaria de Managua de la Conferencia Regional sobre Migración.

²⁹² Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Estatuto de los Apátridas. Publicada en el DOF el 25 de agosto del 2000.

²⁹³ Convención sobre condiciones de los extranjeros. Publicada en DOF el 20 de agosto de 1931.

²⁹⁴ Constitución de la Organización Internacional para las Migraciones. Publicada en el DOF el 9 de agosto de 2002.

²⁹⁵ Borelli, S. *The (Mis)-Use of General Principles of Law: Lex Specialis and the Relationship Between International Human Rights Law and the Laws of Armed Conflict in General Principles of Law - The Role of the Judiciary*, Springer, 2015, pp. 265-293.

menores, pero también se deben aplicar otras normas que complementen su protección ante la existencia de una situación específica como los ejemplos mencionados.

En esta línea, la regla de la especialidad presupone y no elimina la simultánea vigencia de la norma general y de la norma especial. La Ley especial se aplicará con preferencia a la Ley general cuando su supuesto de hecho se ajusta más al hecho concreto, pues de otra forma quedaría ineficaz, ya que nunca sería aplicable y no puede suponerse que el legislador quiso una *lex sine effectu*. Y, por el contrario, la ley general se aplicará a todos los supuestos no encuadrables en la especial y será, por tanto, también eficaz en su ámbito.²⁹⁶ En este sentido, el DIPr es una norma de especialidad que se debe aplicar en la hipótesis de un menor migrante irregular no acompañado en sede interna de un país, pero también se deben aplicar otras normas que encuentren aplicación al hecho concreto en aras del principio de complementariedad, como hemos citado se pueden aplicar normas sobre minoridad, derechos humanos, asilo, refugio y nacionalidad por citar algunos ejemplos, estas normas también son normas de especialidad y se pueden encontrar tanto en tratados internacionales como en el derecho interno del país de que se trate, en este caso México; es por ello que el DIPr debe liderar esta amalgama en el derecho doméstico para brindar claridad al momento de la aplicación de las normas.

Con respecto a estos aspectos de protección a través de normas de especialidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en favor de la aplicación de medidas de protección especial y complementarias de menores migrantes irregulares no acompañados por parte de los Estados en sus sedes internas en casos de asilo o refugio principalmente.²⁹⁷

Es por ello que, en materia migratoria, normas del DIP y DIPr pueden conjugarse al momento de proteger a un menor migrante no acompañado, ambas como normas de especialidad tienen una aplicación simultánea tratándose de menores en virtud de estos principios jurídicos de especialidad y complementariedad, de ahí la relevancia de incluir en este apartado normas propias del DIP que son pieza clave de la protección de la

²⁹⁶ Villar, Palasí J. *Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de las normas*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1968, pp. 479 y ss.

²⁹⁷ Arlettaz, F., *El caso Familia Pacheco Tineo: expulsión de extranjeros, niñez migrante y asilo*, Anuario de Derechos Humanos, no 11, 2015, pp.85-94. UNICEF, Observación escrita de UNICEF *sobre niñez migrante en América latina y el Caribe. Solicitud de Opinión consultiva sobre Niñez migrante* presentada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013.

minoridad en general, instrumentos internacionales como la Convención de los Derechos del niño de Naciones Unidas o la Convención Americana de Derechos Humanos.

Como señalamos, el DIPr se nutre de una diversa gama de tratados internacionales que tienen origen principalmente en el seno del DIP y que sin ellos no podríamos hablar de una protección holística a la minoridad migrante irregular no acompañada. Por lo que reconocemos el rol trascendental que desempeña el DIP en esta materia, principalmente a través del Derecho internacional de los derechos humanos y de sus instrumentos internacionales como los mencionados.

De acuerdo a lo expresado, en este capítulo el lector encontrará efectivamente, normas de DIP y de otras especialidades, así como normas de derecho nacional mexicano, sin embargo, todo este aparato normativo será estudiado desde el DIPr a través de su sistema de fuentes del derecho con base en nuestra propuesta y se circunscribirá al análisis de las normas internas e internacionales aplicables.

3.2 Importancia del estudio de las fuentes del DIPr: Nacionales e Internacionales

El análisis de las fuentes del DIPr está vinculado a lo apuntado desde el segundo capítulo sobre las ventajas de este abordaje jurídico a la luz de nuestra disciplina, concretamente nos referimos a la naturaleza dual o multifuncional del DIPr que le permite estudiar tanto el derecho nacional como el internacional.

Al referirnos a la revisión de las fuentes del DIPr debemos precisar varios aspectos para efecto de clarificar al lector la necesidad de utilizar esta clasificación jurídica en nuestro trabajo:

a) Primeramente, debemos resaltar que la disciplina jurídica multicitada es una rama que posee un sistema de fuentes de dos tipos: nacionales e internacionales.

b) En segundo término, reconocemos que el DIPr no posee la exclusividad para el estudio de la migración irregular, por lo que comparte bajo los *principios jurídicos de especialidad y complementariedad* el abordaje de la migración con otras disciplinas como el DIP, el Derecho internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional por lo que se recurre a la revisión de normas que no son propias del DIPr.

c) En tercer lugar, en virtud de los principios de especialidad y complementariedad referidos, es que surge el diálogo entre disciplinas jurídicas (en nuestra consideración liderado por el DIPr) conectadas por el estudio del tema de la migración irregular en sede interna.

d) Finalmente, la clasificación adoptada obedece a la propia naturaleza del DIPr y tiene como propósito buscar claridad y orden en el estudio de las normas nacionales e internacionales que resultan aplicables a la minoridad migrante irregular no acompañada en México desde nuestra disciplina.

Como precisamos, al estudiar las fuentes del DIPr tenemos que la clasificación más reconocida las distribuye en dos grandes tipos, por un lado, nacionales y, por otro, internacionales²⁹⁸, lo cual nos lleva a esa naturaleza multifuncional mencionada en reiteradas ocasiones y, en relación a la migración irregular, esta variedad de fuentes nos muestra un panorama amplio y diverso del derecho aplicable.

A efectos de presentar la estructura de este capítulo, hacemos hincapié que la referencia más puntual se realizará en torno a la ley²⁹⁹ y los tratados internacionales, génesis dual del DIPr³⁰⁰, aplicados a los menores migrantes no acompañados irregulares por una cuestión, desde nuestro punto de vista, de practicidad, de esta manera, solo nos limitaremos a analizar las normas, tanto nacionales como internacionales aplicables; sin dejar de mencionar que en México no hay aún, como en tantos otros países, una codificación específica de las normas del DIPr.

En el primer apartado se analizará el derecho nacional mexicano, las normas autónomas o domésticas que analizaremos serán las que se derivan desde la propia Constitución Política y las de orden federal, bajo la premisa de que la migración, según el artículo 73 constitucional en su fracción XVI, establece que la figura jurídica de la migración se encuentra reservada a la federación.

²⁹⁸ *Óp. cit.* Rodríguez Benot, Andrés. *Manual de DIPr*, Capítulo 1 Introducción al DIPr, Tecnos, Madrid, 2016, p.33.

²⁹⁹ Aunque no se analizarán en esta oportunidad, creemos importante mencionar que las fuentes nacionales son identificadas por la literatura jurídica como la Ley, la costumbre jurídica, la jurisprudencia nacional y la doctrina, *Óp. cit.* Contreras Vaca, Francisco José. *DIPr, parte general*, México D.F., 2013. p.10-13.

³⁰⁰ González Martín, Nuria y Rodríguez, Sonia, *Lecciones de DIPr Mexicano*, Porrúa-UNAM, México, 2008, p.23.

En cuanto a las normas federales se analizarán la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y su reglamento; la Ley de Migración y su reglamento; y la Ley sobre Refugiados Protección complementaria y Asilo Político y su reglamento, así como los protocolos de la administración pública federal que se encuentran vinculados a la minoridad migrante irregular no acompañada.

En segundo lugar, estudiaremos a los instrumentos jurídicos internacionales como fuente del DIPr³⁰¹ los cuales proceden tanto de foros de codificación universal como regional, en los que no hay jerarquía alguna, y dentro de ellos, aquellos que provienen del denominado *Hard law* como del *Soft law*; es decir, en el ámbito de las fuentes surgen figuras novedosas a la clasificación tradicional, nuevas manifestaciones del derecho en nuestro contexto contemporáneo³⁰². Al respecto nos referiremos en un apartado completo, al analizar las fuentes internacionales del DIPr, donde profundizaremos en esta clasificación.

³⁰¹ En general la clasificación de las fuentes desde el DIP, y que se comparte en cierta manera con el DIPr, véase el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, anexo a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, adopción: 26 de junio de 1945: convenciones internacionales, costumbre internacional, principios generales del derecho, decisiones judiciales y doctrina. En torno al tema, de manera general y desde el DIPr véase Contreras Vaca, Francisco José. *DIPr, parte general*, México D.F., 2013. p.23. No debemos dejar pasar, aún en este aparato crítico de segundo nivel, expresar que particularmente en casos de menores migrantes donde cortes internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la que México reconoció su competencia jurisdiccional en 1998 y por tanto sus pronunciamientos son vinculantes para el Estado Mexicano, ha interpretado diversos principios relevantes aplicables a la minoridad como sujetos jurídicos de un proceso, tales como el interés superior del menor, y el de no discriminación, por citar algunos. No podemos restarle importancia, por lo tanto, a la jurisprudencia internacional en el contexto del tema que nos ocupa, aunque tradicionalmente el DIPr no la consideraba relevante, actualmente nuestra disciplina posee caracteres distintos a los analizados por los autores clásicos, concretamente en el tema de extranjería donde se encuentra subsumida la figura de los menores migrantes irregulares no acompañados, no podemos dejar de lado la valiosa herramienta que representa la jurisprudencia del Tribunal Interamericano en sede interna, al ser invocada en los procedimientos migratorios de estos menores. García Ramírez, Sergio. *Los Derechos Humanos y la jurisdicción interamericana*, UNAM, México, 2004. p.127; véase, en ese sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 147, y *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr. 142.

³⁰² Nos referimos a instrumentos jurídicos internacionales que no se han podido encasillar o encuadrar dentro de la clasificación presentada, por lo que en nuestros días, "resulta ser insuficiente para efecto de englobar todas las expresiones jurídicas de la comunidad internacional". Esto implica que el "orden internacional actual no constituye un sistema cerrado en el que existe un número determinado y limitado de modos de creación de normas jurídicas. Los miembros de la comunidad internacional pueden acordar nuevas fórmulas para crear el derecho de gentes", Barberis, Julio, *Formación de derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco Rodolfo de Palma, 1994, p. 257.

3.3 Fuentes nacionales: Derecho doméstico mexicano aplicable a los menores migrantes irregulares no acompañados

En relación a las fuentes nacionales, tal y como hemos sostenido, nos referiremos únicamente a la fuente normativa, por lo que nuestro análisis se limitará a la Constitución y a las normas federales aplicables a los menores migrantes irregulares no acompañados.

Desde el ámbito del DIPr, tratándose del tema que nos ocupa, nos referimos a tres normas nacionales relevantes: la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y su reglamento; la Ley de Migración y su reglamento; y la Ley sobre Refugiados Protección complementaria y Asilo Político y su reglamento.

Las normas mencionadas se analizarán en el orden señalado, en donde se destaca la protección más amplia a la minoridad migrante irregular no acompañada, a través de la búsqueda de una interpretación sistemática, integral y ordenada de los ordenamientos nacionales aplicables a la luz del DIPr a este sector de la población migrante.

Atendiendo a la metodología de estudio de las normas en el orden propuesto, consideramos que primeramente, se debe acudir al análisis de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes porque estamos hablando de menores y prima esta condición jurídica sobre otras; en segundo lugar, se debe estudiar la Ley de Migración y su reglamento toda vez que se trata de personas migrantes; y en tercer término, se debe atender a la Ley sobre Refugiados Protección complementaria y Asilo Político y su reglamento respectivo, ya que estos menores migrantes son irregulares es decir, extranjeros y pueden ubicarse en alguno de los extremos de la normatividad para el refugio y el asilo.

Adicionalmente son aplicables a los menores migrantes irregulares no acompañados, el Protocolo de Atención para Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes no Acompañados o Separados que se Encuentren Albergados; el Protocolo de Actuación para Asegurar el Respeto a los Principios y la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en Procedimientos Administrativos Migratorios; el Protocolo de identificación de indicios de necesidades de protección internacional en niñas, niños y adolescentes no acompañados o separados; y el más reciente, el Protocolo para la atención consular de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, estos cuatro instrumentos de origen nacional cobran relevancia en el ámbito de la Administración

Pública Federal y en nuestra opinión, deben ser identificados como mecanismos para eficientizar la tres normas federales descritas previamente.

Asimismo, no debemos olvidar la perspectiva del bloque constitucional, que representa para el DIPr mexicano la amalgama que vincula las diversas fuentes del derecho tanto nacionales como internacionales y que hace de la disciplina que nos ocupa una rama pertinente y eficaz para el estudio de la materia migratoria en sede interna, en relación a las ventajas señaladas previamente.

El DIPr, lleva un paso adelante de otras materias como el Derecho administrativo, y el propio DIP, en lo que respecto al tema de las fuentes del derecho, toda vez que el DIPr está integrado por normas tanto nacionales como internacionales, lo que le permite a diferencia de otras ramas, buscar soluciones apegadas a los estándares internacionales, con el ímpetu de modificar en caso de que se amerite, la legislación nacional que se encuentre en contradicción con el derecho internacional para ampliar su marco de protección y derechos en sede interna.

3.3.1 Los derechos de la minoridad en la Constitución mexicana

En lo que respecta a la protección jurídica constitucional de la minoridad en nuestro país, este es un tema de reciente acuñación, toda vez que la Constitución mexicana de 1917 en su artículo 1, solamente hacía referencia al término genérico de “ciudadanos” para referirse a quienes eran acreedores de las garantía individuales contenidas en la Ley suprema, es indiscutible que en esta categoría civil no estaban incorporados los menores, por lo que no eran considerados sujetos jurídicos bajo lo establecido por el Constituyente de 1917.

Con la reforma constitucional publicada en el DOF el 10 de junio de 2011 se transitó de las garantías individuales a los derechos humanos, particularmente el artículo 1, señala que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos por la misma constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, al remplazarse el término “ciudadanos” por el de “personas” implica que dichos derechos también se hacen extensivos a niños y niñas, incluyendo los extranjeros.

Asimismo, se publicó en el DOF el 12 de octubre de 2011 otra adición al artículo 4 de la CPEUM, donde se establece también “la obligación del Estado de velar y cumplir con

el principio del interés superior de la niñez, con la finalidad de garantizar a los menores en el pleno ejercicio de sus derechos: 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... Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez”.

Con la incorporación del principio del interés superior del menor a la Constitución se deja atrás la doctrina antes analizada de la situación irregular, por lo que se reconoce que este sector poblacional tiene necesidades distintas a las de los adultos al tiempo que son sujetos plenos de derechos que requieren de asistencia especial en función de sus circunstancias de vulnerabilidad.

Adicionalmente, se debe destacar que los menores migrantes extranjeros encuentran garantizado el ejercicio de sus derechos humanos a través del artículo 33 de la Carta Magna de forma específica, ya que este artículo hace referencia a la extranjería.

Es ineludible al hablar del marco constitucional aplicable a la minoridad migrante irregular en México, sin hacer mención de la figura del bloque constitucional, en lo que respecta a nuestro país el bloque constitucionalidad se inserta a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos mencionada anteriormente, que fue publicada en el DOF en 10 de junio de 2011. En los Artículos 1 y 103, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se reconoce rango constitucional a los derechos humanos que se encuentran regulados tanto en la misma, como en cualquier tratado internacional que haya sido ratificado por el Estado mexicano.

Asimismo, también es importante estudiar el artículo 133 constitucional, el cual, en nuestra consideración crea una relación de igualdad en términos de validez jurídica entre los tratados internacionales *vis a vis* la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. “La Constitución claramente diferencia entre leyes del Congreso y tratados, por lo que no cabe pretender que estos sean confundibles con aquellas. Por su parte, la naturaleza de los tratados está definida por el propio derecho internacional público, lo cual significa que en su interpretación y aplicación el Estado mexicano se sujeta a la normativa internacional, so pena de que, no hacerlo así, incurriría en responsabilidad internacional”.

Ahora bien, el bloque constitucional está vinculado con el DIPr de la siguiente manera: “solamente las normas contenidas en Tratados internacionales y no las normas

del DIP de carácter consuetudinarios pueden entrar en el DIPr mexicano, esto debido a que el artículo 133 de nuestra Constitución establece que solo los Tratados, pero no las normas consuetudinarias internacionales pueden introducirse al orden jurídico mexicano”.

Esto infiere que el derecho mexicano excluye del bloque constitucional a la fuente de derecho denominada normas consuetudinarias, estas normas, son aquellas que tienen origen en una práctica uniforme de los Estados. Lo que implica que solamente la fuente internacional reconocida como tratados internacionales se incorpora al DIPr mexicano dentro del citado bloque, dejando la Constitución mexicana del lado a las demás fuentes, particularmente las normas consuetudinarias internacionales a las que hace mención expresa.

3.3.2 Los menores migrantes en la Ley General de los Derechos de niñas, niños y adolescentes y su reglamento

El 4 de diciembre de 2015 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el decreto por el que se expide la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes³⁰³ en adelante Ley General y se reforman diversas disposiciones de la Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil.³⁰⁴

Es preciso comentar que con la publicación de esta nueva normatividad queda abrogada la anterior Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, vigente desde su publicación en 2000, y que tenía una extensión mucho menor, de sólo 56 artículos, en comparación con la recientemente publicada.³⁰⁵ La ley contiene en general, un catálogo de derechos humanos mínimos reconocidos a la minoridad y una serie de principios jurídicos complementarios a estos derechos, como el del interés superior del menor, también posee un segmento que se refiere específicamente a los menores migrantes el cual revisaremos especialmente.³⁰⁶

³⁰³ Diario Oficial de la Federación (DOF) 22 de mayo de 2011, se publica la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

³⁰⁴ González Martín, Nuria *et al.* *Ley general de los derechos de niñas, niños y adolescentes 2014 y su reglamento 2015*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Vol.49 n.146, México D. F. mayo-agosto, 2016.

³⁰⁵ *Ibidem.*

³⁰⁶ Es evidente, que la Ley General sería insuficiente si no va acompañada de las políticas públicas tendientes a su ejecución y aplicación, estos esfuerzos por parte del gobierno nacional implican una transversalidad en los órganos de la administración pública para efecto de procurar el respeto de los

El estudio de esta Ley es pertinente, en virtud de que se trata de la norma mexicana más importante en materia de minoridad, asimismo desde nuestro enfoque, la Ley General contiene un apartado que hace referencia a los menores migrantes de forma concreta y al proceso migratorio que atiende a este colectivo en los artículos 89 al 101. Inicialmente debemos precisar que la regulación del proceso migratorio en este apartado se hace de manera somera, es decir que se delimitan los derechos mínimos que le deben asistir a un menor en el contexto del procedimiento administrativo migratorio, las autoridades vinculadas y sus competencias y los servicios que deben proporcionar a los menores en situación de migración.

Algunos de los aspectos más trascendentes dentro de los artículos mencionados de la Ley General, prescriben a las autoridades a tomar en cuenta la opinión del menor y la búsqueda de la aplicación del principio de reunificación familiar excepto en el caso de que sea contrario a su interés superior, también se hace referencia a las garantías de debido proceso que se deberán aplicar en los procesos migratorios que involucran a menores.³⁰⁷ En un Estado de Derecho, el debido proceso es la columna vertebral del aparato de justicia, el valor que reviste este derecho humano es imprescindible en nuestra sociedad, las garantías procesales adquieren sentido y actualidad al evitar la arbitrariedad e inseguridad, máxime tratándose de menores migrantes irregulares sin acompañamiento, por lo que era necesario que la Ley General reconociera estas garantías puntualmente para el caso de la minoridad migrante.

Ahora bien, la Ley aborda de forma muy breve el principio de “*non refoulement*” y el imperio del principio de interés superior del menor sobre el primero. En lo que se refiere menores, el Comité de los Derechos del Niño ha concluido que la obligación de no devolver no se limita al peligro real que pueda existir para la niña o el niño de daño irreparable a

derechos de los menores. Nos parece bastante pertinente que el aparato gubernamental tenga bien definido que a través del plan nacional de desarrollo se de impulso a esta norma, para que pueda permear en todos los ámbitos de la sociedad; sin embargo, en el presente trabajo no nos referiremos a las políticas públicas derivadas de la norma, en virtud de que nuestra investigación es eminentemente normativa.

³⁰⁷ El derecho al debido proceso busca confirmar la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana dentro de cualquier tipo de proceso, entendido este como “aquella actividad compleja, progresiva y metódica, que se realiza de acuerdo con reglas preestablecidas, cuyo resultado será el dictado de la norma individual de conducta (sentencia), con la finalidad de declarar el derecho material aplicable al caso concreto”. Véase, Arazi, Roland, *Derecho procesal civil y comercial*, 2da. edición, Bs. As., Astrea, 1995, p. 111.

sus derechos contenidos en los artículos 6 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño.³⁰⁸

Este apartado hace referencia además a la protección consular de estos menores y que el seguimiento de esta protección corresponde a la Secretaría de Relaciones Exteriores. Resaltamos esta mención por parte de la Ley General, porque el derecho a la protección consular, es un derecho que forma parte del debido proceso al que deben tener acceso estos menores extranjeros, y que en diversos casos como analizamos previamente en los estudios de casos de la CNDH, este organismo ha examinado la ausencia de esta y otras prerrogativas en la sustanciación de diversos procesos migratorios respecto de menores extranjeros no acompañados.

Concluye la Ley General este capítulo señalando que en ningún caso una situación migratoria irregular de un menor configurará por sí misma la comisión de un delito. En este sentido, la norma es concisa al considerar que las personas migrantes y en este caso menores, no deben ser criminalizados por su condición o situación jurídica de extranjeros, por lo que deben ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes, cuya finalidad es incompatible con la naturaleza de una posible detención de una persona por su situación migratoria, u otros lugares donde puedan estar junto con personas acusadas o condenadas por delitos penales.³⁰⁹

La Ley General representa un esfuerzo sobresaliente en aras de proteger a la infancia, debemos mencionar que es por demás destacable que la norma objeto de estudio destinara un capítulo entero al sector de los menores migrantes, es relevante también mencionar, que en ella se incorporan diversos principios vitales en materia de minoridad migrante, como el del interés superior del menor, el de unidad familiar y el de no devolución. Adicionalmente las obligaciones designadas a las autoridades como el DIF y el Instituto Nacional de migración son claras, concretas y además necesarias, *inter allia*, albergues especiales con protocolos definidos, y el establecimiento de una base de datos

³⁰⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, Párr. 26 y 27.

³⁰⁹ Véase, Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C, Párr. 208.

para menores migrantes no acompañados, por mencionar algunas de las medidas atinadas diseñadas por el legislador mexicano.

Adicionalmente, haremos una breve mención del reglamento de la Ley General que se limita a señalar respecto al colectivo migrante que nos ocupa, que el Instituto Nacional de Migración debe dar aviso de inmediato a la Procuraduría Federal cuando inicie un procedimiento migratorio que involucre menores, sin importar su situación migratoria, o nacionalidad con el propósito de que esta ejerza las funciones que tanto la Ley General como el reglamento aludido le confieren.

En virtud del mandato de la Ley General se creó el Sistema Nacional de Protección a la Infancia (SIPINNA), formalizándose a partir del 2015 “un mecanismo que tiene como una de sus principales atribuciones, generar una nueva manera de realizar políticas públicas desde el más alto nivel de decisión gubernamental donde todas las niñas, niños y adolescentes puedan exigir y ejercer sus derechos humanos, ya no como objetos de protección, sino como responsables de decidir y opinar lo que consideran mejor para ellas y ellos.”³¹⁰ Naciones Unidas a través del documento de proyecto sobre el establecimiento de Sistemas Nacionales de Protección Integral de la Infancia, señala que en México: “La Ley de Protección del año 2000, constituyó en su momento un avance, pero ya desde su emisión se anticipaba la carencia de mecanismos para asegurar la efectividad de sus disposiciones y la adecuada coordinación entre diferentes sectores y niveles de gobierno responsables de garantizar los derechos de la infancia y la adolescencia.”³¹¹ En este sentido, se crea SIPINNA, en aras de brindar efectividad a la Ley General, pues no solo es necesario desarrollar normas procedimentales sino también organismos públicos que habiliten la implementación de las leyes, como el citado.

Finalmente, debemos reconocer que la Ley General careció de profundidad y exhaustividad en diversos presupuestos, principalmente, en cuanto a las reglas generales del debido proceso administrativo en el ámbito de la migración, al no profundizar en torno al principio de no devolución como fue expuesto, así como la ausencia de criterios para la

³¹⁰ SIPINNA, sitio web, gobierno de la república mexicana, <https://www.gob.mx/sipinna/es/que-hacemos>, consulta: 12 de septiembre de 2017.

³¹¹ MORLACHETTI, Alejandro. Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe, CEPAL-UNICEF. División de Desarrollo Social. Pág. 31.

identificación del menor³¹² situación que no es contemplada claramente en la Ley General, aspecto básico tratándose de la ley mexicana que regula la protección de la infancia; sin embargo, es verdad que esta norma no es el instrumento de especialidad para la protección del colectivo de la minoridad migrante irregular.

Adicionalmente, es importante reiterar que las personas menores de edad en contextos migratorios son, primero que todo, menores con derechos específicos derivados de esa condición etaria. Por ello, las consideraciones legales derivadas de su condición migratoria, si bien son importantes porque representan los aspectos que deben ser regulados por una ley de especialidad como lo es la Ley de Migración mexicana; no obstante, deben siempre subordinarse a los derechos de la minoridad. Daremos paso ahora, al análisis de las dos normas restantes aplicables a dicha materia, la Ley de Migración y la reciente Ley sobre Refugiados Protección Complementaria y Asilo Político.

3.3.3 Desafíos de la Ley de Migración mexicana y su reglamento en materia de minoridad migrante irregular sin acompañamiento

Debemos reconocer el desarrollo de la materia migratoria en México a partir de la codificación lograda por la Ley de Migración y su reglamento. Incluso este último establece diversos dispositivos dirigidos a los menores migrantes, a través de figuras jurídicas y actores relevantes como el establecimiento de la figura de los oficiales para la protección de la infancia, en adelante OPIS, y el reconocimiento y mención de la importancia de la identificación de menores migrantes irregulares no acompañados; también, el diseño de entrevistas especiales tendientes a primar el interés superior del menor; la elaboración de protocolos diseñados para maximizar y potencializar el principio mencionado, y la implementación de medidas que tiendan a agilizar el reconocimiento de la condición de refugiado y asilado para el caso de la minoridad migrante irregular no acompañada para que el Instituto Nacional de Migración pueda coadyuvar a la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados por sus siglas COMAR en esta labor.

En efecto, no podemos desconocer que la Ley de Migración, sin duda “representa un gran avance, pero no se puede considerar como un resultado final... lo que obliga a

³¹² Vease, SEGOB, *Protocolo de identificación de indicios de necesidades de protección internacional en niñas, niños y adolescentes no acompañados o separados*, México, 2016, p. 5.

adoptar políticas públicas a los retos que acarrea la migración y a las necesidades de las poblaciones más vulnerables”.³¹³ Tal es el caso del sector de la minoridad migrante irregular no acompañada que es considerado una de las poblaciones más vulnerables.

Derivado de nuestro análisis, identificamos al menos cuatro desafíos u omisiones de la Ley de cara a este sector, tales como:

El ordenamiento carece de exhaustividad al abordar los aspectos urgentes de este fenómeno y es omiso en reconocer que estamos de cara a un sector migrante que requiere de una protección especializada e inmediata, más allá de la entrevista y de los OPI que son dos aspectos que debemos reconocer a la Ley, los desafíos son mayúsculos y la norma, lamentablemente es insuficiente.

A pesar de las vicisitudes que los menores migrantes extranjeros no acompañados tienen que afrontar al llegar a nuestro país, no se han logrado mejoras significativas en la atención o en el tratamiento de ese colectivo con la inmediatez y eficacia que deberían ser necesarias. Ya la CNDH se ha pronunciado en el sistema de casos analizados en el capítulo previo de la presente investigación, que es evidente la debilidad de la coordinación entre Federación y Estados, y por tanto la cadena de protección de los menores migrantes es débil. Adicionalmente el organismo protector de derechos humanos en comento, identificó que gran parte del problema que estriba en el régimen de derecho migratorio de menores, es la no aplicación de los principios y ordenamientos jurídicos, tanto internacionales como nacionales.

El primer aspecto que nos causa preocupación es la omisión de la Ley respecto a la importancia del proceso de identificación de la condición de menor de 18 años de edad, es decir, la determinación de la edad. En los puntos de entrada, las autoridades de inmigración deberán instaurar procedimientos para la identificación de menores no acompañados; sin embargo, la determinación de la edad incluye la consideración de factores físicos, psicológicos, culturales y de desarrollo. Si se considera necesario llevar a cabo una prueba de determinación de la edad, dicho examen deberá ser realizado por profesionales independientes con la experiencia y los conocimientos adecuados del origen étnico y cultural del menor. Los exámenes nunca podrán ser forzosos o inapropiados

³¹³ Naciones Unidas, Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores Migratorios y sus Familiares, *Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores Migratorios y sus Familiares*, México, 2011, p.3.

desde el punto de vista cultural. Se ha de actuar con especial cuidado para garantizar que respeten factores de género. En caso de duda deberá prevalecer la presunción de que alguien que alegue ser menor de 18 años, sea provisionalmente tratado como tal.³¹⁴ Resulta importante señalar que la determinación de la edad no es ninguna ciencia exacta y conlleva un considerable margen de error. En la realización de la determinación de la edad, se les deberá conceder a los menores no acompañados el beneficio de la duda.³¹⁵ Como señalamos, el aspecto de la determinación de la edad, es un factor neurálgico que la Ley parece dejar de lado, al identificar a un migrante como menor, y no solo como migrante irregular, su situación jurídica cambia y debe beneficiarse del aparato jurídico correspondiente a la minoridad y todos los derechos especiales que le asisten por esa mera condición.

Un segundo elemento, ausente en la Ley, es que una vez que un menor no acompañado ha sido identificado como tal, lo prioritario y urgente es la subsecuente asignación de un tutor o representante legal,³¹⁶ con una perspectiva a largo plazo, como una obligación positiva del Estado, y no como una medida eventual o solo aplicable en casos aislados. Uno de los aspectos más sensibles, es sin duda la identificación de los menores para garantizar que recibirán una protección especial acorde a su edad y vulnerabilidad.

El tutor entre sus funciones debe garantizar que todas las decisiones sean tomadas en respeto del interés superior del niño; asegurar que el menor no acompañado reciba los cuidados adecuados, alojamiento, educación; garantizar que el menor disponga de una representación legal adecuada a la hora de tramitar su estatus de inmigración o solicitud de asilo; consultar las opiniones de menor y asesorarlo; contribuir a encontrar una solución duradera en el interés superior del menor; establecer vínculos entre el menor y otras organizaciones que puedan prestar servicios al menor; examinar la posibilidad de iniciar la búsqueda de la familia del menor y de conseguir la reunificación del

³¹⁴ ACNUR, Manual sobre procedimientos y criterios para la determinación del estatuto de refugiado, 1992, párrs. 196-197, consulta: 2 de octubre de 2017, sitio web: <http://www.unhcr.ch/cgi-bin/texis/vtx/home/opendoc.pdf?tbl=MEDIA&id=3d58e13b4&page=publ>.

³¹⁵ *Idem*.

³¹⁶ ACNUR, *Buenas prácticas para los menores migrantes no acompañados en Europa*, Save the Children, 2004, p.15.

menor con su familia. Adicionalmente los tutores y asesores deberán disponer de la experiencia adecuada en el cuidado de niños y comprender las necesidades especiales y culturales de los menores no acompañados, además, han de recibir la formación necesaria para asumir la representación y protección de estos menores.³¹⁷

Estos aspectos no son considerados por la norma, que parece olvidar que se trata de menores en una situación de desamparo total, y la figura del tutor resulta una necesidad y no un ornamento legislativo que, además, no se encuentra desglosado ni pormenorizado.

Asimismo, una tercera omisión de la norma, la identificamos al brindar poca importancia a la voz del menor. Los menores no acompañados tienen derecho a ser escuchados, directamente o a través de un representante legal o tutor, en cualquier procedimiento legal. Adicionalmente los menores no acompañados deberán tener la posibilidad y el apoyo para expresar sus opiniones, preocupaciones y quejas relativas a los cuidados que reciben, su tutoría, educación, servicios sanitarios y representación legal. Según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en el documento sobre Buenas Prácticas para dar tratamiento a los menores migrantes no acompañados en Europa, el derecho a la participación dentro de los procesos migratorios del menor es vital, la opinión del menor debe ser escuchada, por lo que se deberán consultar y considerar los deseos de los menores no acompañados a la hora de tomar decisiones que les afecten. Han de establecerse medidas para facilitar su participación, de acuerdo con su edad y madurez.³¹⁸

Un cuarto aspecto, de orden procedimental, consiste en la ausencia en la Ley de Migración de una disposición similar al artículo 8 en la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos³¹⁹ que

³¹⁷ *Ibidem.* p.15-16.

³¹⁸ *Óp cit.* ACNUR, Buenas prácticas para los menores migrantes no acompañados en Europa, Save the Children, 2004, p.19.

³¹⁹ Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 8. El menor de edad, persona con discapacidad o mayor sujeto a interdicción podrá pedir amparo por sí o por cualquier persona en su nombre sin la intervención de su legítimo representante cuando éste se halle ausente, se ignore quién sea, esté impedido o se negare a promoverlo. El órgano jurisdiccional, sin perjuicio de dictar las providencias que sean urgentes, le nombrará un representante especial para que intervenga en el juicio, debiendo preferir a un familiar cercano, salvo cuando haya conflicto de intereses o motivo que justifiquen la designación de persona diversa. Si el menor hubiere cumplido catorce años, podrá hacer la designación de representante en el escrito de demanda.

establece, entre diversas hipótesis, que el menor de edad podrá pedir amparo, por sí o por cualquier persona en su nombre, sin la intervención de su legítimo representante cuando éste se halle ausente, por ejemplo, habilitando al menor para ejercitar *mutuo proprio* sus derechos, en el caso que no se le asigne a la brevedad tutor o representa legal, como ocurre con frecuencia.

Como corolario, reiteramos que la Ley de Migración y su reglamento han incidido en un avance trascendente en materia de migración en México; sin embargo, estos ordenamientos están lejos de ser exhaustivos y de explorar las distintas aristas y sectores de la población migrante, particularmente el más vulnerable, el de los menores migrantes irregulares no acompañados. Hemos señalado que documentos legales internacionales han realizado directrices precisas y concretas sobre los derechos de estos menores, así como catálogos de obligaciones estatales al respecto; por lo que, ha sido desafortunado el abordaje que ha hecho el Estado mexicano sobre este tema en la Ley de Migración, aunque el reglamento es más amplio y pormenoriza aspectos imprescindibles en el tema, la ausencia de las figuras mencionadas como: criterios de identificación de un menor y pautas sucintas para el establecimiento de un tutor por parte del Estado, son por mencionar algunos tópicos, aspectos torales que no debieron omitirse.

3.3.4 Ley sobre Refugiados Protección Complementaria y Asilo Político y su reglamento

La Ley sobre Refugiados³²⁰ comprende las nociones de refugiado, protección complementaria y asilo político en cuanto formas de protección internacional que permiten la residencia legal de extranjeros en México.³²¹ Surge estableciendo el mandato de ser armonizada a la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes analizada previamente.

³²⁰ Diario Oficial de la Federación (DOF) 27 de enero de 2011, se publica la Ley sobre Refugiados Protección complementaria y Asilo Político.

³²¹ *Op cit.* Comisión Nacional de Población (CONAPO) *Migración de niñas, niños y adolescentes: Antecedentes y análisis de información de la Red de módulos y albergues del Desarrollo Integral de la Familia (DIF) 2007-2016*, México, 2016. p.89.

La Ley de Refugiados en nuestro país, tiene como fundamento jurídico el artículo 11 constitucional,³²² así como la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 los cuales son parte del derecho doméstico mexicano, esta norma puede ser estudiada desde el DIPr toda vez que se refiere a aspectos relacionados con la condición jurídica de los extranjeros en México.

En cuanto a la estructura de la norma, únicamente analizaremos los aspectos que pueden encontrar conexión con los menores migrantes no acompañados y el DIPr, iniciaremos analizando el artículo 5, que contempla los principios jurídicos fundamentales que deben aplicarse como pautas inderrotables ante otros contenidos normativos, a saber: No devolución; no discriminación; interés superior del niño; unidad familiar; no sanción por ingreso irregular, y confidencialidad.

Sin duda, uno de los principios más trascendentes en el tema del reconocimiento del refugio, es el principio de no devolución y la Ley lo contempla además en el artículo 6, que señala: “Ningún solicitante o refugiado podrá en modo alguno ser rechazado en frontera o devuelto de cualquier forma al territorio de otro país donde su vida peligre, o en donde existan razones fundadas para considerar que estaría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.”

Los supuestos para el reconocimiento de la condición de refugiado se encuentran contemplados en el artículo 13, este artículo es similar a lo contemplado por la Convención del 51,³²³ por lo que nos parece acertada la redacción utilizada por el legislador mexicano, al no haberla separado de lo establecido por la Convención aplicable al tema, de esta

³²² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, artículo 11. “Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país. En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones”.

³²³ La Ley considera en su artículo 12 que la Secretaría de Gobernación, reconocerá la condición de refugiado, mediante un acto declarativo. Lo que implica que se realizará de manera expresa por parte del órgano gubernamental. En relación a los plazos para la evaluación de las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado, la Secretaría de Gobernación, deberá emitir, en cada caso, resolución escrita, fundada y motivada, dentro de los 45 días hábiles contados a partir del día siguiente a la presentación de la solicitud, lo anterior se encuentra sustentado en el artículo 24. Adicionalmente, si la resolución fuese en sentido negativo, el extranjero podrá interponer recurso de revisión dentro de los 15 días hábiles contados a partir de la notificación respectiva, de conformidad con lo establecido en el reglamento, según el artículo 25 de la Ley en comento.

manera se garantiza la homogeneidad en los conceptos y presupuestos y sobre todo provee claridad para la obtención de esta condición jurídica a la luz del entendimiento teórico y normativo universal.

Debemos apuntar que el Reglamento de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria publicado en el DOF en el 2011, establece más aspectos en materia de menores migrantes irregulares no acompañados que la propia Ley.

Primeramente, el reglamento señala que las obligaciones derivadas del ordenamiento objeto de estudio corresponden a la Coordinación General de la COMAR.³²⁴ Asimismo, tratándose de menores migrantes irregulares solicitantes, refugiados y extranjeros, se deberán de observar las medidas orientadas a su atención especial, conforme a los estándares de protección y derechos que les corresponden por su condición de menores. El reglamento también refiere que una vez presentada la solicitud de refugio, la COMAR realizará las entrevistas que considere necesarias al solicitante, a efecto de allegarse de la información para el análisis del caso.³²⁵

Por su parte, el reglamento específicamente establece, que cualquier menor no acompañado o separado de su familia tiene derecho a presentar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado. La COMAR deberá ajustar el procedimiento a la edad y madurez del menor quien será entrevistado por servidores públicos capacitados quienes deberán determinar su interés superior. Las solicitudes serán atendidas de manera prioritaria, debiéndole proporcionar información clara y sencilla sobre el procedimiento.³²⁶ Esta disposición reglamentaria también contempla el principio jurídico del interés superior del menor y señala pautas para su valoración³²⁷ *inter allia*: La

³²⁴ La Ley sobre Refugiados Protección Complementaria y Asilo Político, establece en su artículo 15, que serán atribuciones de la COMAR las siguientes: I. Proporcionar a los extranjeros información sobre el derecho a solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado y sobre el procedimiento correspondiente; II. Recibir las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado; III. Resolver sobre el reconocimiento de la condición de refugiado de los extranjeros que, encontrándose en territorio nacional, así lo soliciten; IV. Emitir las constancias de trámite respecto de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado a que se refiere el artículo 22 de la Ley. V. Determinar el otorgamiento de protección complementaria a los extranjeros que se encuentren en los supuestos establecidos en la Ley; VI. Promover acciones para garantizar el derecho a solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado.

³²⁵ Vease, el Reglamento a la Ley sobre Refugiados Protección Complementaria y Asilo Político.

³²⁶ Vease, el capítulo III del Reglamento a la Ley sobre Refugiados Protección Complementaria y Asilo Político, denominado de Niñas, Niños y Adolescentes no acompañados comprendido por los artículos 35 al 37.

³²⁷ El artículo 36 del Reglamento a la Ley sobre Refugiados Protección Complementaria y Asilo Político establece además: "De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley, el Instituto con apoyo de la

obtención de información sobre la localización de sus padres o quienes ejerzan sobre ellos la patria potestad, así como las razones por las cuales se encuentran separados; la identificación de situaciones de riesgo de abuso o violaciones a los derechos del niño que pudieran presentarse, así como de alternativas de cuidado temporal, y el deber de tomar en cuenta la opinión del menor en las decisiones que le conciernen, dando importancia a la voz del menor, a diferencia de los instrumentos previamente analizados.

Por otro lado, en ánimo de conocer datos duros sobre la incidencia de solicitudes de este tipo a la COMAR, según la información estadística proporcionada por este organismo, en el 2013 tan solo se registraron 61 solicitudes de condición de refugiado por parte de menores migrantes irregulares no acompañados en México, en el 2015 aumentaron a 141, no obstante, estas solicitudes de refugio representan una pequeña fracción de los 20 mil menores rescatados el 2015. En este mismo año 49 solicitudes fueron abandonadas o desistidas, 44 fueron reconocidas y 13 recibieron protección complementaria y 35 no fueron reconocidos.³²⁸

La gran mayoría de solicitudes tanto de adultos como de menores no acompañados, proviene como hemos señalado en el segundo capítulo de este trabajo de investigación, de personas centroamericanas,³²⁹ en mayor medida hondureños y salvadoreños y en menor grado de guatemaltecos.

Estimamos que la Ley analizada, es un instrumento normativo paralelo en su contenido a los instrumentos internacionales en los que está inspirada, y por tanto representa una norma de avanzada en sede interna, que además ha concedido a la figura de los menores migrantes irregulares no acompañados la importancia que amerita dado su necesidad de protección, a pesar de ello, el plano fáctico nos arroja, que en la práctica la norma aplicada por las instituciones concede un porcentaje ínfimo de las solicitudes de

COMAR, determinará el interés superior de niñas, niños o adolescentes solicitantes que se encuentren en una estación migratoria, adoptando las medidas que mejor le favorezcan, incluida la canalización a una institución especializada que le proporcione atención y cuidados. La COMAR podrá solicitar para la canalización a que se refiere el párrafo anterior, la intervención del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, de los Sistemas Estatales para el Desarrollo Integral de la Familia o del Distrito Federal; en esos dos últimos casos, se hará del conocimiento también del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.”

³²⁸ *Óp cit.* CONAPO, Comisión Nacional de Población, *Migración de niñas, niños y adolescentes: Antecedentes y análisis de información de la Red de módulos y albergues del Desarrollo Integral de la Familia (DIF) 2007-2016*, México, 2016. p.93.

³²⁹ COMAR, Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados, Estadísticas COMAR, 2016, Disponible en http://www.comar.gob.mx./esCOMAR/Estadisticas_COMAR. Consulta: 15 de octubre de 2017.

refugio, lo cual es lamentable toda vez que las instituciones están fallando en garantizar los derechos de estos menores migrantes extranjeros en este tipo de procedimientos.

3.3.5 Protocolos de la Administración Pública Federal, aplicables a la minoridad migrante irregular no acompañada en México

En este apartado analizaremos cuatro protocolos desarrollados en el ámbito de la Administración Pública Federal³³⁰ en nuestro país, estos instrumentos se han creado en aras de dar efectividad a las normas jurídicas en materia de migración y minoridad antes expuestas, los instrumentos que analizaremos son: el Protocolo de Atención para Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes no Acompañados o Separados que se Encuentren Albergados; el Protocolo de Actuación para Asegurar el Respeto a los Principios y la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en Procedimientos Administrativos Migratorios; el Protocolo de identificación de indicios de necesidades de protección internacional en niñas, niños y adolescentes no acompañados o separados y el más reciente, el Protocolo para la atención consular de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados.

a) El primer lineamiento que estudiaremos en materia de minoridad migrante irregular no acompañada, es el Protocolo de Atención para Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes no Acompañados o Separados que se Encuentren Albergados,³³¹ este instrumento busca brindar atención a menores migrantes no acompañados o separados, sean nacionales mexicanos o extranjeros, que se encuentren albergados en los módulos fronterizos o albergues temporales, con lo cual se busca desarrollar mecanismos que protejan el interés superior de los mismos, que permita a su vez, tomar decisiones fundamentadas en tal derecho y compartirlas con las dependencias o instituciones

³³⁰ En atención a la naturaleza jurídica del protocolo, esta figura tiene origen en el ejercicio de una de las facultades del presidente de la república, contenidas en el artículo 89 constitucional, que le confiere en su fracción I: "Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia". En este sentido, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal establece en su artículo 13, la facultad del poder ejecutivo para la emisión de reglamentos, decretos y acuerdos. La esfera administrativa en el tenor de estas disposiciones, debe coadyuvar con el poder legislativo en aras de propiciar la efectividad y ejecución de las normas, los protocolos son un ejemplo de mecanismos tendientes a fortalecer la normatividad expedida por el Congreso de la Unión.

³³¹ Protocolo de Atención para Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes no Acompañados o Separados que se Encuentren Albergados, Sistema Nacional DIF y Organización Internacional para las Migraciones (OIM), México, 2015.

obligadas por ley a atender el perfil de necesidades específicas, acceso a derecho y participación de los menores hasta ser resuelta su situación migratoria.

En nuestra consideración, este primer instrumento reguló las bases de una infraestructura que necesariamente tenía que ser diferenciada en el ámbito de la minoridad: los albergues, sentando las bases de su funcionamiento, su clasificación, las instituciones encargadas de brindar este derecho a ser albergado y protegido a los menores en situación de migración y lo más relevante el establecimiento de un estándar mínimo de derechos en el ámbito de la Administración Pública Federal.

Estimamos que este protocolo recogió y pormenorizo aspectos que no habían sido contemplados en los ordenamientos federales aplicables a la minoridad migrante extranjera en nuestro país, como los albergues y las entrevistas.

Ahora bien, en cuanto a datos duros sobre la atención que brindan los albergues a este colectivo migrante, debemos precisar que para el año 2015 se contaban con 50 módulos y albergues, de los cuales 31 se encuentran ubicados en la frontera norte, siete en Baja California, siete en Sonora, seis en Chihuahua, cinco en Tamaulipas, cuatro en Coahuila y dos en Nuevo León, y los 19 restantes operan en el centro y sur del país. La población de menores migrantes atendidos en estos módulos para el 2015 fue de 28,532 menores.³³²

b) En segundo término, revisaremos el Protocolo de Actuación para Asegurar el Respeto a los Principios y la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en Procedimientos Administrativos Migratorios.³³³ El objeto de este protocolo es asegurar el respeto a los principios y la protección de los derechos de los menores acompañados y no acompañados, cuando se vean involucrados en procedimientos administrativos migratorios.

³³² DIF, *Anuarios Estadísticos de la Estrategia de Prevención y atención a Niñas, Niños y Adolescentes Migrante y Repatriados No acompañados del DIF Nacional. 2007-2015.*

³³³ *Protocolo de actuación para asegurar el respeto a los principios y la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en procedimientos administrativos migratorios*, México, DOF 10 de agosto de 2016. Este protocolo tiene fundamento en los artículos 19 y 20, fracción X de la Ley de Migración, 89 y 90 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; 105 del Reglamento de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y 78, fracción III del Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación. Este protocolo está integrado por tres títulos, el Primero se refiere a las disposiciones generales, el Título Segundo al procedimiento administrativo migratorio (PAM) y el Título Tercero contempla la instrucción del PAM.

Entre los aspectos destacables se encuentran: El tratamiento al tema de las víctimas de delito y de la solicitud del reconocimiento de la condición de refugiado, si esta información es detectada como resultado de la entrevista que practique el Oficial de Protección a la Infancia (OPI)³³⁴ y el Instituto identifica indicios que permitan presumir que un menor migrante irregular no acompañado ha sido víctima de la comisión de algún delito, el procedimiento administrativo migratorio (PAM), que inicia con la presentación del menor en situación migratoria irregular ante la autoridad migratoria competente, por medio de un acuerdo de inicio.³³⁵

El PAM posee diversas deficiencias en la práctica, las más preocupante es el plazo de 15 días que tiene la autoridad para resolver sobre la situación jurídica de una menor migrante irregular, el cual es el mismo plazo que aplica la Ley de migración para los migrantes extranjeros adultos, lo que produce un trato desigual en atención a la vulnerabilidad del menor, plazo que propicia la prolongación de la detención de estos menores.

Otro aspecto relevante del protocolo versa sobre el personal especializado en protección de la infancia, la figura del (OPI) se contempló por primera vez en México, en el marco de la Mesa de Diálogo Interinstitucional sobre Niños, Niñas y Adolescentes migrantes no acompañados y Mujeres Migrantes celebrada el 30 de marzo de 2007 organizada por el ejecutivo federal, donde se instauró el Modelo de Protección de los Derechos de los Menores Migrantes y Repatriados No Acompañados, que incluía al OPI como uno de sus aspectos relevantes.

Consideramos que la figura del OPI es un avance necesario en materia de protección del colectivo migrante objeto de nuestro estudio, pues su propósito fundamental es el de brindar acompañamiento al menor migrante en la sustanciación del PAM que hemos referido y que su regulación es precisamente el objeto del protocolo mencionado.

³³⁴ Según el Protocolo referido el OPI debe realizar principalmente las siguientes acciones en favor del menor migrante: Salvaguardar su integridad física y psicológica; brindar de manera inmediata los servicios de salud, alimentación, habitación, educación, vestido, atención médica y psicológica y recreación; facilitar la comunicación con sus familiares a través de llamadas gratuitas y mantener informado al menor sobre su situación migratoria.

³³⁵ Este acuerdo de inicio del PAM, deberá contener: la designación de un Oficial Protección de la Infancia (OPI), la revisión certificación médica, la explicación al menor migrante irregular de sus derechos e inventario de bienes, la entrevista, la comparecencia, la notificación consular, siempre que no exista indicio de necesidad de protección internacional.

c) El tercer lineamiento denominado, Protocolo de identificación de indicios de necesidades de protección internacional en niñas, niños y adolescentes no acompañados o separados,³³⁶ este instrumento es resultado de un esfuerzo conjunto de la COMAR, ACNUR, el DIF, el Instituto Nacional de Migración y el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), con el propósito de aportar herramientas que permitan fortalecer el actuar institucional del Gobierno de México para lograr la protección integral de los derechos de los menores migrantes no acompañados o separados que se encuentran en territorio nacional.

El Protocolo mencionado constituye además una pieza clave en el cumplimiento de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y su Reglamento, así como de las líneas de acción contempladas en el Programa Especial de Migración, particularmente la de Mejorar protocolos de protección y atención con criterios diferenciados a personas solicitantes de asilo, refugio y protección complementaria.³³⁷

Las disposiciones del protocolo están dirigidas a nivel nacional a los funcionarios encargados de realizar la evaluación inicial a menores migrantes irregulares no acompañados o separados, a fin de detectar indicios de necesidad de protección internacional.

El protocolo además, atiende al llamamiento del ACNUR particularmente lo referente a mantener los altos estándares de atención a población en condición de vulnerabilidad, y a los estándares jurídicos internacionales establecidos en otros instrumentos jurídicos internacionales como la Opinión Consultiva No. 21 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Observación General 6 del Comité de Derechos del Niño.

d) Para Concluir, estudiaremos el cuarto Protocolo diseñado para la atención consular de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, este instrumento fue desarrollado por la Secretaría de Relaciones Exteriores en coordinación con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF México), el cual, constituye una herramienta para fortalecer los mecanismos de actuación de los oficiales de protección de mexicanas

³³⁶ *Protocolo de identificación de indicios de necesidades de protección internacional en niñas, niños y adolescentes no acompañados o separados*, SEGOB, México, 2016, p. 5.

³³⁷ *Ibidem*.

y mexicanos en el exterior que colaboran en las representaciones consulares del Estado mexicano.

En virtud de que este protocolo se refiere a la protección de menores migrantes mexicanos en el extranjero, no se circunscribe a nuestro objeto de estudio, que aborda la problemática de la minoridad migrante irregular no acompañada en México, con un enfoque en los extranjeros provenientes de los países centroamericanos de Honduras, El Salvador y Guatemala principalmente.

No obstante, lo anterior, reconocemos la relevancia de este instrumento que tiene como propósito asegurar el cumplimiento adecuado de las obligaciones relacionadas con la protección integral de menores migrantes mexicanos no acompañados o separados de sus familias, en virtud de la situación de especial vulnerabilidad que presentan. Y sin duda, consideramos que la atención y preocupación del Estado mexicano a este sector migrante, siempre debe ser impulsada y reconocida, sobre todo si hablamos de la figura de la protección consular hacia el exterior o en su dimensión *ius imperi*, que resulta tan importante e indispensable ante complejos escenarios a los que se enfrenta este sector de la población migrante.

Tras el análisis de los protocolos citados, debemos destacar la atención focalizada de la administración pública en estos instrumentos en la protección de la minoridad migrante no acompañada, tanto extranjera como nacional, incorporando en los protocolos diferentes dimensiones de derechos y de principios jurídicos, principalmente por lo que hace a aspectos como el procedimiento migratorio y lo referente a los albergues, es innegable que estas figuras por mencionar algunas, debían pormenorizarse e instrumentarse, por lo que sin duda, los funcionarios públicos encargados de aplicar el aparato jurídico de la minoridad migrante en nuestro país, lo hacían sin una ruta específica antes de la creación de los protocolos revisados.

3.4 Fuentes Internacionales del DIPr aplicables a la minoridad migrante irregular no acompañada en México

3.4.1 Los Foros de Codificación del DIPr

En este apartado analizaremos dentro de las fuentes internacionales al Derecho Convencional, dando tratamiento a los Foros de Codificación del DIPr y su clasificación,

posteriormente abordaremos aspectos generales de *Hardy soft law* para efecto de desglosar los tratados internacionales a partir de esta clasificación.

Los Foros de Codificación del Derecho Convencional en el ámbito del DIPr se pueden clasificar en universales y regionales. En el contexto universal, nos ocuparemos del Foro de codificación universal que representan la Conferencia de La Haya de DIPr, el de Naciones Unidas a través de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) y finalmente derivado de este mismo organismo universal, UNIDROIT cuyos efectos no son relevantes para el tema de la migración irregular por lo que nos limitaremos a citarlo brevemente.

La Conferencia de la Haya tiene su base en el Estatuto de la Conferencia de La Haya de DIPr. Estatuto que entró en vigor el 15 de julio de 1955 con la intervención de República Federal de Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña y el Norte de Irlanda, Suiza y Suecia. México aprobó el Estatuto de la Conferencia de La Haya sobre DIPr mediante Decreto publicado en el DOF de 28 de enero de 1986.³³⁸

En cuanto al tema de la minoridad la Conferencia de la Haya ha sido un organismo de avanzada al gestar o crear los principales instrumentos internacionales en materia de protección internacional de la minoridad en materia de adopción, sustracción y alimentos internacionales.

Ahora bien, la constante necesidad de unificación del DIPr en aras de homogenizar las relaciones entre los particulares con un contexto internacional da origen a la "UNCITRAL -siglas en inglés para *The United Nations Commission on International Trade Law*-, también conocida por sus siglas en español CNUDMI, -Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional-, organismo fundado el 17 de diciembre de 1966 por medio de la Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General de Naciones Unidas y que desde entonces ha desempeñado un papel fundamental dentro del comercio internacional y se ha convertido en uno de los instrumentos clave para el desarrollo de la economía mundial, ya que su labor se centra en la formulación de propuestas, convenciones, leyes modelo, guías legales, y otros documentos e instrumentos que

³³⁸ Arellano García, Carlos. *Conferencias iusprivatistas*, en *Diccionario de Derecho Internacional*, Gómez-Robledo Verduzco, A. y Witker, J., México, Porrúa-UNAM, 2001, p. 66.

regulan las relaciones privadas, todos encaminados a la armonización y unificación del derecho mercantil internacional .”³³⁹

Finalmente el UNIDROIT es fundado por el gobierno italiano, quien convirtiéndose en portavoz de una iniciativa personal del senador Vittorio Scialoja, propuso el 26 de septiembre de 1924, a la Asamblea General de la Sociedad de Naciones, la instauración de un ente internacional cuya finalidad fuese estudiar la problemática del derecho privado, con la mira de lograr una armonización y una coordinación entre las legislaciones de los distintos Estados: armonización y coordinación que habrán de tener como objetivo terminal –mediante la elaboración de proyectos de convenciones- el establecimiento de normas de derecho privado uniforme en las legislaciones nacionales de los diferentes Estados.³⁴⁰

Por lo que corresponde al foro de codificación regional que se aterriza, por la materia convenida en este trabajo, tenemos en el ámbito interamericano el artículo 67 de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), establece un mandato de "...promover el desarrollo y la codificación del derecho internacional público y privado y estudiar la posibilidad de uniformar las legislaciones de los diferentes países americanos...". La cooperación jurídica y la codificación siempre han jugado un papel fundamental en la OEA.

Para concluir este apartado que presenta el estado del arte, organización o panorama de la minoridad dentro de los foros de codificación, es necesario mencionar que los trabajos surgidos a partir de la Conferencia de la Haya de DIPr han construido todo un andamiaje jurídico en materia de protección de la minoridad considerado como un referente para la comunidad internacional, sin que represente ello, tal y como ya apuntamos, que haya ningún orden de prelación entre el universal y el regional.

3.4.2 Aspectos generales del *hard y soft law* de acuerdo a la literatura jurídica del DIPr

Al hablar de la migración irregular desde la óptica del DIPr emerge la necesidad de estudiar instrumentos internacionales que regulan el sector de la minoridad migrante

³³⁹ *Ibidem*.

³⁴⁰ Righetti, G., *Instituto Internazionale di Roma per l'unificazione del diritto privato*, Nuevo Digesto Italiano, VII (UTET 1938), p. 267 Citado por Labariega Villanueva, Pedro Alfonso, *El Unidroit: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado*, Revista de Derecho Privado, México, p. 118.

irregular no acompañada en México desde una perspectiva estrictamente normativa, bajo esta revisión surgen dos figuras: los instrumentos jurídicos denominados de *hard law*, o derecho duro, y los de *soft law*, o derecho suave o flexible.

Hard y soft law, son consideradas manifestaciones jurídicas que dan respuesta a diversas necesidades del derecho internacional moderno, tales como, “estimular una mayor conciencia jurídica, contribuir a asegurar la presencia de valores éticos en el proceso de positivización del Derecho internacional o reflejar la diversidad de la comunidad internacional”.³⁴¹

El *hard law* representa los tratados o convenciones tradicionales vinculantes de las que hemos estado hablando hasta el momento, sin posibilidad de ser reformados o modificados una vez que se han firmado y ratificados y ese carácter de rigidez que provoca obsolescencia de los mismos y de ahí la complementariedad con instrumentos de *soft law*, sin necesidad de herramientas coercitivas o vinculantes; de hecho estos instrumentos no vinculantes poseen dos características principales: a) la falta de un poder de vinculación directa; b) su innegable influencia en el futuro desarrollo legislativo y su referencia en la actuación judicial, lo cual no tiene ninguna desventaja con respecto al *hard law*³⁴².

Si bien es cierto, las resoluciones de organizaciones internacionales no suponen la existencia de una nueva categoría de normas, si representan la constatación de un proceso de producción normativa basado en la distinción entre *lex lata*³⁴³ y *lege ferenda*³⁴⁴. De tal forma que la acumulación de consideraciones de *lege ferenda*, también reconocido como *nonlaw* o *prelaw*, no es suficiente para crear derecho.³⁴⁵ Pero su importancia y su necesidad son aspectos que debemos considerar antes de emitir un análisis *a priori*, toda vez que estamos en presencia de figuras jurídicas emergentes en la dinámica internacional, particularmente el *soft law*.

³⁴¹ Weil, Prosper, *Towards Relative Normativity in International Law?* 77 *American Journal of International Law*, 1983, pp. 413-442.

³⁴² González Martín, Nuria, “Relatoría de la séptima reunión de la comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, en La Haya, Holanda, 10-17 octubre 2017”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIX, 2019.

³⁴³ Interpretación del derecho vigente.

³⁴⁴ Modificación del derecho vigente.

³⁴⁵ Weil, Prosper, *Towards Relative Normativity in International Law?* 77 *American Journal of International Law*, 1983, pp. 413-442.

Sin embargo, a partir del *soft law* surgen algunos riesgos latentes -quizás no para nosotros en el ámbito de la minoridad migrante donde los aportes del *soft law* han sido benéficos para este colectivo migrante- “como la pérdida progresiva de la naturaleza positiva del Derecho internacional lo que puede derivar en la relativización de la normativa internacional y minimizar el alcance de los derechos y obligaciones internacionales, lo que supone un evidente riesgo de eludir las obligaciones internacionales y difuminar los sujetos obligados”.³⁴⁶

Barberis considera que “el orden Internacional actual no constituye un orden cerrado en el que existe un número determinado de creación de normas jurídicas. Los miembros de la Comunidad Internacional pueden acordar nuevas fórmulas para crear el Derecho de gentes”,³⁴⁷ en este contexto se ubica el fenómeno del *soft law*.

En el ámbito del *soft law*, son tres las principales acepciones, a saber: a) las normas que se encuentran en proceso de formación y aún no han adquirido validez jurídica; b) las normas jurídicas de contenido difuso o vago en las que resulta difícil precisar si sus disposiciones han sido o no cumplidas debidamente; y c) las normas que se hallan en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de algunas organizaciones regionales, en los acuerdos políticos entre los gobiernos, en los *gentlemen´s agreements*, en ciertos códigos de conducta, en declaraciones conjuntas de presidentes o de ministros de Relaciones Exteriores, en directivas adoptadas por consenso en conferencias internacionales, etc., que en conjunto formarían un "orden jurídico intermedio", en donde se agregaría las conclusiones y resoluciones derivadas de las comisiones especiales realizadas para la puesta en práctica y actualización de convenios específicos, entre otros también.³⁴⁸

Los instrumentos de *soft law* buscan alcanzar la integración que por otras vías no se consiguen; integración que pretende ir más allá de la incorporación del derecho comunitario en el derecho de los Estados miembros. En efecto, puede referirse tanto a la progresiva puesta en común de las legislaciones, es decir, de las normas secundarias

³⁴⁶ *Ibidem*.

³⁴⁷ Barberis, Julio. *Formación de Derecho Internacional*, Abaco, Buenos Aires, 1994. p. 257

³⁴⁸ Cfr. Barberis, Julio. *Formación de derecho internacional*, Ábaco, Buenos Aires, 1994, pp. 282-288.

sobre la producción jurídica de los sistemas jurídicos afectados, como a la participación de los sujetos, grupos o entidades interesadas en la dinámica política e institucional.³⁴⁹

Chinkin realiza otra clasificación de *soft law* de la siguiente forma: i) Derecho flexible elaborativo, es decir, principios que proporcionan orientación para la interpretación, elaboración o aplicación de la ley dura. ii) Derecho duro emergente, es decir, principios formulados primero en forma no vinculante con la posibilidad, o incluso la aspiración, de negociar un tratado posterior, o endurecerse en una costumbre vinculante mediante el desarrollo de la práctica estatal y la *opinio juris*. iii) Ley suave como evidencia de la existencia de obligaciones difíciles. iv) Ley paralela suave y dura; es decir, disposiciones similares articuladas tanto en formas duras como suaves, lo que permite que la versión blanda actúe como una disposición alternativa. v) Derecho blando como fuente de obligaciones legales, a través de la aquiescencia y el *estoppel*, quizás en contra de las intenciones originales de las partes.³⁵⁰

Bajo la misma línea, lo cierto es que aún faltan mecanismos institucionales de control y cumplimiento, para que tales instrumentos pueden producir efectos en el ámbito interno. Los casos más recurrentes por mencionar algunos son: la transformación del *soft law en hard law*, no sólo en el ámbito internacional a través de la celebración de tratados posteriores o de la configuración de una práctica consuetudinaria y la adopción de medidas legislativas o judiciales que incorporan los estándares del *Soft law* a la normatividad interna reconociéndole carácter obligatorio.³⁵¹ En el tenor de lo analizado el *Soft law* son principalmente reglas que por su flexibilidad se acomodan a diversas situaciones y reducen la contradicción entre sistemas, en la medida que propenden a una uniformidad, de ahí su importancia en la dinámica del derecho internacional.

En relación al *hard law*, este reviste de un carácter obligatorio, que implica en la exigibilidad de las normas internacionales ante instancias judiciales (internacionales o nacionales), esta obligatoriedad en algunos escenarios encuentra obstáculos que

³⁴⁹ Itzcovich, G. *Integrazione giuridica. Un'analisi concettuale*, Diritto pubblico, 2005, p.749.

³⁵⁰ *Ibidem*.

³⁵¹ Boyle, A .E., *Some reflections on the relationship of treaties and soft law*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, October, 1999, pp. 901-913.

cuestionan precisamente su naturaleza vinculante, que han arribado a teorías de negación del DIP,³⁵² en las que no profundizaremos.

El *hard law* es considerado como “el conjunto de obligaciones legalmente vinculantes que son precisas (o susceptible de ser precisas por adjudicación o regulación detallada) y en las cuales sobre la autoridad recae la facultad para interpretar y aplicar dichas normas.”³⁵³ De aquí que en diversos sentidos, el *Soft law* sea invocado cuando se debilita la obligación, o esta es imprecisa al momento de interpretarla.

Sin embargo, resulta medular precisar, cuál es la base que genera la vinculatoriedad del *hard law* de cara a su eficacia, pues en ocasiones el revestir una norma jurídica este carácter no implica que esta es obedecida en todos los escenarios y casos, porque finalmente estamos hablando del “deber ser” y la amplia distancia que existe entre el “ser” que es competencia de los Estados. Tampoco el *soft law*, que incluso es considerado como un orden jurídico intermedio, implica que su categoría este estrictamente relacionada con su nivel de cumplimiento o acatamiento, pues estas normas o documentos legales pueden poseer gran prestigio y consenso. Adicionalmente si el *hard law* hubiese colmado todos los escenarios de necesidad del derecho internacional, no se necesitaría el *soft law* para auxiliar su incumplimiento o para interpretarlo.

En el ámbito del DIPr, algunas opiniones han esbozado que el *soft* y el *hard law* se reparten espacios jurídicos para, coordinada y armónicamente, cubrir la totalidad de las relaciones privadas multinacionales.³⁵⁴

Consideramos en el ámbito de nuestra disciplina que el *hard* y *soft law* han florecido de forma abundante, generando una dinámica útil y proactiva del DIPr, pero no podemos aseverar que han regulado cada uno de los aspectos de la vida de los particulares; lo cierto es que estas figuras, se han transformado en aspectos a partir de los cuales se puede realizar una clasificación normativa internacional de los documentos legales vigentes y

³⁵² Haas, Peter, *Choosing to Comply: Theorizing from International Relations and Comparative Politics*, en Shelton, Dinah, *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, cit., p. 44.

³⁵³ Chinkin, C., *Normative Development in the international legal system*, en Shelton, Dinah, *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, cit. pp. 30 y 31.

³⁵⁴ Schaffer, G. *et al*, *Hardvs. Soft law: alternatives, complements and antagonist in international governance*, *Minnesota Law review*, num.94, 2010, pp.712-798.

que su coordinación hacen posible que las normas internacionales sean capaces de permearse progresivamente a la comunidad internacional en temas como el migratorio.

En cuanto a la migración irregular de menores no acompañados, la lucha por la protección del menor en el ámbito internacional es una constante desde hace décadas. Por lo que los instrumentos de protección de los menores a nivel internacional se han multiplicado desde organizaciones tan dispares como las Naciones Unidas, la Unión Europea, el Consejo de Europa o la Conferencia de La Haya de DIPr. “Ello ha dado lugar a un entramado de instrumentos supraestatales, a veces entrecruzados, de muy compleja aplicación, máxime en conjunción con las normas internas existentes en cada Estado. Se trata de una normativa que parte de la prevalencia del principio del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo”.³⁵⁵

Sin lugar a dudas, el análisis de instrumentos jurídicos internacionales adquiere gran importancia para maximizar la protección de la minoridad migrante irregular no acompañada en México desde el DIPr. De esta manera clasificaremos nuestro estudio de los instrumentos internacionales, dando inicio por el *hard law* en dos dimensiones una universal y otra regional y daremos el mismo tratamiento a los instrumentos de *soft law* con el propósito de determinar que estos instrumentos internacionales forman parte del DIPr por lo que respecta a la migración internacional.

3.4.3 Instrumentos de *hard law* relativos a la minoridad migrante irregular

3.4.3.1 Sistema Universal

Primeramente, abordaremos el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, el cual denominado foro de codificación universal, el cual nace en el seno de la ONU de la que son miembros casi todos los Estados del mundo. Este sistema consiste en un conjunto de mecanismos orientados a proteger los derechos de todas las personas. El término “universal” procede de la Declaración Universal de los Derechos Humanos e indica que estos derechos son propios de todas las personas por igual, sin exclusiones ni discriminaciones de ningún tipo.³⁵⁶

³⁵⁵ Rodríguez Benot, Andrés. *Manual de DIPr*, Capítulo 8 La protección del menor por Ybarra Bores, Alfonso, Tecnos, Madrid, 2016, p.187.

³⁵⁶ Carrillo Salcedo, J.A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 17.

Ahora bien, el *hard law* del Sistema Universal al que pertenece nuestro país en el ámbito de la minoridad migrante irregular no acompañada, está constituido principalmente por los siguientes instrumentos internacionales los cuales, como analizaremos, revisten un carácter vinculante para el Estado Mexicano a saber: el primero es la Convención sobre los derechos del niño de 1989, y en segundo término la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su protocolo adicional.

La Convención sobre los Derechos del niño³⁵⁷ (CDN) fue elaborada con las aportaciones de múltiples organizaciones y de representantes de diversos países, tardo diez años en completarse y fue aprobada como tratado internacional el 20 de noviembre de 1989. Se trata del instrumento internacional más completo sobre los derechos de la minoridad y es de carácter obligatorio para los Estados ratificantes.³⁵⁸

La CDN establece un Comité de los Derechos del Niño, que es el órgano de las Naciones Unidas que supervisa la aplicación, por los Estados Partes, de dicho instrumento, de conformidad con el artículo 43, primer párrafo, de dicho instrumento. El Comité también supervisa la aplicación de los tres protocolos facultativos de la Convención, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados³⁵⁹ y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía.³⁶⁰ Para su funcionamiento, la Convención ha otorgado al Comité la facultad de adoptar su propio reglamento, en términos del artículo 43, octavo párrafo.³⁶¹

Ahora bien, en relación al andamiaje normativo de la CDN, el artículo 1o. de la Convención sobre los Derechos del Niño define como niño y niña a “todo ser humano

³⁵⁷ Naciones Unidas (ONU), *Convención sobre los Derechos del Niño*, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

³⁵⁸ UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Convención de los Derechos del niño*, Madrid, 2006, p.6.

³⁵⁹ Cf. *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados*, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución A/ RES/54/263, del 25 de mayo de 2000, en vigor a partir del 12 de febrero de 2002.

³⁶⁰ Cf. *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía*, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución A/RES/54/263, del 25 de mayo de 2000, en vigor a partir del 18 de enero de 2002.

³⁶¹ Cf. *Reglamento del Comité de los Derechos del Niño*, Naciones Unidas, CRC/C/4/Rev.2, de 9 de diciembre de 2010.

menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". En consecuencia, tal y como lo ha establecido el Comité de los Derechos del Niño, los niños y las niñas, hasta los 18 años de edad, son titulares de todos los derechos contenidos en la Convención; tienen derecho a medidas especiales de protección, y, con la evolución de sus facultades, pueden ejercer progresivamente sus derechos.³⁶² Se rompe con el denominado paradigma de la minoridad, para dar paso a las teorías de la protección integral del menor, a partir de las cuales se considera como sujeto de derecho, como ya hemos analizado en el capítulo segundo de este trabajo, anotando las implicaciones para nuestra disciplina de esta transformación. No obstante, debemos resaltar, la trascendencia de la CDN que da inicio a nueva era en relación a los derechos de la infancia, que parte de su reconocimiento como un colectivo sujeto a derechos especiales. Dando origen diversos principios jurídicos dirigidos a la infancia, como el de no discriminación y el del interés superior del niño, el segundo como un concepto jurídico indeterminado.

La CDN hace referencia directa a la migración de menores y sus familias, estableciendo medidas positivas para los Estados partes del tratado para luchar contra los traslados ilícitos de menores al extranjero, al igual que contra su retención ilícita en el extranjero.³⁶³ Así como las facilidades para obtener el estatuto de refugiado, tanto si el menor migrante extranjero está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona.

En el caso de la migración, el Comité de la ONU ha señalado, que principalmente en materia de refugio y asilo, hay que escuchar al niño y a la niña en relación con sus expectativas educativas y sus condiciones de salud, a fin de integrarlos en los servicios escolares y de salud. En el caso de una demanda de asilo, el niño y la niña deben tener, además, la oportunidad de presentar sus motivos para la demanda de asilo.³⁶⁴

Este instrumento también hace alusión a las detenciones que realizan las autoridades migratorias en los casos de menores no acompañados, los cuales tienen que ser lo más cortos posibles y tendientes a evitar a no ser como medida de *ultima ratio* la

³⁶² ONU, Observación General No. 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/7/ Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, párr. 3.

³⁶³ *Ibidem*.

³⁶⁴ Cfr. ONU, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Comité de los Derechos del Niño, CRC/GC/2005/6, de 1 de septiembre de 2005.

colocación de menores migrantes no acompañados en lugares de detención que priven su libertad, esto implica que debe primar en todo momento el principio de no detención.

Ahora bien, el segundo instrumento a analizar es la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.³⁶⁵ El 28 de julio de 1951 una Conferencia de Plenipotenciarios adoptó la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados que, de acuerdo con su artículo 43, entró en vigor el 22 de abril de 1954. En los términos del artículo 1, sección A, de esta Convención, el término "refugiado" se aplicará, además de a los reconocidos por los instrumentos jurídicos internacionales anteriores, a toda persona:

"... que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él".³⁶⁶

"La Convención es el primer tratado internacional que establece una definición general de los refugiados. Sin embargo, hay que entender esta generalidad en el sentido de no ser enumerativa, pero de ninguna manera por su carácter universal".³⁶⁷ En efecto, aparte de que la Convención sólo se aplica a "acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951", los Estados contratantes, conforme a la sección B del mismo artículo 1, podrán aplicar la Convención a los refugiados víctimas de "acontecimientos ocurridos en Europa o en otro lugar".

Esta limitación de tiempo y la limitación opcional geográfica, que en la práctica planteó problemas difíciles ante la aparición de nuevas situaciones de refugiados, no va a

³⁶⁵ El 3 de diciembre de 1949 la Asamblea General de las Naciones Unidas, reconociendo que la protección internacional a los refugiados seguía incumbiendo a la comunidad internacional, decidió, una vez terminadas las actividades de la Organización Internacional de los Refugiados, que inicio sus funciones tras la Segunda Guerra Mundial, nombrar a un Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados identificado por sus siglas ACNUR. Este organismo se estableció el 14 de diciembre de 1950 por resolución 428 (V) de la Asamblea General, iniciando sus actividades formalmente el 1 de enero de 1951.

³⁶⁶ Un estudio comparativo general de las definiciones contenidas en el Estatuto del ACNUR y en la Convención de 1951, puede verse en Grahl-Madsen, A., *The status of refugees*, p. 105.

³⁶⁷ Grahl-Madsen, A., *Refugees within the competence of the United Nations*, AWR-Bull., 1974, p. 17.

ser corregida hasta la adopción del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, abierto a la adhesión el 31 de enero de 1967 y que entró en vigor el 4 de octubre del mismo año.³⁶⁸

Es importante recordar, que la definición de refugiado es aplicable a cualquier persona, sin importar su edad. Tratándose de las solicitudes de refugio hechas por menores deben tomarse en consideración principios como la unidad familiar y el interés superior del menor.

Esta convención como hemos señalado incluye al sector de la minoridad como sujeto de los derechos contenidos en este instrumento, al categorizar al sujeto recipiente de derechos como “persona” donde se encuentra incluidos los menores. En este sentido, dos artículos nos resultan valiosos en el ámbito de la minoridad en contexto de migración irregular: el artículo 31 y el artículo 33, que se refieren a la migración irregular y al principio de *non refoulement* respectivamente.

La intención de esta convención fue afirmar la no criminalización de la migración irregular, que en muchos casos es a través de este tipo de migración que se intenta acceder a la condición de refugiado y que esta condición jurídica de irregularidad no repercuta en la adquisición del estatus de refugiado.

Finalmente, debemos puntualizar que a pesar de estos dos instrumentos internacionales tan relevantes para la protección de la minoridad, incluso en un contexto de migración forzosa como lo es la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, no existe un instrumento especializado de carácter vinculante que de tratamiento al tema de los menores migrantes no acompañados en situación de migración irregular.

3.4.3.2 Sistemas Regionales

Analizaremos en el ámbito regional al Sistema interamericano de Derechos Humanos (SIDH), el cual desde el DIPr es un foro de codificación regional, en este sistema concretamente estudiaremos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en virtud de que en el apartado de *soft law* estudiaremos la opinión consultiva no. 21 emitida en el ejercicio de una de las funciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de carácter no vinculante.

³⁶⁸ *Vid.*, al respecto, Coursier, H., *L'evolution du Droit International Humanitaire*, Rec. des Cours, vol. 99, 1960, p. 432.

“Los principios sobre los que se rige la Convención Americana, emanan de los que han sido consagrados en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), así como lo expresados en la Declaración Americana y en la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos”.³⁶⁹

El documento mencionado, ha establecido estándares regionales para la protección de la minoridad no acompañada en el contexto de la migración, resultaba neurálgico analizar el sistema donde tiene origen dicha opinión consultiva.

La Convención americana, es objeto de estudio del DIP en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no obstante, estamos en presencia de un nuevo ejemplo en el que existe esta interfaz normativa entre el DIPr y el DIP que hemos apuntado, por lo que resulta necesario abordar específicamente este instrumento que nutre el torrente sanguíneo de nuestra disciplina.

El Sistema Interamericano tiene nacimiento con la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la novena Conferencia Internacional Americana celebrada en la ciudad de Bogotá en 1948, en el marco de la cual se adoptó la Carta de la OEA que proclama los derechos fundamentales de la persona humana como uno de los principios en que se funda la organización.³⁷⁰

El SIDH, tiene como piedra angular a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o Convención Americana);³⁷¹ el proyecto original de la Convención fue elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos que fue sometido al Consejo de la OEA, organismo que convoca a una Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en la cual el 21 de noviembre de 1969 en San José Costa Rica se adoptó la Convención Americana.³⁷²

La entrada en vigor de la Convención se produjo el 18 de julio de 1978 creando en su Capítulo VII a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³⁷³ La Corte

³⁶⁹ Camarillo Govea, Laura Alicia, *Acceso Directo del Individuo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tirant lo blanch, justicia interamericana 5, México, 2018, p.199.

³⁷⁰ Conferencias Internacionales Americanas. Segundo Suplemento, 1945-1954, Washington D.C., Unión Panamericana, 1956, pp. 172 y 173.

³⁷¹ *Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*, Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969.

³⁷² Organización de los Estados Americanos (OEA). *Documentos Básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. Washington D.C. 2009. p. 13.

³⁷³ *Ibidem*.

Interamericana, es un órgano del Sistema Interamericano que posee facultades contenciosas, es decir es un tribunal que vigila jurisdiccionalmente la observancia y cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos³⁷⁴ en este hemisferio, pero a su vez posee atribuciones consultivas, es decir no jurisdiccionales, donde los Estados pueden acudir a este Tribunal para efecto de interpretar o esclarecer las Cláusulas del Pacto de San José, esta función pertenece a la categoría jurídica de Soft law, dado que no es vinculante para los Estados partes.

La CADH contempla los derechos de la infancia en el artículo 19 del mismo instrumento que determina un ámbito de protección especial a los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes regulado a su vez las obligaciones especiales de protección por parte de los Estados.³⁷⁵ Esta convención al igual que la CDN considera a los menores como sujetos de derecho, como ya hemos analizado.

Asimismo, el SIDH ha incorporado el concepto de *corpus iuris* de los derechos del niño,³⁷⁶ que significa el reconocimiento a la existencia de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos de la infancia.

3.4.3.3 Inexistencia de *lex specialis* de carácter duro en materia de minoridad migrante no acompañada en el Derecho internacional

Del análisis anterior, en el ámbito del *hard law* tanto universal como regional, no se desprende un instrumento jurídico especializado en el tema de los menores migrantes irregulares no acompañados. Si bien es cierto, hemos hecho una interpretación de los

³⁷⁴ En lo que respecta a la arquitectura normativa de la Convención Americana, esta contiene 26 artículos relativos a derechos, los cuales se aplican en su integridad para la protección de los derechos de la minoridad. Asimismo, contiene referencias específicas al tema de la niñez tal como se observa en las disposiciones que se refieren a los niños en conflicto con la ley penal, al derecho de los niños privados de libertad a estar separados de los adultos, contemplados en el artículo 5 y el artículo 17, que regulan cuestiones relevantes para la protección de la familia, como por ejemplo concernientes a la igualdad de derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

³⁷⁵ Además del artículo 19 de la CADH son referentes ineludibles en nuestro hemisferio del espectro de derechos humanos a los que la minoridad debe tener acceso los artículos 5 y 17 del mismo instrumento.

³⁷⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aplicado esta noción en reiteradas oportunidades. Así por ejemplo, en el caso de la Comunidad Yakie Axa, donde la Corte invocó el *corpus iuris* de los derechos del niño para establecer un alcance más amplio de los estándares de protección de los derechos de los pueblos indígenas y aplicar tratados y documentos que no forman parte del propio Sistema Interamericano como es el caso del Convenio 169 de la OIT.

derechos de la minoridad contenidos en distintos instrumentos de notorio valor, como la CDN, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estos tratados no obligan a los Estados de una forma directa y pormenorizada en materia de minoridad migrante irregular no acompañada, sino de forma accesoria y complementaria.

Como estudiaremos más adelante, en el apartado de *soft law* si existen diversos instrumentos muy útiles y pertinentes que dan tratamiento a este tema, como el documento denominado Buenas Prácticas para la protección de los menores migrantes no acompañados en Europa, pero con las implicaciones de ser considerado como instrumento de derechos intermedio o derecho suave, y por tanto no es obligatorio y en el caso del documento europeo aludido, este no corresponde a nuestro sistema regional, por lo que solamente representa una criterio interpretativo y orientativo.

Por su parte, como hemos señalado la figura de *lex specialis*, hace referencia al principio de especialidad normativa que incluye la materia regulada, al contenido de la norma, y supone el tránsito de una regla más amplia, que afecta a todo un género, a una regla menos extensa, que afecta exclusivamente a una especie de dicho género.³⁷⁷ La creación de *lex specialis* en el caso que nos ocupa, resulta útil para separar todos los contextos de una situación general (migración irregular), para adaptarse a las particularidades de un fenómeno o un sector poblacional (colectivo de menores migrante irregulares no acompañados), es por ello tan relevante que además de la existencia de normas que contemplan a los menores, se codifique normas especializadas de carácter vinculante y riguroso respecto del sector migrante que damos tratamiento, tanto en los ámbitos universal y regional, por lo que es necesaria y urgente una regla más extensa, y especializada que atienda a todas las especificidades de este sector poblacional, en aras de su protección más amplia, en este escenario el DIPr puede brindar propuestas desde sede nacional para la codificación de *lex specialis* en la materia.

³⁷⁷ *Óp. cit.* Bobbio, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*, Debate, 1990, p. 344.

3.4.4 Instrumentos de *soft law* correspondientes a los menores migrantes irregulares

3.4.4.1 Sistema Universal

En este apartado, analizaremos los siguientes tres documentos que se encuentran en la categoría de *Soft law* y además debemos reconocer que atienden de forma directa a la minoridad migrante irregular: la Observación General No. 6 del Comité Internacional de los Derechos del niño; las Directrices sobre Protección Internacional N° 8: Solicitudes de asilo de niños; y el documento elaborado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) denominado Buenas Prácticas para dar tratamiento a los menores migrantes no acompañados en Europa.

En cuanto a la Observación General No. 6 del Comité Internacional de los Derechos del niño, denominada del Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, es presentada por el Comité en el 2005 y busca poner de manifiesto “la situación particularmente vulnerable de los menores no acompañados y separados de su familia, y exponer la multiplicidad de problemas que experimentan los Estados para conseguir que esos menores tengan acceso a sus derechos”.³⁷⁸

La Observación está dirigida a los menores no acompañados y separados de su familia que se encuentran fuera de su país de nacionalidad, o si fueren apátridas, fuera del país de residencia habitual.³⁷⁹ Sin embargo, no se aplica a los menores que no hayan cruzado una frontera internacional, aun cuando el documento reconoce estar consciente de los numerosos problemas análogos que plantean los menores no acompañados y separados de su familia en situación de desplazados internos.

Ello quiere decir que los instrumentos legales que rigen la situación de los menores dentro del territorio del Estado no pueden definir al menor de una manera que se aparte de las normas que determinan la mayoría de edad en ese Estado.

³⁷⁸ ONU, Comité de los derechos del niño, *Observación general N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, objetivos generales de la observación, 39° período de sesiones, 1 de septiembre de 2005.

³⁷⁹ En el plano descriptivo, señala las siguientes definiciones: se entiende por "niños no acompañados" (llamados también "menores no acompañados") de acuerdo con la definición del artículo 1 de la CDN, a los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad. Asimismo, define por "niño", "todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

La Observación General No.6 es un instrumento de Soft law muy bien diseñado por la ONU para dar respuesta a distintas aristas del fenómeno de la minoridad migrante irregular, incluso realiza distinciones de tipo semánticos, precisiones sobre la edad, medidas de protección que deben implementar los Estados y líneas de acción concretas para activar principios como el de *non refoulement*. Desafortunadamente es un documento que no es obligatorio para los Estados y solo se identifica como una guía o parámetros que pueden o no aplicarse en el interior de los Estados que pertenecen al Sistema Universal.

En segundo lugar, analizaremos a las Directrices sobre Protección Internacional N° 8: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, este documento tiene como propósito brindar orientación legal interpretativa a los gobiernos, los abogados, a las autoridades migratorias en los países, así como para el personal del ACNUR a cargo de la determinación de la condición de refugiado en el ámbito de la minoridad.

Estas directrices son muy específicas al señalar que la mera condición de menor no garantiza la concesión del refugio, porque se tiene que acreditar el temor fundado señalado por la Convención de 1951. Sin embargo, a pesar de esta afirmación categórica, si se ha preocupado por dar un tratamiento sensible a los menores en el sentido de señalar: que un entendimiento contemporáneo a los niños en cuanto a la persecución, abarca muchos tipos de violaciones a los derechos humanos, incluyendo violaciones a los derechos específicos al menor.

Es esencial analizar la normativa de la CDN y de otros instrumentos internacionales de derechos humanos relevantes, aplicables a los niños para determinar el carácter persecutorio de un acto infligido en contra de un niño.³⁸⁰ Esto implica que habrá hipótesis distintas en las que el menor pueda acceder a la condición refugiado bajo el amparo de otros instrumentos internacionales importantes como la CDN. Derivado de lo anterior concluimos el gran valor y utilidad pragmática que estas observaciones y directrices tienen, en aras de facilitar el entendimiento de conceptos e incidir en que los operadores jurídicos

³⁸⁰ Véase, ACNUR, *Sobre solicitudes de asilo por motivo de leyes o políticas de planificación familiar forzada*, agosto de 2005, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4823.pdf>.

o aquellos funcionarios encargados de aplicar la norma desplieguen el aparato normativo más amplio en beneficio de los menores migrantes irregulares no acompañados.

3.4.4.2 Sistemas Regionales

Analizaremos en el ámbito regional interamericano a tres documentos de Soft law que estimamos trascendentes a saber: la Opinión consultiva No. 21 sobre Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de migración y/o necesidad de Protección Internacional, y a la Declaración Extraordinaria de Managua, de la Conferencia Regional sobre Migración, y en tercer lugar, dada su complejidad y al ser un documento tan progresista, analizaremos un documento del Sistema europeo llamado, Declaración de Buenas Prácticas para dar tratamiento a los menores migrantes no acompañados en Europa elaborado por ACNUR.

Primeramente, la Opinión Consultiva No. 21 solicitada en el 2011 ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por los Estados de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, reafirma diversos de los aspectos estudiados en la CDN y en la Observación General No.6, *inter alia*: implementación de todas las medidas de protección en favor de los menores; el principio de no discriminación; el principio del interés superior del menor (entendida como toda persona menor de 18 años de edad); el principio de respeto al derecho a la vida; el principio de respeto a la opinión del menor en todo procedimiento que le afecte.

La Opinión subraya que [p]ara alcanzar los objetivos de la justicia, todo proceso, incluyendo el administrativo (como en el caso de la migración), debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante ellos.³⁸¹ En este caso dar atención especial a la figura de la minoridad, en virtud de los factores de desigualdad de hecho ante los que se enfrenta este colectivo.

Ahora bien, hemos llegado al análisis de un documento regional especializado en el tema de la migración, y que además establece un apartado para dar atención al tema de los menores migrantes no acompañados, nos referimos a la Declaración Extraordinaria de Managua, de la Conferencia Regional sobre Migración. Esta Declaración se firmó en

³⁸¹ Opinión Consultiva No. 21, OC-21/14. *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de migración y/o necesidad de Protección Internacional*, de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.

junio de 2014 en el marco de la Conferencia Regional sobre Migración³⁸² en la que participaron 11 países del continente incluyendo México.³⁸³

Si bien la Declaración no constituye un documento que tenga rango constitucional en México, si representa un acuerdo que reconoce el reto humanitario que supone el incremento del flujo de menores migrantes irregulares no acompañados en el continente y que asume el desafío de desarrollar repuestas integrales orientadas a la prevención de la migración y a la protección de los derechos de este colectivo antes, durante y después de migrar.³⁸⁴

La Declaración consiste en once acuerdos relevantes, entre los que sobresalen los siguientes aspectos: Garantizar el interés superior del menor; la promoción de acciones inmediatas para brindar protección efectiva a menores no acompañados durante cualquiera de las fases del flujo migratorio; luchar contra los grupos delictivos organizados de tráfico ilícito y de trata de personas y fortalecer la cooperación para la aplicación de las respectivas legislaciones nacionales. Esta declaración como instrumento derivado del DIPr pugna principalmente por la búsqueda de la unificación de criterios normativos para facilitar la protección del colectivo migrante que estudiamos.

Para concluir este apartado de Soft law regional, haremos alusión a un documento del Sistema europeo denominado: Declaración de Buenas Prácticas para dar tratamiento a los menores migrantes no acompañados en Europa elaborado por ACNUR.

Esta Declaración europea inicia señalando que el término “menor” es el adecuado para referirse a aquellos niños extranjeros que tengan hasta 18 años de edad, y que no están bajo cuidado efectivo de un adulto responsable de ellos legalmente, independientemente de que estén o no acompañados por un adulto, señalando que el

³⁸² *La Conferencia Regional de Migración* es un foro intergubernamental que agrupa a once países de Centroamérica, Norteamérica y el Caribe, Belice, Canadá, Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, y República Dominicana, con el propósito de intercambiar información y promover el diálogo regional en materia migratoria.

³⁸³ Comisión Nacional de Población (CONAPO) *Migración de niñas, niños y adolescentes: Antecedentes y análisis de información de la Red de módulos y albergues del Desarrollo Integral de la Familia (DIF) 2007-2016*, México, 2016, p. 80.

³⁸⁴ D’Alessandre V., *et al*, *Cuaderno 10: Una mirada hacia la primera infancia en contextos de migración internacional*, Organización de los Estados Iberoamericanos, UNESCO, IIEP, SITEAL, SIPI, Fundación Arcor, UNICEF, 2015, p.15.

término "menores no acompañados" es también utilizado en este sentido en la Resolución de la Unión Europea de 19 de julio de 1997.³⁸⁵

La Declaración identifica como "Buenas Prácticas": el acceso al territorio sin obstáculos legales, el brindar un tratamiento especial al tema de menores víctimas de la trata de menores, una preocupación principal por los menores inmigrantes no acompañados y su identificación inmediata, buscar y localizar a la familia y el establecimiento de contactos, el nombramiento de un tutor, atención al registro del menor y su documentación, la determinación de la edad como un aspecto toral, su protección en todo momento a través del escudo del principio de no detención y el derecho a su participación plena dentro de os procesos migratorios.

Este documento contiene un apartado dedicado a los menores inmigrantes no acompañados donde señala: "algunos menores no acompañados viajan solos como inmigrantes, intentando escapar de situaciones de pobreza, privaciones y miseria. En caso de ser entregados a las autoridades, los menores inmigrantes no acompañados no deben ser expulsados del país sin que se haya realizado una evaluación completa de la situación que se vive en su país de origen."

Adicionalmente establece una diferenciación que nos parece sumamente atinada y que no habíamos encontrado en todo el aparato normativo revisado previamente, y consiste en que las autoridades deben tener en cuenta que "algunos menores se convierten en menores no acompañados después de haber entrado en el país (descomposición de la familia, partida del tutor, etc.). Las autoridades competentes para la resolución de los casos de inmigrantes y refugiados deberán garantizar que cualquier cambio de estatus, como resultado de dichas separaciones, quede reflejado en los respectivos expedientes."

Asimismo, contempla que en los puntos de entrada de los países, las autoridades de inmigración deberán instaurar procedimientos para la identificación de menores no acompañados y el traslado de esos menores a las autoridades de bienestar infantil

³⁸⁵ "La presente Resolución se refiere a los menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos. La presente Resolución podrá aplicarse también a los menores nacionales de países terceros que, después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros, sean dejados solos". Resolución 97/C/221/03.

competentes. Hemos sostenido en reiteradas ocasiones la importancia de que las normas nacionales mexicanas establezcan parámetros o criterios específicos para la identificación de los menores, según su condición etaria, los cuales no están contemplados en el derecho mexicano.

Por tanto, la Declaración analizada es el reflejo de un Sistema regional, en este caso el europeo, que ha estudiado la problemática de la minoridad migrante irregular no acompañada a fondo y que ha identificado los aspectos torales, así como los diversos contextos emergentes que puede padecer un menor bajo esta situación de migración.

Del anterior análisis se desprende, que las normas de carácter *soft law* de los sistemas regionales han sido más claras y exhaustivas al momento de dar tratamiento al tema de los menores migrantes irregulares no acompañados, posiblemente el que sean menos países involucrados en las negociaciones de los instrumentos, como en el Sistema Interamericano, haya incidido en mayor concreción en la temática y en el desarrollo de los derechos de estos menores.

También debemos destacar, la ausencia de una norma especializada en el tema, de carácter duro o vinculante para los Estados, las normas vinculantes analizadas en el Sistema Universal por ejemplo, son instrumentos generales que se refieren al ámbito de la minoridad, pero que no atienden a las particularidades de un fenómeno o un sector poblacional, es por ello tan relevante que además de la existencia de estas normas como la CDN, es necesario que se codifiquen normas especializadas de carácter vinculante y riguroso en el tema de la minoridad migrante irregular no acompañada en los ámbitos universal y regional, es ineludible y urgente una regla más extensa, y especializada que atienda a todas las aristas de este sector poblacional, en aras de su protección más amplia.

3.4.5 Análisis de la minoridad con base en su edad, según los instrumentos internacionales de *hard y soft law*

Por otra parte, el vocablo “menor”, como hemos señalado es un concepto jurídico que además puede ser abordado en términos numéricos, es decir, en relación con la edad máxima para su consideración como menor respecto al adulto.

No puede darse el mismo tratamiento a un menor de tres años quien apenas ha aprendido a comunicarse a través del lenguaje hablado, que a un menor de dieciséis años

que se encuentra en plena adolescencia. Esto es ampliamente conocido por el DIPr, disciplina que ha generado diversos rangos de edad como consecuencia de la problemática específica que atraviese el menor, es decir, hay variantes en los instrumentos internacionales del DIPr con respecto al rango de edad considerado como máximo para identificar a un menor como sujetos de derecho, por ejemplo, para dar tratamiento al tema de sustracción de menores donde la minoría de edad es a los dieciséis años, en cambio con respecto a las obligaciones alimentarias esta minoría se eleva a los dieciocho e incluso a los veintiún años.

Por su parte, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha señalado que “es suficiente la diferencia que se ha hecho entre mayores y menores de 18 años y que la mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar...No todos poseen esta capacidad: carecen de esta en gran medida los niños.” Lo que implica que en Latinoamérica, incluyendo nuestro país, como es de amplio conocimiento, los menores de 18 años no se consideran adultos. En este sentido, podemos identificar que la Corte Interamericana en términos cuantitativos ha dado un tratamiento único como categoría de la minoridad, sin realizar subdivisiones en razón del periodo de la infancia en el que se ubica el menor.

Ahora bien, en el ámbito universal, son dos las modalidades que se encuentran en los instrumentos internacionales y que a continuación presentamos; por un lado, en el número que se ha considerado como punto de referencia para determinar la minoridad (la cual puede oscilar entre los 16 y los 21 años) y, por otro lado, la técnica normativa, directa o indirecta (de calificación autónoma o no), utilizada para abordar dicha minoría.³⁸⁶

De esta manera encontramos tres categorías de tratados en relación a la edad del menor:

a) La primera sitúa la minoría de edad en los dieciséis años, representando así el límite más bajo de todos los instrumentos convencionales regulando la sustracción internacional de menores; el segundo, por la técnica directa utilizada en el señalamiento de la edad; nos referimos concretamente, a

³⁸⁶ *Óp. Cit.* González Martín, Nuria, *Los menores de edad migrantes no acompañados y sus exigencias jurídicas. Un diálogo entre España y México*, en coautoría con Vestri, Gabriele, Sevilla, España, Edit. Centro Euro-Árabe de Estudios Jurídicos Avanzados- Universidad Pablo de Olavide-Diputación de Sevilla, 2012. p. 159

la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores (artículo 2) y el Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (artículo 4). Si bien la doctrina intenta justificar este límite reconociendo el derecho a la autonomía del menor a partir de dicha edad y el peso específico que debe tener su opinión en función de una presumida madurez, una voluntad propia que podrá difícilmente ser ignorada, sea por uno u otro de sus padres, sea por una autoridad judicial o administrativa, termina reconociendo que dicha edad no resulta acertada a la luz del artículo 11 de la Convención de los Derechos del Niño, debiendo defenderse la ampliación de la protección convencional al niño hasta alcanzar los dieciocho años. En segundo lugar, encontramos el Convenio europeo relativo al 1980, que considera “menor” a una persona de menos de dieciséis años y sin derecho a fijar residencia propia”.

b) En segundo lugar, encontramos un grupo de instrumentos que elevan la minoría de edad, y así sitúan explícitamente el límite en los dieciocho años. En este sentido podemos mencionar la propia Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores (artículo 3); el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, el cual en su artículo 2 dispone que “el Convenio se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años”, la Convención Interamericana sobre obligaciones alimenticias relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, entre otras.

c) En tercer lugar, encontramos otro reducto de Convenios donde la edad para fijar la minoría es la de veintiún años; en este rubro encontramos el Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones alimentarias respecto a menores, hecho en La Haya el 24 de octubre de 1956, en cuyo artículo 1o menciona que “a los fines del presente Convenio, la palabra menor significa todo hijo legítimo, ilegítimo o adoptivo que no esté casado y tenga menos de

veintiún años cumplidos”; el Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones relativas a las obligaciones alimentarias, de 2 de octubre de 1973; el Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias de 2 de octubre de 1973 y en el Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia. Otro Convenio que establece la edad de veintiún años es el convenio internacional para la represión de la trata de mujeres y niños (artículo 5).³⁸⁷

En este sentido, identificamos tres categorías para clasificar a la minoridad en el prisma del DIPr, la primera por lo que hace al límite de los 16 años de edad bajo los presupuestos de la figura de sustracción ilegal de menores y la conducente restitución; en segundo término el límite de 18 años de edad en instrumentos como la CDA, la Convención Americana y documentos sobre justicia penal para menores como las Reglas de Beijing; y finalmente una tercer clasificación que comprende hasta los 21 años en lo que respecta a la obligaciones alimentarias.

De lo anterior podemos interpretar, que las distinciones en los rangos de edad no son producto de desacuerdos entre las distintas normas aludidas, sino que representan un esfuerzo por identificar los aspectos que se encuentran vinculados con la materia que regulan, por lo que no es la misma apreciación para las reglas de Beijing que establecen un máximo de 18 años de edad, toda vez que analizan a un menor o joven bajo las distintas hipótesis del derecho penal; que los aspectos considerados por la convención de la Haya sobre cuestiones alimentarias que establece el máximo de 21 años. Entendemos que son contextos distintos por lo que el DIPr de forma congruente ha brindado tratamientos y clasificaciones diferenciadas.

Por tanto, estas categorías numéricas son necesarias, pues establecen los presupuestos para que este sector poblacional puede ser titular de la protección especial otorgada por los derechos de infancia, al ubicarse en la categoría jurídica de niño o menor desde una perspectiva cuantitativa.

Sin embargo, aún persisten desafíos de cara a la diferencia de tratamiento en rangos de edad temprana, como por ejemplo un menor de 3 años respecto a uno de 16

³⁸⁷ *Ibidem.* pp. 161-164.

años, si bien es cierto el interés superior del menor es uno y no tiene implicaciones en el rango de edad hasta los límites señalados (16,18 y 21 años de edad), la realidad nos ha mostrado que habrá aspectos que se tendrán que proteger de manera más urgente en algunos casos de menores que en otros y estos están vinculados al sentido numérico de la edad del menor de que se trate, principalmente en el contexto de la migración irregular de menores no acompañados donde la vulnerabilidad puede exacerbarse en relación a la edad del menor que se encuentre bajo esta categoría migratoria.

Para concluir este capítulo debemos precisar que la razón por la que la clasificación presentada tiene como base el *Hardy soft law*, es la de clarificar los documentos existentes en el universo normativo del DIP y el DIPr aplicables al tema que estudiamos, así como su vinculatoriedad o competencia para con el Estado mexicano.

Con ello, no solamente pretendemos identificar el marco jurídico protector de este colectivo sino también detectar las aporías y los progresos de estos instrumentos, y lo que incluso los sistemas regionales como el europeo o el interamericano, pueden aportar para la construcción de instrumentos especializados o *lex specialis* en materia de minoridad migrante irregular no acompañada en México.

3.5 Consideraciones sobre el diálogo normativo generado por el DIPr a través de su sistema de fuentes

3.5.1 Diálogo con el derecho mexicano aplicable

El análisis de las fuentes del DIPr nos permite interpretar, que nuestra disciplina lleva a cabo un diálogo normativo con el derecho mexicano en materia migratoria que le incumbe a las normas federales, locales y al Derecho Constitucional. Desde el ámbito del DIPr, tratándose del tema que nos ocupa, nos referimos a las tres normas nacionales que fueron revisadas: la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y su reglamento; la Ley de Migración y su reglamento; y la Ley sobre Refugiados Protección complementaria y Asilo Político y su reglamento.

En el ámbito local las normas que entran en conexión con este diálogo normativo son: la Ley para la Protección y Defensa de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Baja California, el reglamento del Sistema Municipal de Protección Integral

de Niñas, Niños y Adolescentes de Tijuana, y la Ley para la Protección de los Derechos y Apoyo al Migrante del Estado de Baja California, estas normas las atenderemos en el estudio del caso de Tijuana, Baja California, mismo que reviste una revisión de los diálogos del DIPr con el derecho constitucional. Toda vez que en el ámbito constitucional encontramos un escenario fértil para futuros desarrollos en torno a este diálogo normativo, al identificar una discrepancia sobre el ámbito de competencias en materia federal que genera confusión sobre la pertinencia de la labor legislativa por parte de las entidades federativas en materia de migración en su ámbito local. En este marco, el DIPr se presenta como una herramienta toral en la asimilación de estos cambios, ya que puede incidir principalmente en dos aspectos; el primero en su dimensión de derecho nacional para facilitar la armonización a través del Derecho Constitucional y en segundo lugar como Derecho de Integración que le permita participar en la transformación y expansión de las competencias migratorias a partir del conocimiento de las necesidades y de la realidad local.

En este sentido, es necesario el planteamiento de un diálogo que se debe habilitar entre el DIPr y el Derecho Constitucional para efecto de clarificar e incluso repensar las esferas de competencia constitucional de la migración en México, toda vez que las entidades federativas están desarrollando *lex specialis* de carácter local en materia migratoria, como es el caso del Estado de Baja California con la Ley para la Protección de los Derechos y Apoyo al Migrante.

Este diálogo en materia constitucional, bajo nuestra perspectiva, reviste el menester de redefinir las esferas de competencia federales y estatales y sus límites concretos en el ámbito migratorio, bajo esta premisa desde el DIPr se puede justificar la necesidad de ampliar estas competencias, y brindarle al Derecho Constitucional una dirección para accionar una redimensión de los límites a las facultades de las entidades federativas en materia migratoria.

3.5.2 El diálogo con el DIP a través de la aplicación del *hard y soft law*

Al hablar de temas que incumben al derecho internacional como la migración irregular en nuestro caso desde la óptica del DIPr se requiere, como ha sido revisado con cuidado, del estudio de fuentes internacionales para el entendimiento integral de los

derechos que le asisten al colectivo de la minoridad migrante irregular no acompañada en México, bajo esta revisión surgieron dos figuras que fueron analizadas: el *hard y soft law*.

Al respecto, en el presente trabajo realizamos una clasificación sobre las normas aplicables a la minoridad migrante irregular que se circunscriben a estas dos vertientes modernas. Distribuimos nuestro estudio de los instrumentos internacionales, de la siguiente manera: primeramente, abordando el *hard law* en dos dimensiones una universal y otra regional y en segundo término el análisis de los instrumentos de *soft law*, a los que dimos el mismo tratamiento y clasificación.

Por lo que hace al *hard law* del Sistema Universal al que pertenece nuestro país, en el tema que nos ocupa, discernimos que este se encuentra constituido principalmente por los siguientes instrumentos internacionales: el primero es la Convención de los derechos del niño de 1969, y en segundo término la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su protocolo adicional. Estos instrumentos como analizamos revisten un carácter vinculante para el Estado Mexicano.

Asimismo, estudiamos en el ámbito regional del *hard law* al Sistema interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y su instrumento rey, la Convención americana sobre Derechos Humanos y los derechos reconocidos en este tratado a la minoridad.

Identificamos en esta primera parte también, que a pesar de la existencia de instrumentos internacionales tan relevantes para la protección de la minoridad, incluso en un contexto de migración forzosa como lo es la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, no existe un instrumento de carácter vinculante que de tratamiento al tema de los menores migrantes no acompañados en situación de migración irregular, en el ámbito del *hard law*, tanto universal como regional, pues no se desprende un instrumento jurídico especializado en el tema de los menores migrantes irregulares no acompañados.

Si bien es cierto, hicimos una interpretación de los derechos de la minoridad contenidos en distintos instrumentos de notorio valor, como la Convención de los Derechos del Niño (CDN), la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estos tratados no obligan a los Estados de una forma directa y pormenorizada en materia de minoridad migrante irregular no acompañada, sino de forma accesoria y complementaria.

En cuanto al sistema universal en la categoría de *soft law*, estudiamos principalmente tres documentos que atienden de forma directa a la minoridad migrante irregular: la Observación General No. 6 del Comité Internacional de los Derechos del niño; las Directrices sobre Protección Internacional N° 8: Solicitudes de asilo de niños; y el documento elaborado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) denominado Buenas Prácticas para dar tratamiento a los menores migrantes no acompañados en Europa. Donde resaltamos el último documento por su progresividad y exhaustividad en torno a la minoridad.

Finalmente, debemos puntualizar la razón por la que la clasificación de los instrumentos internacionales que realizamos en el presente trabajo de investigación tomó como base el *hard y soft law*, consiste en clarificar los documentos existentes en el universo normativo del DIP y el DIPr aplicables al tema que estudiamos, así como evidenciar la existencia de un diálogo normativo que reviste un carácter innegable entre ambas disciplinas.

Esta interfaz se presenta cuando el DIPr utiliza y aplica estos instrumentos internacionales (que pertenecen al ámbito del DIP) en el derecho interno en el caso de migración irregular, lo que implica que ambas disciplinas coadyuvan en la protección de los derechos de los migrantes irregulares, lo que incluye el colectivo que atendemos en esta investigación.

Capítulo IV. Análisis del caso de la minoridad migrante irregular centroamericana no acompañada en Tijuana, Baja California

4.1 Presentación del caso de Tijuana, Baja California.

En los capítulos previos se ha realizado un análisis eminentemente teórico y normativo del tema seleccionado, el estudio ha contemplado los orígenes del DIPr, su nomenclatura jurídica, sus elementos, sus teorías principales, sus nuevos caracteres, el nexo que guarda con la figura de la migración internacional y las que estimamos como ventajas de nuestra propuesta de estudio.

Adicionalmente, analizamos a este colectivo migrante, desde los debates teóricos sobre el concepto de minoridad migrante hasta los principios jurídicos relevantes para salvaguardar sus derechos y finalmente hicimos un estudio de las diversas normas aplicables a este sector, normas jurídicas tanto nacionales como internacionales, últimas a las que dimos el tratamiento o clasificación de *hard* y *soft law* para una mayor claridad al momento de su estudio.

En este sentido, lo analizado nos permite arribar al estudio de caso del municipio de Tijuana, Baja California, el cual resulta preminente para efecto de concretar lo que teórica y analíticamente se desarrolló en los capítulos precedentes. Su selección encuentra justificación en la búsqueda de demostrar la posibilidad de la aplicación de un enfoque alternativo de estudio de la migración a través del DIPr.

Este análisis permitirá arrojar luz sobre la pertinencia de creación de una propuesta de *lex specialis* para el Estado de Baja California y lo que el pronóstico de su aplicación pueda brindar a la protección de la minoridad migrante no acompañada en la región seleccionada.

El caso de Tijuana se estudiará como un *caso ejemplar* que se entiende como "...aquél que nos muestra acerca de una característica que se encuentra en otros casos y que nos interesa estudiar",³⁸⁸ esta característica genérica para efectos de nuestro estudio

³⁸⁸ Vid. Coller, Xavier, *Estudio de casos*, Cuadernos metodológicos 30, CIS, Madrid, 2000, p.31.

consiste en que Tijuana es un ejemplo relevante de una ciudad fronteriza que colinda con el Estado de California y que recibe constantemente migración irregular.

Además, este tipo de caso nos facilitará “...ilustrar una teoría o un conjunto de proposiciones sobre el funcionamiento del fenómeno”,³⁸⁹ es decir, el estudio de nuestro caso nos permitirá arribar a conclusiones sobre las ventajas de la aplicación del DIPr sobre otras ramas jurídicas en materia migratoria. La aplicación del DIPr la realizaremos a través de una propuesta de norma especializada o *lex specialis* en el Estado de Baja California y el análisis de la viabilidad de esta norma y su incidencia en la protección de los derechos de la minoridad migrante irregular en este municipio.

Este caso *prima facie* nos ilustra en términos generales en el fenómeno de la migración irregular de menores no acompañados centroamericanos con características que poseen otras ciudades mexicanas *inter alia*: altos índices de migración de este colectivo y colindar con la frontera de Estados Unidos. Tijuana es en tanto, un caso ejemplar porque posee características que se encuentran en otros casos que interesa estudiar cómo las mencionadas y además, es una de las seis entidades federativas en México que poseen una norma migratoria de carácter local como Durango, Chihuahua, Sonora, Puebla, Estado de México y Tlaxcala, como norma local coadyuvante de la normativa federal e internacional aplicable.

Baja California, al igual que estos seis Estados de la República mexicana, al desarrollar normatividad local han hecho evidente la ausencia de un marco jurídico nacional, capaz de proteger de forma efectiva a los menores bajo esta situación jurídica, un marco que en nuestra consideración debe incluir los contenidos de DIPr. Está claro como analizaremos que estos marcos subnacionales singuen siendo insuficientes a pesar de los esfuerzos realizados por las entidades federativas con la elaboración de las normas locales referidas en sus respectivas jurisdicciones.

Adicionalmente, el municipio de Tijuana, Baja California está enfrentado un fenómeno de estancias largas de migrantes extranjeros provenientes principalmente de Honduras, y en algunos casos menores no acompañados, que han arribado en una forma de migración en “caravana” desde el 2018 a la ciudad de Tijuana con la intención de

³⁸⁹ *Ibidem*.

obtener una visa humanitaria por parte del gobierno norteamericano. Estos nuevos aspectos de la migración centroamericana que incluiremos en este capítulo, nos permiten resaltar las particularidades del municipio de Tijuana en el contexto migratorio actual y el interés de diversos colectivos migrantes de acudir a este municipio como trampolín ineludible hacia los Estados Unidos.

En este sentido, está claro que los migrantes irregulares provenientes de Centroamérica que transitan a través de esta ciudad fronteriza tienen el propósito de arribar a los Estados Unidos, por lo que la colindancia con California representa un aspecto a destacar en nuestra selección de caso.

El objetivo principal de nuestro estudio de caso es realizar un análisis sobre la migración del colectivo de la minoridad no acompañada a la luz del DIPr y arribar a conclusiones sobre las ventajas de este enfoque.

En nuestra consideración este análisis nos permitirá "...explorar en forma más profunda y obtener un conocimiento más amplio sobre este fenómeno, lo cual permite la aparición de nuevas señales sobre los temas que emergen, y no como una mera exploración inicial de un fenómeno determinado".³⁹⁰ Este estudio de caso en congruencia con el contenido previo de nuestro trabajo, colocará al DIPr como línea transversal de nuestra investigación.

El posicionamiento del DIPr como elemento neurálgico, tiene el propósito de brindar un mayor acceso a los derechos a los menores migrantes irregulares sin acompañamiento, así como hacerlos más inmediatos, bajo el criterio de especialidad (*lex specialis*), pues mientras la norma sea más especializada y concreta y sea solo una, integrada y unificada, nos permite tener mayor claridad sobre los derechos que les asisten a este colectivo y facilitar el acceso a los mismos. Partiendo de la base de generar una propuesta de *lex specialis* en Tijuana, Baja California, sustentados en el criterio de especialidad mencionado, como un enfoque jurídico capaz de afrontar el fenómeno migratorio que nos ocupa.

A través de este estudio podemos ilustrar la utilidad del DIPr y sus postulados para entender mejor el fenómeno de la minoridad migrante irregular no acompañada en un

³⁹⁰ Vid. Chetty S. *The case study method for research in small- and médium - sized firms*. International small business journal, vol. 5, octubre – diciembre, 1996.

contexto más o menos general del fenómeno migratorio que acontece en nuestro país, y que sin duda esta propuesta puede ser trasladada a otras ciudades, entidades federativas o casos que reúnan particularidades similares a las de la ciudad de Tijuana. Es aquí donde recae el objetivo principal de nuestro estudio de caso.

Ahora bien, por lo que hace a líneas temáticas de nuestro estudio nos enfocaremos en los siguientes cuatro ejes:

1. Estudiar a la minoridad migrante no acompañada que arriba a la ciudad de Tijuana proveniente de los países centroamericanos de Guatemala, Honduras y El Salvador.
2. Determinar el accionar de las instituciones de gobierno con facultades en materia de menores migrantes irregulares no acompañados en Tijuana, Baja California.
3. Analizar el panorama normativo aplicable a este colectivo migrante en el Estado, principalmente la norma local denominada Ley de Apoyo al migrante para el Estado de Baja California.
4. Proponer normatividad de especialidad (*lex specialis*) que desde el DIPr pueda brindar alternativas de protección holísticas o integrales a este sector de la minoridad migrante en el Estado de Baja California.

Fundamentalmente, el estudio de caso a través de las líneas temáticas descritas pretende identificar y desglosar las variables del fenómeno migratorio desde la perspectiva jurídica del DIPr en el ámbito local, para contrastar la teoría jurídica y las fuentes de derecho aplicables con lo que ocurre en la realidad de dicho fenómeno en la ciudad de Tijuana.

Lo anterior se realiza en aras de lograr un discernimiento desde la óptica del DIPr que pueda provocar el replanteamiento de las normas de especialidad aplicadas a este colectivo migrante, con el propósito de mejorar las condiciones de acceso a derechos y de propiciar su inmediatez.

4.1.1 Tijuana y la migración Centroamérica de menores no acompañados hacia Estados Unidos.

El municipio de Tijuana, Baja California cuenta con una población de 1'641,570, según los resultados del Censo General de Población y Vivienda de 2015,³⁹¹ al colindar con California, Estados Unidos, presenta un tránsito creciente de menores migrantes irregulares no acompañados. California recientemente adquirió la categoría de Estado Santuario³⁹² en el país vecino, lo que implica beneficios concretos para los migrantes irregulares particularmente para los menores, en programas de salud, nutrición y educación, lo que hace el cruce por Baja California, uno de los más recorridos por los menores migrantes irregulares no acompañados provenientes Centroamérica a nivel nacional.

Según la Secretaria de Gobernación a través del INM nos precisó contar únicamente con datos actualizados sobre la cantidad de menores migrantes irregulares provenientes de Centroamérica y que arribaron al Estado de Baja California en el periodo que comprende del 2015 al 2018³⁹³ a saber: en el 2015 se presentaron 28 menores no acompañados en el Estado de Baja California, adicionalmente, en el 2016 se presentó un aumento de este colectivo con un total de 84 menores migrantes sin acompañamiento, que sin duda disminuyó drásticamente en el 2017 con 33 menores y en el 2018 se han registraron 14 menores, de los cuales 8 se han encontrado sin acompañamiento.

Debemos mencionar, que en Tijuana, “no existe un sistema de seguimiento y evaluación integral y vinculante de las actuaciones de las instituciones encargadas de la protección de los derechos de los menores migrantes irregulares...”³⁹⁴ Por lo que uno de

³⁹¹ Censo General de Población y Vivienda de 2015, Recuperado de: <http://www.beta.inegi.org.mx>.

³⁹² En las ciudades santuarios “los gobiernos locales no expresan abiertamente su bienvenida a los inmigrantes ilegales, sin embargo, se dice que su trato hacia ellos es menos discriminatorio que en otras ciudades. En las ciudades santuario, tienden a dar más apoyo a los inmigrantes ilegales alrededor de la comunidad. Algunos ejemplos pueden incluir activistas inmigrantes y grupos de la iglesia.” A pesar de las políticas restrictivas del gobierno del actual presidente, California fue declarada formalmente un Estado Santuario para los inmigrantes, sin importar su condición legal, con la entrada en vigor a partir del 1 de enero del 2018 de la Ley del Senado de California SB 54. Esta norma fue presentada el 22 de septiembre de 2017 por la cámara de senadores del Estado de California durante su sesión ordinaria a través del “Acta de los Valores de California”, que tiene como propósito extender a lo largo del Estado de California la protección que brinda la figura de las ciudades santuario. En virtud de esta nueva Ley, los diferentes cuerpos policiales californianos ya no podrán preguntar a los residentes su estatus migratorio ni participar en acciones coordinadas por el Servicio de Inmigración y Control de Aduanas (ICE) de Estados Unidos, y solo pondrá en manos de este a los detenidos que han cometido ciertos crímenes, en su mayoría graves.

³⁹³ En cuanto al periodo de tiempo analizado, se realizó una nueva solicitud de información al INM el pasado mes de agosto de 2018 en aras de ampliar el periodo de tiempo desde 2010 hasta el presente año.

³⁹⁴ Gallo, Campos Karla I., *Niñez migrante en la frontera norte: Legislación y procesos*, DIF-UNICEF, México, 2004. p. 27-32.

los desafíos que se presenta en este escenario es la falta de transversalidad entre las instituciones involucradas en el tema, lo que pone de manifiesto la falta de coordinación entre las diversas dependencias y la ausencia de la identificación de este fenómeno como una problemática que debe ser afrontada con carácter binacional de manera urgente.

Tradicionalmente, la mayor parte de la migración que proviene de Centroamérica arriba desde los países de Guatemala, El Salvador y Honduras, región integrada por la triada mencionada, algunos de los colectivos migrantes originarios de estos países, transitan la ruta del Golfo de México para cruzar la frontera por el sur de Texas.³⁹⁵ Otros volúmenes de migrantes centroamericanos llegan a Tijuana o a Mexicali; en muchos casos, se trata de personas que huyeron de sus lugares de origen por situaciones de violencia y que se dirigen a Estados Unidos para solicitar asilo en ese país.³⁹⁶

El contexto de la migración centroamericana ha sido muy cambiante, y en nuestros días dista de obedecer a un conflicto armado como fue el fenómeno caracterizado del siglo XX, ahora responde a diversos factores que han incidido en el incremento del flujo de menores migrantes sin acompañamiento hacia Estados Unidos.

En los últimos años, la porción de menores migrantes provenientes de países centroamericanos, principalmente Honduras, aumentó considerablemente, pasó de 66 y 91 por ciento entre los años fiscales 2010, 2015 y 2018.

Existen un conjunto de causas generales que explican este aumento de la migración de menores no acompañados provenientes de tres países centroamericanos: Honduras, El Salvador y Guatemala. Estimamos que se presentan tres factores medulares que impulsaron este incremento de la migración centroamericana hacia Estados Unidos:

a) El primer factor tiene que ver con la violencia generalizada y los altos porcentajes de homicidios dolosos en esta zona geográfica. b) Los otros dos factores están interconectados, ya que se relaciona con la Ley estadounidense Trafficking Victims protection Reauthorization Act de 2008 (TVPRA), que establece que los menores migrantes no acompañados originarios de países no limítrofes (México y Canadá), aprehendidos por autoridades migratorias estadounidenses, no pueden ser devueltos a

³⁹⁵ Vid. París Pombo, María Dolores, *Trayectos peligrosos: inseguridad y movilidad humana en México*, Papeles de Población, núm. 90, CIEAP/UAEM, 2016.

³⁹⁶ *Informe Migrantes Haitianos y Centroamericanos en Tijuana, Baja California, 2016-2017. Políticas gubernamentales y Acciones de la Sociedad Civil.* (Coord.). París Pombo, María Dolores, COLEF-CNDH. mayo 2018, p. 24.

sus países de forma inmediata y tienen derecho a comparecer ante un juez de migración. c) El tercer factor está asociado con el hecho de que traficantes de personas (coyotes) se aprovecharon de los efectos de la TVPRA para crear falsas esperanzas de residencia a menores migrantes irregulares sin acompañamiento en Estados Unidos.³⁹⁷

a) En cuanto al primer factor, la magnitud de la violencia reciente en Centroamérica, es un aspecto ampliamente expuesto en la literatura sobre el colectivo de menores migrantes irregulares no acompañados, particularmente la tasa de homicidio doloso por cada 100 mil personas. La oficina de la Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) recopila información sobre las tasas de homicidio doloso por país desde el año 2000. De acuerdo con la base de datos de UNODC en el 2016 Honduras, El Salvador y Guatemala están entre las siete naciones con las mayores tasas de homicidio en el mundo. Además, hay que señalar que esas tasas se exacerban en el caso de jóvenes. Entre el 2010 y el 2014 Honduras fue considerado el país con la mayor tasa de homicidio en el mundo. De esta manera la tasa de homicidio en Honduras fue de 61.4 por cada 100 mil habitantes en 2008, subiendo a 93.2 en 2011 y 2012, y disminuyendo en 2014 al 74.6 por ciento. El Salvador entre el 2010-2014 ha sido el segundo país con la mayor tasa de homicidio en el mundo. En cuanto a Guatemala entre 2010 y 2014 ha sido según el año el cuarto y hasta el séptimo país con la mayor tasa de homicidio del mundo disminuyendo del 40.5 al 31.2 por ciento.³⁹⁸

En comparación con los países de Guatemala, Honduras y El Salvador, la tasa de homicidio doloso en México fue de 21.7 por cada 100 mil personas en 2010, disminuyendo a 15.7 en 2014, mientras que en Estados Unidos fue de 4.8 en 2010 y disminuyó a 3.9 en 2013. Sin embargo, existen regiones en México que se aproximan a las tasas de los tres países centroamericanos en mención, en Guerrero fue de 42.7, en Sinaloa de 33.3 y en Chihuahua de 29.6.³⁹⁹

³⁹⁷ Comisión Nacional de Población (CONAPO) con datos de la Unidad de Política Migratoria, México, 2007-agosto 2015. p. 55.

³⁹⁸ Comisión Nacional de Población (CONAPO) con datos de la Unidad de Política Migratoria, México, 2007-agosto 2015. p. 56.

³⁹⁹ Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP), Tasas por cada 100 mil habitantes, 1997-2016. Disponible en <http://secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/pdfs/tasas%20por%20100%20mil%20habitantes/Tasas042016.pdf>

Las elevadas tasas de homicidio en Centroamérica tienen como uno de sus orígenes, los conflictos internos armados y políticos, que golpearon a la región a finales del siglo XX, principalmente en el decenio de los ochenta, que resultaron en un tejido social fracturado, en una población altamente armada y en instituciones de seguridad y procuración de justicia fragilizadas. Esta violencia fue exacerbada por la proliferación de grupos criminales, en particular la Mara Salvatrucha (MS 13) y Barrio 18, que florecieron tras la deportación desde Estados Unidos de miles de sus miembros, fueron deportados desde ese país 250 mil criminales a Guatemala, El Salvador y Honduras.⁴⁰⁰

La violencia generalizada en la triada de países mencionados se traduce no solo en altas tasas de homicidio, sino también en una elevada prevalencia de secuestros, robos, extorsión, abuso y violación sexual, violencia doméstica, entre otros. En muchos casos los menores son directamente expuestos a estas formas de violencia y en otros son presionados a adherirse a grupos criminales, en particular a las maras que son responsables de gran parte de la violencia. Sin embargo, negarse a formar parte de estos grupos, o intentar salir de ellos, puede traer represalias graves. En este contexto de violencia no es sorprendente que las familias con menores este migrando, y que los familiares de los menores los han impulsado a migrar de forma no acompañada.⁴⁰¹

Un estudio reciente de la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), donde se realizó una entrevista a 404 menores provenientes de estos países centroamericanos, desveló que el 48 por ciento había optado por migrar debido a la violencia en la sociedad esencialmente de grupos criminales.⁴⁰²

b) En relación al segundo factor que impulso el crecimiento de la migración de los menores Centroamericanos a Estados Unidos en el periodo 2012-2014, está ligado a la Ley estadounidense *Trafficking Victims protection Reauthorization Act de 2008* (TVPRA),⁴⁰³ que establece que los menores migrantes no acompañados originarios de países no limítrofes (esencialmente mexicanos y canadienses estarán exentos de estas

⁴⁰⁰ Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Children on the run: Unaccompanied Children Leaving Central America and Mexico and the need for international protection*, Washington D.C. 2014.

⁴⁰¹ *Ibidem*

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ US Department of State, *Protecting Unaccompanied Alien Children from Trafficking and Other Abuses: The role of the Office of Refugee Resettlement*, 2016.

bondades), aprehendidos por autoridades migratorias estadounidenses, no pueden ser devueltos a sus países de forma inmediata y tienen derecho a comparecer ante un juez de migración, con el propósito de ser entrevistados para determinar que no han sido objeto de trata de personas o víctimas de persecución en sus países de origen, antes de poder repatriarlos de forma expedita.⁴⁰⁴

Los procedimientos migratorios diferenciados para menores no acompañados centroamericanos con respecto a los mexicanos, establecidos en la TVPRA, en conjunto con los largos periodos de espera para comparecer ante un juez de inmigración, tanto para las unidades familiares que no son enviadas a centros de detención como para los menores no acompañados, permitiendo en muchos casos la estancia con familiares en Estados Unidos por más de un año, tiempo durante el cual los menores pueden ingresar a la escuela, se convirtieron en un fuerte aliciente para la migración de familias y de menores sin acompañamiento.⁴⁰⁵

c)El tercer factor que impulsó el incremento de menores migrantes hacia los Estados Unidos en el periodo 2012-2014 está vinculado a la TVPRA y los largos periodos de espera para los procedimientos legales migratorios. Esto representó una oportunidad para los traficantes de personas (coyotes) de incrementar la demanda de sus servicios al difundir falsos rumores en los países centroamericanos mencionados, de que las leyes migratorias estadounidenses habían cambiado y que se otorgarían permisos a menores para permanecer en Estados Unidos y reunirse con sus familiares, en caso de llegar ante de una supuesta fecha límite inminente. Estos rumores hicieron posible que los traficantes recuperaran ingresos perdidos después de la caída de la migración a Estados Unidos en el contexto de la crisis económica e inmobiliaria de 2008-2009.⁴⁰⁶

No obstante lo anterior, durante la segunda mitad del 2014 y principios del 2015 se presentó una disminución de la migración de menores provenientes de los países centroamericanos a Estados Unidos, lo anterior se constata a partir del descenso en el

⁴⁰⁴ En específico la sección 235 de la TVPRA establece reglas distintas para el proceso migratorio de menores no acompañados sin estatus migratorio legal, aprehendidos en la frontera por autoridades migratorias estadounidenses (generalmente la patrulla fronteriza), originarios de países limítrofes y no limítrofes, todos los países salvo Canadá y México como hemos precisado.

⁴⁰⁵ Migration News, Children, *Obama Delays Action*, en *Migration News*, 2014, No. 21. Disponible en: <http://Migration.ucdavis.edu/mnmore.php?id=3929>

⁴⁰⁶ Chishti M. y F. Hipsman. *Dramatic surge in the arrival of Unaccompanied children has Deep roots and no simple solutions*, en Migration Information Source, 2014, p. 17.

número de aprehensiones por parte de las autoridades migratorias estadounidenses, la literatura especializada ha sustentado tres elementos principales atribuibles a esta disminución, a saber: la intensificación de los esfuerzos por parte de las autoridades mexicana para rescatar a migrantes en tránsito por el país debido al incremento de los migración irregular, principalmente el programa frontera sur que entró en vigor en julio de 2014 y con el cual se busca respecto al tema de la minoridad migrante no acompañada su resguardo temporal con el apoyo de los Sistemas para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF).⁴⁰⁷

Asimismo, diversas acciones por parte del gobierno estadounidense para desalentar la migración de menores incidieron en esta disminución, en el 2014 el Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos (Department of Homeland Security, DHS) lanzó la Operación Coyote, diseñada para limitar la migración en situación irregular centroamericana⁴⁰⁸ desplegando a investigadores a México y Centroamérica para compartir inteligencia para combatir el tráfico de personas, para mediados del 2015 esta operación logro detener a más de 1000 personas implicadas en el tráfico ilegal de personas y bienes. También en el 2015 se implementó la operación Lucero con objetivos similares.⁴⁰⁹

La reducción de menores migrantes no acompañados a Estados Unidos en la segunda mitad de 2014 y a principios de 2015, se explica en virtud de la disminución de la violencia en Guatemala y Honduras, a pesar de que en El Salvador se aprecia un aumento significativo, ligado al rompimiento de la tregua de los grupos criminales Mara Salvatrucha 13 y barrio 18 aludidos en líneas anteriores.⁴¹⁰

Si bien es cierto, los índices de violencia han disminuido en Guatemala y Honduras y en el 2014 se presentó una disminución de la migración del colectivo objeto de nuestro

⁴⁰⁷ Comisión Nacional de Población (CONAPO) *Migración de niñas, niños y adolescentes: Antecedentes y análisis de información de la Red de módulos y albergues del Desarrollo Integral de la Familia (DIF) 2007-2016*, México, 2016, p. 62.

⁴⁰⁸ A diferencia del contexto centroamericano, la migración en Europa tiene una línea de interés en los inmigrantes emprendedores, como detonador del desarrollo empresarial europeo. Véase, *Report on immigration and Entrepreneurship 2015 Statistical Update*, IDOS Study and Research Centre, Roma, 2015. p.14.

⁴⁰⁹ US Department of State, *Protecting Unaccompanied Alien Children from Trafficking and Other Abuses: The role of the Office of Refugee Resettlement*, 2016. p. 22.

⁴¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Situación de Derechos Humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en los Estados Unidos de América*, Washington D.C, 2015, p. 23.

estudio, sin embargo la migración de menores no acompañados continúa y este éxodo dista de ser un tema resuelto por parte de los países involucrados, por el contrario en el 2018 se han presentado nuevos fenómenos migratorios provenientes de Centroamérica, las denominadas “caravanas migrantes”⁴¹¹ que han arribado a la ciudad de Tijuana, fenómenos a los que nos referiremos brevemente por encontrar un cruce con nuestro tema, sin embargo su complejidad y su naturaleza excede los objetivos de nuestro trabajo y deben ser estudiados desde trabajos multidisciplinarios y con la profundidad que ameritan.⁴¹²

En este sentido, un colectivo migrante relevante es el de la población hondureña, que recientemente ha alcanzado gran visibilidad social en México y ha sido objeto de estudios e investigaciones desde diversas disciplinas, a partir de que un grupo de 5,000 migrantes hondureños, ha arribado en “caravana” desde la frontera sur con Guatemala hasta la ciudad de Tijuana, Baja California. Este grupo de millares de migrantes ha sido denominado “éxodo migratorio” o “caravana migrante”, según un comunicado proporcionado por la Secretaría de Gobernación a través del INM el pasado 16 de octubre de 2018 ingresaron por la frontera sur de México un colectivo de migrantes hondureños.⁴¹³

Es importante precisar que en virtud de la vulnerabilidad a la que se enfrentan los migrantes extranjeros que transitan por territorio mexicano sin los permisos correspondientes se traduce en asaltos, robos, violaciones, explotación laboral y sexual, abuso de autoridades y crimen organizado, situaciones que han incidido en la dinámica de migración en “grupo” o colectiva.⁴¹⁴ El fenómeno de “caravana” obedece principalmente a la necesidad de los migrantes de protegerse, evitar violencia y obtener algunas facilidades de alimentación y refugio al ser más visibles estas necesidades si se exigen de forma colectiva.

⁴¹¹ Véase. Washington Office in Latin America, *Mexico's Other Border. Security, Migration, and the Humanitarian Crisis at the Line with Central America*, 2014, Recuperado en: <http://www.wola.org/files/mxgt/report/>

⁴¹² Véase por ejemplo a Fernández de la Reguera, Alethia *et al.*, *Caravanas migrantes: las respuestas de México*, México, UNAM-IIJ, 2019, Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, núm. 8.

⁴¹³ Secretaría de Gobernación, INM, comunicado de prensa 6 de noviembre de 2018, Recuperado de: <https://www.gob.mx/inm/prensa/tramita-comar-mas-de-tres-mil-solicitudes-de-refugio-de-integrantes-de-caravana>

⁴¹⁴ *Op. cit.* Supra nota 411.

En relación a la caravana migrante los primeros menores migrantes no acompañados miembros de la primera caravana que llegaron a Tijuana en el primer grupo, “fueron miembros de la comunidad Lésbico, Gay, Bisexual, Transgénero, Transexual e Intersexual (LGBTTI) en el mes de noviembre de 2018, a pesar de que la Secretaria de Relaciones Exteriores a través del INM es quien debe brindar esta asistencia y ayuda a estos menores extranjeros. la Casa YMCA de menores migrantes no acompañados, tuvo que brindar apoyo toda vez que la situación se desbordó para las instituciones con la llegada de la caravana migrante a Tijuana.⁴¹⁵

Según las estadísticas internas con las que cuenta la casa YMCA, se atendieron a un total de 83 (ochenta y tres) menores migrantes no acompañados que han llegado de la caravana a Tijuana en su mayoría de Honduras desde noviembre del 2018, “al día de hoy tenemos el siguiente número de menores de acuerdo a sus nacionalidades: Honduras 24, Guatemala 2, El Salvador 1 y México 4.”⁴¹⁶

De acuerdo a la organización de la sociedad civil mencionada, los menores migrantes no acompañados miembros de la caravana migrante que entró a México y arribó a Tijuana el pasado mes de noviembre de 2018, llegaron a las instalaciones de la organización por referencia de voluntarios y organizaciones que están trabajando en el campamento base que fue instalado en la unidad Benito Juárez y el Barretal colonias de la ciudad de Tijuana, donde se habilitaron los dos albergues que dieron atención a las caravanas por parte del gobierno municipal para recibir y brindar asistencia a los miembros de la caravana migrante.⁴¹⁷

En este sentido, tras la reciente migración hondureña de 2018, el 6 de noviembre de 2018 la Secretaría de Gobernación, a través del INM y de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR), informó que dio inicio a 3,230 trámites de refugio solicitados por centroamericanos que ingresaron en caravana migrante hondureña el

⁴¹⁵ Anexo 3. Seguimiento de Entrevista Exploratoria a Uriel González, Coordinador General de la Organización YMCA Casa de Menores Migrantes no Acompañados de Baja California, Filial Tijuana. Fecha de la entrevista: 21 de diciembre de 2018. Pregunta 1.

⁴¹⁶ *Ibidem*. Pregunta 2.

⁴¹⁷ *Ibid*. Pregunta 3 y 4.

pasado 26 de octubre.⁴¹⁸ El INM ha ofrecido a los menores migrantes centroamericanos que arribaron con la caravana a Tijuana en el 2018 según refiere la casa YMCA, retornos voluntarios a sus lugares de origen.⁴¹⁹ Según la misma organización, se ha ocupado de constatar que los menores migrantes no acompañados miembros de la caravana tengan la oportunidad de presentarse ante la autoridad de Estados Unidos de Norteamérica y solicitar la protección internacional, para lo cual la casa YMCA auxilia a los menores brindando vinculación con algunas organizaciones de asesoría legal privada americanas que se aproximan a la organización para ofrecer su ayuda de carácter gratuito. Asimismo, refiere este organismo que “Ninguno de los menores que llegaron con la caravana, según nuestra estadística interna, ha presentado el deseo de permanecer en México.”⁴²⁰

“El año 2019 inició con una caravana más andando desde Honduras hacia Norteamérica. La política migratoria en México flexibilizó algunos procesos administrativos, y ha expedido miles de visas por razones humanitarias; con ellas, las personas migrantes pueden vivir y trabajar en México de manera temporal.”⁴²¹

En lo que respecta a los países de Guatemala y El Salvador, dentro del colectivo de personas centroamericanas, la movilidad internacional de guatemaltecos destaca por su proximidad a la frontera sur del país. Por lo que una gran proporción de la población inmigrante en México es guatemalteca, y desde hace varios años un grupo importante de personas de ese país se desplaza por México con el propósito de obtener mejores oportunidades de vida y trabajo en Estados Unidos.⁴²² En años recientes, estos migrantes internacionales guatemaltecos, a la par que se ha incrementado este grupo, se ha vuelto más diverso y heterogéneo en su composición. Tiene su origen tanto en zonas urbanas como rurales de aquel país, y la evidencia sugiere que está compuesto por individuos de distintos grupos de edad y sexo, donde han proliferado recientemente los menores

⁴¹⁸ Secretaría de Gobernación, INM, comunicado de prensa 6 de noviembre de 2018, Recuperado de: <https://www.gob.mx/inm/prensa/tramita-comar-mas-de-tres-mil-solicitudes-de-refugio-de-integrantes-de-caravana>

⁴¹⁹ Anexo 3. Seguimiento de Entrevista Exploratoria a Uriel González, Coordinador General de la Organización YMCA Casa de Menores Migrantes no Acompañados de Baja California, Filial Tijuana. Fecha de la entrevista: 21 de diciembre de 2018. Pregunta 5.

⁴²⁰ *Ibidem*. Pregunta 6.

⁴²¹ Vease, Fernández de la Reguera, Alethia *et al.*, *Caravanas migrantes: las respuestas de México*. Mexico, UNAM-IIJ, 2019, Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, núm. 8, p. 21.

⁴²² Paredes Orozco, Guillermo. *Migración de guatemaltecos a México y Estados Unidos a partir de la Encuesta sobre migración en la frontera Guatemala-México 2004: Un análisis de estrategias migratorias*. Migraciones internacionales, 2009, pp. 93-124.

migrantes sin acompañamiento, asimismo, sus destinos principales son Estados Unidos y México.⁴²³

El Salvador se ha ubicado en el tercer lugar en la lista de los tres países centroamericanos con mayores índices de migración, colocándose después de Guatemala y Honduras, no obstante en el 2015, El Salvador como revisamos registró un aumento en la tasa de homicidios, lo que produjo un incremento de su migración al doble del nivel de años anteriores.⁴²⁴

Desafortunadamente, la posición de los gobiernos centroamericanos ante la creciente migración proveniente de esta región de nuestro hemisferio, pareciera seguir la política del avestruz, ya que la salida de sus connacionales pudiera estar cumpliendo la función de válvula de escape ante la incapacidad de resolver los problemas derivados de la crisis generalizada que viven sus respectivos países.⁴²⁵

En este sentido, reiteramos la complejidad que reviste el tema de la migración centroamericana en México, con mayor ímpetu en lo que respecta al colectivo de la minoridad migrante irregular no acompañada, que representa un desafío mayúsculo no solo para los gobiernos de los países de Guatemala, Honduras y El Salvador, sino también para el gobierno mexicano que debe brindar respuesta humanitaria inmediata ante el tránsito por el país de estos menores cuyo destino es arribar a Estados Unidos.

Los menores migrantes no acompañados constituyen uno de los grupos de migrantes centroamericanos más vulnerables, por lo que de la inmediatez de la actuación estatal, depende la prevención de los peligros que avizoran a este colectivo migrante, en este mismo capítulo atenderemos el tema de la actuación de las autoridades estatales en relación al caso Tijuana.

⁴²³ *Ibidem*, pp. 93-124.

⁴²⁴ González, Jesús Eduardo *et al.* *La situación demográfica en México 2016: Migración Centroamérica en tránsito por México*, SEGOB, México, 2017, p. 224.

⁴²⁵ Estudios sobre inmigración, Selección de textos de los Simposios Internacionales 2007-2010, FUNCIVA-COLEF, España, 2011, p. 24.

4.2 Análisis del marco jurídico migratorio aplicable al municipio de Tijuana, Baja California.

En el Estado de Baja California existen concretamente dos leyes estatales y un reglamento que encuentran aplicación en el tema que nos ocupa, en este sentido, daremos tratamiento únicamente a tres ordenamientos de naturaleza subnacional o local, toda vez que el marco nacional e internacional ya ha sido abordado y que si bien es cierto de forma extensiva las normas internacionales y nacionales forman parte del aparato normativo de Tijuana como municipio que pertenece a la entidad federativa de Baja California, no obstante para realizar un análisis meramente local y en aras de evitar la repetición de ideas en cuanto al marco jurídico se refiere, atenderemos solo a tres dispositivos jurídicos locales.

Iniciaremos con la Ley para la Protección y Defensa de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Baja California, en segundo lugar estudiaremos el reglamento del Sistema Municipal de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes de Tijuana (SIPINNA Tijuana), y en tercer término realizaremos un análisis minucioso de la Ley para la Protección de los Derechos y Apoyo al Migrante del Estado de Baja California y su aporte al tema de menores migrantes no acompañados, dado la relevancia de esta norma en nuestro trabajo, realizaremos un apartado especial en virtud de su naturaleza jurídica para lo cual será necesario analizarla a la luz de la Constitución.

Para este estudio utilizaremos la misma línea propuesta en el capítulo tercero para las fuentes nacionales del DIPr, de donde retomamos el sentido del orden del análisis propuesto en el capítulo mencionado. Las normas que enlistamos se analizarán en el orden presentado, con el propósito de optimizar la protección de la minoridad migrante irregular no acompañada, a través de la búsqueda de una interpretación sistemática, integral y ordenada de los ordenamientos nacionales aplicables a la luz del DIPr a este sector de la población migrante.

En virtud de lo anterior consideramos que primeramente, se debe acudir al análisis de la Ley para la Protección y Defensa de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescente del Estado de Baja California y del reglamento del Sistema Municipal de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes de Tijuana (SIMPINA Tijuana) y su reglamento, porque estamos hablando de menores y prima esta condición jurídica sobre otras; en segundo

lugar, se debe estudiar Ley para la Protección de los Derechos y Apoyo al Migrante del Estado de Baja California porque nos referimos a menores que se encuentran bajo la categoría jurídica de migrantes irregulares no acompañados y se debe optimizar la aplicación de los derechos especiales que desde el ámbito de la migración deben protegerles.

4.2.1 Leyes sobre minoridad en Baja California.

Como indicamos, en primer término estudiaremos a la Ley para la Protección y Defensa de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Baja California.⁴²⁶ Al igual que su ley homónima federal la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, esta norma en general da el mismo tratamiento a la minoridad como describiremos más adelante.⁴²⁷

Esta norma sostiene la importancia del papel de DIF Estatal y municipal quienes deberán observar en todo momento el interés superior del menor. Dentro de los sistemas y programas locales de protección a la minoridad, sobresale SIMPINA Tijuana en el ámbito municipal en cuanto al desarrollo de políticas públicas.

Asimismo, nos resulta sobresaliente la referencia que realiza al principio de no devolución, toda vez que la Ley para la protección de los derechos y apoyo al migrante del Estado de Baja California no lo contempla como analizaremos.

Por otro lado, la Ley no establece, ni remite a ningún protocolo que facilite y oriente la identificación de reconocimiento de encuadramiento de un menor extranjero en la figura de asilado o refugiado, lo cual resulta prioritario para que esta práctica puede llevarse a cabo y brindar la protección a los menores que se encuentren en estas hipótesis.

⁴²⁶ La Ley se publicó en el Periódico Oficial No. 18, Sección I, del Estado de Baja California el 17 de abril de 2015. Está compuesta por siete títulos, 139 artículos y 11 artículos transitorios, el Título primero se refiere a las disposiciones generales de la norma, incluyendo la delimitación de la edad del menor, las facultades de los municipios y las actividades a realizar derivadas del mandato de la ley como la instrumentación de políticas públicas, en los mismos términos que la norma general mencionada.

⁴²⁷ El Título segundo de esta norma local, cuenta con veinte capítulos y se denomina de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en su artículo 11 se dedica a enlistar los derechos, donde la fracción XIX menciona concretamente los derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes, este artículo es idéntico al artículo 13 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que en su misma fracción XIX menciona también los derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes. En relación con el capítulo vigésimo de este mismo título explica el contenido de la fracción XIX que da tratamiento a la minoridad migrante en el ámbito local, a partir del artículo 83 al 90.

Ahora bien, en cuanto al reglamento del Sistema Municipal de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes de Tijuana (SIMPINA Tijuana).⁴²⁸ El reglamento tiene por objeto regular las atribuciones, funciones y organización de SIMPINA, a efecto de respetar, promover, proteger, garantizar y restablecer los derechos de niñas, niños y adolescentes del municipio de Tijuana, Baja California.

Debemos resaltar que el reglamento solo hace mención en una ocasión a los menores migrantes en el artículo 5. Esto implica que este instrumento a diferencia de la Ley para la Protección y Defensa de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Baja California no protege los derechos de los menores migrantes irregulares no acompañados, al no incluir disposiciones especiales en su contenido que vayan más allá de citarlos o nombrarlos en un artículo. Resulta preocupante que el reglamento aplicable a la minoridad en el municipio de Tijuana no contemple a la figura de la migración irregular de la infancia no acompañada como un tema de primer orden.

4.2.2 La naturaleza jurídica de la Ley para la protección de los derechos y apoyo al migrante del Estado de Baja California y su aporte al tema de menores migrantes no acompañados.

4.2.2.1 Análisis de la Ley para la protección de los derechos y apoyo al migrante del Estado de Baja California.

Ahora bien, es importante conocer que en el caso de Tijuana, Baja California, le resulta aplicable una norma migratoria del carácter local; además del aparato normativo de carácter nacional e internacional que ha sido estudiado previamente. Nos referimos a la Ley para la protección de los derechos y apoyo al migrante del Estado de Baja California,⁴²⁹ la cual es *lex specialis* de carácter local en materia de migración por lo que pertenece al universo del DIPr en lo que respecta al objeto de estudio de nuestra investigación.

⁴²⁸ Este reglamento fue publicado en el Periódico Oficial del Estado de Baja California No. 45 del 6 de octubre del 2017, el instrumento está compuesto de doce capítulos integrados por 45 artículos y 8 transitorios.

⁴²⁹ Periódico Oficial del Estado de Baja California, el 12 de septiembre de 2014, *Ley para la protección de los derechos y apoyo al migrante del Estado de Baja California*.

Esta norma local tiene por objeto coadyuvar con las autoridades federales, en la protección de los derechos de los migrantes que se encuentren en territorio del Estado de Baja California. Encontramos algunos aspectos de avanzada en dicha norma como la promoción de la participación social en los programas de atención a migrantes, así como el reconocimiento a los migrantes nacionales y extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano.

En cuanto a los aspectos negativos de la norma, identificamos que solamente hace referencia a los menores migrantes irregulares no acompañados en dos disposiciones, además brevísimas y sumamente genéricas, a saber: el artículo 7 inciso b) y el artículo 29.

El primero sustenta que el Poder Ejecutivo del Estado y los Ayuntamientos podrán celebrar convenios de colaboración y concertación con las autoridades migratorias, a fin de coadyuvar entre ellas para impulsar diversas acciones en el tema, en el caso del inciso b) se refiere a brindar atención adecuada a los migrantes que, por diferentes factores o la combinación de ellos, enfrentan situaciones de vulnerabilidad como son *inter allia*, los menores migrantes no acompañados.

Es notorio que la norma establece pobres contenidos en el tema de menores migrantes no acompañados y en el mismo sentido, el mencionado artículo 29 de dicho instrumento solo se limita a enlistar las funciones del Sistema Estatal para el Desarrollo Integral de la Familia, sin establecer mayor guía o directriz para llevar acabo las proscipciones del artículo.

Sin embargo, debemos reconocer que a pesar de lo anterior, esta norma local es un instrumento novedoso, ya que es una de las primeras entidades federativas que crea una ley coadyuvante en sede estatal a la Ley federal de migración en México.

Sin duda, la frontera de Baja California ha identificado que el fenómeno de la migración debe ser afrontado desde una perspectiva jurídica focalizada, necesaria para entender el contenido de derechos de estos menores y facilitar la aplicación concreta de las normas existentes o la construcción de *lex specialis*; sin embargo, como ha sido señalado, esta norma jurídica estatal resulta por demás insuficiente a la luz de las distintas aristas de la figura jurídica de los menores migrantes no acompañados que hemos sustentado, además de ser una norma que desafía, *prima facie*, a la Constitución

mexicana, en razón del rudimentario sistema de competencias que prevalece en México, que limitan el alcance del derecho constitucional local, como en el presente caso.

4.2.2.2 Pertinencia de la creación de normatividad migratoria local en Baja California a la luz de la Constitución federal.

Empecemos por analizar el fundamento jurídico por el cual fue creada la Ley local de migración. Esta norma fue elaborada por la XXI Legislatura Constitucional del Estado de Baja California, en uso de las facultades contenidas en el artículo 27 Fracción I de la Constitución Política local,⁴³⁰ el congreso local como es ampliamente conocido, es capaz de elaborar normas respecto a las áreas que sean de su competencia, el tema migratorio, no lo es en principio, toda vez que está reservado a la federación, tal y como lo proscribe el artículo 73 Fracción XVI de la Constitución,⁴³¹ que señala que la migración es un tema que compete a la esfera federal, y señala como facultad del congreso de la unión la de legislar en materia de emigración e inmigración. Está claro que estamos en presencia de una controversia sobre la naturaleza jurídica de la norma de Baja California y su viabilidad constitucional.

Es nuestro país, como ha quedado sustentado, la legislación sobre el tema migratorio se encuentra reservada a la federación, en este sentido, tenemos el tradicional y obsoleto sistemas de competencias de orden federal que delimitan y restringen el alcance del Derecho Constitucional local. Esto implica, en el tema que nos ocupa, existe *de iure* una limitación para abordar el fenómeno de la migración con leyes estatales o subnacionales.

Bajo esta misma línea, debemos recordar, que, al establecerse una federación, se deduce la existencia de un sistema de competencias de dos tipos; uno federal y otro local,

⁴³⁰ Periódico Oficial No. 23, de Fecha 16 de agosto de 1953, Tomo LXVI, Constitución Política para el Estado Libre y Soberano de Baja California. El Artículo 27, Fracción I sostiene la facultad de "Legislar sobre todos los ramos que sean de la competencia del Estado y reformar, abrogar y derogar las leyes y decretos que expidieren, así como participar en las reformas a esta Constitución, observando para el caso los requisitos establecidos.

⁴³¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: "Artículo 73. El Congreso tiene facultad: Fracción XVI.- Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, *emigración e inmigración* y salubridad general de la República."

según lo señalado por el artículo 133 constitucional, por lo que existe una subordinación a la competencia material de las entidades federativas.⁴³²

Asimismo, la fórmula del artículo 124 constitucional establece un sistema rígido de distribución de competencias. Según dicha fórmula, típica del llamado “federalismo dual”, pareciera que se configura un sistema en el que de manera clara se puede determinar que una competencia corresponde ya sea a la Federación o a las entidades federativas. Dicha rigidez deriva, como se ha explicado por diversos autores, de la utilización que en dicho artículo se hace del adverbio “expresamente”, en virtud del cual se ha de entender que una facultad o pertenece a la Federación, o bien pertenece a las entidades federativas.⁴³³

Sin embargo, como indica Jorge Carpizo, “en realidad el sistema mexicano es mucho más complicado, puesto que la propia Constitución establece una serie de principios que definen facultades como las siguientes:⁴³⁴ facultades atribuidas a la Federación; facultades atribuidas de manera expresa o tácita, a las entidades federativas; las facultades prohibidas a la Federación; las facultades prohibidas a las entidades federativas tanto de manera absoluta (artículo 117) como relativa (artículo 118); facultades coincidentes; las facultades coexistentes; las facultades de auxilio; y por último las facultades derivadas de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”.⁴³⁵

En este sentido, conviene revisar el artículo 117 constitucional que establece las facultades prohibidas de manera absoluta a las entidades federativas, que no establece ninguna prohibición absoluta en materia de migración por lo que deja abierta la puerta para que las entidades legislativas puedan legislar en el ámbito migratorio dentro de su esfera de competencia local.

En este sentido, el Derecho constitucional mexicano y la Ley de Migración federal asumen la regulación de la migración en nuestro país; sin que medie expresamente ningún sistema de competencia concurrente o coincidente con las entidades federativas, como ha

⁴³² Las constituciones Locales en un sistema jurídico federal, *Vid.* <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2611/15.pdf>, p.326, consulta: 08 de abril de 2018.

⁴³³ Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, LGEM-UNAM, 1983, pp. 115-117.

⁴³⁴ Carpizo, Jorge, *Comentario al artículo 124 constitucional, Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, México, Cámara de Diputados, LV Legislatura, Miguel Ángel Porrúa, 1994, pp. 953-959.

⁴³⁵ Serna de la Garza, José Ma. y Caballero Juárez, José A. (eds.), *Estado de derecho y transición jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p.314.

sido señalado en México en otros ámbitos, como es el caso del deporte (al que solo nos limitaremos a enunciar).

Derivados del análisis anterior, surge el cuestionamiento sobre si ¿La migración es un tópico que debe ser exclusivo a la federación, o si su competencia debe redimensionarse para abrirse a plenitud al derecho de las entidades federativas?

Dentro de las posibles respuestas a esta interrogante, por lo estudiado hasta ahora en el caso de Tijuana, Baja California, nos inclinamos por el contexto de la expansión de la competencia, en razón de que es evidente, que las entidades federativas están desafiado estos límites constitucionales y se encuentran elaborado normatividad local para apoyar y proteger al migrante, como un medio de afrontar de forma directa las problemáticas que se presentan es sus respectivas regiones a partir de leyes migratorias de naturaleza local, adicionalmente el artículo 117 constitucional no prohíbe a los Estados legislar en materia migratoria en sus ámbitos de competencia local.

Derivado de lo anterior, es necesario analizar la posibilidad de modificar el artículo 73 Constitucional Fracción XVI para expandir la competencia en materia migratoria a las entidades federativas. Ya que los Estados se encuentran elaborando normas migratorias para coadyuvar a la federación, normas que *prima facie* desafían la competencia federal y trasgreden e invaden las facultades concedidas por el texto constitucional, a pesar de las buenas intenciones que tengan los estados.

En nuestra consideración, la modificación al artículo 73 Constitucional Fracción XVI para expandir la competencia en materia migratoria a las entidades federativas, debe analizarse con mayor profundidad en el ámbito del Derecho constitucional principalmente, por lo que este debate escapa a las intenciones de este trabajo, no obstante es importante hacerlo notar toda vez que sería muy útil la amplitud a la competencia migratoria en sede local, para que los Estados puedan afrontar desafíos focalizados en este sentido, sin tener que sujetarse a resquicios jurídicos como la no limitación expresa en el artículo 117 Constitucional en materia migratoria.

4.2.2.3 El artículo 73 Fracción XVI constitucional y las esferas de competencia en materia migratoria en México.

Tenemos, entonces, que las entidades federativas, en principio, no están facultadas para legislar en materia migratoria, no obstante la ausencia de prohibición constitucional expresa ha propiciado que las Entidades federativas den frente al fenómeno migratorio desde sus regiones a través de leyes locales, este tipo de normas locales de naturaleza migratoria es una práctica que ya se está presentado cada vez con mayor asiduidad por parte de las entidades federativas de Durango, Chihuahua, Sonora, Puebla, Estado de México, Tlaxcala y Baja California.

En el caso que nos ocupa, Baja California da origen como ya se ha señalado a la Ley para la Protección de los Derechos y Apoyo al Migrante, que a pesar de ser una norma escasa en contenido, como hemos revisado y que prácticamente deja en desprotección al colectivo de la minoridad migrante irregular al mencionarlos solo en dos momentos en la norma aludida, debemos reconocer que ha ampliado algunos de los supuestos y facultades de las dependencias vinculadas con la protección de los menores migrantes.

De lo anterior podemos concluir, que la realidad y la necesidad de los Estados en este tema, ha trascendido al mandato constitucional establecido en el artículo 73 Fracción XVI. En este marco, el DIPr se presenta como una herramienta medular en la asimilación de estos cambios, ya que puede incidir principalmente en dos aspectos; el primero en su dimensión de derecho nacional para facilitar la armonización con el Derecho Constitucional y en segundo lugar como Derecho de Integración que le permita participar en la transformación y expansión de las competencias migratorias a partir del conocimiento de las necesidades y de la realidad local.

En este sentido, es evidente el surgimiento de un diálogo que se debe habilitar entre el DIPr y el Derecho constitucional para efecto de resolver estos planteamientos en materia constitucional que impactan a la materia migratoria en México.

Este diálogo reviste la necesidad de clarificar y precisar en el ámbito constitucional, las esferas de competencia federales y estatales y sus límites concretos en el ámbito migratorio, bajo esta misma línea nuestra disciplina al constituirse como la rama idónea en materia migratoria en el derecho interno, puede justificar la necesidad de ampliar estas competencias, y brindarle al Derecho constitucional una dirección para accionar una

redimensión de los límites a las facultades de las entidades federativas en la materia multicitada.

Finalmente, al plantearnos este análisis y posibles modificaciones, podemos discutir la viabilidad de una norma de carácter local especializada en el tema de la minoridad migrante irregular no acompañada, cuyo enfoque desde el DIPr, sin duda brindará mayor protección y claridad a los contenidos normativos existentes aplicables en sede subnacional.

4.3 El accionar de los órganos de gobierno competentes en materia de menores migrantes irregulares no acompañados en Tijuana.

Para comprender las dinámicas actuales del sector migrante que investigamos, en el municipio de Tijuana, es necesario consultar a los organismos gubernamentales involucrados en el tema, principalmente para conocer el funcionamiento de las dependencias de gobierno que tienen una interacción con este colectivo migrante, *inter alia* DIF Municipal y Estatal, la Secretaría de Relaciones Exteriores, y el Instituto Nacional de Migración en sus oficinas regionales por lo que hace al municipio de Tijuana, asimismo el Sistema Nacional de Protección Integral de niños, niñas y adolescentes (SIPINNA) a través de su oficina en Tijuana (SIMPINA Tijuana), así como también conocer la opinión de la CNDH y su filial estatal.

Tras consultar las dependencias anteriores, podemos realizar un diagnóstico de la situación imperante en nuestra ciudad, así como identificar las necesidades y desafíos de cara a la minoridad migrante irregular no acompañada, y finalmente lo que hemos venido insistiendo en el presente trabajo, determinar si resulta útil la creación de una *lex specialis*, que pueda ser diseñada a partir del DIPr, así como analizar si la aplicación del DIPr es pertinente y relevante en este escenario jurídico local. En este sentido es importante conocer las dinámicas jurídicas y el accionar de diversos órganos de gobierno involucrados en este fenómeno en la ciudad de Tijuana, Baja California.

Para arribar a lo anterior, se realizaron consultas a los órganos de gobierno con facultades en materia migratoria en el municipio mencionado. La información se solicitó a las dependencias citadas, a través de la realización de un cuestionario, que fue presentado

utilizando el Sistema Plataforma Nacional de Transparencia,⁴³⁶ donde todas las peticiones fueron respondidas en plazos aproximados de 30 días naturales, recibiendo las respuestas vía electrónica y a través de paquetería postal, se iniciaron algunos recursos de queja administrativa por la negativa de respuesta de algunas de las dependencias como la CNDH, mismo que se resolvió favorablemente a nuestros intereses como se describirá en el apartado correspondiente a este organismo.

La información completa sobre la obtención de las respuestas, fechas de los procesos, el cuestionario utilizado, los folios de registro de las solicitudes y las diversas respuestas de los organismos, puede ser visualizada en el Anexo 1⁴³⁷ de este trabajo.

En este apartado nos limitaremos a brindar una síntesis de los aspectos más relevantes que nos respondieron las instituciones, que en nuestra consideración se aproximaron a los objetivos de nuestra investigación.

a) Instituto Nacional de Migración, Delegación Baja California (INM).

El INM señaló que una vez identificado un menor migrante irregular no acompañado en Tijuana, consulta el Protocolo de actuación para asegurar el respeto a los principios y la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en procedimientos administrativos migratorios, instrumento que ya hemos revisado en el tercer capítulo de este trabajo.

La dependencia manifestó que tratándose de menores migrantes nacionales no acompañados, corresponderá al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, garantizar el eficaz retorno asistido del menor con sus familiares adultos, atendándose en todo momento el interés superior del menor y su situación de vulnerabilidad, en coordinación y coadyuvancia con los Sistemas Estatales DIF, en este caso DIF Tijuana,

⁴³⁶ La Plataforma Nacional de Transparencia se encuentra habilitada “a través del Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, el cual es una instancia de coordinación y deliberación, que tiene como objetivo la organización de los esfuerzos de cooperación, colaboración, promoción, difusión y articulación permanente en materia de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales, de conformidad con lo señalado en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública y demás normatividad aplicable. El Sistema Nacional es el espacio para construir una política pública integral, ordenada y articulada, con una visión nacional, con objeto de garantizar el efectivo ejercicio y respeto de los derechos de acceso a la información y de protección de datos personales, promoviendo y fomentando una educación y cultura cívica de estos dos derechos en todo el territorio nacional.” Vid. <http://www.snt.org.mx/>

⁴³⁷ Vid. Anexo 1, p. 237 de este trabajo.

considerando las causas de su migración, reunificación familiar, violencia intrafamiliar, violencia, inseguridad social, entre otras.

Respecto a la normatividad de DIPr que utiliza el INM señalaron los siguientes dos instrumentos: La Convención sobre los Derechos de niño del 21 de septiembre de 1990, y los Lineamientos regionales para la atención de niñas niños y adolescentes migrantes irregulares no acompañados, establecidos en la Conferencia Regional sobre Migración. Ahora bien, encontramos en esta respuesta, que la autoridad mexicana tiene clara la competencia del DIPr como disciplina normativa aplicable en materia de migración irregular, sin embargo existe confusión sobre la naturaleza jurídica de los instrumentos, el cual es un aspecto que hemos sostenido a lo largo del presente trabajo, en este sentido el INM al referirse a la Convención sobre los Derechos del niño, es importante precisar que este es un instrumento pertenece al DIP y no al DIPr, pero como hemos manifestado encuentra una aplicación en el ámbito de nuestra disciplina en casos concretos que involucren a menores con un contexto de internacionalidad. Se presenta, por tanto, la interfaz o cruce entre ordenamientos utilizados por estas disciplinas internacionales, es decir un diálogo o interacción necesaria entre disciplinas jurídicas.

De ahí la relevancia de llamar las cosas por su nombre, de ordenar y clasificar los instrumentos según su naturaleza jurídica, para tener claridad al momento de aplicar las normas y brindar la mayor protección, como la propuesta realizada en el capítulo tercero sobre la normatividad de Derecho internacional aplicable al tema y su clasificación en normas de *hard* y *soft law* tanto en los sistemas universal, como regional.

En cuanto a la segunda norma invocada por el INM que pertenece al ámbito del DIPr, se refiere a la Declaración Extraordinaria de Managua, de la Conferencia Regional sobre Migración. Esta Declaración se firmó en junio de 2014 en el marco de la Conferencia Regional sobre Migración, instrumento que aunque no tiene rango constitucional en México, es en efecto una norma regional relevante que nace el seno del DIPr, es un referente obligado en esta materia, como lo analizamos en el capítulo de las fuentes del DIPr, por lo que es un acierto que el INM la utilice con regularidad.

Ahora bien, en cuanto a los retos y desafíos del organismo en la ciudad de Tijuana Baja California, han sido un tanto mesurados y escuetos al señalar que el principal problema es la colocación de albergues especializados de atención diferente al DIF, en

los casos específicos de adolescentes con problemas de conducta y adicción, ya que en ocasiones el sistema estatal DIF Tijuana, no puede tenerlos entre el resto de la población de menores. Sin duda los menores migrantes irregulares no acompañados con problemas de adicciones es un tema que debe atenderse con urgencia y que a pesar de ello no es contemplado por la norma general.

Otra área de oportunidad que considera el INM se presentó a partir de la promulgación de la Ley General de los Derechos de niñas, niños y adolescentes, el 4 de diciembre de 2014, donde hace falta todavía la adecuada instrumentación de una política a favor de los menores que sea transversal, y que puntualice la atención integral de este sector de la población, pues esta dependencia esta consiente de que compete a todas las autoridades la protección de este sector de la población migrante y no a los esfuerzos aislados de solo algunas instituciones.

b) Secretaria de Relaciones Exteriores, Delegación Baja California.

La SRE sostuvo que no es su competencia atender ningún procedimiento relacionado con la identificación de un menor migrante irregular no acompañado, de conformidad con las facultades que le confiere la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF).

No hizo tampoco ninguna precisión sobre la coadyuvancia con el INM, con la Procuraduría Federal de Protección de niñas, niños y adolescentes (PFPNNA) o con la Comisión Mexicana de Ayuda Refugiados (COMAR), ni bajo que hipótesis la SRE puede encontrarse involucrada en este sentido, que es uno de los aspectos que buscábamos conocer con nuestra investigación de la Secretaría.

Por lo que hace al uso de normas propias del DIPr en estos casos, la SRE sugirió dirigir la consulta al INM, al desconocer si estas normas son aplicables al tema.

c) Sistema Nacional de Protección Integral de niños, niñas y adolescentes (SIPINNA y SIMPINA Tijuana).

SIPINNA a través de la Secretaria de Gobernación (SEGOB) preciso que de conformidad con lo establecido por el artículo 125 de la Ley General de Derechos de niñas, niños y adolescentes, no cuenta con atribuciones para intervenir en el procedimiento

migratorio, pues la función este Sistema es la coordinación y generación de la política pública y las tareas relacionadas con esta función y no la atención directa en casos de protección. Respondió además que le corresponde a ella la creación de las políticas públicas que pongan en marcha el derecho de la infancia en México, sin importar que se trate de menores mexicanos o extranjeros.

La SEGOB remitió a su vez el oficio de solicitud de información a SIMPINA Tijuana, quien todavía se encuentra pendiente de dar contestación al mismo, a pesar de encontrarse fuera del plazo para hacerlo. También sostuvo el organismo, que actualmente SIPINNA Nacional no cuenta con un diagnóstico específico de la situación o desafíos que enfrentan los menores migrantes en Tijuana, Baja California, lo cual nos alarma e inquieta toda vez que no se han identificado las problemáticas reales en este municipio, por el organismo encargado de elaborar la política pública nacional e incidir en el desarrollo progresivo y reconocimiento de los derechos de la minoridad en México y que además tiene una representación en Tijuana.

d) Desarrollo Integral de la Familia, DIF Estatal Baja California y DIF Tijuana.

Desarrollo Integral de la Familia DIF Tijuana señaló declararse incompetente para brindar respuesta a la solicitud de información, precisando que su labor es limitada y solo consiste en brindar ayuda humanitaria temporal a este sector de la población migrante, al declinar la competencia sugirieron remitir la solicitud de información a DIF Estatal Baja California.

Por su parte, DIF Estatal Baja California no respondió a la solicitud, a pesar de encontrarse fuera de tiempo desde el pasado 4 de abril de 2018, consideramos sumamente importante la repuesta de esta dependencia principalmente, porque el DIF Estatal es la autoridad facultada junto con el INM de atender a los menores migrantes extranjeros a través de la red de albergues.⁴³⁸ En este sentido conocer lo que acontece en el interior de estos albergues resulta imprescindible para identificar la mayor parte de los desafíos a este colectivo migrante en la ciudad de Tijuana.

⁴³⁸ Azzolini, Bincaz Alicia Beatriz, *Los Derechos de la infancia*, Porrúa, México, 2017, p.178.

Sin embargo, la información que se conoce de forma pública sobre el funcionamiento de estos albergues es a través del Consejo Nacional de Población (CONAPO) quien realizó un estudio especial a partir 2007 año en que se inició a documentar esta información.⁴³⁹ A pesar de la interposición de un recurso administrativo para presionar a la autoridad local a brindar respuesta sobre la situación de los albergues, más allá de la información pública que brinda CONAPO respecto de estos, aún no se nos ha brindado ninguna resolución al respecto de la queja instaurada.

e) Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH).

La CNDH por su parte, no respondió a la solicitud invocando la imposibilidad de brindar contestación *ad hoc* a problemas sobre violaciones de derechos humanos abstractas y generales, por lo que, en su consideración, es incapaz de brindar una respuesta, si se refiere a un colectivo de personas y no a un sujeto o sujetos individualizados.

En virtud de la negativa de la dependencia, se interpuso un recurso de queja administrativa el pasado 4 de abril del 2018, el cual ha sido resuelto favorablemente a nuestros intereses, en virtud de que la CNDH brindó contestación amplia a nuestra solicitud.

En nuestra consideración, la respuesta de la CNDH resulta relevante, toda vez que en el presente trabajo se analizaron 5 recomendaciones emitidas por el organismo mencionado, que versan sobre menores migrantes irregulares centroamericanos sin acompañamiento, esta respuesta es capaz de generar información y datos adicionales a los ya tratados en la presente tesis; por lo que fue por demás lamentable que el organismo constitucional, defensor de los derechos humanos en nuestro país, a partir del formalismo jurídico referido evadió dar contestación a un tema tan relevante y urgente. Sin embargo, derivado del recurso que se instauró la CNDH nos respondió ampliamente todas las

⁴³⁹ *Vid.* www.conapo.gob.mx, número de menores migrantes atendidos en módulos y albergues por región, estado y municipio 2007 y 2015, Consulta: 22 de marzo de 2017. Es importante señalar que según CONAPO de los 27 módulos que brindan atención a menores migrantes provenientes Centroamérica en México, siete se encuentran en Baja California, tres en Mexicali y cuatro en Tijuana, en el 2015 se incorporó uno más a Mexicali y dejó de operar uno en Tijuana en el 2014, sin describirse las causas por las que este módulo dejó de brindar atención a estos menores, resultando que la ciudad de Tijuana tiene tres módulos.

preguntas presentadas,⁴⁴⁰ mismas que había declinado contestar inicialmente, entre lo más sobresaliente nos indicó:

Primeramente, que sus oficinas foráneas como la propia oficina central cuentan con un programa de atención a migrantes que se encarga de la defensa y protección de las personas en migración, ya sea a través del proceso de investigación de quejas o de divulgación de los derechos humanos de las personas en contexto de migración tanto para menores como adultos.

Insiste en que su labor es coadyuvante y tiene un propósito de monitoreo del cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley de Migración y su reglamento, la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y el Protocolo de actuación para Asegurar el respeto a los Principios y Protección de los derechos de los Niñas, Niños y Adolescentes en Procedimientos Administrativos Migratorios, el cual requiere la intervención además de autoridades especializadas en la protección de la infancia como los son el sistema DIF y las procuradurías de protección.

Asimismo, es importante resaltar, en cuanto al marco normativo internacional aplicado por el organismo autónomo a este colectivo migrante, no realiza distinción en las normas que pertenecen al ámbito del DIP y las que pertenecen a otras categorías de derecho internacional, tampoco realiza ninguna precisión sobre el uso del DIPr en estos casos, lo que demuestra desconocimiento e imprecisión por parte de la CNDH en materia de migración irregular.

Dentro de la presente investigación se analizaron en el capítulo segundo el sistema de casos de la CNDH sobre la minoridad migrante irregular no acompañada, concretamente las Recomendaciones 18/2010, 77/2012, 31/2013, 17/2014 y 22/2015, al preguntarle sobre estos asuntos y su seguimiento nos refirió contar solo con la información pública existente en la plataforma de la CNDH, adicionalmente se le preguntó si existe algún caso referente a un menor migrante irregular no acompañados centroamericano del que se haya iniciado una queja en la ciudad de Tijuana, Baja California, a lo que nos respondió que no existe hasta abril de 2018 ningún caso con esas características.

En cuanto a la respuesta de la Comisión Estatal de Derechos Humanos para el Estado de Baja California, esta fue más lacónica, ya que solamente refirió no tener en

⁴⁴⁰ Vid. Anexo 1, p. 237.

archivo ningún caso de esta naturaleza, ni poseer ningún tipo de información al respecto y nos remitió a la CNDH.

4.3.1 El DIPr como mecanismo de armonización legislativa en el caso Tijuana.

Entre los avances más relevantes en nuestros tiempos del DIPr, se encuentra el coadyuvar en los procesos de armonización de las normas jurídicas en el derecho interno, con el propósito de homogenizar los contenidos normativos de orden nacional e internacional para evitar ambigüedad y vacíos. En este sentido, analizamos ampliamente este tema en el primer capítulo del presente trabajo, sin embargo, nos parece pertinente recuperarlo para enlazar las unidades temáticas con los objetivos de nuestra investigación y entender que dentro del proceso de integración normativa o jurídica que realiza en DIPr tiene cabida la armonización normativa y a su vez para analizar los efectos positivos que en las jurisdicciones locales derivados de estos procesos de armonización se pueden propiciar.

Otro aspecto trascendente de la armonización en el caso que nos ocupa, consiste en la búsqueda de inmediatez y de facilitar el acceso a derechos con base en el concepto de derecho de especialidad o *lex specialis* que ofrece el DIPr a partir de la creación de una norma de naturaleza específica o especializada que aborde concreta y eficazmente la mayor cantidad posible de los contenidos normativos protectores en materia de minoridad migrante irregular no acompañada.

Este planteamiento en concordancia con el contenido previo, colocará al DIPr como columna vertebral de esta misión, que pretende en nuestra consideración, facilitar la accesibilidad a los derechos y hacerlos más inmediatos, toda vez que en diversos contextos jurídicos las normas especializadas son capaces de brindar mayor claridad sobre los derechos que las integran, lo que facilita el camino hacia los mismos.

En este sentido, observábamos la debilidad del aparato normativo migratorio mexicano, por citar un ejemplo la Ley de Migración mexicana requiere la inserción de diversas disposiciones o derechos contenidos en los tratados internacionales para hacer operativos estos derechos y facilitar su aplicación.

Es en este punto, donde el caso Tijuana encuentra conexión ante la posibilidad de crear una norma especializada que incluya los documentos normativos analizados a lo

largo de este estudio y que esta norma propuesta, además propicie una mayor protección a este sector de la minoridad migrante. Al ser un documento normativo focalizado y diseñado para ser aplicado por las autoridades federales facultadas como los primeros respondientes en el ámbito de la municipalidad de Tijuana.

Sostenemos la propuesta de realizar un estudio de la migración a través del DIPr con un enfoque de especialidad y complementariedad con otras disciplinas pertinentes como el DIP, toda vez que consideramos que en este escenario local, se encuentra una de las vetas más ricas de oportunidad de armonización de la normatividad interna con los tratados internacionales especializados en este tema para generar *lex specialis*.

4.3.2 Propuesta de *lex specialis* de DIPr en materia de menores migrantes no acompañados para el Estado de Baja California.

A) Notas a la propuesta.

Tras haber analizado la clara obsolescencia del sistema de competencias constitucionales en materia migratoria en México, que impide a las entidades federativas a abordar directamente a la migración, afirmación a la que arribamos después de estudiar el caso de Baja California y su normatividad migratoria local. De este análisis, nos ha quedado claro que los Estados necesitan poder legislar al respecto para dar frente al fenómeno migratorio que se presenta en sus respectivas áreas geográficas, fenómeno que sin duda ha fluctuado drásticamente en los últimos años, como lo es el caso del municipio de Tijuana.

El DIPr en este escenario debe ejercer un papel de liderazgo⁴⁴¹ para propiciar la integración de normas tanto nacionales como internacionales en aras de permear a los destinatarios de los derechos, en el caso del tema de menores migrantes irregulares, que como ha sido revisado reviste de una diversidad de normas tanto nacionales como internacionales.

⁴⁴¹ En nuestra consideración el DIPr está facultado para liderar los procesos de integración normativa y armonización jurídica, en virtud de sus caracteres, nos referimos concretamente a la característica denominada *derecho estadual*, es decir, es derecho internacional y estatal a la vez, lo que le permite desde el derecho nacional o interno facilitar estos procesos integradores de normas.

En este sentido, el DIPr en relación a la figura de la migración irregular en general y no solo en lo que corresponde a la minoridad, optimiza los procesos de *armonización normativa en el derecho interno*.⁴⁴² Es cierto que nuestra disciplina no es la única que participa en los procesos de armonización normativa, sin embargo hemos explorado el tema de la armonización desde el primer capítulo a la luz del DIPr para justificar la pertinencia de realizar este estudio en el ámbito de las migraciones internacionales.

Es a partir de la figura de la armonización normativa, que se puede generar *lex specialis* de DIPr que regule a la minoridad migrante, toda vez que al coexistir la diversidad de instrumentos jurídicos que les son aplicables, se requiere buscar la construcción de un hilo conductor que reúna los principios jurídicos más importantes y los derechos mínimos a los que debe tener acceso este sector de la población migrante.

En cuanto a la fundamentación de que debe ser una norma especializada o *lex specialis*, debemos señalar que el principio de especialidad normativa, hace referencia a la materia que se va a regular, y al propio contenido de la norma,⁴⁴³ por lo que supone el tránsito de una regla más amplia, que afecta a todo un género, a una regla menos extensa, que afecta exclusivamente a una especie de dicho género.⁴⁴⁴ Esto significa que la norma que representa el género y la que regula la especie poseen elementos comunes, pero la norma especial añade un dato ulterior a la que representa el género.⁴⁴⁵ Una norma especializada nos permite regular y profundizar en aspectos comunes de un género o colectivo concreto, para identificar todas las variables y las posibles hipótesis vinculados a un sector específico, de ahí la necesidad de crear bajo ciertos contextos como el migratorio, normatividad especializada.

Al referirnos a *lex specialis* de derecho internacional en general, no podemos dejar del lado el fenómeno de *fragmentación del derecho internacional*,⁴⁴⁶ figura que nos permite

⁴⁴² Véase Boodman, Martin, *The myth of harmonization of laws*, The American Journal of Comparative Law, vol. 39, núm. 4, otoño de 1991, p 700; Leeborn, David W., *Claims for Harmonization: A theoretical framework*, en Canadian Business Law Journal, vol. 27, núm. 1, Jul 1996, p. 67.

⁴⁴³ Bobbio, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*. Debate, 1990, pp. 350 y ss.

⁴⁴⁴ Bobbio, Norberto, *Teoría dell'Ordinamento Giuridico*, G. Giappichelli, Torino, 1960, pp. 82 y ss.

⁴⁴⁵ Irti, N., *La edad de la descodificación*, J. Ma. Bosch, Barcelona, 1992, p. 45

⁴⁴⁶ No existe un sistema de derecho internacional con carácter homogéneo, toda vez que está compuesto de erráticos bloques y elementos, diferentes partes de un sistema, que además se subdividen en universal y regional y que a su vez contienen otros subsistemas que implican diferentes niveles de integración, todas estas partes interactuando una con la otra, crean una paradoja de fragmentación. Véase Hafner, Gerhard.

disipar los cuestionamientos de porque buscar normativa de especialidad si existe normatividad general en demasía, principalmente en el ámbito internacional, pero está claro que este fenómeno de fragmentación es inevitable, sobre todo en los espacios regionales o locales, como los son en este caso las entidades federativas y los municipios.

La fragmentación del derecho internacional surge como producto de una compleja y variada gama de regímenes jurídicos como el denominado derecho de especialidad o *lex specialis*.⁴⁴⁷ Esto implica que la creación de legislación especializada fragmenta o divide en cierto sentido al derecho internacional, sin embargo induce a los Estados a cumplir de forma más estricta con el derecho internacional, “a través de normas que son diseñadas en razón de su región y de sus necesidades naturales lo que se ve reflejado en una regulación más adecuada de acuerdo al entorno político de una región”.⁴⁴⁸ En este sentido, consideramos que dentro del fenómeno de la fragmentación una consecuencia natural de la evolución del derecho internacional trae como resultado la creación de normas homónimas del derecho internacional en el derecho interno, que sean capaces de atender a las necesidades específicas de las regiones en aras de facilitar su aplicación.

A partir de lo analizado, entendemos que la legislación existente en el ámbito nacional en México es vasta pero incompleta, donde encontramos incluso normas elaboradas desde la materia administrativa denominadas protocolos o lineamientos internos de las dependencias de gobierno, los protocolos que hemos estudiado previamente, son tan diversos y heterogéneos como las instituciones involucradas, y, sobre todo, distantes de unificar la normatividad aplicable al sector migrante al que queremos proteger. Es por ello, que tenemos claro que el instrumento local que proponemos, debe constituir normatividad local y no un mero protocolo o lineamientos internos de las dependencias de gobierno.

En virtud de lo anterior, consideramos que el Estado de Baja California, particularmente la ciudad de Tijuana, como una región migratoria de gran relevancia, es

Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law, Michigan Journal of International Law, Volume 25, Issue 4, Vienna University. p.849.

⁴⁴⁷ Cfr. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Naciones Unidas, 55 Periodo de Sesiones, mayo-junio y julio-agosto de 2003, *cap. X: Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*.

⁴⁴⁸ Salinas Alceaga, Sergio y Tirado Robles, Carmen. *Adaptabilidad y Fragmentación del Derecho Internacional: La crisis de la sectorialización*, Zaragoza, 1999, p. 97.

una frontera con características propias y con problemáticas definidas, principalmente por su ubicación geográfica al colindar con el Estado de California, aspectos que permiten pensar en el planteamiento de una norma regional que atienda a sus necesidades particulares y que haga más accesibles los derechos humanos de los menores migrantes contenidos en los instrumentos internacionales aplicables.

La siguiente propuesta sobre *lex specialis* en materia de menores migrantes irregulares no acompañados que se presenta, es muy concreta, y atiende a los puntos más importantes que debe contener una ley de especialidad y se elaboró con el propósito de incitar el debate académico, sobre los derechos mínimos a los que debe tener acceso un menor migrante irregular no acompañado y los distintos escenarios que mínimamente debe regular la norma. Sin duda, esta es una propuesta inicial para la realización de legislación especializada en México al respecto, esto no significa que nuestra propuesta no deja de contener en nuestra consideración los aspectos imprescindibles en lo que respecta a estos menores.

Adicionalmente, al relevante papel del DIPr dentro de los procesos de armonización internos en México y el innegable fenómeno de la fragmentación del derecho internacional y sus efectos positivos en los espacios regionales, proponemos una norma de carácter local y de naturaleza especializada, diseñada desde la disciplina jurídica multicitada, porque el DIPr “tiene como fin último la protección de la persona humana... por lo que presupone un diálogo intercultural y funge como un derecho de integración de carácter nacional e internacional a la vez.”⁴⁴⁹

En cuanto a la estructura de nuestra propuesta normativa, ésta estará integrada por tres rubros: *aspectos generales, principios fundamentales y mínimo de derechos*.

En primer lugar, en los aspectos generales haremos alusión a la justificación de la necesidad de que crear *lex specialis* circunscrita al DIPr, apartado donde se abordará la nomenclatura de los menores migrantes irregulares no acompañados como categoría jurídica, el alcance de la norma y algunas prevenciones generales como la instrumentación

⁴⁴⁹ Scotti B. Luciana. *Los escenarios del DIPr actual: Globalización, integración y multiculturalidad*. En Fernández Arroyo Diego Coord. *DIPr y Derecho de la Integración – Libro homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano*, CEDEP, Asunción, 2013, pp. 147-168.

de acuerdos con las dependencias facultadas en Baja California para lograr homogeneizar la aplicación de la norma.

En segundo término, señaláremos los principios fundamentales que deben regir el proceso migratorio en el que esté involucrado un menor extranjero, así como los aspectos básicos que se requieren proteger al momento de tratar con un menor migrante no acompañado.

Finalmente, la tercera parte contendrá un listado del mínimo de derechos que deben ser reconocidos a estos menores, inicialmente hemos considerado 9 aspectos neurálgicos, de los cuales podemos partir para la construcción de esta norma; derechos que han sido grandes ausentes en las normas mexicanas según hemos identificado, como el caso de los procesos de identificación del menor vinculados con la determinación de la edad, y la correcta regulación de las medidas de protección contra la detención.

b) Proyecto de *lex specialis* desde el DIPr para menores migrantes irregular no acompañados en Baja California

Presentación:

“Los movimientos migratorios provenientes de Centroamérica, principalmente de los países de Honduras, Guatemala y El Salvador se caracterizan por ser cada vez más complejos y responder a una pluralidad de causas, donde el colectivo mayormente vulnerable son los menores migrante irregulares acompañados o no acompañados, desde este escenario migratorio se requiere el diseño y aplicación de normas especializadas y específicas que den frente al fenómeno migratorio de la minoridad irregular de manera local, y que incluyan un catálogo mínimo de derechos y procesos, mismos que se encuentran contenidos en los instrumentos internacionales aplicables a la materia, así como también la normatividad nacional competente.

En este sentido, se realiza esta *lex specialis* de DIPr en la búsqueda de integrar estos ordenamientos tanto nacionales como internacionales para que estos puedan ser más entendibles para las autoridades locales y lo anterior pueda facilitar el acceso a derechos para la minoridad”.

Contenido:

I. Aspectos generales

1. Justificación de la necesidad de *lex specialis*.

Uno de los desarrollos más relevantes en nuestros tiempos del DIPr es incidir positivamente en la armonización de las normas jurídicas en el derecho interno, con el propósito de homogenizar los contenidos normativos de orden nacional e internacional para evitar ambigüedad y vacíos. En este sentido, hemos analizado ampliamente este tema en el primer capítulo del presente trabajo, sin embargo, nos parece pertinente recuperarlo para enlazar las unidades temáticas con los objetivos de nuestro trabajo y entender que dentro del proceso de integración normativa o jurídica que realiza en DIPr tiene cabida la armonización normativa y a su vez para analizar los efectos positivos que en las jurisdicciones locales derivados de estos procesos de armonización se pueden propiciar.

Otro aspecto trascendente de la armonización en el caso que nos ocupa, consiste en la búsqueda de inmediatez y de facilitar el acceso a derechos con base en el concepto de derecho de especialidad o *lex specialis* que ofrece el DIPr a partir de la creación de una norma de naturaleza específica o especializada que aborde concreta y eficazmente la mayor cantidad posible de los contenidos normativos protectores en materia de minoridad migrante irregular no acompañada.

En este sentido, hemos observado la debilidad del aparato normativo migratorio mexicano, por citar un ejemplo la Ley de Migración mexicana requiere la inserción de diversas disposiciones o derechos contenidos en los tratados internacionales para hacer operativos estos derechos y facilitar su aplicación tal y como lo pormenorizamos en el tercer capítulo.

Es en este punto, donde el caso Tijuana encuentra conexión ante la posibilidad de crear una norma especializada que incluya los documentos normativos analizados y que esta norma propuesta además propicie una mayor protección a este sector de la minoridad migrante. Este pretende ser un documento normativo diseñado para ser aplicado por las autoridades federales facultadas como los primeros respondientes en el ámbito del Estado

de Baja California y que tiene aplicación en los municipios de la entidad incluyendo a Tijuana.

Es por lo anterior, que el DIPr, en este escenario local migratorio, posee una de las vetas más ricas de oportunidad de armonización de la normatividad interna a los tratados internacionales especializados en este tema.

2. Definición de menores migrantes no acompañados

El menor migrante no acompañado, se define como: el menor de 18 años de edad que está separado de ambos progenitores y otros parientes y no está al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad.⁴⁵⁰

Por otra parte, no debemos confundir el menor no acompañado respecto de un “menor separado”, que representa una situación jurídica distinta, ubicándose en ésta todo menor separado o distanciado de ambos progenitores o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes.⁴⁵¹ Por tanto, entendemos que puede encontrarse acompañado por otros miembros adultos de la familia.

Derivado de lo anterior debemos precisar que los menores migrantes irregulares no acompañados tienen una triple condición: la de extranjeros en situación irregular, normalmente indocumentados, la de menores de edad y finalmente su situación sin “acompañamiento”.

3. Alcance de la norma

La presente norma es *lex specialis* de DIPr, está integrada por normas nacionales e internacionales (tanto de *hard* como de *soft law*) que protegen los derechos de la minoridad y por otra parte los derechos de los migrantes extranjeros que se ubiquen en la categoría de menores no acompañados, el ámbito de aplicación de esta Ley se circunscribe a la Entidad Federativa del Estado de Baja California y por ende sus municipios.

4. Prevenciones generales

Autoridades: Se entenderán como autoridades involucradas las siguientes: OPIS (oficiales para la protección de la infancia), DIF e INM.

⁴⁵⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6: *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, UN Doc. CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005, Párr. 7.

⁴⁵¹ *Ibidem*. Párr. 8.

II. Principios fundamentales

Estos principios deberán ser tenidos en cuenta en cualquier fase de la atención y del tratamiento a menores migrantes irregulares no acompañados y se enlistan como sigue:

1. El interés superior:

Principio regulador y rector sobre el que deberán erigirse los procesos migratorios que involucren a menores, este principio implica que todos los menores son merecedores a una protección especial.⁴⁵² El interés superior del menor consiste en que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.⁴⁵³

2. *Non refoulement*:

Este principio consagra el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre. La protección del principio de no devolución alcanza a toda persona extranjera y no sólo a una categoría específica dentro de los extranjeros, como sería los solicitantes de asilo y refugiados. Este principio debe entenderse extensivo a los menores migrantes extranjeros al ubicarse en la categoría de persona extranjera. Los menores que sean localizados en las fronteras mexicanas o crucen la misma sin ser admitidos formal o legalmente en el territorio del país tienen derecho a permanecer en el territorio nacional.⁴⁵⁴

3. No discriminación:

Los menores no acompañados tienen derecho a recibir el mismo tratamiento y a disfrutar de los mismos derechos que los menores nacionales o residentes en el territorio de Baja California. En primer lugar deberán ser tratados como menores. Cualquier consideración relativa a su condición de migrantes extranjeros o migrantes irregulares deberá ser un

⁴⁵² González Contró, Mónica. *Comentario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, El interés superior del niño en los criterios judiciales*, SCJN/UNAM-IIJ, México, 2015, pp. 151-152.

⁴⁵³ Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3, primer párrafo.

⁴⁵⁴ *Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria*, de 27 de enero de 2011, artículos 6 y 21 y Reglamento de la ley sobre refugiados y protección complementaria, de 21 de febrero de 2012, artículo 9.

criterio secundario.⁴⁵⁵ Este principio es aplicable independientemente del estatus migratorio de una persona y se debe invocar en todos los aspectos del trato de los menores separados y no acompañados. En particular, prohíbe toda discriminación basada en la situación de no acompañado o separado del menor o en su condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante. Este principio no excluye la diferenciación fundada en la diversidad de necesidades de protección, como las asociadas a la edad o al género. Deben tomarse también disposiciones en previsión de hipótesis de prejuicios o de actitudes de rechazo social de los menores no acompañados o separados.⁴⁵⁶

4. Unidad familiar:

Las autoridades migratorias competentes en el Estado de Baja California deben facilitar de forma proactiva la reagrupación familiar del menor en el país en que mejor se vea realizado el interés superior del menor, de acuerdo con las garantías del debido proceso contenidas en esta Ley. Este principio establece que todos los menores, tienen derecho a tener una familia, y las familias tienen derecho a cuidar de éstos; deben tener acceso a servicios destinados a reunirlos con sus padres o sus tutores legales o sus cuidadores, tan rápido como sea posible. Por otra parte, en todas las actuaciones de las instituciones que intervienen en su atención, debe observarse que no se separe al niño de sus familiares a menos que sea necesario con el fin de asegurar su protección, es decir primando el interés superior del niño y la niña.⁴⁵⁷

Cuando un menor no acompañado tenga a un familiar en un tercer país y tanto el menor como el familiar desean reagruparse en ese país, las autoridades responsables deberán llevar a cabo un meticuloso estudio de la idoneidad de ese familiar para el cuidado del menor.⁴⁵⁸

5. El derecho a la participación:

⁴⁵⁵ ACNUR, *Buenas prácticas para los menores migrantes no acompañados en Europa*, Save the Children, 2004, p.7.

⁴⁵⁶ Comité sobre los Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Observación General núm. 6, U.N. Doc. CRC/GC/2005/6, 2005, Párr. 18.

⁴⁵⁷ Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) *et al*, *Marco jurídico del Protocolo de Atención para Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes no Acompañados o Separados que se Encuentren Albergados*, Coordinadora Elva Leonor Cárdenas Miranda, México D.F., 2015, p.9.

⁴⁵⁸ Naciones Unidas, Convención sobre los derechos del niño de 1989, artículo 10.

El derecho a la participación del menor durante el proceso migratorio debe ser considerado en todo momento del proceso, se deberán consultar y considerar las opiniones y los deseos de los menores no acompañados a la hora de tomar decisiones que les afecten. Han de establecerse medidas para facilitar su participación, de acuerdo con su edad y madurez.⁴⁵⁹

III. Mínimo de derechos

1. Identificación del menor:

Preminentemente en los puntos de entrada al territorio, así como cuando los primeros respondientes entren en contacto con un menor en el Estado de Baja California, las autoridades de inmigración deberán instaurar procedimientos para la identificación de menores no acompañados y el traslado de esos menores al DIF estatal o municipal preferentemente. Cuando un menor llegue acompañado de un adulto, será necesario determinar la naturaleza de la relación entre el menor y el adulto. Puesto que muchos menores no acompañados entran en un país sin ser identificados como menores “no acompañados”. Algunos menores se convierten en menores no acompañados después de haber entrado en el país (descomposición de la familia, partida del tutor). Las autoridades competentes para la resolución de los casos de inmigrantes y refugiados deberán garantizar que cualquier cambio de estatus, como resultado de dichas separaciones, quede asentado en los registros de los menores.⁴⁶⁰

2. Localización de la familia:

Las autoridades deben priorizar la obtención de información sobre la localización de sus padres o quienes ejerzan sobre ellos la patria potestad, así como las razones por las cuales se encuentran separados; la identificación de situaciones de riesgo de abuso o violaciones a los derechos del menor que pudieran presentarse, así como de alternativas de cuidado temporal, y el deber de tomar en cuenta la opinión del menor en las decisiones que le conciernen, dando importancia a la voz del menor.⁴⁶¹ A través de las

⁴⁵⁹ ACNUR, *Buenas prácticas para los menores migrantes no acompañados en Europa*, Save the Children, 2004, p. 19; Naciones Unidas, Convención sobre los derechos del niño de 1989, artículo 12.

⁴⁶⁰ Naciones Unidas, Convención sobre los derechos del niño de 1989, artículo 8.

⁴⁶¹ El artículo 36 del Reglamento a la Ley sobre Refugiados Protección Complementaria y Asilo Político establece además: “La COMAR podrá solicitar la intervención del Sistema Nacional para el Desarrollo

manifestaciones del menor los primeros respondientes puede allegarse de elementos sobre su identidad, país de nacionalidad o residencia, situación migratoria, para facilitar la localización de sus padres o de otros miembros de la familia y sus necesidades particulares de protección.⁴⁶²

3. Nombramiento de un tutor:

En cuanto un menor no acompañado haya sido identificado como tal, se le deberá asignar, con una perspectiva a largo plazo, un tutor para que asesore y proteja al menor no acompañado. Independientemente del estatus legal de esa persona.⁴⁶³

Los menores privados de sus familias tendrán derecho a protección y asistencia especiales.⁴⁶⁴ De esta forma el Estado de Baja California, a través de las autoridades competentes, al recibir menores no acompañados deberán adoptar medidas para su protección, incluidas la tutoría y la protección por instituciones semejantes o análogas.⁴⁶⁵

El DIF estatal y municipal debe contar con listados de tutores legales, ya sea miembros de las dependencias mencionadas o trabajadores de alguna ONG con previo registro, sus responsabilidades deberán ser las siguientes:

- garantizar que todas las decisiones sean tomadas en respeto del interés superior del niño.
- asegurar que el menor no acompañado reciba los cuidados adecuados, alojamiento, educación, apoyo lingüístico y asistencia sanitaria.
- garantizar que el menor disponga de una representación legal adecuada a la hora de tramitar su estatus de inmigración o solicitud de asilo.
- consultar las opiniones de menor y asesorarlo.
- contribuir a encontrar una solución duradera en el interés superior del menor.

Integral de la Familia, de los Sistemas Estatales para el Desarrollo Integral de la Familia o del Distrito Federal; en esos dos últimos casos, se hará del conocimiento también del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.”

⁴⁶² Diario Oficial de la Federación (DOF) 25 de mayo de 2011, se publica el Decreto por el que se expide la Ley de Migración. Artículos 172 y 173.

⁴⁶³ ACNUR, *Buenas prácticas para los menores migrantes no acompañados en Europa*, Save the Children, 2004, p.16.

⁴⁶⁴ Naciones Unidas, Convención sobre los derechos del niño de 1989, artículo 20.

⁴⁶⁵ Convención de La Haya de 1996, artículo 3.

- establecer vínculos entre el menor y otras organizaciones que puedan prestar servicios al menor.

- actuar, en caso necesario, en nombre del menor para defender sus intereses. “Para poder garantizar que el menor no acompañado reciba la protección necesaria, la asignación de los tutores deberá llevarse a cabo en el plazo de un mes desde que la presencia del menor haya sido notificada a las autoridades competentes”.⁴⁶⁶ “Las personas que asuman esas responsabilidades pueden provenir de diferentes áreas profesionales. No obstante, para poder cumplir eficazmente sus funciones, los tutores y asesores deberán disponer de la experiencia adecuada en el cuidado de niños y comprender las necesidades especiales y culturales de los menores no acompañados.”⁴⁶⁷

4. Determinación de la edad:

Para realizar la determinación de la edad de un menor se deben de considerar factores físicos, psicológicos, culturales y de desarrollo cognitivo. Si se requiere realizar una prueba de determinación de la edad, dicho examen deberá ser realizado por profesionales independientes con la experiencia y los conocimientos adecuados del origen cultural del menor. Los exámenes nunca podrán ser forzosos o inapropiados desde el punto de vista cultural y de derechos humanos. Se ha de actuar con especial cuidado para garantizar que respeten factores de género. Resulta importante señalar que la determinación de la edad no es ninguna ciencia exacta y conlleva un considerable margen de error. En la realización de la determinación de la edad, se les deberá conceder a los menores no acompañados el beneficio de la duda.⁴⁶⁸

5. Protección contra la detención:

Los menores no acompañados nunca podrán ser detenidos por razones relacionadas con su estatus de inmigrante. En este concepto se incluye, por ejemplo, la detención en la frontera, en zonas internacionales, en centros de detención de menores, en calabozos de la policía, en cárceles u otros centros de detención especiales para menores.⁴⁶⁹

⁴⁶⁶ ACNUR, *Buenas prácticas para los menores migrantes no acompañados en Europa*, Save the Children, 2004, p.17.

⁴⁶⁷ *Ibidem*.

⁴⁶⁸ Véase. *European Convention on the Exercise of Children's Rights* de 1996.

⁴⁶⁹ Comité sobre los Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Observación General núm. 6, U.N. Doc. CRC/GC/2005/6, 2005, Párr. 18.

Tratándose de menores no acompañados o separados, las medidas de policía o de otro carácter con referencia al orden público sólo son admisibles si se ajustan a la ley, suponen una apreciación individual y no colectiva, respetan el principio de proporcionalidad y representan la opción menos intrusiva. A fin de no infringir el mandato de no discriminación, las medidas descritas nunca podrán ser aplicadas a un grupo o sobre una base colectiva.⁴⁷⁰

6. Garantías procesales mínimas:

El derecho al debido proceso busca confirmar la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana, en este sentido las garantías mínimas de debido proceso que se deberán aplicar en los procesos migratorios que involucran a menores son las siguientes:

- a. El derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio;
- b. El derecho a ser informado de sus derechos;
- c. El derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario especializado;
- d. El derecho del menor a ser escuchado y a participar en las diferentes etapas procesales;
- e. El derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete;
- f. El acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular;
- g. El derecho a ser asistido por un abogado y a comunicarse libremente con él;
- h. El derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior del menor esté debidamente fundamentada;
- i. El derecho a que se aplique el principio de no devolución.
- j. El derecho a recurrir la decisión ante la autoridad jurisdiccional competente, y

⁴⁷⁰ Comité sobre los Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Observación General núm. 6, U.N. Doc. CRC/GC/2005/6, 2005, Párr. 18.

k. El derecho a conocer la duración del procedimiento que se llevará a cabo, mismo que deberá seguir el principio de celeridad.⁴⁷¹

Las decisiones sobre peticiones de asilo de menores deberán ser tomadas por una autoridad competente, concedora de asuntos de asilo y refugiados así como de los instrumentos jurídicos relativos a los derechos del menor migrante extranjero. Los menores que reciban, en primera instancia, una respuesta negativa, tendrán derecho a interponer un recurso. Los plazos para la presentación de recursos han de ser razonables. Las peticiones presentadas por menores han de ser identificadas como tales y tramitadas prioritariamente, de forma que no tengan que esperar durante mucho tiempo la respuesta.⁴⁷² Dentro de las garantías mínimas debe incluirse el derecho a la participación durante el proceso migratorio. En caso de ser necesaria la realización de entrevistas, éstas deberán llevarse a cabo de una forma agradable para los menores (descansos, ambiente no amenazante) y por unos agentes que dispongan de la formación necesaria para entrevistar a menores.

7. Cuidados básicos del menor durante su estancia:

Las autoridades responsables de la asistencia a los menores deberán evaluar cuidadosamente sus necesidades. Han de reducirse al mínimo los cambios del lugar de acogida. Los hermanos deberán permanecer juntos si ello está en el interés superior del menor. Si los menores viven o son reagrupados con familiares, dichos familiares han de ser objeto de una evaluación en cuanto a su aptitud para proporcionar los cuidados adecuados y serán sometidos a controles policiales. Los menores no acompañados mayores de 16 años no deberán ser tratado como adultos “de facto” y colocados solos, sin el apoyo de un adulto, en albergues o centros de acogida.

Todas las personas que trabajen con menores no acompañados han de saber que los menores tienen derecho a su intimidad y a una relación confidencial con su tutor y/o representante legal y cualquier otro defensor. Con el fin de establecer medidas de protección, los cuidadores en centros de acogida y residencias han de ser concienciados

⁴⁷¹ Diario Oficial de la Federación (DOF) 22 de mayo de 2011, se publica la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 92.

⁴⁷² ACNUR, Buenas prácticas para los menores migrantes no acompañados en Europa, Save the Children, 2004, p.25.

sobre el problema de la trata de menores con fines de prostitución y otras formas de explotación.⁴⁷³

8. Derecho a la posibilidad de permanencia en el país, a través de figuras como el refugio, asilo o visa humanitaria.

Nunca se deberá negar a los menores no acompañados, independientemente de su edad, el acceso al procedimiento de asilo o refugio.⁴⁷⁴ Los menores no acompañados solicitantes de asilo o refugio deben estar representados por adultos o instituciones específicamente designadas de conformidad a lo establecido en el derecho 3 de esta Ley. Durante las entrevistas, los menores no acompañados podrán estar acompañados por ese adulto o representantes de esa institución. En todas las fases del procedimiento de asilo o refugio, incluidas apelaciones o revisiones, los menores no acompañados deberán contar con un representante legal. Los representantes legales deberán ser puestos a disposición del menor a título gratuito, han de contar con la formación necesaria para representar a menores y conocer las formas específicas de persecución de niños.⁴⁷⁵

9. Implementación de un programa de mediación intercultural que permita garantizar los derechos de los menores extranjeros no acompañados.

De acuerdo a González Martín este programa pretende conocer el alcance de los menores no acompañados, es decir, aportar información sobre el número de casos atendidos y actuaciones realizadas con cada menor; así como crear una red de profesionales expertos que proporcionen información continua y actualizada del fenómeno migratorio de menores no acompañados; adicionalmente refiere implementar un Sistema de Gestión de Información, que de forma sistemática y homogénea reporte dicha información a la administración y así facilitar la toma de decisiones para la atención de los menores no acompañados; y finalmente el desarrollo de actuaciones para garantizar el proceso de

⁴⁷³ Véase. Naciones Unidas, Convención sobre los derechos del niño de 1989 artículo 14: Los niños tienen derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. artículo 15: Los niños tienen derecho a la libertad de asociación. artículo 19: Los Estados adoptarán todas las medidas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de violencia física o mental, abusos, abandono, malos tratos o explotación. artículo 26: Los niños tienen el derecho a beneficiarse de la seguridad social y del seguro social. artículo 27: Los niños tienen derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

⁴⁷⁴ Convención de refugiados de 1951: El artículo 1º de la Convención no establece distinciones por la edad. Una persona de cualquier edad puede ser reconocida como refugiado.

⁴⁷⁵ Véase. Naciones Unidas, Convención sobre los derechos del niño de 1989 artículo 22.

integración social y laboral de los menores no acompañados en su interés superior y bajo el Sistema de Protección de menores no acompañados. Todo ello implica una serie de funciones desarrolladas por los profesionales del programa de mediación que van desde el aporte cuantitativo como cualitativo –entrevistas a menores, acompañamientos en gestiones, hasta reagrupación familiar en su caso-.⁴⁷⁶

4.3.3 El DIPr y sus posibilidades ante la minoridad migrante irregular no acompañada en Tijuana, retos y desafíos.

El caso de Tijuana es pieza fundamental en el presente trabajo, toda vez que nos permite puntualizar que el DIPr puede lograr en una célula pequeña del territorio nacional pero muy involucrada con el fenómeno (como lo es Tijuana), aplicar las normas existentes de una forma más organizada y sistemática, particularmente a partir de la posibilidad de crear normatividad especializada en la materia para favorecer a este sector, como lo hemos propuesto.

Desde nuestro enfoque, el DIPr juega un papel protagónico en el estudio de la migración irregular en México, y con el fin de delimitar este análisis y demostrar este rol trascendental en nuestro país en la materia que nos concierne, nos ceñimos al municipio de Tijuana, Baja California, que en nuestra consideración es un caso relevante en el tema, *inter allia* por su cercanía con California, por lo que California representa para el fenómeno migratorio y porque además Tijuana recientemente ha sido ciudad de acogida y tránsito de grandes colectivos de migrantes provenientes de Centroamérica en las denominadas “caravas migrantes”,⁴⁷⁷ donde también se encuentran identificados menores no acompañados.

Ahora bien, para precisar el papel que desempeña el DIPr en este escenario jurídico local, abordamos tres aspectos que consideramos centrales para justificar la selección de nuestra materia en el contexto de la migración irregular respecto de otras: la primera

⁴⁷⁶ La inserción de un programa de mediación intercultural que permita garantizar los derechos de los menores extranjeros no acompañados a la presente propuesta, deriva del intercambio de opiniones que se han mantenido con mi tutora principal la Dra. Nuria González Martín durante este proceso de aprendizaje y a quien se reconoce el ideario de tan novedosa figura.

⁴⁷⁷ “El fenómeno de “caravana” según señalamos obedece principalmente a la necesidad de los migrantes de protegerse, evitar violencia y obtener algunas facilidades de alimentación y refugio al ser más visibles estas necesidades si se exigen de forma colectiva.

consiste en determinar a nuestra disciplina como mecanismo para el desarrollo de la armonización legislativa en el caso Tijuana; la segunda consiste en la existencia de un diálogo entre el DIPr y otras ramas jurídicas en el plano nacional e internacional en virtud de la materia migratoria y finalmente las implicaciones en el municipio de Tijuana derivadas de la propuesta de *lex specialis* de DIPr para el colectivo migrante atendido.

La *lex specialis* propuesta, está elaborada procurando la máxima concreción, acotando los puntos más importantes que debe contener una ley de especialidad en la materia mencionada, y se presentó con la intención de propiciar un abordaje alternativo de los derechos mínimos a los que debe tener acceso un menor migrante irregular no acompañado. Adicionalmente procuramos integrarla a partir de la incorporación de normas de diversa naturaleza como las de DIP, Derecho constitucional y Derecho migratorio mexicano.

Además a partir del estudio del caso de Tijuana, Baja California se identificaron diversos obstáculos para el acceso a derechos a los que se enfrentan estos menores, aspectos que están incluidos en esta propuesta normativa.

En este sentido, identificamos los desafíos más importantes que aquejan a este colectivo migrante tras haber realizado una consulta a los diversos órganos con facultades en Tijuana, Baja California, en la materia que nos ocupa, por lo que las reflexiones a las que arribamos corresponden a las preocupaciones que las dependencias gubernamentales expresaron en la consulta mencionada.⁴⁷⁸

En general, identificamos que las autoridades competentes utilizan una parte importante de las normas aplicables, aunque ha sido deficiente el aparato de Derecho internacional que invocan; lo que es evidente es que, en el escenario de las dependencias locales como DIF Estatal, DIF Tijuana y la Comisión Estatal de los Derechos Humanos, encontramos los mayores rezagos de conocimiento normativo y evasivas para brindar información.

Fue importante también, conocer en cuanto a las fuentes de derecho, los principios jurídicos que con mayor recurrencia recogen las dependencias, para la protección de este sector de la minoridad migrante, dentro de los que sobresalen: el interés superior del menor; unidad familiar; y no penalización por situación migratoria.

⁴⁷⁸ Véase Anexo 1. p. 237 de este trabajo.

Lo que preocupa gravemente, es que máximas como *non refoulement*, ni siquiera fueron señaladas por las autoridades federales, lo que hace palpable la ausencia de una visión proteccionista del Estado mexicano hacia este sector por lo que a derechos conciernen, tales como el refugio o el asilo político cuya mención fue nula por parte de las instituciones.

Debemos resaltar que las dependencias gubernamentales más importantes involucradas en este tema como el Instituto Nacional de Migración y la Secretaría de Relaciones Exteriores, han afirmado que utilizan la normativa del DIPr todos los días para beneficiar a estos menores. Esto significa que debemos darle al DIPr la importancia y relevancia que reviste en la defensa y protección de este sector de la población migrante en México.

Sin embargo, nos preocupa que las autoridades no tienen bien identificados los desafíos y los retos ante los menores migrantes irregulares no acompañados, sobre todo en el ámbito local de la ciudad de Tijuana, la mayoría de las repuestas en este sentido fueron escasas, repletas de obviedades y lo que es peor, algunas tendientes a defender las políticas públicas del gobierno mexicano establecidas durante el mandato del Presidente Enrique Peña Nieto, sin entrar a un debate objetivo y reconocer las falencias existentes; a todas luces, las respuestas distaron de atender las aporías profundas del fenómeno.

Es alarmante que las dependencias gubernamentales consultadas no son capaces de identificar estas y otras necesidades para este sector de la población migrante, sobre todo las de carácter urgente.

Dentro de lo más grave identificado en el municipio de Tijuana, encontramos que no existe actualmente, un sistema de seguimiento y evaluación integral y vinculante de las actuaciones de las instituciones encargadas de la protección de los derechos de los menores migrantes no acompañados, pues los menores pueden llegar a albergues o casas de ayuda humanitaria como YMCA y no existe un proceso de seguimiento gubernamental más allá de las estadísticas internas que cada organismo de la Sociedad Civil realiza. Por lo que uno de los desafíos más grandes que se presenta es la falta de transversalidad entre las instituciones involucradas en el tema.

Además de la falta de cooperación y enlaces entre las instituciones citadas, también resulta necesaria y urgente propiciar la inmediatez de la protección de este sector migrante una vez que es identificado un menor bajo esta condición y asimismo mejorar el acceso a los derechos que le asisten, pues mientras las autoridades no tengan claridad y precisión sobre la diversidad normas aplicables y protocolos administrativos, así como los derechos contenidos en estos instrumentos será difícil habilitar un camino llano hacia los mismos.

Derivado de lo anterior, debemos tener claro que, en este contexto moderno, donde las ramas del derecho se encuentran evolucionando radicalmente, tenemos la oportunidad de romper con viejos paradigmas normativos y teóricos, y reconocer la viabilidad del uso del DIPr como eje central de acción para el desarrollo del derecho migratorio aplicable a los menores irregulares sin acompañamiento.

Ya hemos hablado de que una de las funciones modernas de nuestra disciplina jurídica consiste en fungir como un derecho de integración para propiciar los procesos de armonización legislativa. En este caso, nuestra búsqueda y propuesta es la creación de un instrumento normativo compuesto por normas del DIP, DIPr e incluso el Derecho Constitucional mexicano y doméstico como la Ley de Migración y su reglamento, no para generar un nuevo instrumento normativo más; sino por el contrario, para obtener como resultado una norma especializada, completa, eficaz, y holística, capaz de atender a los desafíos locales.

Sin duda, los retos en lo que respecta a este colectivo migrante en el municipio de Tijuana han sido identificados en el presente capítulo, y en nuestra consideración parte de las soluciones pueden ser construidas desde el DIPr, a pesar de la reticencia de sectores de la doctrina mexicana.

Lo cierto es, que el DIPr se presenta como una alternativa viable y pertinente para dar frente a estos retos, de cara a la modernidad y a las transformaciones del derecho, como hemos visto en Latinoamérica y Europa donde se ha dado apertura y colocado como piedra angular a nuestra disciplina jurídica en este tema. Por lo tanto, los menores migrantes irregulares no acompañados, requieren con urgencia que entremos al debate y generemos propuestas desde el derecho, que impacten en la mejora de su situación jurídica por lo que hace a nuestro país.

Conclusiones.

1. El DIPr cumple funciones muy variadas, en donde las implicaciones en sede interna cobran un gran significado, entre ellas el tema migratorio. Sus caracteres nos permiten entender al DIPr como una materia multifacética y multidisciplinar y de ahí la justificación de nuestro trabajo al hablar del diálogo jurídico generado por el DIPr entre otras disciplinas del derecho.
2. Dentro de las teorías o doctrinas jurídicas principales que describen la naturaleza jurídica del DIPr, la teoría amplia o extensa justifica al DIPr como una disciplina jurídica capaz de afrontar los desafíos contemporáneos, ejemplo de ello es el tema de la migración internacional en su dimensión irregular dentro del derecho de extranjería.
3. El Derecho de extranjería, en el sentido planteado, se da a la tarea de estudiar a la migración internacional desde el prisma del DIPr y tiene como propósito regular las normas relativas al ingreso y la permanencia de los extranjeros en los Estados (en este caso en México) y en las hipótesis que materialicen procesos de deportación y expulsión. De esta manera, esta rama incluye todas las aristas derivadas de la migración internacional, particularmente la migración irregular.
4. La migración internacional, desde nuestra perspectiva, es un tema que se encuentra incluido en el estudio del derecho de extranjería, el cual forma parte indiscutiblemente del DIPr, también es verdad, que esto no representa una novedad para nuestra disciplina pues desde sus orígenes la literatura jurídica francesa lo contempló. No obstante, lo interesante es que no fue hasta el siglo XXI, que se iniciaron estudios de la migración internacional desde la visión del DIPr, identificada como un área de oportunidad y desarrollo de la migración en este contexto, principalmente en Europa y Latinoamérica, y es aún más novedoso el acogimiento dentro de estos abordajes del fenómeno de la minoridad migrante irregular no acompañada como un tema prioritario e impostergable de la migración internacional.
5. El derecho de integración es una nueva función del DIPr; Fernández Arroyo hace énfasis a un derecho internacional de integración, vinculado al incremento significativo de procesos de integración regional, que agrupan a algunos Estados con objetivos en común de muy diversa índole. El derecho de integración generado por el DIPr ha colocado en la

mesa de discusión la posibilidad de la unificación de las dos grandes disciplinas del Derecho internacional, el DIP y el DIPr, aunque esta apreciación parece cada vez más lejana al menos en el derecho mexicano.

6. Uno de los hallazgos de nuestra investigación fue la identificación de la presencia de un diálogo jurídico entre las disciplinas del Derecho internacional en materia migratoria en dos dimensiones: la primera como un mecanismo de comunicación o interfaz entre las diversas disciplinas jurídicas del derecho internacional, principalmente DIP y DIPr; y la segunda posición en relación con la finalidad u objeto de dicha comunicación.

7. La armonización es un tema poco explorado desde la perspectiva del DIPr, ya que tradicionalmente se ha estudiado en el DIP, pero el incremento de tratados en el ámbito del DIPr ha vuelto importante analizar la manera en que los tratados se vinculan en este caso particular al sistema jurídico mexicano, porque dependiendo del tipo de inserción tendremos consecuencias jurídicas diferentes.

8. Estimamos al DIPr como una disciplina capaz de propiciar diversos procesos de adecuación legislativa y de armonización en sede interna para facilitar la integración de los contenidos internacionales en materia migratoria, en aras de incidir en su efectividad en el derecho doméstico.

9. En cuanto al término menor, desde el DIPr el primer elemento que debemos identificar es que representa un concepto jurídico, es decir, una categoría *nomen iuris* y, en segundo lugar, este concepto jurídico también puede ser interpretado en dos sentidos, uno cuantitativo y no solo cualitativo, según ha arribado la literatura jurídica.

10. Nuestro planteamiento considera la existencia de seis ventajas derivadas del estudio de la migración irregular a la luz de nuestra rama jurídica: a) Desarrollo de un estudio doctrinal focalizado (desde el DIPr), tendiente a facilitar el progreso conceptual de la migración internacional en su dimensión irregular. b) Análisis ordenado y delimitado de la normatividad internacional, nacional y subnacional aplicable a la migración irregular de la minoridad no acompañada. c) Comunicación e integración de las disciplinas jurídicas del DIP y el DIPr, para generar un diálogo normativo y jurisprudencial en favor de la minoridad migrante irregular. d) Incidencia en el desarrollo de *lex specialis* en materia de minoridad migrante irregular sin acompañamiento en el ámbito local. e) La multifunción del DIPr al ser una disciplina internacional y estadual. f) El DIPr es una

disciplina jurídica pertinente para realizar este abordaje, con fundamento en componentes teórico-jurídicos y en sus líneas científicas de estudio.

11. La *lex specialis* busca separar todos los contextos de una situación general, para adaptarse a las particularidades de un fenómeno o un sector poblacional, es por ello tan relevante que además de la existencia de normas que contemplan a los menores, se codifique normas especializadas de carácter vinculante y riguroso en el tema de la minoridad migrante irregular no acompañada en los ámbitos universal y regional, es necesaria y urgente una regla más extensa, y especializada que atienda a todas especificidades de este sector poblacional, en aras de su protección más amplia.

12. El caso de Tijuana se estudió como un caso ejemplar con la intención de arribar a conclusiones sobre las ventajas de la aplicación del DIPr sobre otras ramas jurídicas en materia migratoria. La aplicación del DIPr la realizarnos a través de una propuesta de norma especializada o de *lex specialis* en el Estado de Baja California y el análisis de la viabilidad de esta norma y su incidencia en la protección de los derechos de la minoridad migrante irregular en el municipio de Tijuana.

13. El caso de Tijuana, *prima facie*, nos ilustra en términos generales en el fenómeno de la migración irregular de menores no acompañados centroamericanos con características que poseen otras ciudades mexicanas, *inter alia*: altos índices de migración de este colectivo, colindar con la frontera de Estados Unidos. Tijuana es en tanto, un caso ejemplar porque posee características que se encuentran en otros casos, pero además contiene elementos que lo hace relevante y sobresaliente per se dentro de otras entidades federativas, entre ellas que Baja California es una de las seis entidades federativas en México que poseen una norma migratoria de carácter local.

14. El posicionamiento del DIPr como elemento neurálgico en materia migratoria principalmente en el ámbito local, tiene el propósito de brindar un mayor acceso a los derechos a los menores migrantes irregulares sin acompañamiento, así como hacerlos más inmediatos, bajo el criterio de especialidad, *lex specialis*, pues mientras la norma sea más especializada y concreta y sea solo una, integrada y unificada, nos permite tener mayor claridad sobre los derechos que les asisten a este colectivo y facilitar el acceso a los mismos.

15. La frontera de Baja California identificó que el fenómeno de la migración debe ser afrontado desde una perspectiva jurídica focalizada (al elaborar una Ley estatal de apoyo al migrante), necesaria para entender el contenido de derechos de estos menores y facilitar la aplicación concreta de las normas existentes o la construcción de *lex specialis*.

16. La Ley de Apoyo al Migrante del Estado de Baja California resulta por demás insuficiente a la luz de las distintas aristas de la figura jurídica de los menores migrantes no acompañados, además de ser una norma que desafía *prima facie* a la Constitución mexicana, en razón del rudimentario sistema de competencias que prevalece en México, que limitan el alcance del derecho constitucional local, como en el caso de Tijuana, Baja California.

17. El Derecho constitucional, cobra singular relevancia en el tema de la migración internacional en su dimensión irregular desde la óptica del derecho interno. Como ya analizamos el artículo 73 constitucional fracción XVI, se reserva a su ámbito de competencia federal la capacidad para legislar en materia migratoria.

18. Los Estados necesitan poder legislar en sus ámbitos de competencia para dar frente al fenómeno migratorio que se presenta en sus respectivas áreas geográficas, fenómeno que sin duda se ha movilizó y fluctuado drásticamente en los últimos años, como lo es el caso del municipio de Tijuana. El DIPr en este escenario debe ejercer un papel de liderazgo para propiciar la integración de normas tanto nacionales como internacionales en aras de permear a los destinatarios de los derechos.

19. Nuestro estudio de caso es pieza fundamental en el presente trabajo, toda vez que nos permite puntualizar que el DIPr puede lograr en una célula pequeña del territorio nacional pero muy involucrada con el fenómeno (como lo es Tijuana), aplicar las normas existentes de una forma más organizada y sistemática, particularmente a partir de la posibilidad de crear normatividad especializada en la materia para favorecer a este sector.

20. La *lex specialis* en el ámbito local propuesta, se elaboró con el propósito de incitar el debate académico, sobre los derechos mínimos a los que debe tener acceso un menor migrante irregular no acompañado y los distintos escenarios que mínimamente debe regular la norma, y fue construida a partir de la incorporación de normas de diversa naturaleza como las de DIP, Derecho internacional de los derechos humanos, Derecho constitucional y Derecho migratorio mexicano.

21. A partir del estudio del caso de Tijuana, Baja California, se identificaron diversos obstáculos para el acceso a derechos a los que se enfrentan estos menores, aspectos que están incluidos en esta propuesta normativa. Preocupa gravemente que máximas como non refoulement, ni siquiera fueron señaladas por las autoridades federales como el INM a través de las diversas consultas realizadas a las dependencias competentes durante esta investigación.

22. En el municipio de Tijuana, encontramos que no existe actualmente, un sistema de seguimiento y evaluación integral y vinculante de las actuaciones de las instituciones encargadas de la protección de los derechos de los menores migrantes no acompañados, pues los menores pueden llegar a albergues o casas de ayuda humanitaria como la casa YMCA y no hay un proceso de seguimiento gubernamental más allá de las estadísticas internas que cada organismo de la Sociedad Civil realiza.

23. Existe falta de transversalidad entre las instituciones gubernamentales involucradas en el tema migratorio en la ciudad de Tijuana, por lo que resulta necesario y urgente propiciar la inmediatez de la protección de este sector migrante una vez que es identificado un menor bajo esta condición y asimismo mejorar el acceso a los derechos que le asisten, pues mientras las autoridades no tengan claridad y precisión sobre la diversidad normas aplicables y protocolos administrativos, así como los derechos contenidos en estos instrumentos será difícil habilitar un camino llano hacia los mismos.

24. En aras de una mayor protección de los derechos de la minoridad migrante irregular no acompañada en México consideramos viable un enfoque alternativo al tradicionalmente utilizado desde el DIP y el propio derecho internacional de los derechos humanos, en este caso a través del DIPr sostenido en sus cualidades propias como disciplina jurídica científica.

Bibliografía.

- Aguilar, Navarro Mariano, *DIPr. Naturaleza del Derecho Intencional Privado*. Vol. I, Tomo II, Parte primera, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1982.
- Aguilar Villanueva, Luis F., *Gobernanza y Cuestión Pública*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008.
- Albert Julve María Eugenia *et al*, *Cuadernos de investigación Familias Migrantes reflexiones sobre los cambios*, Compromiso social Bancaja, Aragón, 2009.
- Alexy, Robert. *A theory of legal argumentation*, Oxford, 1959.
- Álvarez de Lara, Rosa María. *El concepto de niñez en la Convención sobre los Derechos del niño y en la legislación mexicana*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Publicación electrónica, No.5, 2011.
- Azzolini, Bincaz Alicia Beatriz, *Los Derechos de la infancia*, Porrúa, México, 2017.
- Arce Aggeo, *et al*, *Sistema del delito, Una visión del Derecho Penal desde la teoría de los sistemas y la ontología del lenguaje*, Universidad, Bs. As. 2006.
- Arellano García, Carlos, *DIPr*, Porrúa, México, D.F, 2007.
- Aries P., *Padre e figli nell'Europa medievale e moderna*, Laterza, Bari, 1976.
- Ariza, Marina. *Familias en transición y marcos conceptuales en redefinición*, Papeles de Población, vol. 7, Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, México, 2001.
- Ariza, Marina. *Migration and Family in Mexican Research: A Recent Appraisal*, Migraciones internacionales, Col 7, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2014.
- Austin, J.L. *A plea for excuses*, *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 57, 1967.
- Bercow John, Dubs Lord and Evan Harris. *No place for a child campaign, Alternatives to immigration detention of families and children*. Discussion paper, for the All Party Parliamentary Groups on Children and Refugees, London, 2006.

- Berumen Sandoval, Salvador. *et al. Migración y familia, una mirada más humana para el estudio de la migración internacional*, Centro de estudios migratorios/unidad política, SEGOB, México, 2012.
- Bhagwati, J., *Borders Beyond Control*, Foreign Affairs, 2003.
- Bobbio Norberto *et al*, *Diccionario de Política*, México, Siglo XXI Editores, 1986.
- Bodenheimer B., “*The Public Policy Exception In Law: Private International A Reappraisal In The Light Of Legal Philosophy*”, en: Seminar Jurist, 1954.
- Boehm Deborah A. *For My Children: Constructing Family and Navigating the State in the U.S.-Mexico Transnation* Anthropological Quarterly, Volume 81, Number 4, Published by George Washington University Institute for Ethnographic Research 2008.
- Boodman, Martin, *The myth of harmonization of laws*, The American Journal of Comparative Law, vol. 39, núm. 4, otoño de 1991.
- Calvo, Caravaca Luis Alfonso, *et al*. DIPr, Granada, Comares, 2005.
- Camarillo Govea, Laura Alicia, *Acceso Directo del Individuo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tirant lo blanch, justicia interamericana 5, México, 2018.
- Cancado Trindade Antonio, *Desafíos de la protección internacional de los Derechos Humanos al final del siglo XX*. En Seminario de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 30 de mayo al primero de junio 1997.
- Castles Stephen y Miller Mark, *The age of migration*, Nueva York, Mcmillan, 1993.
- Castles Stephen y Delgado Wise Raúl. *Migración y desarrollo, perspectivas desde el sur*. SEGOB, México, 2007.
- Chishti M. y F. Hipsman. *Dramatic surge in the arrival of Unaccompanied children has Deep roots and no simple solutions*, en *Migration Information Source*, 2014.
- Contreras Vaca, Francisco José. *DIPr, parte general*, México D.F., 2013.

- Comité Internacional de la Cruz Roja y otros, Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niñas y Niños No Acompañados y Separados, enero de 2004.
- Comisión Nacional de Población (CONAPO) *Migración de niñas, niños y adolescentes: Antecedentes y análisis de información de la Red de módulos y albergues del Desarrollo Integral de la Familia (DIF) 2007-2016*, México, 2016.
- Comisión Nacional de Población (CONAPO) con datos de la Unidad de Política Migratoria, México, 2007- agosto 2015.
- Coronado Contreras Laura. *Manual de DIPr, casos prácticos*. Colección Jurídica IBI IUS, Porrúa, México, 2016.
- Derruan, Max. *Tratado de Geografía Humana*, Barcelona, 1974.
- Dreyzin de Klor A., y Uriondo de Martinoli A., *Implicancia de la integración en el DIPr*, La ley, 1994.
- Feldstein de Cárdenas S. *Armonización Legislativa en áreas integradas*, *Revista Temas de Derecho Privado* N° XII, Buenos Aires, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2000.
- Fernández Arroyo Diego P., *DIPr y Derecho de Integración*, CEDEP, Paraguay, 2013.
- Fernández Arroyo Diego P. *Algunas reflexiones acerca de las relaciones entre el DIPr y el derecho internacional público*, en *Suplemento de DIPr y de la Integración*, Albremática, Buenos Aires, 2012.
- Fernández Arroyo, Diego P., *Current approaches towards harmonization of consumer private International law in the Americas*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, 2009.
- Fernández de la Reguera, Alethia *et al.*, *Caravanas migrantes: las respuestas de México*. Mexico, UNAM-IIJ, 2019, Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, núm. 8.

- Fernández-Flores, José Luís, *Relaciones entre el derecho internacional público y el DIPr, Jurídica-Anuario, número 14. México, 1982.*
- Fernández Rosas Carlos y Sánchez Lorenzo Sixto. *DIPr, Civitas, Valladolid, 2016.*
- Ferrajoli Luigi, *Democracia y garantismo*, Trotta, segunda edición, Madrid, 2010.
- Fix-Zamudio, Héctor, *Armonización del derecho en América Latina y procedimientos para lograrla en VII Conferencias de Facultades y Escuelas de Derecho en América Latina, México, Uduval, 1978.*
- Forester, Jacques. *Invertir la espiral de la vulnerabilidad*, Revista internacional de la Cruz Roja, No.124, julio-agosto 2004.
- Frisch Philipp, Walter, *et al. DIPr y Derecho Procesal Internacional*, Porrúa, México, 2016.
- Frisch Philipp, Walter. *Las nuevas codificaciones del DIPr en Alemania, Austria y Suiza (estudio comparativo)*, México, 1989.
- García Figueroa, Alfonso, *Creaturas de la moralidad*, Trotta, Madrid. 2014.
- García Ramírez, Sergio. *Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal, Criterios de la jurisdicción Interamericana y reforma constitucional*, Derechos Humanos de las niñas, niños y adolescentes, México-Union europea, programa de cooperación sobre Derechos Humanos, 2010.
- Garro M., Alejandro, *Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades* en *Jurídica*, anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana, Universidad Iberoamericana, México, núm. 22, 1993.
- Ginsburg Tom, *et al, Symposium: International law and economics: commitment a diffusion: how and why national constitutions incorporate international law*. The board of trustee of the University of Illinois, en *University of Illinois Law Review*, 2008.

- González Contró, Mónica. *¿Menores o niños, niñas y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Publicación electrónica, No.5, 2011.
- González Contró, Mónica. *Comentario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, El interés superior del niño en los criterios judiciales*, SCJN/UNAM-IIJ, México, 2015.
- González Martín, Nuria. *Compatibilidad de las convenciones interamericanas y universales en materia de familia y niñez: evolución y análisis*, OEA-OAS, Washington, D.C., Estados Unidos de América, 2010.
- González Martín, Nuria. *Derechos de los inmigrantes*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad Universitaria. México DF. 2000.
- González Martín, Nuria. *DIPr. Parte general*. Colección Cultura Jurídica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia. *Marco teórico conceptual: Tráfico internacional de menores, trata de personas y sustracción internacional de menores*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 37 Publicación electrónica No. 8, 2013.
- González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia. *¿Menor o niños, niñas y adolescentes? Un tópico a discutir*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Publicación electrónica, No.5, 2011.
- González Martín, Nuria. *Modelos Familiares ante el nuevo orden jurídico una aproximación casuística*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México D.F., 2012.
- González Martín, Nuria, *Los menores de edad migrantes no acompañados y sus exigencias jurídicas. Un diálogo entre España y México*, en coautoría con Vestri, Gabriele, Sevilla, España, Edit. Centro Euro-Árabe de Estudios Jurídicos Avanzados- Universidad Pablo de Olavide-Diputación de Sevilla, 2012.

- Jardón, Luis, *La interpretación de las cláusulas jurisdiccionales en los tratados de derechos humanos*, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013.
- Kant, Emmanuel. *Sobre la paz perpetua*, Madrid, Akal, 2011.
- Kearney, Michael y Bernadete Beserra. *Migration and Identities- A Class-Based Approach. Latin American Perspectives*, Issue 138, Vol. 31, No. 5, 2002.
- Kegel. *Internationales privatrecht (Derecho Privado Internacional)* Viena, 1979.
- Kelsen Hans. *Teoría Pura del Derecho*, Viena. 1967.
- Kleirner, Caroline. *Tendencias actuales del DIPr francés*, OEA, 2008
- L.A. Hart, Herbert. *El concepto de Derecho*, ABELEDO-PERROT, Buenos Aires, 2010.
- L.A. Hart, Herbert. *Positivism and the separation of the law and moral*, Haro, 1958.
- Leeborn, David W., *Claims for Harmonization: A theoretical framework*, en *Canadian Business Law Journal*, vol. 27, núm. 1, Jul 1996.
- León Bastos Carolina y Wong Víctor Alejandro (coords.) *Teoría de la Constitución. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo en Madrid, Porrúa, México*, 2010,
- Lerner, Pablo, *Sobre la armonización, derecho comparado y la relación entre ambos*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Nueva Serie, año XXXVII, núm. 111, septiembre-diciembre de 2004.
- Lungo Mario, *Migración Internacional y desarrollo*, Tomo I, FUNDE, El Salvador, 1997.
- MacCormick Neil, *Argumentación e interpretación en el Derecho, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, DOXA. 2011.
- Madrid Martínez, Claudia. *Estudios de DIPr, Homenaje a Tatiana Maekelt*, Coord. V.H. Guerra *et al*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.
- Maekelt Tatiana B., *Teoría general de DIPr*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 87, Caracas, 2010.
- MacCormick, Neil. *Children's Rights: a Test-Case for Theories of Right*, 1976.

- Malgesini Graciela y Giménez Carlos. *Guía de Conceptos sobre migraciones racismo e interculturalidad*, la cueva del oso, Madrid, 1997.
- Martin Díaz Emma, *Procesos migratorios y ciudadanía cultural*, MERGABLUM, Sevilla, 2003.
- Martínez Pizarro, Jorge. *América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 2008.
- Maury J., *Règles générales des conflits de lois, Recueil des Cours*, 1936, Tomo 57.
- Merle, Marcel. *Sociología de las relaciones internacionales*, Madrid, 2003.
- Miaja de la Muela. *DIPr*, Tomo I, Introducción y parte general. Atlas, Madrid 1985.
- Morlachetti, Alejandro. *Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe*, CEPAL-UNICEF. División de Desarrollo Social.
- Muir Watt, Horatia y Fernández Arroyo, Diego P., *Private international law and global governance*, Oxford, 2015.
- N. Van Hear, *New Diasporas, The Mass Exodus, Dispersal and Regrouping of Migrant Communities*, London, UCL Press, 1998
- Naciones Unidas, Agencia para los Refugiados (ACNUR), *Children on the run: Unaccompanied Children Leaving Central América and México and the need for international protection*, Washington D.C. 2014.
- Naciones Unidas, UNICEF, *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe*, Lanus, 2009.
- Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, *Report of the 2012 Day of General Discussion: the rights of all children in the context of international migration*, 28 de septiembre de 2012.

- Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante. Misión a los Estados Unidos de América, 5 de marzo de 2008, A/ HRC/7/12/Add.2.
- Naciones Unidas, UNICEF-ACNUR, *Directrices Generales Inter-agenciales sobre niñas y niños no acompañados y separados*. World Vision international/Save the children/Comité Internacional de la Cruz Roja, 2004.
- Nehaus P. H., *Entwicklungen im Allgemeinen Teil des Internationalen Privatrechts*, Festschrift für GerhardKegel, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag GmbH, 1977.
- Niboyet, Jean Paul, *Principios de DIPr*, traducido por Andrés Rodríguez Ramón, Editora Nacional, s.n.e., México 1960.
- Organización Internacional para las Migraciones (OIM), *Glosario sobre Migración*, Ginebra, OIM, 2006.
- Ortega Velázquez, Elisa. *Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVIII, núm. 142, enero-abril de 2015.
- Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho Internacional Público*, Oxford, México D.F. 2015.
- Pamboukis CH., *Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé*, Recueil des cours, Tomo/Volumen 330, 2007.
- Pérez Nieto, Leonel. *DIPr, parte general*, Oxford, México D.F., 2012.
- Pérez Nieto Castro, Leonel., *DIPr, Parte Especial*, México, Oxford University Press, 2006.
- Pérez, Nieto Leonel, *El DIPr y su normatividad en su incorporación en el sistema jurídico mexicano*, Anuario mexicano de Derecho, 24 de septiembre de 2014.
- Report on immigration and Entrepreneurship 2015 Statistical Update*, IDOS Study and Research Centre, Roma, 2015.
- Rigaux, François. *DIPr, Parte general.*, Civitas, Madrid, 1985.

Rozo Gauta, José. *La inter-trans-multidisciplinariedad: una alternativa al pensamiento fragmentado y la enseñanza dictatorial, Uni-pluri-Versidad, 2002.*

Ruiz de Santiago J., *Derechos Humanos, Migraciones y Refugiados: Desafíos en los Inicios del Nuevo Milenio, Memoria del III Encuentro de Movilidad Humana: Migrante y Refugiado, San José de Costa Rica, ACNUR/IIDH, 2001.*

Ruiz García, Aída. *Migración oaxaqueña, una aproximación a la realidad. Oaxaca: Coordinación Estatal de Atención al Migrante Oaxaqueño, 2002.*

Sánchez González, José Juan., *Gestión Pública y governance, Instituto de Administración Pública del Estado de México, México.*

Sánchez Lorenzo S. Estado democrático, postmodernismo y el DIPr, en: Revista de Estudios Jurídicos N° 10/2010, Universidad de Jaén, España. Disponible en línea en: <http://www.rej.ujaen.es/>

Scotti Beatriz Luciana. *DIPr, Globalización e internet. Porrúa, México, 2016.*

Silva, J., *DIPr, México, Porrúa, 1999.*

Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) *et al*, Marco jurídico del Protocolo de Atención para Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes no Acompañados o Separados que se Encuentren Albergados, Coordinadora Elva Leonor Cárdenas Miranda, México D.F., 2015.

Smouts Marie-Claude sobre Grocio en Marcel Merle, *Les Relations Internationales a l'épreuve de la science politique*, Paris, Económica, 1993.

Sorensen, Max. *Manual de derecho internacional público, México, FCE, 2002.*

Teubner, Günther, *El Derecho como Sujeto Epistémico: Hacia una Epistemología Constructivista del Derecho*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, traducción de Carlos Gómez Jara-Díez, Doxa 25, 2002.

United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Statistics Division, *Recommendations on Statistics of International Migration, Revision 1, Statistical Papers Series M, núm. 58, Rev. 1.*

- United Nations, *The State of the World's Refugees, Fifty Years of Humanitarian Action*, Oxford, UNHCR/Oxford University Press, 2000.
- US Department of State, *Protecting Unaccompanied Alien Children from Trafficking and Other Abuses: The role of the Office of Refugee Resettlement*, 2016.
- US Department of State, *Migration News, Children, Obama Delays Action*, en *Migration News*, 2014, No. 21.
- Uprimny Rodrigo, *Las transformaciones constitucionales en América Latina: tendencias y desafíos* en Rodríguez Garavito César (coord.) *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, Argentina, 2011.
- Varela Francisco y Maturana R. Humberto, *El árbol del conocimiento*, Universitaria, Santiago de Chile, 1995.
- Velázquez Elizarrarás Juan Carlos. *El Derecho Internacional Público y privado a través de los debates teóricos actuales en universidades de México y el extranjero*. UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, México, 2005.
- Verdross, Alfredo. *Derecho Internacional Público* (trad. Antonio Truyol y Serra), Aguilar, Madrid, 1967.
- Villafuerte Solís Daniel y García Aguilar María del Carmen Coords. *Migraciones en el sur de México y Centroamérica*, PORRUA-UNICACH, México, 2008.
- Werner Golschmitd. *DIPr, el Derecho de la tolerancia*, Buenos Aires, 1970.
- Wihtol de Wenden, Catherine. *El fenómeno migratorio en el siglo xxi, Migrantes, refugiados y relaciones internacionales*. Fondo de Cultura Económica, México, 2013.
- Wolff, Martín. *DIPr*, Bosch, Casa editorial; Barcelona 1958.
- Zygmunt Bauman, *La globalización. Consecuencias humanas. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2010*.
- Zweigert, Honrad, *Zur Armut des Internationalen Privatrchts an Sozialen Werten*, *Rabelsz*, 37, año 1973, cuaderno 2-3.

ii. Observaciones Generales e Informes del Sistema de Naciones Unidas

- ONU, *Comité de Derechos Humanos, Observación General 15, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11/04/86, CCPR/C/27.*
- ONU, *Asamblea General de las Naciones Unidas, La migración internacional y el desarrollo, informe del Secretario General, sexagésimo séptimo periodo de sesiones, 31 de julio de 2012, A/67/XXXX, Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York.*
- ONU, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Informe sobre los Países Menos Adelantados, 2012. Utilización de las remesas y los conocimientos de la diáspora con miras a la creación de capacidades productivas. UNCTAD, Ginebra.*
- ONU, *Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, UN Doc. CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005.*
- ONU, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante. Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009.*
- ONU, *Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, Conclusión sobre los niños en situación de riesgo, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007.*
- ONU, *Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Directrices de protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1ª (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*

iii. Casos Contenciosos del Sistema Universal

a) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso de Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga Vs. Bélgica*, No. 13178/03. Sentencia de 12 de octubre de 2006.

iv. Casos Contenciosos del Sistema Interamericano

a) Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Instituto de reeducación del menor*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C, No.112.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Sentencia del 25 de noviembre de 2013, Serie C, No. 272.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No.4.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*, Sentencia de 20 de enero de 1989, Fondo, Serie C No.5.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Vélez Loo vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No.213.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C No.125.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.

v. Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opinión Consultiva No.16, OC-16/99. El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del Debido Proceso Legal, de 1 de octubre de 1999. Serie A No.16.

Opinión Consultiva No.17, OC-17/02. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Serie A No.17.

Opinión Consultiva No. 18, OC-18/03. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de 17 de septiembre de 2003. Serie A No.18.

Opinión Consultiva No. 21, OC-21/14. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de migración y/o necesidad de Protección Internacional, de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.

Anexos.

Anexo del capítulo IV de la tesis.

Consulta a través de la Plataforma Nacional de Transparencia a los organismos gubernamentales en materia de minoridad migrante irregular competentes en Tijuana, Baja California.

Cuestionario:

1. ¿Cuál es el procedimiento que se aplica por parte de su dependencia una vez que es identificado un menor migrante irregular no acompañado? (describir las etapas):

2. ¿En qué momento su dependencia interviene una vez que es detectado un menor migrante irregular no acompañado?

3. ¿Cuál es el marco normativo nacional e internacional, que aplica su dependencia tratándose de un menor migrante irregular no acompañado?

4. ¿Qué principios jurídicos se recogen para la protección de este sector de la minoridad migrante y según la práctica de su dependencia cuales serían los más recurrentes?

5. Tratándose de un tema de migración internacional irregular, ¿Qué normatividad del DIPr aplican a los menores migrantes irregulares no acompañados?

6. Según la información estadística con la que cuenta su dependencia, ¿Cuántos menores migrantes irregulares no acompañados provenientes de Centroamérica han arribado a Baja California desde el 2010 a la fecha?

7. ¿Cuáles son las principales preocupaciones por parte de su dependencia de cara a los desafíos que se presentan en materia de menores migrantes irregulares no acompañados en su sede de Tijuana, Baja California?

a) Instituto Nacional de Migración, Delegación Baja California (INM).

Entidad: Gobierno Federal

Institución: INSTITUTO NACIONAL DE MIGRACIÓN

Clave de la Institución: 4111

Folio: 0411100020218

Tipo de solicitud: Información Publica

Año de la Solicitud: 2018

Fecha de la Envío: martes 27 de febrero de 2018

Fecha de Recepción: martes 27 de febrero de 2018

Medio de Entrada: Electrónica

Descripción: Primeramente se solicitó al INM información sobre los puntos anteriores donde se generó la petición con número de folio 041100020218, el Instituto remitió la solicitud a la Delegación Federal del Instituto Nacional de Migración en Baja California, el Delegado Rodolfo Figueroa Pacheco quien atendió la solicitud hasta el día 4 de abril de 2018.

b) Secretaria de Relaciones Exteriores, Delegación Baja California.

Entidad: Gobierno Federal

Institución: SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES (SRE)

Clave de la Institución: 5

Folio: 0000500028218

Tipo de solicitud: Información Publica

Año de la Solicitud: 2018

Fecha de la Envío: jueves 15 de febrero de 2018

Fecha de Recepción: jueves 15 de febrero de 2018

Medio de Entrada: Electrónica

Descripción: En segundo lugar, se consultó en los mismos términos a la Secretaria de Relaciones Exteriores (SRE) la petición generada fue contestada el 8 de marzo de 2018 por la Dirección General de Derechos Humanos y Democracia y la Dirección General de Asuntos Jurídicos.

c) Sistema Nacional de Protección Integral de niños, niñas y adolescentes (SIPINNA) y oficina de Tijuana.

Entidad: Gobierno Federal

Institución: SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN (SEGOB) /SIMPINATijuana.

Clave de la Institución: 4

Folio: 0000400045318

Tipo de solicitud: Información Publica

Año de la Solicitud: 2018

Fecha de la Envío: martes 27 de febrero de 2018

Fecha de Recepción: martes 27 de febrero de 2018

Medio de Entrada: Electrónica

Descripción: En tercer término se solicitó al Sistema Nacional de Protección Integral de niños, niñas y adolescentes SIPINNA a través de la Secretaria de Gobernación (SEGOB), toda vez que la consulta se hizo inicialmente a través del XXII ayuntamiento de Tijuana, la presidencia de Tijuana, declinó la competencia señalando que a pesar de que la oficina de Tijuana, sesiona dentro del Cabildo del Ayuntamiento de Tijuana, es un organismo descentralizado de la administración pública federal por lo que sugirió redirigir la solicitud a SEGOB.

El 14 de marzo de 2018 la SEGOB por medio de la Secretaria Ejecutiva y la Dirección del Programa Nacional encabezado por Leobardo Gómez Granados dio respuesta a la solicitud.

d) Desarrollo Integral de la Familia, DIF Estatal Baja California y DIF Tijuana.

Entidad: Gobierno Federal

Institución: SISTEMA NACIONAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA (DIF).

Clave de la Institución: 12360

Folio: 1236000005118

Tipo de solicitud: Información Publica

Año de la Solicitud: 2018

Fecha de la Envío: jueves 12 de febrero de 2018

Fecha de Recepción: jueves 15 de febrero de 2018

Medio de Entrada: Electrónica.

Descripción:

Descripción: Por lo que hace a la consulta realizada a DIF Tijuana con Folio 00111518 que se presentó el 15 de febrero de 2018, esta dependencia señaló declararse incompetente para brindar respuesta a la solicitud de información, precisando que su labor es limitada y solo consiste en brindar ayuda humanitaria temporal a este sector de la población migrante, al declinar la competencia sugieren remitir la solicitud de información a DIF Estatal Baja California.

DIF BAJA CALIFORNIA

Por su parte el Desarrollo Integral de la Familia, DIF Estatal Baja California a través de la solicitud con Folio 00106918, no fue respondida, el plazo para dar respuesta que tenía la institución venció el pasado 4 de abril de 2018, consideramos lamentable la ausencia de repuesta de esta dependencia principalmente, porque el DIF Estatal es la autoridad facultada junto con el INM de atender a los menores migrantes irregulares en la entidad federativa de Baja California.

e) Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH).

Entidad: Gobierno Federal

Institución: COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Clave de la Institución: 35100

Folio: 3510000018118

Tipo de solicitud: Información Publica

Año de la Solicitud: 2018

Fecha de la Envío: jueves 15 de febrero de 2018

Fecha de Recepción: jueves 15 de febrero de 2018

Medio de Entrada: Electrónica.

Solicitud de recurso de impugnación: 04 de abril de 2018.

Descripción: Se plantearon las mismas interrogantes a la CNDH y su filial estatal, con un enfoque en la violación de derechos humanos del colectivo que nos ocupa.

Recurso de queja: La CNDH, no respondió a la primera solicitud invocando la imposibilidad de brindar contestación *ad hoc* a problemas sobre violaciones de derechos humanos abstractas y generales, por lo que, en su consideración, es incapaz de brindar una respuesta, si se refiere a un colectivo de personas y no a un sujeto o sujetos individualizados. Por lo que se tramitó un recurso de queja el que se resolvió

favorablemente, ya que el organismo brindó una amplia contestación a nuestras interrogantes como se describe en el numeral 4.3. del presente.

Anexo 2.

Entrevista Exploratoria.

Datos del Entrevistado: Uriel González.

Cargo: Coordinador General de la Organización YMCA Casa de Menores Migrantes no Acompañados de Baja California, Filial Tijuana.

Entrevistador: Roxana Rosas Fregoso.

Fecha de la entrevista: 26 de febrero de 2016.

1. ¿Cómo se involucró con el tema de menores migrantes no acompañados?

R= Inicie como voluntario en 1993, después realice mis prácticas profesionales dentro de mis estudios de la carrera de Licenciado en Administración de Empresas, a partir del año dos mil asumió el cargo como Coordinador General del centro de Atención de Baja California.

2. ¿Nos podría mencionar los antecedentes históricos de la Casa YMCA de Menores Migrantes no acompañados?

R= Si, YMCA es la organización más antigua de voluntariado, que nace ante la necesidad de la población juvenil repatriada pues se observa que no existe ningún programa específico para este sector de la población migrante; se funda en Londres Inglaterra en 1892 y se constituye legalmente en 1902. En México la Casa YMCA de menores migrantes es una de las primeras Organizaciones de la Sociedad Civil (OSC), existen cuatro centros de atención en la frontera norte, el primero fue la Filial Tijuana en 1989, después surgió el de Chihuahua en 1996, posteriormente el de Coahuila en el 2000, y finalmente el de Agua Prieta, Sonora en 2003.

3. ¿Cuáles son las funciones que desempeña dentro de la Casa YMCA de Menores Migrantes no acompañados?

R= Principalmente brinda atención a la población juvenil repatriada que oscila entre los trece a los diecisiete años de edad, puesto que los menores comprendidos entre las

edades de cero a doce años son atendidos por Desarrollo Integral de la Familia (DIF). Dentro de mis actividades también atiendo reuniones interinstitucionales, con las distintas instancias de gobierno, con Organismos No Gubernamentales mexicanos y extranjeros, también gestionamos la procuración de fondos, realizamos proyectos para impulsar la casa y recientemente hemos concretado donaciones regulares en especie principalmente, entre México-Estados Unidos-Canadá.

4. ¿De qué manera se realiza el proceso de recepción o captación menores por parte de la Organización?

R= Anterior al 2004, los menores migrantes repatriados de Estados Unidos, eran trasladados a San Diego California, donde se les realizaba una entrevista por parte del Cónsul General, y dicha oficina se comunicaba a la Casa YMCA para que acudieran por los menores a la Garita Internacional.

Todo cambio a partir del 2004, con la intervención del DIF y de la Secretaria de Relaciones Exteriores (SER), ahora el menor captado es entrevistado por el Consulado General Mexicano, mismo que realiza un acompañamiento hasta la puerta de entrada a México (Tijuana), para cerciorarse de que no existan violaciones a los derechos humanos de estos niños; también juegan un papel relevante los Oficiales de Protección de la Infancia (OPI) quienes realizan la identificación de si estos menores son mexicanos o extranjeros, en caso de ser extranjeros son remitidos a la SRE.

Una vez que acudimos por los menores los trasladamos a la casa donde se les facilita hospedaje, alimentos, medios de comunicación, para tener como fin la reintegración familiar.

5. ¿Cómo funciona la organización interna de la Casa YMCA, filial Tijuana?

R= En realidad somos pocos, contamos con un chofer que se ocupa de acudir por los menores y trasladarlos al aeropuerto o central camionera, también tenemos un cocinero, un área de trabajo social, personal de mantenimiento, la mayoría viven en la casa, por si es necesario proveer un servicio a altas horas de la noche.

6. ¿En su opinión cuales son las principales razones por las que los Menores migrantes viajan solos sin acompañamiento?

R= Considero que estos menores están afrontando una crisis humanitaria, son niños, niñas y adolescentes que han cambiado su propósito de cruce, ya no lo es la reunificación familiar principalmente, ahora el móvil representa la búsqueda de un empleo.

No obstante, pareciera que el fenómeno grave ya paso, cuando atendíamos aproximadamente trescientos treinta menores al mes, alrededor de doce a quince menores diarios; ahora se atiende en promedio de 75 a 80 jóvenes en Tijuana, donde el 89 por ciento de ellos son varones.

7. ¿De qué manera coadyuvan o participan con Desarrollo Integral de la Familia?

R= Tenemos una relación armoniosa con las instancias gubernamentales, como te mencionaba nuestro equipo de trabajo acude a la garita internacional o al DIF según sea el caso para recibir a los menores de los rangos de edad entre trece y diecisiete años, nuestra casa cuenta con un vehículo de trabajo, te reitero el proceso mejoró a partir del año 2004, pues ahora existe una participación del DIF y de las instancias de gobierno como la SRE y el Instituto Nacional de Migración en el proceso lo que lo hace más sistematizado. Incluso el DIF puede realizar muestreos de ADN a los menores en caso de que se desee determinar a línea familiar de los menores. Nuestra casa tiene las puertas abiertas incluso a menores extranjeros, no obstante, dado los nuevos protocolos los menores que no tengan legalidad en mexicano es decir que no sean nacionales deben prevalecer en el Instituto Nacional de Migración o en la SRE, en diversas ocasiones el DIF excede esta facultad y resguarda menores extranjeros.

8. ¿Cuál es el estatus jurídico o situación jurídica de un menor migrante no acompañado?

R= Son niños invisibles en Tijuana, nuestra ciudad ha tenido un crecimiento no planeado lo que se atribuye en gran medida a las condiciones no ambientales, se olvida la parte humana, el fenómeno migratorio se volvió tan normal para el ciudadano de Tijuana incluso para sus autoridades, al principio el fenómeno de la cruces en la barda perimetral de estados Unidos en el área del Aeropuerto de nuestra ciudad nos causa gran impacto, ahora estos ha dejado de impórtale a la sociedad tijuanense, considero que ningún ser humano debe ser denominado ilegal, los niños migrantes si son extranjeros deben denominarse irregulares o indocumentados pero no ilegales, no concibo esta idea.

9. ¿Cuál es la duración de la estancia de un menor migrante?

R= En nuestra casa los menores están en un lugar seguro, donde buscamos el contacto inmediato con los familiares, los menores llegan a estar en la casa desde un día a un mes, funcionamos como un refugio donde los niños y niñas migrantes descansan y recuperan fuerzas para continuar su camino, debo mencionarte que este no es un centro de detención, los menores están aquí de forma voluntaria.

10. ¿La Casa YMCA cuenta con alguna estadística interna?

R= Si contamos con una estadística interna en la casa, datos de recepción y duración de la estancia de los menores, información de transparencia para los donantes, las estadísticas son públicas, tenemos un pequeño acervo en la casa, también contamos con un informe anual que se comparte con medios de comunicación, el acervo requiere autorización especial para su acceso.

11. ¿Cuáles son las metas y desafíos para la Casa YMCA en relación a los menores migrantes no acompañados?

R= Al respecto el tema económico siempre está presente, pues el servicio que nosotros ofrecemos es gratuito, y la casa se sostiene de donaciones, considero que las áreas de crecimiento y oportunidad son: Buscar la inclusión de la comunidad para darle el sentido de pertenencia con el fenómeno migratorio, que sepan que un niño o niña migrante no es diferente de los chicos de la comunidad,

Es importante también transformar la idea de criminalización a la migración que se tiene en Baja California, la casa YMCA está tratando de luchar en torno a este tema, es una generalización de fenómeno, no se puede etiquetar a los migrantes como criminales esto sería revictimizarlos en su ya situación vulnerable.

12. ¿Nos podría brindar un mensaje final?

R= Que es tan preocupante la vulnerabilidad que padecen los niños migrantes sin acompañamiento, desde el momento que ponen un pie fuera de casa, solos sin un padre o tutor, están sujetos a diversos peligros, debemos como sociedad reaccionar ante esta realidad.

Anexo 3.

Seguimiento de Entrevista Exploratoria.

Datos del Entrevistado: Uriel González.

Cargo: Coordinador General de la Organización YMCA Casa de Menores Migrantes no Acompañados de Baja California, Filial Tijuana.

Entrevistador: Roxana Rosas Fregoso.

Fecha de la entrevista: 21 de diciembre de 2018.

Antecedentes:

El pasado 26 de febrero de 2016 se realizó una entrevista al C. Uriel González en su calidad de Coordinador General de la Organización YMCA Casa de Menores Migrantes no Acompañados de Baja California, Filial Tijuana, en virtud de los recientes acontecimientos en octubre de 2018 en el contexto de la caravana migrante proveniente de Honduras que arribó a la ciudad de Tijuana recientemente, la entrevista del 2016 tuvo que actualizarse para conocer el impacto de este éxodo migrante en este colectivo y la situación de estos menores no acompañados provenientes de Honduras que en su mayoría actualmente se encuentran en la casa YMCA en Tijuana.

1. ¿En qué fecha la casa YMCA empezó a brindar alojamiento y protección a menores migrantes no acompañados provenientes de Honduras que llegaron con las diversas caravanas migrantes a la ciudad de Tijuana?

R= Se inicio a dar el apoyo a los menores migrantes no acompañados miembros de la caravana que llegaron en el primer grupo, que fueron miembros de la comunidad Lésbico, Gay, Bisexual, Transgénero, Transexual e Intersexual (LGBTTI) en el mes de noviembre de 2018. A pesar de que la Secretaria de Relaciones Exteriores a través del INM es quien debe brindar esta asistencia y ayuda a estos menores extranjeros la casa tuvo que brindar apoyo toda vez que la situación se desbordó para las instituciones con la llegada de la caravana migrante a Tijuana.

2. ¿Cuántos menores migrantes no acompañados provenientes de Honduras están actualmente (desde el inicio de las caravanas migrantes al 13 de diciembre de 2018) en la casa YMCA?

R= Hemos atendido a un total de 83 (ochenta y tres) menores migrantes no acompañados que han llegado de la caravana a Tijuana en su mayoría de Honduras desde noviembre del 2018, al día de hoy tenemos el siguiente número de menores de acuerdo a su nacionales: Honduras 24, Guatemala 2, El Salvador 1 y México 4.

3. ¿Cuáles son los rangos de edades y sexo de estos menores según la estadística interna con la que cuenta la casa YMCA?

R= Las edades que estamos atendiendo son de 14 a 17 años y meses.

4. ¿De qué manera se están realizando los procesos de recepción o captación de menores migrantes centroamericanos no acompañados (concretamente el colectivo proveniente de Honduras) por parte de la Organización?

R= Mucha de la captación de los menores migrantes no acompañados miembros de la caravana migrante que entró a México y llegó a Tijuana el pasado mes de noviembre de 2018, fueron por referencia de voluntarios y organizaciones que están trabajando en el campamento base instalado en la unidad Benito Juárez y el Barretal, que son los dos albergues habilitados por el gobierno municipal para recibir y brindar asistencia a los miembros de la caravana migrante.

5. ¿De qué manera participan con Desarrollo Integral de la Familia y el Instituto Nacional de Migración para brindar apoyo a estos menores migrantes provenientes de Honduras?

R= Están ofreciendo en algunos casos los retornos voluntarios a sus lugares de origen mediante los programas de colaboración con otras organizaciones, en nuestro caso hemos apoyado ofreciendo los espacios para atención a esta población vulnerable y la vinculación con otros organismos como *Save the Children*.

6. ¿En general cual es el estatus jurídico o situación jurídica de los menores migrantes no acompañados proveniente de Honduras que se encuentran en la casa YMCA (sus expectativas de asilo o refugio en México o en Estados Unidos)?

R= Todos los menores migrantes no acompañados miembros de la caravana tienen la oportunidad de presentarse ante la autoridad de Estados Unidos de Norteamérica y solicitar la protección internacional, para lo cual la casa YMCA auxilia a los menores brindando vinculación con algunas organizaciones de asesoría legal privada americanas que se aproximan a la casa y que ofrecen su ayuda de carácter gratuito. Ninguno de los menores que llegaron con la caravana, según nuestra estadística interna, ha presentado el deseo de permanecer en México.

8. ¿Cuál es el tiempo máximo de estancia en la casa YMCA en el caso de estos menores provenientes de Honduras?

R= No tenemos tiempo máximo para su estancia, esperando que se puedan presentar sin bloqueos o rechazo a hacer la petición de protección internacional a los Estados Unidos.

9. ¿Cuáles son las principales razones por las que estos menores migrantes provenientes de Honduras llegaron a la ciudad de Tijuana sin acompañamiento según su experiencia?

R=En su mayoría son víctimas de violencia en sus comunidades de origen, algunos han perdido a más de un familiar y decidieron salir de sus países para buscar esta oportunidad acompañados por una caravana.