

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

AMICUS CURIAE

“SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD SUPRANACIONAL Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL CONJUNTO DE ESTADOS INVOLUCRADOS EN PROCESOS DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA Y LOS ORGANISMOS DERIVADOS DE ÉSTOS”

POR LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL Y EL CENTRO PARA EL DESARROLLO DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL CON MOTIVO DE LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA PRESENTADA POR LOS ESTADOS PARTE DEL MERCADO COMÚN DEL SUR



Centro para el Desarrollo
de la Justicia Internacional



*Todo lo que hacemos tiene una dimensión social,
cuando elegimos un proyecto vital, estamos eligiendo un modelo de humanidad*
Jean Paul Sartre

*Por sus vínculos comunes de cultura, tradición y, especialmente, por la identidad de los
problemas económicos a que se enfrentan, los países de América Latina están
naturalmente llamados a conformar un grupo solidario de pueblos para la realización
conjunta de su progreso. Sin embargo, esa unión de América Latina se ha rezagado por
las causas de diversa índole que parcelan su estructura geoeconómica.*

FACTORES PARA LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA
Banco Interamericano de Desarrollo



Centro para el Desarrollo
de la Justicia Internacional



**COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS
DEL DISTRITO FEDERAL**

P R E S I D E N C I A

CDHDF/OE/P/0046/2012

México, D.F., a 17 de febrero de 2012

**SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA:
OBLIGACIONES ESTATALES RESPECTO DE LOS
DERECHOS DE LOS NIÑOS MIGRANTES**

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
ASUNTO: Presentación de *Amicus Curiae***

Comparecemos ante esta Honorable CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH) con el fin de allegar el presente documento **AMICUS CURIAE**, promovido por la COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL (CDHDF)¹ y el CENTRO PARA EL DESARROLLO DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL (CEDEJI)².

Por la CDHDF suscriben su Presidente Dr. Luis Armando González Placencia; su Consultor General Jurídico Dr. Fernando Francisco Coronado Franco; los abogados en Litigio Estratégico Guadalupe Anel Liliana Ortega Moreno y Edgar

¹ Organismo público autónomo creado en virtud del artículo 102 apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. De acuerdo con el artículo 22 fracción I de la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 22 de junio de 1993, su Presidente actúa como su representante legal. Tiene su sede oficial en la Ciudad de México (Av. Universidad No.1449, colonia Florida – Pueblo de Axtola, Delegación Álvaro Obregón, código postal 01030, México, Distrito Federal; teléfono 5229 5600; e-mail: fernando.coronado@cdhdf.org.mx).

² Organización de la sociedad civil legalmente constituida ante el Notario Público No. 35 del Distrito Federal. Libro ciento catorce, Escritura número doscientos ocho mil, en la Ciudad de México. De acuerdo con la cláusula primera y el artículo vigésimo séptimo de sus Estatutos, el Señor Alberto Ulises Quero García fue nombrado presidente y representa legalmente a la asociación. Tiene su sede oficial en la Ciudad de México (calle Aldama No. 4, interior 2, colonia Santa María – Pueblo de Tepepan, Delegación Xochimilco, código postal 16020, México, Distrito Federal; e-mail: centro.justicia.internacional@gmail.com).

Alejandro Gómez Jaimes; su Coordinador de Vinculación Estratégica Mtro. Leonardo Mier Bueno; y su Director del Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos Mtro. Ricardo Alberto Ortega Soriano.

Por el CEDEJI suscriben su Presidente Alberto Ulises Quero García, su miembro consultivo académico Dr. José Antonio Guevara Bermúdez, y los asociados Nancy Jocelyn López Pérez, José Ricardo Robles Zamarripa, Daniel Antonio García Huerta, Lucía Guadalupe Chávez Vargas, Alejandra B. Lozano Rubello y Bárbara Torres Méndez.

CONTENIDO	página
I. JUSTIFICACIÓN	5
II. OBJETO DEL AMICUS CURIAE	6
III. NOTAS PRELIMINARES SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES	7
III.1. Reglas generales para la observancia de un tratado internacional	
III.2. Reglas específicas para la observancia de un tratado de derechos humanos	
IV. DERECHOS DE LA NIÑEZ EN CONDICIÓN MIGRATORIA	12
IV.1. Los derechos de las niñas, niños y adolescentes	
IV.1.1. Las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos	
IV.1.2. La protección Integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes y el principio del Interés Superior de la y el Menor (ISM)	
IV.1.3. Los derechos de las niñas, niños y adolescentes como una cuestión de orden público para el Estado	
IV.1.4. El carácter reforzado de las obligaciones a cargo del Estado en relación con la protección y garantía de los derechos de niñas, niños y adolescentes	
IV.2. Los derechos de las niñas, niños y adolescentes migrantes	
IV.3. Los derechos de las niñas, niños y adolescentes migrantes <i>no acompañados</i> .	
IV.4. La protección de los derechos de la infancia como normas de carácter <i>erga omnes</i> .	
V. SOBRE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA	31
V.1. Teoría del comercio internacional a partir de las uniones aduaneras	
V.2. La política nacional: macroeconomía y efectos de las uniones aduaneras	
V.3. Teoría de la integración económica y procesos de integración en América	
V.3.1. Efectos en la política económica	
V.3.2. El distanciamiento de la teoría clásica	
V.3.3. Procesos de integración en América	
V.3.3.1. Etapas de la integración económica	
V.3.3.2. Procesos en el continente	
VI. ESTADO DE DERECHO, DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA	39
VI.1. Constitucionalismo latinoamericano	
VI.1.1. Cláusula Constitucional de Protección a los Derechos Humanos	
VI.1.1.1. México	
VI.1.1.2. Bolivia	

<ul style="list-style-type: none"> VI.1.1.3. Ecuador VI.1.1.4. Guatemala VI.1.1.5. Argentina VI.1.1.6. Chile VI.1.1.7. Colombia 	
<ul style="list-style-type: none"> VI.2. Control de Convencionalidad <ul style="list-style-type: none"> V.2.1. Definición del control de convencionalidad V.2.2. Alcances del control de convencionalidad y relación con la cláusula constitucional de protección V.2.3. Relación con la cláusula federal VI.3. La Cláusula Democrática <ul style="list-style-type: none"> VI.3.1. Definición general VI.3.2. Ejercicio de la cláusula por organizaciones internacionales VI.3.3. Aplicación de la cláusula en los tratados comerciales VI.4. Control de Convencionalidad Supranacional <ul style="list-style-type: none"> VI.4.1. Cooperación internacional en materia de derechos humanos de las y los niños migrantes VI.4.2. Interacción normativa entre las cláusulas federal, democrática y el control de convencionalidad <ul style="list-style-type: none"> VI.4.2.1. Normas supranacionales creadas por los procesos de integración económica (NSPI) VI.4.2.2. Alcances del control de convencionalidad en los procesos de integración económica VI.4.2.3. Efectos de las obligaciones <i>erga omnes</i> sobre las NSPI 	
VII. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL	56
<ul style="list-style-type: none"> VII.1. Responsabilidad de los Estados por el incumplimiento de las obligaciones en materia de protección de los derechos de niños y niñas en procesos de migración VII.2. Responsabilidad de los Estados por violación de derechos humanos en procesos de cooperación e integración económica VII.3. Responsabilidad de las Integraciones Económicas por el incumplimiento de obligaciones en materia de derechos humanos VII.4. Responsabilidad agravada por la violación de obligaciones <i>erga omnes</i> 	
VIII. CONCLUSIONES	62
IX. PETITORIO	63



I. JUSTIFICACIÓN

El 7 de julio de 2011 los Estados de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay presentaron ante la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) una solicitud de opinión consultiva para que el Tribunal determine con precisión cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas que deben adoptarse respecto de niños y niñas migrantes y sus padres, de acuerdo con el contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Derivado de lo anterior y de conformidad con el artículo 73.3 del Reglamento de la Corte Interamericana, mediante resolución del Presidente del Tribunal, se incitó a presentar opiniones escritas sobre los puntos sometidos a consulta.

En ese sentido, el *amicus curiae* es una figura procesal reconocida por diversos tribunales internacionales que consiste en proporcionar una opinión jurídica y voluntaria por terceros ajenos al proceso ante un Tribunal, como una herramienta disponible al juzgador para ayudar a clarificar criterios y estándares que, en el presente caso, se relacionan sustancialmente con los derechos humanos.

Por último, se reitera que esta actuación tiene como interés la vigencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en tanto conciencia jurídica y ética de la humanidad, cuya labor permanente nos corresponde a todas y todos.



II. OBJETO DEL *AMICUS CURIAE*

El principal interés de esta representación es mostrarle a la Corte IDH un aspecto diverso sobre los alcances de la solicitud de opinión consultiva presentada, retomando que fue presentada por Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay en su calidad de Estados miembros del MERCOSUR.

En ese sentido, el presente *amicus curiae* abordará cómo se relaciona esa calidad de los Estados solicitantes, en tanto partes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de dicho bloque de integración económica, con la temática planteada.

No obstante, al observar que esa circunstancia ocurre no solo en dicha región del continente, sino en América en general, donde múltiples procesos de integración económica se han creado desde hace algunas décadas, atravesando etapas de desarrollo diversas, modificando los órdenes jurídicos nacionales y creando otros de naturaleza multilateral, resulta necesario analizar su convivencia con las reglas que se derivan del *corpus iuris* de los derechos humanos.

En particular, considerando que la materia sustantiva de la solicitud de opinión consultiva se trata sobre la determinación de las obligaciones estatales en relación con los niños migrantes, se desarrollarán los siguientes aspectos:

- La existencia de obligaciones *erga omnes* tratándose de la protección reforzada de los niños en condición migratoria en general y no acompañados en particular.
- El vínculo entre esas obligaciones, la cláusula federal de la Convención Americana y la cláusula democrática que se desprende de los tratados económicos de los diversos bloques de integración del continente, mediante el control de convencionalidad supra nacional.
- La responsabilidad internacional que puede ser atribuible, por violaciones a los derechos humanos, a los Estados parte del Sistema Interamericano, a

los Estados parte de un organismo de integración económica aun cuando no sean partes del SIDH, y a los organismos regionales creados a partir de los procesos de integración económica.

- Así como la responsabilidad agravada atribuible a esos sujetos por violaciones a las obligaciones *erga omnes* mencionadas.



III. NOTAS PRELIMINARES: Sobre la aplicación de los tratados internacionales

De acuerdo con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las convenciones internacionales (generales o particulares) son una fuente del derecho internacional, representando una guía para la resolución de controversias —sin que exista algún orden de prelación respecto a las otras—.

Al respecto, según el artículo 2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados³, se entiende por tratado 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*.

III.1. Reglas generales para la observancia de un tratado internacional

Siguiendo la misma Convención de Viena, de acuerdo con sus artículos 26 y 27, la observancia de los tratados se relaciona con dos principios fundamentales, sujetando su cumplimiento a la buena fe (*pacta sunt servanda*) y la prohibición de invocar el derecho interno como justificación para incumplirlos.

En cuanto a la aplicación de los tratados internacionales, dicho instrumento indica en sus numerales 29 y 30 que el tratado sería obligatorio para las partes respecto a la totalidad de su territorio, salvo excepción expresa. En particular, cuando esos mismos Estados suscriben un segundo tratado (*tratado sucesivo concerniente a la misma materia*):

- a) Es posible subordinarse solamente a las disposiciones del último,
- b) Tratándose de las mismas partes, pueden ser ambos vigentes siempre que sus disposiciones sean compatibles,
- c) Cuando no todas las partes lo sean en el tratado previo, entre los Estados parte se pueden considerar ambos tratados vigentes siempre que sus disposiciones sean compatibles,
- d) Cuando no todas las partes lo sean en el tratado previo, entre un Estado parte y otro diverso, sus obligaciones se rigen por el tratado en el que ambos son parte.

³ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (23 de mayo de 1969, en vigor desde 27 de enero de 1980), U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 155 U.N.T.S. 331.

Asimismo, por lo que hace a su interpretación, la regla general de esa Convención señala en su artículo 31 que se realiza de buena fe, conforme al sentido corriente de los términos del tratado, considerando el contexto, teniendo en cuenta su objeto y fin. En particular, el contexto implica considerar:

- a) El preámbulo, texto y anexos del tratado,
- b) La intención de las partes, si ésta consta,
- c) La interpretación realizada posteriormente por la partes,
- d) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado,
- e) Toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

A pesar de seguir las reglas anteriores, cuando el texto sea ambiguo, oscuro o conduzca a un resultado *manifiestamente absurdo*, entre los medios de interpretación complementarios se encuentran acudir a los trabajos preparatorios y las circunstancias de su celebración.

Por otro lado, en cuanto a la creación de obligaciones para terceros Estados, de la Convención se desprenden una serie de excepciones para su vigencia (artículos 34 a 37). No obstante, su numeral 38 es muy claro al señalar que *una norma consuetudinaria enunciada en un tratado* puede ser obligatoria para un tercer Estado que no sea parte en un tratado, cuando ha sido reconocida como *norma consuetudinaria de derecho internacional*, para ello bastaría observar si existe participación amplia y representativa de la Comunidad Internacional respecto ese tratado.⁴

De ahí, que el artículo 43 señale que, independientemente de los tratados en vigor o no para los Estados, éstos conservan el deber de cumplir *toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado*.

Finalmente, en relación con la terminación o suspensión de la aplicación de un tratado como consecuencia de su violación, la misma Convención señala que solo una violación grave (ya sea en tratados bilaterales o multilaterales) puede facultar a una de las partes para ello. En ese sentido, el numeral 60.3 b) determina que una violación grave la constituye *la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o fin del tratado*. No obstante, la terminación o suspensión (total o parcial del tratado) es independiente de los mecanismos previstos por el

⁴ Cfr. Caso Plataforma de Mar del Norte de 1969 de la Corte Internacional de Justicia, en el punto relativo a *El principio de la equidistancia no es una norma del derecho internacional consuetudinario*. En este caso la Corte tuvo que pronunciarse sobre las cuestiones relativas a la naturaleza del Derecho Internacional Consuetudinario y dijo: "[...] a very widespread and representative participation in a convention might show that a conventional rule had become a general rule of international law [...]" ([...] una participación muy amplia y representativa en una Convención podía mostrar que una norma convencional se había convertido en una norma general de derecho internacional [...]).

tratado en caso de violación.

III.2. Reglas específicas para la observancia de un tratado de derechos humanos.

Partiendo de la definición señalada por la Convención de Viena, la Corte Interamericana de Derechos Humanos les ha catalogado en relación con su relevancia para la protección de los derechos humanos, de forma que los clasifica según los sujetos que participan en ellos como tratados multilaterales y bilaterales, y según su objeto en aquellos cuyo objeto principal es la protección de los derechos humanos y aquellos que tienen otro objeto principal pero contienen disposiciones concernientes con la materia⁵.

De esta manera, se pueden invocar para dar luz y contenido a las disposiciones de la Convención Americana un sin número de fuentes que indirectamente tutelan los derechos humanos. Tratándose de la materia, éstos instrumentos pueden clasificarse (sin existir algún tipo de prelación u orden jerárquico) en tres categorías de acuerdo a su especialización: a) las declaraciones universal y americana, b) los tratados universales y regionales en la materia, y c) los instrumentos específicos para determinados derechos o personas —que incluirían los principios básicos, las reglas mínimas, directrices, etc.—⁶.

Ambas fuentes, siendo tratados indirecta o directamente vinculados con la protección de los derechos humanos, son indispensables para la aplicación, interpretación y cumplimiento de las obligaciones de los Estados. Por ello, es que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos cuenta con una serie de reglas específicas para ello.

Lo anterior, derivado de que los instrumentos de derechos humanos *no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes, ya que su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, de modo que los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción*⁷.

De ahí que se hubiere expresado que los tratados de derechos humanos son *instrumentos vivos*, de manera que sus reglas de interpretación deben acompañar la evolución de los tiempos⁸ y *las condiciones de vida actuales*⁹.

⁵ Cfr. Corte IDH. "*Otros Tratados*" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 1, párr. 34.

⁶ O'Donell, Daniel. *Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá, 2004. pp. 55 a 57.

⁷ Cfr. Corte IDH. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 2, párr. 29.

⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz, vs. El Salvador*. Sentencia de 01 de marzo de 2005, Serie C No. 120. Voto particular del Juez Cançado Trindade, párr. 40.

⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C

En ese sentido, al ser interpretado un tratado, no solo se atiende a la regla general enunciada en el artículo 31 de la Convención de Viena, sino además:

- a) Su contenido debe entenderse en conjunto con los demás instrumentos de derechos humanos (universales, regionales, genéricos o específicos) porque teóricamente todos ellos tienen como finalidad la protección de los derechos de la persona¹⁰.
- b) Se considera n los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste y el sistema dentro del cual se inscribe¹¹.

De tal forma, el *corpus juris*¹² del Derecho Internacional de los Derechos Humanos *está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados —como tratados, convenios, resoluciones y declaraciones—, su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, por lo tanto sus disposiciones deben considerarse en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo*¹³.

Aunado a dichas reglas, se debe considerar el principio *pro personae*¹⁴ bajo el cual *ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados*¹⁵.

Asimismo, como la Convención de Viena refiere, el DIDH se auxilia tanto de normas de costumbre internacional como de normas imperativas de derecho internacional general.

En ese sentido, la costumbre puede ser considerada como *la prueba de un consenso general de expectativas generalmente aceptadas como derecho o la cristalización de un consenso de los Estados respecto a una determinada pauta de comportamiento*¹⁶. Se compone de un elemento objetivo conocido como la

No. 125, párr. 125.

¹⁰ Cfr. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinión, I.C.J. Reports 1971, pág. 16 a 31.

¹¹ Cfr. Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 113.

¹² Al respecto, O'Donnell señala que este concepto es una aportación doctrinal de la Corte Interamericana (*Op. Cit.*, pág. 57).

¹³ Cfr. OC-16, párr. 115.

¹⁴ Mismo que consiste en que las violaciones a los derechos humanos deben ser analizados *de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, la cual es eficaz para la protección de la persona humana* (Cfr. Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 173).

¹⁵ *Ibidem*, párr. 129.

¹⁶ Loretta Ortiz citando a Carrillo Salcedo, en Ortiz Ahlf, Loretta "Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos" en Martín, Claudia, et. al. (comps.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Universidad Iberoamericana-American University- Distribuciones Fontamara. México. 2004. pág. 24.

práctica generalizada entendida como una aceptación general integrada por una amplia mayoría de los Estados y que sea representativa de los diferentes sistemas jurídicos y regiones geopolíticas¹⁷. Asimismo, se requiere del elemento subjetivo que representa *la opinio juris*, que ha sido considerada como la creencia en que la práctica es obligatoria en virtud de una norma que así lo prescribe¹⁸:

Específicamente, la Declaración Universal y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre son consideradas *por los órganos internacionales competentes como manifestaciones del derecho internacional consuetudinario*, por lo tanto son *vinculantes para todos los estados parte en las Naciones Unidas y la OEA respectivamente*¹⁹.

Así, por ejemplo, un Estado puede aceptar *expresa o tácitamente incluso por la aquiescencia ante los actos o pronunciamientos de otro Estado o de una organización internacional que le afecten*, de forma que cuando un órgano competente determina que un Estado violó alguna norma de derechos humanos y éste no rechaza la obligatoriedad de esa norma, existe una aceptación implícita de dicha obligatoriedad²⁰.

En cuanto a los principios del derecho internacional se ha considerado que sólo pueden significar la aplicación equitativa del derecho internacional entre las naciones independientes que componen la comunidad de Estados²¹, los cuales si bien nacen del derecho internacional consuetudinario o convencional²², encarnan ideas jurídicas generales y fundamentales, de modo que no se trata de cualquier precepto normativo, así como su función consiste en cubrir lagunas legales con motivo de la falta de normatividad consuetudinaria o convencional aplicable a un caso y como instrumento para la debida aplicación e interpretación de los tratados y la costumbre²³.

Finalmente, hay que considerar que el artículo 53 de la Convención de Viena alude que una norma imperativa de derecho internacional general es *una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*.

En ese sentido, desde la Conferencia de Viena se consideró que existían algunos derechos que representan *intereses fundamentales para la actual comunidad internacional de Estados en su conjunto*, de tal forma que existen algunos derechos que constituyen un núcleo duro inderogable bajo cualquier circunstancia

¹⁷ O'Donell, *Op. Cit.*, pp. 66 y 67.

¹⁸ *Cfr. North Sea Continental Shelf*. Judgment, I.C.J. Reports 1969, pág. 44 (Traducción libre).

¹⁹ "Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos" en Martin, Claudia, *et. al.* (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Universidad Iberoamericana-American University-Distribuciones Fontamara. México. 2004. pág. 56.

²⁰ O'Donell, *Op. cit.*, pp. 66 y 67.

²¹ *Cfr. Lotus*, pp. 16 y 17.

²² Verdross, Alfred. *Derecho internacional público*. 5ª ed., trad. Antonio Truyol y Serra. Aguilar. Madrid. 1967, pág. 133, en Martin, Claudia, *Op. Cit.*, pág. 41.

²³ Martin, Claudia, *Op. Cit.*, pág. 41.

o excepción, pues están protegidos por normas imperativas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (o constituyen en sí mismos normas de *ius cogens*) que generan para los Estados obligaciones *erga omnes*²⁴.

Al respecto, la Corte Interamericana expresó que su evolución y por su propia definición, *el ius cogens no se ha limitado al derecho de los tratados, ha alcanzado el derecho internacional general y abarcado todos los actos jurídicos, manifestándose en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados e incidido en los propios fundamentos del orden jurídico internacional*²⁵.

En ese sentido, al paso de los años, esta Corte ha determinado que algunos derechos pertenecen al terreno del *ius cogens* en virtud de que su respeto y garantía permea transversalmente todo el sistema jurídico y político de los Estados; tal es el caso del derecho a la vida (en relación con las ejecuciones extrajudiciales²⁶), el derecho a la integridad personal (en relación con la prohibición absoluta de la tortura y las desapariciones forzadas²⁷) y el principio de igualdad y no discriminación²⁸.



IV. DERECHOS DE LA NIÑEZ EN CONDICIÓN MIGRATORIA

IV.1. Los derechos de las niñas, niños y adolescentes

IV.1.1. Las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos

Uno de los pilares básicos de los derechos humanos plantea que toda persona, por el hecho de serlo, debe gozar de derechos, los cuales puede ejercer y hacer exigibles ante las autoridades del Estado.

Sin embargo, dentro de toda sociedad existen personas, grupos de personas o poblaciones que, debido a sus características particulares o a la situación en la que se encuentran inmersas, no cuentan las mismas posibilidades para ejercer y exigir sus derechos humanos.

Durante mucho tiempo, las niñas, niños y adolescentes han sido considerados como personas incapaces que no cuentan con la suficiente madurez para conocer sus derechos, situación por la cual comúnmente se les ubica como objetos de tutela pero no como sujetos plenos de derechos.

²⁴ Villán Durán, Carlos. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 1ª reimp. Trotta. Madrid. 2006, pág 90.

²⁵ Cfr. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 99.

²⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. Voto conjunto de los Jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, párr. 2.

²⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, Voto del Juez Cançado Trindade, párr. 15.

²⁸ Cfr. OC-18, párrs. 100 y 101.

Como respuesta a tal panorama, tanto a nivel nacional como internacional, han surgido conceptos jurídicos (como el del interés superior del niño), leyes y tratados internacionales que tienen como objetivo principal la defensa, protección, promoción y garantía de los derechos de las niñas, niños y adolescentes a partir de su carácter de personas, es decir, de plenos sujetos de derechos y obligaciones.

IV.1.2. La Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y el Principio del Interés Superior de la y el Menor (ISM)

El preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Niño (DUDN) apunta que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".²⁹

Es importante destacar que la existencia de una visión tutelar sobre la infancia, según la cuál tales personas requieren asistencia y caridad de personas adultas o del gobierno para lograr la plena realización de sus derechos, ha sido sustituida cada vez con mayor fuerza, por una visión que les reconoce como sujetos plenos de derechos.

La Convención sobre los Derechos del Niño del año 1989 marcaría un punto decisivo en la incorporación del paradigma integral o garantista, y en general, sobre la conceptualización de los mecanismos para la protección de la infancia. Así, el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CSDN) señala que "niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".³⁰

Además, dicho instrumento reconocería de manera clara el principio del interés superior del menor (ISM). A partir de este principio surgen obligaciones dirigidas al Estado, a sus autoridades e incluso instituciones privadas, de observar todas aquellas posibles afectaciones que de manera directa o indirecta puedan impactar en la situación que guardan los derechos de niñas, niños y adolescentes.

En otras palabras, el ISM determina la necesidad de que se observe y atienda, con especial consideración, el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de niñas, niños y adolescentes con el objetivo de garantizarles un adecuado proyecto de vida.

La protección del interés superior de la niña y el niño, constituye uno de los pilares básicos para el pleno reconocimiento de los derechos de la infancia, así como un referente para el desarrollo de un sistema de interpretación que amplíe los alcances de las normas que reconocen tales derechos.

²⁹ ONU, Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 1386 (XIV) durante su XIV periodo de sesiones, New York, 20 de noviembre de 1959, preámbulo.

³⁰ ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución A/RES/44/25 durante su XLIV periodo de sesiones, New York, 20 de noviembre de 1989, artículo 1.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORTE IDH), al referirse a la interpretación de normas que reconocen derechos a favor de niñas y niños, ha señalado que no sólo deben tomarse en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente, sino también el sistema dentro del cual se inscriben éstas.³¹

Así las cosas, para definir el contenido y alcance de las obligaciones del Estado contenidas en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (Derechos del niño), dicho tribunal internacional regional ha recurrido a otros instrumentos internacionales que forman parte de un amplio *corpus iuris internacional de protección de los niños* para determinar su sentido y alcance.

De igual manera, en alguna otra ocasión la Corte Interamericana ha señalado que el artículo 19 de la CADH, constituye una disposición que debe entenderse como un derecho adicional o complementario que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial.³²

Por todo lo anterior, una correcta interpretación del artículo 19 de la CADH, en el marco de la CSDN, así como de un conjunto de instrumentos internacionales que también consagran la protección de los derechos de la niñez³³ permite desarrollar el alcance de la obligación dirigida al Estado para brindar una *protección integral* a los derechos de los niños y niñas.

En primer lugar, la *protección integral* impone la obligación de reconocer a las niñas, niños y adolescentes como sujetos y no como objetos de derechos.³⁴ La protección integral supera la intervención estatal *tutelar* al reconocer que niñas, niños y adolescentes son capaces de ejercer por sí mismos y de manera progresiva sus propios derechos³⁵

De igual manera, la protección integral implica la adopción de medidas y programas que operen de forma cohesionada para promover el acceso a la salud, la educación, el bienestar y el desarrollo de la infancia y la adolescencia, así como para protegerlos de la violencia, la explotación y el abuso, y garantizarles el

³¹ Cfr. Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Excepciones Preliminares*, Sentencia de 11 de septiembre de 1997. Serie C No. 32, párr. 192.

³² Cfr. Corte IDH. *Caso del "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, párr. 147.

³³ ONU, Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/33 durante su XL periodo de sesiones, New York, 29 de noviembre de 1985; ONU, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/113 durante su XLV periodo de sesiones, New York, 14 de diciembre de 1990; ONU, Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riadh), aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución A/45/756 durante su XLV periodo de sesiones, New York, 14 de diciembre de 1990.

³⁴ Londoño Beatriz, "El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar", en *Niñez y Conflicto armado: Desde la desmovilización hacia la garantía integral de derechos de infancia*, Colombia, Ediciones Uniandes, pág. 42.

³⁵ Couso Salas Jaime, "Problemas Teóricos y Prácticos del Principio de Separación de Medidas y Programas, entre la Vía Penal-Juvenil y la Vía de Protección Especial de Derechos", en *Justicia y Derechos del Niño*, Chile, UNICEF, núm. 1, 1999, pág. 84.

acceso a la justicia y a la rehabilitación en caso de violaciones a sus derechos.³⁶ Lo anterior, debido a que la *protección integral*, también reconoce a niñas, niños y adolescentes como sujetos privilegiados a quienes se les debe garantizar, por todos los medios posibles, la satisfacción de sus derechos.³⁷

De igual manera, una *protección integral* de los derechos de la niñez, impone al Estado el deber de fomentar la participación de los niños, niñas y adolescentes en la construcción de políticas públicas encaminadas a salvaguardar y hacer efectivos sus propios derechos.³⁸

La adopción de medidas de protección, significa que deben adoptarse en las políticas públicas mecanismos que reconozcan de manera comprensiva y diferenciada los derechos de niños, niñas y adolescentes frente al resto de los seres humanos, situación que impone el deber de garantizar una protección complementaria o reforzada para este sector de la población en el ámbito de sus relaciones con el Estado, la sociedad y la familia.³⁹

Para que una política pública sea integral, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha establecido que ésta debe abarcar sistemáticamente los derechos humanos en su conjunto y que además de las decisiones del Estado, todas las decisiones que se adopten en la familia o en la sociedad que afecten a una persona menor de dieciocho años de edad, deberán tomar en cuenta, objetiva e indefectiblemente, la vigencia efectiva de la integralidad de sus derechos humanos.⁴⁰

Por otra parte, la Corte Interamericana ha señalado que cuando se trata de la protección de los derechos de la niña o el niño así como de la adopción de medidas para lograr dicha protección, el principio del ISM debe regir todo ello, asumiendo y fundando la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas, niños y adolescentes, así como en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.⁴¹

La protección integral de los derechos de la niñez se hace efectiva mediante la aplicación del principio del ISM⁴² ya que éste constituye además, el marco general de todas las acciones relacionadas con la aplicación de la CSDN.⁴³

³⁶ *Ibidem*, pág. 93.

³⁷ Londoño, *Op. cit.*, pág. 44

³⁸ Hernández Abarca Gabriela, *Compendio del Marco Jurídico Nacional e Internacional que Tutela los Derechos Humanos los Niños, Niñas y Adolescentes*, México, Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 2008, pág. 15.

³⁹ OEA, *Informe Sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, Washington, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 31 diciembre 2009, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57, Original: Español, párr. 87.

⁴⁰ OEA, *Informe Sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, *op. cit.*, párrs. 87 y 88.

⁴¹ *Cfr.* Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párr.134.

⁴² Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-273/03, pág. 2; OEA, *Informe Sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, *op. cit.*, párr. 88.

⁴³ ONU, Promoción y Protección de los Derechos del Niño, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución A/C.3/66/L.25/Rev.1 durante su LXVI periodo de sesiones, 17 de noviembre de 2011, tema 65, pág. 2.

Al respecto, la CSDN estipula la obligación de *reforzar* la prioridad del ISM asignándole una consideración primordial frente a otros intereses antagónicos, esto significa que aún cuando estén en juego otros intereses siempre ha de primar el ISM.⁴⁴ Por ello, este principio exige tomar en cuenta a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado.⁴⁵

Además de limitar y orientar todas las decisiones del Estado conforme los derechos de las y los niños, el principio del interés superior cumple también una importante función hermenéutica en la medida en que permite interpretar sistemáticamente las disposiciones de orden internacional, constitucional o legal que reconocen el carácter integral de los derechos del niño facilitando del mismo modo resolver eventuales incompatibilidades en el ejercicio conjunto de dos o más derechos respecto de un mismo infante.⁴⁶

IV.1.3. Los derechos de las niñas, niños y adolescentes como una cuestión de orden público para el Estado

La CSDN es el instrumento internacional con mayor número de ratificaciones por parte de los Estados integrantes de la comunidad internacional.⁴⁷ Esta situación refleja la importancia que tiene para los Estados la observancia y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

De esta forma, es importante señalar que los derechos de las y los niños y adolescentes constituyen un tema de interés general que se caracteriza por ser uno de los principios fundamentales del ordenamiento social, pues su integridad física, emocional y moral es elemento indispensable para el desarrollo y continuidad de una sociedad basada en la seguridad, el respeto, tolerancia y armonía.⁴⁸

Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño (CDN) ha señalado que cuando un Estado firma y ratifica la CSDN, es éste quien asume las obligaciones derivadas de dicho instrumento internacional, sin embargo, la aplicación y materialización de los derechos de las y los niños y adolescentes es una tarea que corresponde a todas las personas, grupos e instituciones de la sociedad, incluyendo a las y los propios niños y adolescentes.⁴⁹

⁴⁴ UNICEF, *Manual sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*, Nueva York, Series de Manuales de Justicia Penal, 2010, pág. 8.

⁴⁵ Aguilar Cavallo Gonzalo, "El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en *Estudios Constitucionales*, Chile, Universidad de Talca, Año 6, núm. 1, 2008, pág. 232.

⁴⁶ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-273/03, *Op. cit.*, pág. 2.

⁴⁷ Aguilar Cavallo, pág. 223.

⁴⁸ Véase Myriam Arenas Higuera y Catalina Quintero Bueno, *Carta de Navegación 2. Vulneración de los Derechos Humanos de los Niños y las Niñas*, Cartas de Navegación para la Prevención y Erradicación de la Explotación Sexual Comercial Infantil, Organización Internacional del Trabajo (OIT), publicación financiada por la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI), Colombia, 2005, pág. 8.

⁴⁹ Véase ONU, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 5 "Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)"*, 2003, párr. 1.

En este sentido, la CORTE IDH en el caso Contreras y otros contra el Salvador ha determinado que el Estado, como responsable del bien común, debe resguardar la protección de las y los niños y adolescentes toda vez que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad y riesgo de ver afectados sus derechos humanos.⁵⁰

Asimismo, la protección y garantía de los derechos humanos de las y los niños y adolescentes es un tema que impacta de manera importante en la vida democrática, así como en el desarrollo y bienestar social de todo Estado, toda vez que las y los niños y adolescentes forman parte de un grupo que por su especial situación de vulnerabilidad requieren de una mayor participación y esfuerzo del Estado y los poderes públicos para lograr su pleno desarrollo en beneficio propio así como en beneficio de la sociedad a la que pertenecen.⁵¹

En relación con lo anterior, el Tribunal de Familia de Costa Rica, al estudiar la implementación del ISM en el ámbito interno, así como las obligaciones que de dicha implementación se derivan, determinó que “es de interés público el cumplimiento de los derechos de la niñez y la adolescencia y por consiguiente su defensa o restitución en caso de amenaza o violación de los mismos”.⁵²

Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana también ha mencionado que los derechos de las personas menores de edad tienen una prevalencia en el ámbito interno, no sólo por su consagración a nivel constitucional, sino por el reconocimiento de tales derechos en numerosos instrumentos internacionales.⁵³

Al respecto el CDN ha señalado que la protección y garantía de los derechos de las y los niños y adolescentes requiere de la implementación de una estrategia que permee en todas las actividades del Estado, a través de la adopción de todo tipo de medidas necesarias para lograr dicho objetivo. De esta forma, dicho Comité ha expresado que la efectiva aplicación de las disposiciones contenidas en la CSDN requiere de una coordinación organizada e intersectorial que sirva para reconocer y aplicar los derechos de las y los niños y adolescentes “en toda la administración pública, entre los diferentes niveles de la administración y entre la administración pública y la sociedad civil”.⁵⁴

De esta forma, cabe retomar lo establecido por la CDN en su artículo 4 el cual señala que:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los

⁵⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador* (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 31 de agosto de 2011, Serie C No. 234, párrs. 107 y 108.

⁵¹ *Caso de los “Niños de la Calle”*, párr. 191.

⁵² Véase Tribunal de Familia de Costa Rica, *Improcedencia de modificación basada en prevalencia del interés superior del menor en relación a madre adolescente soltera; Aplicación de la Doctrina de Protección Integral de los Derechos de los Menores; Normativa aplicable; Menores.*, Sentencia 02016, Expediente 02-401363-0186-FA, 16 de noviembre de 2004.

⁵³ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-738/08 del 23 de julio de 2008.

⁵⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5, *Op. cit.*, párr. 27.

derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.⁵⁵

De lo anterior resulta evidente que los Estados, en general, al tratarse de temas en los que se involucren los derechos de las y los niños y adolescentes, tiene el deber de adoptar todas las medidas, de cualquier índole, tendientes a garantizar y asegurar el goce y ejercicio de tales derechos. Sin embargo y sin perjuicio de lo anterior, la observancia de dicha obligación no se reduce a un ámbito internacional, es decir, no basta con que el Estado asuma tal obligación frente a los demás Estados o frente a la comunidad internacional, sino que se requiere que sea interiorizada en el Estado y que se expanda a todas las actividades y políticas desarrolladas por los poderes públicos nacionales.

El propio CDN ha expresado que la incorporación de la CSDN implica que las disposiciones contenidas en ella puedan ser invocadas y exigidas de manera directa ante los tribunales internos, y que las mismas sean aplicadas por todas las autoridades nacionales. Como corolario, el CDN ha sido enfático al señalar que la CSDN debe prevalecer frente a la legislación interna o a la práctica en común en todos aquellos casos en que exista un conflicto o contradicción.⁵⁶

IV.1.4. El carácter reforzado de las obligaciones a cargo del Estado en relación con la protección y garantía de los derechos de niñas, niños y adolescentes

La protección y garantía de los derechos de niñas, niños y adolescentes reviste de una especial importancia al tratarse de los derechos de un grupo que, por sus propias características, se sitúa en una especial situación de riesgo o vulnerabilidad.

Ya la CORTE IDH ha señalado que existe un principio de protección especial dirigido a los derechos de niñas, niños y adolescentes. Este principio de protección especial implica que el Estado adopte medidas de cualquier tipo con un carácter reforzado atendiendo al principio del ISM así como al de interés y orden público que revisten la niñez y la adolescencia para la sociedad y para el Estado en su conjunto.⁵⁷

Si bien el Estado tiene la obligación de velar en todo momento, y sin discriminación, por la protección y garantía de los derechos de todas las personas dentro de su territorio, cuando se trata de los derechos de niñas, niños y adolescentes, el Estado adquiere una obligación adicional a la protección de dichos derechos. Tal obligación adicional se encuentra inmersa en el carácter y naturaleza propia de niñas, niños y adolescentes, y se traduce en que el Estado asuma su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad.⁵⁸

⁵⁵ ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, *op. cit.*, artículo 4

⁵⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No.5, *Op. cit.*, párr. 20.

⁵⁷ Caso "Instituto de Reeducción del Menor", párr. 138.

⁵⁸ Caso "Instituto de Reeducción del Menor", párr. 160.

De lo anteriormente señalado, es posible señalar que si el Estado tiene una obligación especial de protección y garantía de los derechos de niñas, niños y adolescentes por el hecho de serlo, dicha obligación debe verse totalmente reforzada por parte del Estado cuando niñas, niños y adolescentes se encuentran en una doble situación de riesgo en la que sus derechos corran un mayor peligro de verse vulnerados, como por ejemplo, en el caso de un conflicto armado interno; cuando vivan con alguna discapacidad; cuando se encuentren en situación de calle o bien, en el caso de niñas, niños y adolescente migrantes.

La Corte Constitucional de Colombia ha señalado que este tipo de obligaciones reforzadas a cargo del Estado implican que los derechos de niñas, niños y adolescentes gocen de una especial preeminencia en el ámbito interno lo que hace que “el Estado se comprometa especialmente contra toda forma de abandono, abuso, violencia, secuestro, venta, explotación laboral, económica, trabajos riesgosos, etc.”⁵⁹

IV.2. Los derechos de las niñas, niños y adolescentes migrantes

Hasta ahora se ha expuesto el carácter reforzado de las obligaciones del Estado frente al respeto, protección y garantía de los derechos de la infancia. Como se ha señalado, garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, es un imperativo ético, político, social, jurídico y económico de la familia, la sociedad y el Estado, así como una vía efectiva para atacar las causas de la pobreza, la exclusión social y las inequidades en la región. No obstante lo anterior, los niños, niñas y adolescentes migrantes se encuentran en una situación de especial de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, lo que se traduce en una doble condición de riesgo y vulnerabilidad, que implica la adopción de medidas adicionales como se señala a continuación.

Actualmente, se estima que en América Latina y el Caribe, 25 millones de personas han migrado hacia países de Norte América y Europa, y seis millones han migrado a otros países de la región⁶⁰. De estas personas, una cantidad creciente, son niños, niñas y adolescentes, algunos de los cuales migran junto alguno de sus padres, y otros lo hacen de forma no acompañada o separada⁶¹.

A este respecto, el Relator Especial sobre derechos de los migrantes ha identificado la existencia de al menos tres categorías de niños afectados por el proceso migratorio: los que dejan atrás los familiares migrantes, los niños que migran a través de las fronteras y los niños migrantes en los países de destino.⁶²

⁵⁹ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-738/08

⁶⁰ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Migración internacional, derechos humanos y desarrollo*, Santiago, agosto de 2006, pág. 73.

⁶¹ De acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño, los niños no acompañados son quienes se encuentran fuera de su país de origen y 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”; mientras que los niños separados serían los que están “separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes” (*Observación General No. 6 “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”*, 2005, párrs. 8 y 9.

⁶² Véase ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/17/33, 21 de marzo de 2011, párr. 26.

De acuerdo con el mismo, el término "niños que quedan atrás" se refiere a los niños criados en sus países de origen o en sus países de residencia habitual de quienes los adultos responsables de ellos se separan al migrar. Por su parte, los niños en movimiento son los niños migrantes que participan activamente en el proceso migratorio, en particular en las etapas de paso y de llegada a los países de tránsito y de destino. Pueden migrar con sus familiares o solos para buscar oportunidades de educación y de empleo⁶³.

Los desplazamientos poblacionales en ocasiones pueden constituir múltiples violaciones de derechos humanos. Esto es así, toda vez que muchos desplazamientos suelen encontrar su causa en situaciones graves sucedidas dentro de sus lugares de origen, como son la pobreza, la violencia, los conflictos armados, la falta de oportunidades, el tráfico y trata de personas, etc. Estos desplazamientos suelen ocurrir con frecuencia en situación de desprotección, y en el caso específico de niñas, niños y adolescentes, sin su participación en la toma de decisiones. Además, estas personas se ven en una situación de violación a sus derechos en su lugar de destino, toda vez que quedan expuestas a desprotección en virtud de su calidad de migrantes, especialmente, aquellas cuya su situación migratoria es irregular⁶⁴.

De ahí que diversos organismos internacionales de derechos humanos, han entendido que las personas migrantes, en especial, aquellas en situación migratoria irregular, se encuentran en una condición de vulnerabilidad⁶⁵.

Como se refirió en apartados anteriores, la condición de menor de edad adiciona un elemento más de cuidado especial a cargo de los Estados respecto de las personas migrantes, lo que reitera el carácter reforzado de la protección. Así, tanto la CADH (artículo 19), la DDN (artículo 2), la CSDN (artículo 3) y el Protocolo de "San Salvador" (artículo 16), establecen una protección especial a favor de los niños, niñas y adolescentes que su condición especial requiere, tanto por parte de la familia, como de la sociedad y del Estado. Esta protección, entraña la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, además de las que los Estados deben adoptar para garantizar a todas las personas el disfrute de los derechos fundamentales⁶⁶.

En su opinión consultiva número 17, la CORTE IDH señaló que la protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos⁶⁷. Esta protección, a la luz del principio de igualdad y no

⁶³ *Ibidem*, párrs. 28 y 29.

⁶⁴ UNICEF, *Des haciendo Futuro: Las Migraciones, una Triple Violación de Derechos*, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, pág. 2

⁶⁵ Véase Preámbulo de la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Estudio del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes, E/CN.4/AC.46/1998/5 noviembre de 1998; y *Opinión Consultiva OC-18*, párr. 112.

⁶⁶ Véase ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 17 "Derechos del niño (Artículo 24)"*, 1989, párr. 1.

⁶⁷ *Cfr.* Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-17/02 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* del 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párr. 53.

discriminación reconocido por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, mismo que ha sido considerado por la CORTE IDH como una norma de *jus cogens*⁶⁸, debe ser entendida en el sentido de que no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, *origen nacional*, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

Por estas razones, tratándose de niñas, niños y adolescentes migrantes, el respeto y garantía de sus derechos fundamentales debe otorgarse mediante un trato igualitario y no discriminatorio, independientemente de la regularización de su permanencia en el país o no.

Ahora bien, una de las vías por las que tradicionalmente se ha abordado la situación de las y los menores migrantes, ha sido a través de las políticas migratorias, las cuales, de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sido definidas como "...todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que versan sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio". En este sentido, se ha señalado en diversas ocasiones, que esta política no puede ser realizada al margen de los estándares internacionales de derechos humanos.

En el caso particular de los niños y niñas migrantes, especialmente aquellos en situación migratoria irregular, la acción estatal en relación a ellos no debe restringirse al ámbito de políticas migratorias. La situación particular de este grupo de personas debe ser considerada también por las políticas públicas de infancia, las cuales deben incluir medidas específicas destinadas a la protección de estos niños y niñas y a la promoción de su desarrollo⁶⁹.

Tal y como se refirió líneas arriba, el ISM se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la CSDN⁷⁰. En este orden de ideas, los derechos de niñas, niños y adolescentes requieren no sólo la abstención del Estado de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares, sino también, la adopción de providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de estos derechos, incluyendo las de carácter económico, social y cultural.

Lo anterior implica la adopción de medidas especiales enfocadas a niñas, niños y adolescentes migrantes en todos los ámbitos de la política pública, con el objetivo de garantizar, entre otros, su derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño), el derecho a expresar su opinión libremente (artículo 12); el pleno acceso a la educación (artículos 28, 29

⁶⁸ *Opinión Consultiva OC-18*, párr. 101.

⁶⁹ UNICEF, *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe*, Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires, Argentina, 2009, pág. 7

⁷⁰ *Opinión Consultiva OC-17*, párr. 56.

1) c), 30 y 32); el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud (artículos 23, 24 y 39); prevención de la trata y de la explotación sexual y de otra naturaleza, así como de los malos tratos y de la violencia (artículo 34, 35 y 36); prevención del reclutamiento militar y protección de las consecuencias de la guerra (artículos 38 y 39); y prevención de la privación de la libertad (artículo 37).

El traslado de las y los menores a un nuevo territorio puede resultarles muchas veces desconocido y hostil, por lo que el proceso de recepción, adaptación e integración del niño al nuevo medio no debe estar marcado por la discriminación. De acuerdo con el Comité para Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), el trato diferenciado basado en la ciudadanía o estatus migratorio constituye una discriminación si el criterio para dicha diferenciación no está dirigido a satisfacer un objetivo legítimo, y las medidas adoptadas no son proporcionales para alcanzar dicho objetivo.

En este sentido, tomando en consideración la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las y los menores migrantes, puede llegar a ser necesario que los Estados adopten medidas complementarias, cuando las circunstancias lo aconsejen, destinadas a garantizar el pleno e igual disfrute de los derechos humanos⁷¹.

En relación con estas medidas, cobra particular relevancia *el principio de no criminalización de la migración irregular*. Este principio implica la prohibición de imponer penas de prisión a personas migrantes como sanción a una infracción a las regulaciones acerca del ingreso y la permanencia en el territorio⁷². En el caso particular de los menores de edad, la privación de la libertad sólo puede tener lugar como último recurso, por el periodo más breve que proceda y sólo en casos excepcionales⁷³.

En tal virtud, es necesario que los Estados desarrollen y apliquen medidas alternativas de detención de niños migrantes, distintas a la privación de la libertad (ej. el alojamiento en centros de protección social, no cerrados; el albergue de niños y niñas 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 (niños y niñas, 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;

⁷¹ Véase ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General No. XXX "Discriminación en Contra de No Ciudadanos"*, 2004, párr. 66.

⁷² Véase Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de Migrantes, Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2003/85, párrs. 43 y 73; Informe del Relator Especial sobre Derechos Humanos de Migrantes, Jorge Bustamante, A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008, párrs. 15, 19, 42 y 43; Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, A/HRC/7/4, del 10 de enero de 2008, párrs. 41 a 54.

⁷³ Artículo 37 de la Convención sobre Derechos del Niño y párrafo 1.2 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990).

el nombramiento de un garante; etc.)⁷⁴

De igual forma, el Comité de los Derechos del Niño ha sido enfático en señalar que otra de las medidas especiales que deben ser adoptadas tratándose de menores indígenas desplazados o que se hayan convertido en refugiados, es la de proporcionar especial atención y asistencia humanitaria, de forma que se tenga en cuenta su contexto cultural⁷⁵. Adicionalmente, los Estados deben tomar particular atención si en el trayecto las y los menores son separados de sus padres por las autoridades, transformándose así en un niño, niña o adolescente no acompañado o separado de su familia. En todos estos casos, el Estado se encuentra en la obligación de proceder conforme a las obligaciones *erga omnes* de derechos humanos existentes a nivel internacional.

La protección del ejercicio de estos derechos debe ser cumplimentada a través de las respectivas garantías, medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia. La propia CORTE IDH, ha señalado que tanto el *corpus iuris* de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática. En ésta “los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”⁷⁶.

Es por ello que el Estado debe reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación entre quienes participan en un procedimiento. Para esto, los niños, niñas y adolescentes migrantes deben tener la posibilidad de participar plenamente, siendo escuchados, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, tomando en consideración la edad y la situación particular de la o el menor. Atendiendo al derecho de las y los niños relativo a no ser separados de sus padres contra su voluntad, la separación debe tener lugar únicamente en casos estrictamente necesarios en atención al interés superior de estos.

De acuerdo con el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, uno de los problemas relacionados con los derechos humanos que afectan frecuentemente a los niños en movimiento son la deportación y la repatriación. En ese sentido, los niños, niñas y adolescentes sólo deben ser repatriados si ello redundaría en su interés superior, para la reunificación familiar y con observancia de las debidas garantías procesales⁷⁷.

Asimismo, en el caso de menores que se les atribuya la comisión de un delito conforme a las leyes penales, éstos deben quedar sujetos sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad. En estos procesos, las y los menores migrantes tienen derecho a que se

⁷⁴ *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe*, Op. Cit., pág. 24.

⁷⁵ ONU, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 11 “Los Niños Indígenas y sus Derechos en virtud de la Convención”*, 2009, párr. 68.

⁷⁶ *Opinión Consultiva OC-17*, párr. 92.

⁷⁷ Véase ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/17/33, 21 de marzo de 2011, párr. 29.

respeten todas las garantías del debido proceso, entre las que se encuentran el derecho a un juez natural, doble instancia y recurso efectivo, principio de contradictorio, audiencia y defensa, derecho a la asistencia jurídica gratuita, el derecho a la asistencia consular, así como la posibilidad de utilizar vías alternativas de solución de controversias, entre otros.

IV.3. Los derechos de las niñas, niños y adolescentes migrantes *no acompañados*.

Una vez hecha una breve referencia a las obligaciones reforzadas que debe cumplir todo Estado tratándose de población infantil migrante resulta importante hacer mención de un tercer nivel de reforzamiento en las obligaciones estatales. Dicho reforzamiento se presenta ante la infancia migrante *no acompañada*.

Más allá de la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes migrantes existe una particular vulnerabilidad adicional tratándose de menores no acompañados.⁷⁸ Dicha vulnerabilidad adicional estriba en que las y los menores no acompañados carecen de todo respaldo o soporte adicional a su persona y por ende, quedan expuestos por sí solos a graves situaciones de riesgo.

Ante tales escenarios, los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas específicas necesarias “con la finalidad de garantizar la protección especial de los derechos de los y las niñas en contextos de alta vulnerabilidad.”⁷⁹ En este sentido, las y los menores no acompañados se encuentran en un contexto de alta vulnerabilidad y por tanto, están expuestos a diversas violaciones a sus derechos, a la protección especial frente a la violencia, a la unidad familiar, al pleno desarrollo, a la educación, así como a su derecho a no ser privados de la libertad.⁸⁰

En tal entendido, cabe señalar que uno de los motores que impulsan los flujos migratorios, ya sean de carácter interno o externo, es la existencia de “brechas de desarrollo y condiciones de desigualdad entre dos regiones o países.”⁸¹ Es decir, el fenómeno de la migración hoy día se ve alimentado por una especie de *limbo* de desarrollo que se produce por el avance dispar en el goce de los derechos y satisfacción de las necesidades de una población determinada.

Asimismo, debe tenerse presente que, para poder realizar un buen diagnóstico acerca de la situación que guardan los flujos migratorios que impactan a la niñez en general y a la niñez migrante no acompañada en particular, es necesario “identificar de la manera más precisa, los diversos factores que influyen en [el] origen y desarrollo [de los flujos migratorios]”⁸², ya que sólo así será “posible diseñar acciones estratégicas para la protección y garantía de [los] derechos [de la

⁷⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, párr. 1.

⁷⁹ UNICEF, *Los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en México: Una agenda para el presente*, México, UNICEF-México, 2010, pág. 69.

⁸⁰ *Loc. Cit.*

⁸¹ *Ibidem*, pág. 70.

⁸² Ortega Soriano Ricardo A., *Análisis de los amarios estadísticos 2001-2007 de la red de albergues de tránsito de niñas, niños y adolescentes migrantes*, México, DIF-UNICEF, 2009, pág. 30.

infancia migrante]”⁸³.

En este orden de ideas, en ocasiones la necesidad de migrar es tan grande que significa la única opción posible para cambiar la realidad que lacera a diversas poblaciones. Lo anterior, queda explicitado en la migración de la infancia no acompañada ya que, las y los menores optan por aventurarse a la migración aún cuando, conscientes o no, ésta significa una grave puesta en riesgo de sus derechos. Lo anterior, se refuerza si se tiene presente que la infancia migrante no acompañada constituye uno de los rostros menos visibles de los flujos migratorios.⁸⁴

Consciente de la problemática antes referida, el CDN en su Observación General número 6 relativa al “*Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*” se avocó al abordaje de las obligaciones que importan a los Estados, las y los menores migrantes no acompañados. En dicha observación, el CDN hace referencia a una serie de violaciones a las cuales se encuentra particularmente expuesta la infancia migrante no acompañada, señalando que todos los Estados tienen a su cargo la obligación de garantizar, a la luz de la CSDN, la protección integral de dicho grupo de menores particularmente vulnerable.⁸⁵

En este sentido, de la observación general en comento, pueden desprenderse ciertas determinaciones respecto de las obligaciones que deben cumplir los Estados frente a la infancia migrante no acompañada. No se pasa por alto que la observación realizada por el CDN tiene como instrumento rector el contenido de la CSDN sin embargo, debe considerarse que como anteriormente se ha señalado, las obligaciones de los Estados frente a la infancia migrante son una cuestión de orden público.

Lo anterior significa que, independientemente del instrumento nacional, regional o internacional que se aplique, todo Estado debe tomar como una cuestión de interés público la protección y garantía de los derechos de la infancia, especialmente cuando se encuentre expuesta a situaciones de alta vulnerabilidad, como la migración no acompañada.

Ahora bien, más allá de las obligaciones y derechos mencionados hasta ahora existen diversos principios que cobran especial relevancia tratándose de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados a saber el principio de *no devolución* visto de la mano de *unidad familiar*.

En este sentido, el principio de no devolución implica que “los Estados no trasladarán al menor a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para [la o] el menor”⁸⁶ de que se trate. Es decir, en el entendido de que los Estados deberán adoptar todas las medidas necesarias para lograr el respeto al ISM, no deberán utilizar la expulsión del menor

⁸³ *Loc. Cit.*

⁸⁴ *Loc. Cit.*

⁸⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, párrs. 1 a 4.

⁸⁶ *Ibidem*, párr. 27.

no acompañado de su territorio como un mecanismo sancionatorio,⁸⁷ ya que tal medida podría significar un grave riesgo a la integridad de la infancia migrante no acompañada, que en muchas ocasiones migró por abstraerse de una situación riesgo constante en su país de origen.

En armonía con lo anterior, los Estados deben poner especial atención en la evaluación inicial que realicen de las medidas a adoptarse frente a las y los menores migrantes no acompañados, la cual deberá tender a la protección integral de dicho grupo de menores de edad especialmente expuestos al riesgo.

Así, se ha señalado que es preciso que la evaluación que hagan los Estados determine "la solución que mejor satisface el interés superior del niño, particularmente por razones de unidad y reunificación familiar"⁸⁸, y que dicha solución sea alcanzada "luego de un procedimiento que, por un lado, respete las debidas garantías procesales del niño, y por el otro, incluya las pertinentes indagaciones a fin de asegurar que la repatriación a su familia y comunidad no sólo será posible y efectiva sino también en su mejor interés y protección."⁸⁹

Asimismo, debe considerarse que en virtud del papel trascendental que juega el ISM, el mismo no podrá ser limitado por regla general bajo ninguna situación, a menos que dicha limitación se justifique en la protección de otros derechos. Así, será excepcional toda limitación al ISM y de conformidad con lo anterior, "[l]os argumentos no fundados en derechos, por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior."⁹⁰

Por lo tanto, es de fundamental importancia que los Estados frente a las y los menores no acompañados tengan siempre como guía de acción el resguardo y garantía del ISM y por ende no deben adoptar la devolución de la infancia migrante como medida primaria sin antes considerar el resguardo de dicho interés.

Asimismo, tratándose de infancia migrante no acompañada adquiere particular importancia el derecho a la *unidad familiar*. En este sentido, es importante considerar que el objetivo final de regular la situación de los menores no acompañados debe ser el de "identificar una solución duradera que resuelva todas las necesidades de protección"⁹¹ y que considere la opinión de la o el menor permitiendo así la resolución de la situación de la o el menor no acompañado.⁹²

En este orden de ideas, y "bajo un criterio basado en derechos, la búsqueda de una solución duradera comienza con un análisis sobre las posibilidades de una reunificación familiar."⁹³ Por lo tanto, debe darse el carácter de prioritario al

⁸⁷ *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe: Estándares jurídicos básicos y líneas de acción para su protección*, Op. Cit., pág.50.

⁸⁸ *Loc. Cit.*

⁸⁹ *Loc. Cit.*

⁹⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, párr. 87.

⁹¹ *Ibidem*, párr. 79.

⁹² *Loc. Cit.*

⁹³ *Ibidem*, párrs. 80 y 81.

proceso de localización de la familia de la o el menor migrante no acompañado para lograr una reunificación familiar, a menos que dicha reunificación importe una transgresión al ISM por lo que, en tal supuesto, deberán buscarse medidas alternativas que permitan la protección integral de la infancia migrante no acompañada.⁹⁴

Por último queda resaltar que la evaluación inicial que los Estados deben realizar frente a la infancia migrante no acompañada juega un papel trascendental ya que “todas las decisiones ulteriores acerca [de la] residencia y estatuto del menor en el territorio del Estado se basarán en las conclusiones [derivadas] de la evaluación inicial”.⁹⁵

En este sentido, resulta trascendente que los Estados tengan en cuenta al menos los siguientes factores en el proceso de evaluación inicial referido⁹⁶:

- La determinación con carácter prioritario del *status* de la o el menor migrante, respetando el ISM y utilizando personal especializado para tal efecto;
- Inspección inmediata adaptada a las necesidades particulares de cada menor, para determinar su identidad;
- Realización de todas las diligencias necesarias para la obtención de la mayor información posible que permita la protección y garantía del ISM;
- Tan pronto como sea posible, entrega de documentos de identidad personal a la infancia migrante no acompañada; y
- El comienzo inmediato de la búsqueda de los miembros de la familia de la o el menor migrante no acompañado de que se trate.

En suma, lo relevante de la mención a la infancia migrante no acompañada es que dicho grupo de migración importa para los Estados una obligación triplemente reforzada, es decir, en primer lugar como se ha expuesto, los Estados deben cumplir una obligación “agravada” para lograr el respeto y garantía de los derechos de la infancia.

En segundo lugar, existe un doble reforzamiento tratándose de infancia migrante que importa el respeto en condiciones de igualdad y no discriminación así como la garantía de todos demás derechos que se ponen en entredicho en el contexto de los flujos migratorios.

Por último, en lo atinente a la infancia no migrante además de las obligaciones ya referidas, los Estados deben responder ante la particular vulnerabilidad en que se encuentran las y los menores que se hayan solos en los diversos procesos migratorios.

IV.4. La protección de los derechos de la infancia como normas de carácter *erga omnes*

A lo largo de los últimos años, la protección de los derechos de niñas, niños y

⁹⁴ *Ibidem*, párrs. 82 a 83.

⁹⁵ *Ibidem*, párrs. 31 y 32.

⁹⁶ *Ibidem*, párr. 31.

adolescentes se ha constituido como un tema de especial consideración e interés para la comunidad internacional.

Como muestra de ello, diversos instrumentos internacionales han consagrado de manera expresa el reconocimiento de los derechos de este sector; mientras que, tribunales internacionales y nacionales - a través de sus decisiones - han referido la importancia que implica la protección de los derechos de la infancia.

En relación con lo anterior, es posible señalar que en muchos países del orbe las autoridades judiciales y legislativas han determinado a la garantía de los derechos de la infancia como una cuestión de orden público e interés general y, además han consolidado la protección integral y el ISM como ejes rectores y transversales de cualquier política pública, legislación o decisión jurisdiccional que afecte directa o indirectamente la esfera jurídica de la infancia y adolescencia.

Asimismo, tal y como se ha sostenido hasta ahora, la protección y garantía de los derechos de niñas, niños y adolescentes requiere la adopción de medidas especiales por parte de las autoridades del Estado, lo que se traduce en una obligación reforzada cuyo cumplimiento recae directamente en el propio Estado.

No obstante lo anterior, la protección de los derechos de niñas, niños y personas adolescentes no debe agotarse únicamente en un plano interno dentro de cada uno de los Estados, sino que es necesario que se visualice a niñas, niños y personas adolescentes como sujetos plenos de derechos que conforman un grupo poblacional básico para el desarrollo armónico de la sociedad. Para ello, si bien se requiere de la adopción de políticas públicas y legislación acorde a los instrumentos internacionales en el ámbito interno de los Estados, también es cierto que los Estados que integran la Comunidad Internacional actual deben dirigir sus acciones y estrategias hacia la necesaria e integral protección de niñas, niños y personas adolescentes.

Bajo este orden de ideas, resulta notorio que la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes - y en especial de la infancia migrante - representa un tema que incorpora intereses comunes y superiores, cuya protección debe considerarse de interés jurídico para la comunidad internacional, razón que permite afirmar que existen obligaciones *erga omnes* en relación con la niñez a cargo del Estado.

Así, y con la finalidad de soportar la afirmación anterior, es necesario establecer las bases necesarias para la configuración de una obligación *erga omnes*. En primer lugar, la Corte Internacional de Justicia ya ha determinado diversos elementos que deben considerarse en la calificación de una obligación determinada como *erga omnes*.

Dicho tribunal en el caso *Barcelona Traction* realizó una distinción entre aquellas obligaciones *vis-à-vis* entre Estados y aquellas que se debían a la comunidad internacional en su conjunto, las cuales son de naturaleza *erga omnes*. En este sentido, señaló que el cumplimiento de las obligaciones *erga omnes*, en virtud de la importancia de los derechos u obligaciones que las mismas tienen como correlato, pueden ser exigidas no sólo entre los Estados que forman parte de un

determinado tratado, sino que el cumplimiento de las mismas puede ser exigido por cualquier Estado, ya que todos los Estados pueden tener, o tienen, un interés legal en su debida protección o cumplimiento.

De esta forma, la Corte Internacional de Justicia también ha señalado, de manera enunciativa, que dentro de estas obligaciones *erga omnes* es posible ubicar a la prohibición del genocidio, las obligaciones derivadas de la protección de algunos derechos fundamentales de la persona humana, como la prohibición de la esclavitud y de la discriminación racial, entre otros.⁹⁷

Reforzando lo anterior, la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas ha reiterado que una norma que crea obligaciones *erga omnes* obliga frente a la "comunidad internacional en su conjunto" y por ende, todos los Estados (independientemente de su interés particular en el asunto) tienen derecho a invocar la responsabilidad del Estado en caso de infracción.⁹⁸

Al respecto, la propia Comisión de Derecho Internacional ha señalado que si bien toda norma de *ius cogens* trae aparejada una *norma erga omnes*, no sucede lo mismo al contrario, es decir, no toda norma *erga omnes* es necesariamente una norma de *ius cogens*. Lo anterior cobra sentido si se toma en cuenta que la prohibición del genocidio es considerada como una norma de *ius cogens* por parte de la Comisión de Derecho Internacional, y como una norma *erga omnes* por parte de la Corte Internacional de Justicia⁹⁹.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo que respecta a las normas *erga omnes* derivadas de la protección, respeto y garantía de los derechos fundamentales, ha sostenido a lo largo de su jurisprudencia que:

“La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes y son aplicados por éstos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno”.¹⁰⁰

⁹⁷ Cfr. Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970 p. 3, párrs. 33 y 34. En otros casos, esa Corte se ha pronunciado sobre el carácter *erga omnes* de otros derechos como la autodeterminación de los pueblos (véase *Case concerning East Timor* (Portugal v. Australia), judgment of 30 June 1995, par. 29).

⁹⁸ ONU, Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, 58º Periodo de Sesiones, Ginebra, 1 de mayo a 9 de junio, y 3 de julio a 11 de agosto de 2006, párr. 380.

⁹⁹ *Loc. cit.*

¹⁰⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 41.

Asimismo, y en materia de infancia, la Relatoría Especial sobre los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha hecho notar la importancia de que los tribunales nacionales y los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos hayan reconocido la naturaleza *erga omnes* de las obligaciones de los Estados consistentes en respetar y hacer respetar el derecho de las niñas, niños y adolescentes a tener una protección especial incluso en el ámbito privado.¹⁰¹

Siguiendo esta línea de argumentación, el Juez A. A. Cançado Trindade en su voto concurrente en la Opinión Consultiva número 17, al advertir las dificultades para alcanzar la protección integral frente a los problemas recurrentes y agravados que afectan a la población infante, sostuvo que

“Es éste un contexto en que, en definitivo, asumen especial relevancia las obligaciones de protección *erga omnes*. El fundamento para el ejercicio de dicha protección se encuentra en la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos. La obligación general que estipula en su artículo 1.1 de respetar y hacer respetar los derechos consagrados - inclusive los derechos del niño, como estipulado en el artículo 19- requiere del Estado la adopción de medidas positivas de protección (inclusive para resguardar el rol preponderante de la familia, previsto en el artículo 17 de la Convención, en la protección del niño - párr. 88), aplicables *erga omnes*. De ese modo, el artículo 19 de la Convención pasa a revestirse de una dimensión más amplia, protegiendo los niños también en las relaciones inter-individuales”¹⁰²

De lo anterior, es posible señalar que todos los Estados tienen, o deben tener, un interés general en proteger los derechos de las niñas, niños y personas adolescentes no sólo porque dichas personas tengan derechos fundamentales, sino porque su aseguramiento y protección trasciende de cada una de las fronteras de los Estados.

En otras palabras, la protección de la infancia es un tema que debe preocupar a toda la Comunidad Internacional de Estados, a todos los tribunales internacionales que velen por la protección de derechos humanos y a todos los organismos internacionales sobre derechos humanos.

A la fecha, un claro ejemplo de interés que se ha señalado respecto a la protección de los derechos de la infancia se refleja en la constante formación y desarrollo del *corpus iuris internacional* de protección a los derechos de niñas, niños y personas adolescentes.

Si bien el desarrollo y contenido de las obligaciones *erga omnes* en el derecho internacional no ha sido extenso, la Opinión Consultiva que se presenta ahora ante la Corte Interamericana, permitirá, bajo el principio de progresividad y dinamismo de los derechos humanos, dar un paso adelante a fin de delimitar el

¹⁰¹ OEA, Comisión IDH, Relatoría de los Derechos de la Niñez, Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, párr. 69.

¹⁰² Opinión Consultiva OC-17/02, Voto Concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, párr. 64.

espectro y alcance de la protección integral de la infancia y adolescencia.

De acuerdo con lo que se ha referido anteriormente, consideramos que el carácter reforzado de las obligaciones *erga omnes* del Estado frente a los derechos fundamentales de la niñez, específicamente aquella en situación de migración, debe reflejar al menos dos cosas:

- a) La obligación de los Estados de velar por la correcta protección de los derechos debe alcanzar además aquellas situaciones que tienen lugar en relaciones entre particulares. Así, cuando la prestación de servicios de interés público relacionados con la infancia migrante sean prestados por personas privadas, los Estados están en la obligación de supervisar que su funcionamiento se encuentre dentro del marco de los estándares internacionales en materia de derechos humanos; y
- b) Toda vez que las obligaciones en materia de derechos humanos en general se encuentran concebidas bajo una lógica de garantía colectiva, y siendo de naturaleza esencialmente objetiva, tomando en cuenta además el ISM y los valores que éste representa, su protección interesa a la comunidad internacional en su conjunto por lo que los Estados tienen el derecho a invocar su responsabilidad en caso de infracción.



V. SOBRE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA

V.1. Teoría del comercio internacional a partir de las uniones aduaneras

Desde la década de los años veinte del siglo XX Cournot había señalado que *la eliminación de las barreras arancelarias tenía efectos sobre la eficiencia y la equidad*. Knut Wicksell analizó los efectos económicos de las uniones aduaneras pero sin realizar un examen exhaustivo de su problemática. Hasta 1950, ese vacío fue subsanado por los trabajos de Giersh, Byé y Viner, quienes trataron de analizar a las uniones aduaneras de acuerdo con la teoría de la localización de Weber y Lösch, los problemas de la creación y desviación del comercio, algunos problemas de las políticas que debían observarse en una unión, para finalizar con el establecimiento de los conceptos de creación y desviación asociados con el efecto sobre el bienestar mundial —esto último fue contribución teórica de Viner—

¹⁰³

Fundamentalmente, las aportaciones de Viner constituyen la base teórica neoclásica de las uniones aduaneras, destacando que su obra hace una referencia constante al término *bienestar* y lo adjetiva de mundial, categoría que metodológicamente aún es utilizada para evaluar positiva o negativamente los efectos de una integración económica.

¹⁰³ En relación con la publicación de los ensayos “*Recherches into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth*” (1927) de Auguste Cournot, “*Economic Union between Nations and the location of industries*” (1949-1950) de Herbert Giersch, “*Unions douanières et donees nationales*” (1950) de Maurice Byé, y “*The customs unión issue*” (1950) de Jacob Viner (en Guerra-Borges Alfredo, “*Sobre la teoría neoclásica de la integración*” en Problemas del Desarrollo – Revista Latinoamericana de Economía. Vol. 34, núm. 133, IV-V / 2003, pp. 12 y 13).

En el contexto histórico de ello, el bienestar está delimitado en tanto que los sujetos económicos son los individuos porque solo ellos son *capaces de realizar elecciones racionales con miras a la maximización de un objetivo individual, como la utilidad o el beneficio, desapareciendo de la escena los sujetos colectivos, las clases sociales y los cuerpos políticos, que los mercantilistas, los clásicos y Marx situaron en el centro de sus sistemas teóricos.*¹⁰⁴

Sobre dicha base, con posterioridad se construiría el concepto vagamente definido de *bienestar*¹⁰⁵ económico, el cual se caracteriza por ser *aquella parte del bienestar social que puede ser relacionada, directa o indirectamente, con el metro del dinero*¹⁰⁶. Así, según expuso Krauss en 1972 *la cuestión de la racionalidad económica de las uniones aduaneras ha sido el tema teórico del último decenio*¹⁰⁷.

No obstante, existe un distanciamiento teórico de dichas bases clásicas a partir del momento en que se *encontró en la satisfacción de determinados intereses colectivos una fuente de bienestar*¹⁰⁸, entendiéndose que la expresión *economía del bienestar* abarca *los intentos para determinar si puede definirse en alguna forma un máximo social, si existe de hecho y con qué sistema de precios y de distribución de la renta puede obtenerse –incluyendo los problemas de la mejor imposición, la justicia económica, de la iniciativa social, mensurabilidad de las comparaciones interpersonales y de la redistribución de la utilidad–*¹⁰⁹.

Sin embargo, el concepto de bienestar de la teoría tradicional de las uniones aduaneras *no está referido a temas como los indicados*, en realidad se trataba de una *suma de las satisfacciones obtenidas en el consumo individual como resultado de la óptima asignación de los recursos entre los distintos usos alternativos*¹¹⁰.

Además, para Viner, una unión aduanera perfecta no toma en consideración aspectos administrativos, como el establecimiento de leyes comerciales uniformes, porque teóricamente los países que las crean son idénticos y porque su objetivo fundamental es *el desplazamiento de las fuentes de abastecimiento, y el desplazamiento puede ser hacia fuentes de costo más bajo o más alto, según las circunstancias*, oscilando entre favorecer el libre comercio o hacer más eficaz la protección arancelaria¹¹¹.

¹⁰⁴ Guerra-Borges Alfredo, "Sobre la teoría neoclásica de la integración" en Problemas del Desarrollo – Revista Latinoamericana de Economía. Vol. 34, núm. 133, IV-V / 2003, pág. 14.

¹⁰⁵ Realizando un rastreo básico sobre la utilización del término, puede identificarse que es un concepto utilizado por Aristóteles como un fin que orienta las acciones del hombre para alcanzar *una vida libre de toda indigencia y llena de las más vivas satisfacciones*; en el siglo XVIII los fisiócratas lo utilizan en relación con la idea de que el crecimiento económico *debe servir para mejorar la condición humana* y así lo incorpora Adam Smith (Guerra-Borges, *Op. Cit.*, pág. 13).

¹⁰⁶ Citando a Pigou en Guerra-Borges, *Op. Cit.*, pág. 14, nota al pie 11.

¹⁰⁷ Citando a Krauss Melvyn B. en Guerra-Borges, *Op. Cit.*, pág. 12, nota al pie 2.

¹⁰⁸ Guerra-Borges, *Op. Cit.*, pág. 14.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pág. 13.

¹¹⁰ *Loc. Cit.*

¹¹¹ "...Se suponía también que los países (A y B) tienen los mismos aranceles de importación, las empresas operan a costos constantes, los de transporte son nulos y los mercados son de competencia perfecta, en los cuales los bienes están tipificados y, por tanto, es indistinto para el consumidor que los adquiere" (*Ibidem*,

Oscilando entre el libre comercio o la protección arancelaria, Viner señaló que las uniones aduaneras no siempre aumentarían el bienestar, el cual solo podría ocurrir en el caso de creación de comercio¹¹² y en caso de la *desviación de comercio*, el mundo en su conjunto terminaría sufriendo perjuicios.

Ahora bien, esa creación de comercio fue identificada con la *eficiencia de la producción* —que es el desplazamiento de la producción del país de costos relativos mayores al país con costos relativos menores dentro de la unión— caracterizándose la unión como un movimiento hacia bienes abastecidos de fuentes de menor costo monetario que antes¹¹³, aunque se considera se afectan mutuamente tanto la producción como el consumo y los precios¹¹⁴.

Más adelante, Balassa lo modificaría señalando *mientras la eficiencia productiva resulta afectada por la sustitución entre fuentes de oferta de la misma mercancía, la eficiencia en el intercambio está relacionada con la sustitución de bienes de consumo de distinta especie*¹¹⁵.

V.2. La política nacional: macroeconomía y efectos de las uniones aduaneras

Mientras que los aspectos macroeconómicos son considerados objeto de la política nacional —como la contribución de este tipo de acuerdos comerciales al crecimiento económico, a la estabilidad o a la distribución de la renta—, en el entendido de que corresponde a la política económica nacional prestar atención a los efectos internos de la integración, no se excluyen las posibilidades que ofrece la coordinación de las políticas nacionales.

Sin embargo, desde el punto de vista de la teoría económica no es posible explicar satisfactoriamente los efectos de la creación de áreas preferenciales comerciales (como las uniones aduaneras y zonas de libre comercio) en relación con los impactos sobre la localización de los factores de la producción y la especialización, el grado de aprovechamiento de las economías de escala, y el efecto sobre la evolución de los términos de intercambio¹¹⁶.

Esto explica que exista un mercado doméstico de factores de producción y un mercado internacional de bienes¹¹⁷.

Por ejemplo, partiendo de las bases sentadas por Viner, se ha pretendido analizar

pp. 14 y 15).

¹¹² "...uno de los miembros, por lo menos, debe beneficiarse; ambos pueden beneficiarse; los dos juntos deben obtener un beneficio neto; y el mundo en conjunto se beneficiará" (*Ibidem*, pág.15).

¹¹³ Si se produce el efecto contrario, una protección arancelaria más fuerte, ello se debe a que el movimiento del comercio resulta como desviar las compras hacia fuentes de costo monetario mayor (*Ibidem*, pág.16).

¹¹⁴ Conclusión que H.G. Johnson derivó de los postulados de Viner ("The Economic Theory of Customs Union", en Allen George, "Money, Trade and Economic Growth", Londres, 1962, pp. 46 a 73).

¹¹⁵ Balassa Bela, *Teoría de la Integración económica*, México, UTEHA, 1980, pág. 63.

¹¹⁶ García de la Cruz José Manuel "América Latina versus Western Hemisphere ¿Región o grupo de naciones?" en *Sistemas Políticos y procesos de integración económica en América Latina*, pág. 60.

¹¹⁷ "Economía internacional y macroeconomía de una economía abierta" en *Economía para no economistas*, Departamento de Economía de la Facultad de Ciencias Sociales – Universidad de la República Uruguay, 2000, pág. 245. Disponible en <http://decon.edu.uy/publica/noec/>

que sucede con la distribución de los beneficios entre los países miembros de la unión, entre éstos y otros no miembros, concluyendo que cuando previamente los países habían mantenido comercio, tras la unión ganarían beneficios; los países que previamente tuvieran intereses comerciales con el resto del mundo, perderían; por lo que la mejora del intercambio depende del tamaño de la unión con relación a terceros países¹¹⁸.

En ese sentido, Pearce señaló que *el propósito de las uniones aduaneras es redistribuir el ingreso mundial a favor de los países miembros gracias a un mejoramiento de los términos de intercambio con el resto del mundo* –por ello consideraba que la unión solo era aconsejable para los países pequeños que individualmente no tienen influencia en términos de intercambio–. Sin embargo, esa es una conclusión que *contradice el principio neoclásico de la preferencia por el desmantelamiento arancelario unilateral no discriminatorio*¹¹⁹.

No obstante, Kemp y Wan¹²⁰ señalarían que es posible que las uniones tengan una contribución positiva al bienestar mundial cuando *el país beneficiado por la unión compensaba las pérdidas de los otros miembros e igualmente de los no miembros, ya fuera por la vía de transferencias de sumas globales dentro de la unión o mediante la elección del arancel externo común apropiado*; así Berglas demostraría, en clara oposición a la formación de éstas uniones, que *en ausencia de distorsiones locales cualquier cosa podía ganarse mediante el desmantelamiento unilateral de los aranceles*¹²¹, es decir, mediante la reducción a cero de las barreras arancelarias de forma unilateral e incondicional por un Estado.

Siguiendo ese mismo orden de ideas pero en plano diverso, Krugman concluyó que si se consideraba el aumento en el poder de negociación y de toma de decisiones de la unión, ello haría posible la acción conjunta de los países miembros, lo que les llevaría a imponer un arancel externo común más elevado, por lo que siempre producirían un efecto de desviación de comercio, teniendo por efecto la reducción de bienestar de los países no miembros y llegando a afectar el bienestar mundial¹²².

En ese orden de ideas, Harry Johnson introdujo la noción de *preferencia colectiva por la producción industrial, que pasó a considerarse un bien de consumo colectivo*, lo cual llevaba a considerar *el bienestar mundial en términos sociales y no individuales*, postura que se aleja de la teoría neoclásica y convirtió a la unión aduanera en una estrategia de los gobiernos *para maximizar el bienestar a causa de su capacidad de satisfacción de la demanda de consumo público a un costo*

¹¹⁸ Guerra-Borges, *Op. Cit.*, pág. 18.

¹¹⁹ *Ibidem*, pp. 18 y 19.

¹²⁰ En relación con su ensayo *"An elementary proposition concerning the formation of customs union"* en *Journal of International Economics* (1976).

¹²¹ Guerra-Borges, *Op. Cit.*, pág. 19.

¹²² En la práctica si bien podría considerarse que una unión constituida por países desarrollados pueda ejercer un poder monopólico frente a economías en desarrollo, no se considera creíble que una unión de países en desarrollo pueda afectar a naciones desarrolladas (*Ibidem*, pp. 19 y 20).

menor en términos del consumo privado¹²³.

V.3. Teoría de la integración y procesos de integración en América

V.3.1. Efectos en la política económica

Si en un plano de política económica estatal se considera que la integración económica tiene por objetivo fomentar el desarrollo industrial, resultaría que esa *política económica y la preferencia social por la industrialización es un bien público que debe ser promovido por el Estado*, por lo que habría que resolver cuál era el medio más conveniente para promoverla y, además, se trataría en el plano supranacional de que dicho desarrollo fuera equilibrado entre los países que participan en un acuerdo de integración¹²⁴.

En ese sentido, además hay que tener en consideración diversos conceptos como internacionalización, globalización y mundialización, en relación con los efectos de política económica que la creación de estos bloques económicos representa.

Teóricamente, la posición de Johnson sobre las uniones aduaneras (el desarrollo equilibrado) fue la adoptada por diversos acuerdos de integración económica suscritos en los años sesenta y ese fue el planteamiento que tiempo después hiciera la CEPAL en Centroamérica¹²⁵.

Durante los años setenta, Gruebel y Lloyd desarrollaron la teoría del comercio *intraindustrial con base en la observación de lo que venía ocurriendo en el comercio exportador-importador de la entonces Comunidad Europea*, ya que en vez de ser el comercio internacional interindustrial (de productos provenientes de ramas industriales diferentes como lo anticipaba la teoría tradicional) el comercio intraindustrial se caracteriza por el intercambio de productos de la misma especie, iguales pero diferentes en una de sus características, lo cual era posible gracias a que las empresas se concentraba en un modelo o línea específica de producción una vez que tenían la certeza de que gozarían de un cuasimonopolio en el mercado de la Comunidad para la rama de la producción elegida –no obstante, también el comercio intraindustrial es producto de la revolución tecnológica producida desde la segunda mitad del siglo XX–¹²⁶.

Además, de acuerdo con Andic y Dosser, para el caso de los países en desarrollo, se debe adaptar al modelo de unión *el examen sector por sector de actividad mediante un cálculo de desarrollo*, porque *la creación de comercio y la desviación son términos engañosos en el contexto de países menos desarrollados* porque derivan de la teoría convencional del costo comparativo.¹²⁷

A esas opiniones, se sumó metodológicamente *la asociación de la teoría de la organización industrial y la teoría del comercio*, que dieron origen a la llamada

¹²³ Citando su libro "Teoría económica del proteccionismo, la negociación arancelaria y la formación de las uniones aduaneras" (1965) en Guerra-Borges, *Ibidem*, pág. 21.

¹²⁴ Guerra-Borges, *Ibidem*, pág. 22.

¹²⁵ *Loc. Cit.*

¹²⁶ *Ibid.*, pág. 25.

¹²⁷ *Ibidem*, pág. 24.

*nueva teoría del comercio internacional que incorpora los rendimientos crecientes a escala, la competencia imperfecta y la diferenciación de productos. Esto permitió explicar la existencia de procesos productivos transnacionales, la denominada producción internacional integrada consistente en el desmembramiento de la cadena de valor entre diversas empresas geográficamente dislocadas, pero bajo principios de organización geográfica de la producción altamente centralizada por las empresas transnacionales, bajo cuyo control se encuentra el nuevo sistema.*¹²⁸

Partiendo de todas esas bases, en los últimos años lo que se ha desarrollado es el denominado *comercio intrafirma*, que se caracteriza porque la integración sea vertical e internacional en los procesos productivos para cierto tipo de productos, a fin de buscar la eficiencia productiva. Sin embargo, ha producido una *oligopolización del mercado internacional* a manos de las grandes empresas.¹²⁹

No obstante, durante los años noventa se suscribieron diversos acuerdos económicos, los cuales *tienen en común la teoría tradicional* (teoría neoclásica de la integración económica) *que su raíz es el liberalismo económico, aunque lo aplican a su manera*, por ello resulta ineficaz buscar su comprensión o explicación metodológica según los principios de la teoría tradicional de las uniones aduaneras. Por el contrario, dicha teoría tradicional continúa orientando a organismos internacionales como el Banco Mundial, mismo que ha criticado particularmente al MERCOSUR.¹³⁰

V.3.2. El distanciamiento de la teoría clásica

Se ha reconocido que los procesos de integración contemporáneos se distancian radicalmente de la teoría tradicional de las uniones aduaneras tanto para comprender sus orígenes como sus consecuencias, de forma que se debe recurrir a la teoría del comercio internacional.¹³¹

Cooper y Massell consideraron que *la integración comercial debe entenderse como un mecanismo especial de protección que hay que comparar con otros medios alternativos y no como un medio para liberalizar el comercio*¹³², ya que uno de los objetivos principales de la integración económica entre países menos desarrollados es el fomento del desarrollo industrial y la orientación de tal desarrollo de acuerdo con lineamientos más económicos.¹³³

Por ello, se ha considerado que la integración económica es un *instrumento de*

¹²⁸ *Ibid*, pp. 25 y 26.

¹²⁹ *Ibidem*, pág. 26.

¹³⁰ Véase Guerra-Borges, *Op. Cit.*, pág. 11 y ss.

¹³¹ *Loc. Cit.*

¹³² Citando su ensayo "A new look at customs: Union Theory" (1965) en Guerra-Borges, *Op. Cit.*, pág. 22. Al respecto, no debe pasar desapercibido que, de acuerdo con la teoría neoclásica, lo ideal era que los Estados actuaran en lo individual retirando los aranceles como una medida unilateral, lo cual tendría por efecto lógico el libre comercio; no obstante, la unión aduanera no compartía de origen esa lógica, pues uno de sus efectos justamente era lo contrario al libre comercio, ya que podrían mantenerse los aranceles de los Estados o imponerse uno común, actos que favorecerían el proteccionismo. De ahí el señalamiento de que la unión aduanera es una solución diversa a la liberalización del comercio, para buscar el bienestar mundial.

¹³³ Guerra-Borges, *Op. Cit.*, pág. 22.

*apoyo a los intentos de superar la situación de inestabilidad e incertidumbre generados por la tensión entre la dinámica de la globalización e internacionalización de los fenómenos económicos, por un lado, y de la conservación de la soberanía y la gravedad de los problemas nacionales, por el otro*¹³⁴.

Es mayormente utilizado el término integración comercial en virtud de que *no existen experiencias de integración que hayan sobrepasado el estadio de la unión arancelaria y la fijación de criterios comunes de política comercial* —salvo las excepciones de la Comunidad Económica Europea, el COMECON y algunos acuerdos logrados por el Pacto Andino—; *las experiencias priorizan la creación de áreas comerciales sobre cualquier otro objetivo* —entre las que se incluye al MERCOSUR, el TLCAN o APEC—; así como *la teoría de la integración no ha avanzado más allá del análisis de la creación de zonas de libre comercio y de uniones aduaneras*¹³⁵.

Sin embargo, también hay opiniones en el sentido de que desde un punto de vista teórico, ni la teoría tradicional ni la teoría de la integración pueden explicar los procesos de la Unión Europea, el TLCAN o el ALCA, pues *cuando se cuente con una síntesis de la experiencia actual se requerirá que la teoría no tenga una base económica exclusivamente sino sintetizará a su vez la contribución de otras ciencias sociales*¹³⁶.

V.3.3. Procesos de integración en América

V.3.3.1. Etapas de la integración económica¹³⁷

Para el Derecho Internacional Económico, la integración económica se define como un estatus jurídico en el cual los Estados ceden algunas prerrogativas soberanas, con el fin de constituir un área supranacional dentro de la cual circulen libremente y reciban el mismo tratamiento las personas, los bienes, los servicios y capitales mediante la armonización de las políticas correspondientes.

En ese sentido, se le considera como un medio para la construcción del derecho comunitario¹³⁸, de forma que puede manifestarse en diversos procesos (como sistemas generales de preferencias, áreas de libre comercio, uniones aduaneras, mercados comunes, uniones económicas y políticas).

Por otro lado, se piensa que ofrece diversas ventajas, como la generación de ganancias con base en la especialización (de los países con ventajas

¹³⁴ García de la Cruz José Manuel "América Latina *versus* Western Hemisphere ¿Región o grupo de naciones?" en *Sistemas Políticos y procesos de integración económica en América Latina*. Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla, España, 2000, pp. 59 y ss.

¹³⁵ *Ibidem*, pág. 60.

¹³⁶ Guerra-Borges, *Op. Cit.*, pp. 26 y 27.

¹³⁷ Salvo indicación expresa, lo referente a esta sección consúltese Di Giovanni Battista Iliana. *Derecho internacional económico y relaciones económicas internacionales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

¹³⁸ En ese sentido, se entiende por derecho comunitario al conjunto de normas jurídicas supranacionales, acuerdos de carácter monetario, institucionales, ecológicos, financieros y tecnológicos, que implican unidad de políticas y armonización de estructuras de los Estados unificados.

comparativas y competitivas); mayor y mejor satisfacción de las necesidades y deseos de los consumidores; la reducción o eliminación de barreras arancelarias (dentro del bloque comercial) y en el ámbito mundial, mediante acuerdos multilaterales y políticas comerciales promovidas por la OMC; la reducción o eliminación de conflictos comerciales y políticos al ofrecer reglas claras, generales y mecanismos para solucionar controversias comerciales; la reducción de costos, trámites y burocracia en las transacciones comerciales internacionales; las oportunidades que le ofrece a las empresas el mercado internacional y la internacionalización de otras costumbres y culturas.

A partir de la caída del Muro de Berlín y la caída del Bloque Soviético, se considera que inicia un periodo de *globalización*, mismo que pretende que todas las economías del mundo se rijan por el comercio exterior como premisa primordial, así como avanzando en procesos democratizadores (suprimir las prácticas de corrupción, la elección libre de sus gobernantes, la promoción de la competitividad, entre otros factores). Este proceso involucra aspectos políticos como la creación de autoridades supranacionales, así como afecta las manifestaciones sociales y culturales.

Se ha reconocido que, desde el Derecho Internacional Económico las etapas del proceso de integración son:

- a) Área de libre comercio, donde quedan abolidos los aranceles y las restricciones cuantitativas entre países participantes, pero cada país mantiene sus propios aranceles en contra de los no miembros.
- b) Unión aduanera, que suprime la discriminación en el campo de los movimientos de mercancías dentro de la unión, y establece una barrera arancelaria común en contra de los países no miembros.
- c) Mercado común, en el cual se eliminan las restricciones al comercio y a los movimientos de factores de producción como mercancías, servicios y personas.
- d) Unión económica y monetaria, que incorpora a lo anterior la unificación de las economías de los países integrantes.
- e) Unión política, además de implicar una unión económica, lleva a la fusión entre los Estados.

V.3.3.2. Procesos en el continente

De acuerdo con cifras de la Organización Mundial de Comercio al 15 de enero de 2012, se le habían notificado 511 acuerdos regionales de comercio, de los cuales 319 se encuentran en vigor¹³⁹.

En particular, el 17 de octubre de 1975 se firmó el Convenio de Panamá, por el cual se instituyó el Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA), el cual tiene por objetivo la consulta y coordinación, la cooperación y apoyo a los procesos de integración, dando prioridad a la integración y el desarrollo de América Latina y el Caribe, así como también a asuntos que suscitan un interés común y búsqueda de colaboración efectiva entre sus Estados Miembros¹⁴⁰.

Se pueden identificar que existen al menos tres grandes zonas de libre comercio: la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC, 1960), el Tratado de Libre comercio entre Canadá y EU (1988), el Tratado de Libre comercio de América del Norte (TLCAN, 1993). Además, en 1994 Estados Unidos presentó su iniciativa de un tratado de libre comercio en todo el continente americano (FTAA).

Entre las uniones aduaneras, se puede incluir a la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI, 1980).

Como manifestaciones del mercado común, se encuentran el Mercado Común del Sur (MERCOSUR, 1991), el Mercado Común de Centroamérica (MCCA), y la Comunidad y Mercado Común del Caribe (CARICOM).

Dentro de la categoría unión económica y monetaria, encontramos Pacto Andino (Acuerdo de Integración Subregional de 1969, Comunidad Andina de 1988, en 1969 y 1976 se firmaron el Acuerdo de Cartagena y su Protocolo adicional, así como en 1979 se creó el Tribunal de Justicia).



VI. ESTADO DE DERECHO, DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA

VI.1. Constitucionalismo Latinoamericano

En la región Latinoamericana, la perspectiva sobre cómo se asume el Derecho en tanto sistema normativo, ha evolucionado de manera importante en las últimas décadas; entre las causas se encuentra la posición que adopta la persona humana en la lógica normativa, desde la creación hasta la interpretación, y de cómo la historia jurídica augura un posicionamiento de una lógica respetuosa de derechos, además de que paulatinamente se desplaza una lógica utilitarista de las normas, en donde las personas dejan de ser simples usuarios del sistema normativo para convertirse en el centro de su protección.

Dicho de otra forma, con la llegada del nuevo orden mundial un doble fenómeno ha afectado los sistemas constitucionales de la región latinoamericana, el primero de ellos tiene que ver con la formalización de las normas que protegen a la

¹³⁹ http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm consultada al 17 de febrero de 2012.

¹⁴⁰ <http://www.sela.org/view/index.asp?ms=258&pageMs=26325> consultada al 17 de febrero de 2012.

persona humana en el derecho internacional general, desde la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos hasta la creación de una Corte Penal Internacional que juzgue la violación grave y sistemática de derechos fundamentales; el segundo, tiene que ver con la recepción en el derecho constitucional -o interno- de estos estándares más progresistas provenientes de fuente internacional.

En este apartado, se abordará este doble fenómeno, primero desde la cláusula constitucional de protección de derechos humanos, para después observar el estándar interamericano sobre la armonía que debe existir entre los sistemas jurídicos de la región con el corpus iuris interamericano protector de derechos humanos.

VI.1.1. Cláusula Constitucional de protección a los derechos humanos

Distintas son las fórmulas que los países latinoamericanos han utilizado para incorporar una protección expresa de los derechos humanos en su marco constitucional, a continuación se presentan algunos de los textos constitucionales más significativos de la región.

VI.1.1.1. México

Uno de los cambios más recientes sobre el tema ocurrió en México el 10 de junio del 2011 cuando se publicó en el Diario Oficial de la Federación una *transformación constitucional* que no sólo establece cuestiones formales mediante la adecuación de su texto, sino que establece una serie de condiciones sustanciales que implican la *resignificación* del sistema normativo mexicano para incorporarle expresamente una lógica respetuosa de derechos en donde la persona humana es el centro de la protección jurídica. Al respecto, basta con observar la modificación del artículo primero que establece:

"Artículo 1o. 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.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

(...)

Queda prohibida toda *discriminación* motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente *contra la dignidad humana* y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

Con esa reforma, el Estado mexicano reconoce expresamente el rango constitucional del respeto a los derechos humanos, incluso, los derechos humanos comprendidos en tratados internacionales de los que México sea parte.

Sin embargo, la reforma constitucional mexicana en materia de derechos humanos generó reacciones desde el Poder Judicial, y fue el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la que se pronunció durante la tramitación del expediente varios 912/2010 en donde determinó que el Poder Judicial Federal debe ejercer un control de convencionalidad *ex officio*.¹⁴¹

Desde el Derecho Internacional, el alcance del texto de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en los casos Rosendo Radilla Pacheco, Inés Fernández, Valentina Rosendo Cantú, así como Cabrera García y Montiel Flores¹⁴², todos contra México, se desprende claramente la obligación del poder judicial y del poder legislativo de los Estados parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos para realizar un control de convencionalidad y así ser un *efectivo* garante de las obligaciones contraídas por el Estado mexicano.

En particular, la Corte Interamericana expresó que:

“(...) como se indicó en los Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas... se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal (...)”¹⁴³

(...) reitera al Estado su obligación de adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales en la materia y de la

¹⁴¹ Sesión Pública del Pleno de la SCJN. 12 de julio de 2011. Se determinó con 7 votos a favor que el Poder Judicial de la Federación debe ejercer un control de convencionalidad *ex officio*; además se determinó que existe una mayoría de nueve votos de que resultan obligaciones a los jueces del Estado Mexicano para ejercer el control de convencionalidad que ya ha sido aprobada por esta SCJN.

¹⁴² Cfr. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209; Cfr. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215; Cfr. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216; Cfr. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220.

¹⁴³ Cfr. *Radilla Pacheco*, párr. 340; *Fernández Ortega*, párr. 237; *Rosendo Cantú*, párr. 220.

VI.1.1.2. Bolivia

Otra situación significativa en la región tuvo que ver con la promulgación de la nueva Constitución del Pueblo Boliviano a través del Referéndum de fecha 25 de enero de 2009, que aprobó el proyecto de Constitución Política del Estado. ¹⁴⁵

En ella, la normatividad constitucional Boliviana se consolida como la más progresista en la región ya que además de dotar a los derechos reconocidos en su Constitución como inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos, les da una prevalencia en el orden interno a aquellos derechos reconocidos en los tratados internacionales que prohíben su limitación en los Estados de Excepción, a saber:

“Artículo 13. I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.

II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.

III. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros.

IV Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.”

La Constitución de Bolivia también establece de manera expresa la garantía estatal para que todas las personas ejerzan sus derechos reconocidos en esa constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos, esto es:

“Art. 14. – (...) III. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos.(...)”

Además la Constitución de Bolivia establece expresamente la interpretación conforme a tratados internacionales y la interpretación *pro personae*. En este sentido, esa norma fundamental establece que:

“Artículo 256.

¹⁴⁴ Cfr. Radilla Pacheco, párrs. 341 y 342; Fernández Ortega, párrs. 238 y 239; Rosendo Cantú, párrs. 221 y 222.

¹⁴⁵ Proyecto presentado al H. Congreso Nacional por la Asamblea Constituyente el 15 de diciembre de 2007.

I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.

II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.”

Por otra parte establece que:

“Artículo 410.

I. Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución.

II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país [...]”.

VI.1.1.3. Ecuador

Para el año 2008, Ecuador establece en su texto constitucional¹⁴⁶ un paradigma claro sobre la protección de los derechos fundamentales, al respecto establece que toda autoridad encargada de la creación normativa debe establecer un bloque indisponible de derechos humanos encausados en garantizar la dignidad de la persona y los grupos humanos estables, al respecto menciona que:

“Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentará contra los derechos que reconoce la Constitución.”

También la Constitución de Ecuador determina una fórmula de interpretación *pro personae* y una cláusula de control de convencionalidad para el su judicatura que contiene un mecanismo de suplencia de protección de derechos, a saber:

“Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre

¹⁴⁶ Texto de la Constitución de Ecuador disponible en:
http://www.presidencia.gob.ec/index.php?option=com_repositorio&Itemid=90&func=fileinfo&id=2

cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Art. 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.”

VI.1.1.4. Guatemala

Para agosto de 2002, la Constitución de Guatemala¹⁴⁷ incorporó un sistema normativo basado en la protección de los derechos humanos orientado por estándares internacionales, el texto dice:

“Artículo 46.- Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.”

VI.1.1.5. Argentina

En 1994, Argentina¹⁴⁸ generó un punto de quiebre en los regímenes constitucionales latinoamericanos, ya que incorpora la jerarquía constitucional de

¹⁴⁷ Texto de la Constitución de Guatemala disponible en:

<http://www.congreso.gob.gt/marco-legal.php>

¹⁴⁸ Texto de la Constitución de Argentina disponible en:

http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf

los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, además de enunciar cuáles son esos tratados en la materia:

“Art. 75.- Corresponde al Congreso:

[...]

22. [...]

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

[...]

23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

VI.1.1.6. Chile

Por su parte, el Estado de Chile desde 1980 con la llegada de la época post-dictadura se promulgó su nueva constitución y en ella ya se establecían obligaciones expresas de respeto a los derechos humanos, por ejemplo el artículo 1 de la Constitución de Chile establece que:

“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta

*Constitución establece”.*¹⁴⁹

Para 1989, la Constitución Chilena se reformaría de manera fundamental para el respeto a los derechos humanos, al respecto el reformado artículo 5 de dicha Constitución menciona que:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los *derechos esenciales* que emanan de la *naturaleza humana*. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales *derechos*, garantizados por esta Constitución, así como por los *tratados internacionales* ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”¹⁵⁰

Para 1990, Chile se volvió Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁵¹ y generó una obligación internacional de acatar las determinaciones que el intérprete autorizado de ésta determine, al respecto, en uno de los casos contra Chile, (caso Almonacid Arellano vs. Chile), la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentenció que:

“[...] es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “*control de convencionalidad*” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el *Poder Judicial* debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la *Corte Interamericana*, intérprete última de la Convención Americana [...]”¹⁵²

Mientras que el régimen constitucional de Chile determina el respeto y garantía de derechos esenciales, que se encuentran también reconocidos en instrumentos internacionales de los que sea un Estado Parte, la obligación que existe para los jueces chilenos consiste en dirimir los conflictos entre un tratado, una reforma constitucional o una ley, en ese supuesto, debe aplicar *ex officio* el control de convencionalidad.

VI.1.1.7. Colombia

En 1991, la Constitución de Colombia¹⁵³ establece la prevelacencia de los

¹⁴⁹ Art. 1º D.O. 24.10.1980.

¹⁵⁰ LEY Nº 18.825 Art. Único. Nº 1 D.O. 17.08.1989.

¹⁵¹ Chile ratificó la CADH y reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH el 21 de Agosto de 1990.

¹⁵² Cfr. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

¹⁵³ El Texto de la Constitución de Colombia está disponible en:

derechos humanos en el orden interno pero sólo en lo relativo a los Estados de Excepción, a saber:

“ARTICULO 93º—Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

VI.2. Control de Convencionalidad

VI.2.1. Definición del control de convencionalidad

Un Estado al ratificar un tratado internacional, adquiere obligaciones intrínsecas respecto al contenido en el cuerpo del texto y sus efectos materiales; se vuelve especialmente relevante al tratarse de convenciones de derechos humanos como es el caso de la Convención Americana, en donde las obligaciones de adopción de medidas o normativas internas encaminadas al efectivo goce de las garantías establecidas en el tratado van emparejadas a la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a su efectiva observancia.

Al respecto, la Corte IDH ha razonado a través de su jurisprudencia constante esa doctrina de control de convencionalidad y no sólo en relación con dichos casos, pues *ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico*¹⁵⁴.

Sin embargo, considera que cuando el Estado es parte de la Convención todos sus órganos están obligados a su cumplimiento (en virtud de los efectos de la obligación general de garantía que se desprende del artículo 1.1 de la misma), lo cual abarca al poder judicial, cuyo especial papel es garantizar los efectos útiles de dicho tratado para que sus disposiciones *no se vean mermadas por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin*¹⁵⁵.

En particular, la Corte Interamericana ha enfatizado la importancia de que el Poder Judicial igualmente se constituya en un garante de la convencionalidad de las leyes nacionales en diversos niveles.

En primer lugar, en tanto que debe buscar que *pronunciamientos del tribunal se trasladen a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega*, de lo contrario contribuiría a que los hechos violatorios de los derechos humanos se repitan en diversos casos sin tener un impacto en *la vida de las*

<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf>

¹⁵⁴ *Caso Almonacid Arellano*, párr. 124.

¹⁵⁵ Regla del Derecho Internacional general contenida en los artículos 18, 19, 31.1 y 58.1 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de la cual se desprende que alude tanto a la conducta de los funcionarios del Estado y sus acciones, como aplica a la interpretación de las disposiciones del tratado en cuestión.

naciones.¹⁵⁶

Particularmente, debe realizar una *interpretación conforme* a la realizada por la Corte IDH, en tanto que es su intérprete autorizado, y en consideración del sistema dentro del cual se circunscribe dicho tratado. Al respecto, se ha señalado que:

*...es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...*¹⁵⁷

Asimismo, de forma más reciente, ha establecido que *el Poder Judicial, en tal sentido, está internacionalmente obligado a ejercer un "control de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*¹⁵⁸.

En ese sentido, en la sentencia del caso Cabrera García y Montiel Flores se resalta en un ejercicio de derecho comparado que el control de convencionalidad *ex officio* es una práctica que ya han adoptado diversas Cortes Constitucionales del continente¹⁵⁹. En particular, la Corte expresó que:

¹⁵⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, Voto razonado del Juez García Ramírez, párrs. 6 y 9.

¹⁵⁷ *Caso Almonacid Arellano*, párr. 124.

¹⁵⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 176.

¹⁵⁹ En relación con los casos: Sentencia de 9 de mayo de 1995 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Acción Inconstitucional. Voto 2313-95 (Expediente 0421-S-90), considerando VII; Sentencia emitida el 10 de mayo de 2010 por el Tribunal Constitucional de Bolivia (Expediente No. 2006-13381-27-RAC), apartado III.3.sobre "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"; Resolución No. 1920-2003 emitida el 13 de noviembre de 2003 por la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana; Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 por el Tribunal Constitucional del Perú (Expediente No. 2730-2006-PA/TC), fundamento 12; Sentencia 00007-2007-PI/TC emitida el 19 de junio de 2007 por el Pleno del Tribunal Constitucional del Perú (Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República), fundamento 26; Sentencia emitida el 23 de diciembre de 2004 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina (Expediente 224. XXXIX), "Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa", considerando 6; Sentencia de la Corte Suprema de

...como se indicó en los Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas... se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal...¹⁶⁰

...reitera al Estado su obligación de adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana...¹⁶¹

Por ello, el control de convencionalidad hace referencia a la indispensable labor que deben de realizar todos los órganos que realicen funciones jurisdiccionales¹⁶² incluidos los operadores de justicia, de vigilar el efectivo cumplimiento del objeto y fin de las obligaciones internacionales.¹⁶³

VI.2.2. Alcances del control de convencionalidad y relación con la cláusula constitucional de protección

Esta Corte Interamericana ha señalado que el control de convencionalidad debe realizarse *ex officio* entre las normas de derecho interno y la Convención Americana, en el ámbito de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, además, establece la obligación de tomar en cuenta la interpretación que la Corte a dado al alcance de las normas Convencionales.¹⁶⁴

Respecto a las obligaciones particulares al Poder Judicial se ha señalado que ésta debe de ejercer una especie de "control de convencionalidad", especialmente respecto a las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos"¹⁶⁵.

En particular, porque ha enfatizado que el especial papel del poder judicial es garantizar los efectos útiles de dicho tratado para que sus disposiciones *no se vean mermadas por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin*¹⁶⁶.

Justicia de la Nación de Argentina, Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e inconstitucionalidad. M. 2333. XLII. y otros de 13 de Julio de 2007, párr. 20; Sentencia C-010/00 emitida el 19 de enero de 2000 por la Corte Constitucional de Colombia, párr. 6 (*Cabrera García y Montiel Flores*, párrs. 226 a 229).

¹⁶⁰ Cfr. *Radilla Pacheco*, párrs. 340; *Fernández Ortega*, párr. 237; *Rosendo Cantú*, párr. 220.

¹⁶¹ Cfr. *Radilla Pacheco*, párrs. 341 y 342; *Fernández Ortega*, párrs. 238 y 239; *Rosendo Cantú*, párrs. 221 y 222.

¹⁶² Cfr. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. Voto razonado de Ferrer Mac-Gregor, numeral 35.

¹⁶³ Almonacid Arellano, párr. 124; Cfr. Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs Panamá*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No. 186, párr. 180.

¹⁶⁴ Caso Radilla Pacheco, párr. 339.

¹⁶⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128.

¹⁶⁶ Regla del Derecho Internacional general contenida en los artículos 18, 19, 31.1 y 58.1 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de la cual se desprende que alude tanto a la conducta de los funcionarios del Estado y sus acciones, como aplica a la interpretación de las disposiciones del tratado en cuestión.

En otro sentido, la herramienta construida por esta Corte, denominada control de convencionalidad, guarda una estrecha relación con las cláusulas de protección de los derechos humanos insertas en diversas normas supremas, como se expuso en la sección *supra* VI.1.

En relación con ello, habría que considerar en primera instancia que sus contenidos representan un objeto y fin armónicos con el estándar interamericano. En un segundo momento y como consecuencia de lo anterior, resultaría que esas disposiciones conforman al interior de las jurisdicciones un marco de bloque de constitucionalidad¹⁶⁷ entre los que se abarcan los derechos reconocidos por la CADH, de forma que ésta ya es parte integral de las cartas magnas de sus Estados Parte¹⁶⁸.

Teniendo así, un reforzamiento y congruencia normativa el ajuste del derecho interno a los estándares de la Convención, en virtud de que ésta puede tener una aplicación directa por parte de los Estados y sus autoridades en todos los niveles.

VI.2.3. Relación con la cláusula federal

De acuerdo con el artículo 28 de la Convención Americana los Estados que cuenten con un sistema de organización federal se encuentran igualmente sujetos al cumplimiento de las disposiciones del convenio en tanto que:

- a) El gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.
- b) Las materias que correspondan a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de la Convención.

Así lo han entendido y reforzado esta Corte al expresar que: cuando un Estado es parte de la Convención todos sus órganos están obligados a su cumplimiento (en

¹⁶⁷ De la doctrina del denominado bloque de constitucionalidad se deriva que existe un cierto rango de legalidad (constituido por las leyes, derechos, costumbres y principios del derecho interno) y de *supra* legalidad (compuesto por los instrumentos internacionales que impactan ese orden interno y constituyen un elemento de la legitimidad constitucional). En ese sentido, puede desprenderse que ese bloque se conforma, para los efectos de la protección constitucional de los derechos humanos, por aquellos que son reconocidos por las cartas magnas y por los instrumentos del Derecho Internacional que resulten aplicables por contener materialmente alguno. En particular, se ha señalado que la Convención Americana sobre Derechos Humanos forma parte de dicho bloque de constitucionalidad y, por ende, forma parte del parámetro de control constitucional (“...es el propio texto constitucional el que otorga facultades a los jueces del fuero común para ejercer el “control difuso de constitucionalidad” y, por tanto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos válidamente puede convertirse en un parámetro de control y no sólo la Constitución” (Caso *Cabrera García y Montiel Flores*, Voto razonado del Juez *ad hoc*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrs. 66 y 68).

¹⁶⁸ *Cfr.* Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219, Voto razonado del Juez *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas, párr. 4.

virtud de los efectos de la obligación general de garantía que se desprende del artículo 1.1 de la misma.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana o Corte IDH) ha señalado a lo largo de su jurisprudencia que *es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados*¹⁶⁹.

De tal forma, la observancia de los estándares interamericanos vincula a los poderes legislativo, judicial y federal.

En el mismo sentido, al hablar del especial papel del poder judicial, ha reiterado que *los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando el tratado y la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*¹⁷⁰.

En ese mismo sentido, la Corte ha indicado que:

*...la obligación de cumplir con las obligaciones internacionales voluntariamente contraídas corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional de los Estados, respaldado por la jurisprudencia internacional y nacional, según el cual aquellos deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (pacta sunt servanda). Como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los Estados no pueden, por razones de orden interno, incumplir obligaciones internacionales. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos sus poderes y órganos, los cuales deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (effet utile) en el plano de su derecho interno*¹⁷¹.

Específicamente, ya ha considerado que las disposiciones de la CADH vinculan a todos los poderes públicos, esferas nacionales y a las respectivas legislaturas federales, estatales y municipales de los Estados Parte, por lo que dichos niveles

¹⁶⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párr. 173.

¹⁷⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, párr. 202.

¹⁷¹ Cfr. Corte IDH. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC- 14/94, de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 35; Cfr. Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 394; Cfr. Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 104.

de gobierno local se encuentran igualmente sujetos a la obligación de armonizar su normatividad con los estándares interamericanos¹⁷².

De lo anterior, se desprende que para la CORIDH es claro que el cumplimiento de las obligaciones interamericanas de los Estados corresponde a todos sus niveles de gobierno, aun tratándose de Estados federados.

No obstante, **hasta ahora no ha sido explorado por la jurisprudencia de este Alto Tribunal lo descrito por el tercer párrafo del artículo 28 de la Convención Americana**, el cual señala expresamente:

3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención.

[subrayado nuestro]

En ese sentido, cabrían diversas interpretaciones y conclusión sobre el tipo de asociación de integración estatal a que se refiere dicho artículo:

- a) Una de ellas, sería que las organizaciones de integración económica formadas entre los Estados Americanos estaría aludida en dicha fórmula,
- b) Que resultarían aplicables a dichas organizaciones supranacionales, los alcances y relación que la cláusula federal guarda principalmente con el control de convencionalidad y las obligaciones interamericanas,
- c) Que podría existir un vínculo entre los parámetros y jurisdicción del sistema de protección de derechos humanos, vía el Estado o Estados Partes en la Convención Americana y alguna organización de integración económica, a los cuales deben sujetarse las actividades desplegadas en inicio por esos Estados Parte y secundariamente por esa organización regional,
- d) En cualquier forma, esas organizaciones de integración económica parecen estar sujetas al respeto de los derechos humanos de las personas que se encontraren bajo su jurisdicción.

VI.3. La Cláusula Democrática

VI.3.1. Definición general

En general, se conoce como cláusula democrática a "aquella disposición o conjunto de disposiciones preceptivas, establecidas en un instrumento convencional internacional, que condiciona el ingreso, la participación o

¹⁷²Caso *Gomes Lund*, Voto razonado del Juez ad hoc Roberto de Figueiredo Caldas, párr. 5.

permanencia en cierta organización, y/o el mantenimiento de relaciones diplomáticas, de cooperación o económicas, a que cada Estado Parte sostenga en todo momento un sistema democrático de gobierno.¹⁷³

VI.3.2. Ejercicio de la cláusula por organizaciones internacionales

En el ámbito Universal, la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, ha establecido la relación entre la democracia, el desarrollo y el respeto a los derechos humanos, los cuales son "conceptos independientes que se refuerzan mutuamente"¹⁷⁴.

Así, "la democracia se basa en la voluntad del pueblo, libremente expresada, para determinar su propio régimen político, económico, social y cultural, y en su plena participación en todos los aspectos de la vida. En este contexto, la promoción y protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional deben ser universales y llevarse a cabo de modo incondicional. [Para esto,] [l]a comunidad internacional debe apoyar el fortalecimiento y la promoción de la democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el mundo entero."¹⁷⁵

En el ámbito regional, la Carta de la OEA, ha establecido situaciones que deberán provocar la activación de la mencionada cláusula democrática, éstas han sido reforzadas en la Declaración de la ciudad de Quebec en 2001 y en la Carta Democrática.

Dichas situaciones son el derrocamiento por la fuerza de un gobierno democráticamente constituido [artículo 9 de la Carta de la OEA y 21 de la Carta Democrática], la ruptura del orden democrático [artículo 18 y 19 de la Carta Democrática] y la alteración del orden constitucional que afecta gravemente el orden democrático [artículo 19 de la Carta Democrática].

Así, los Estados han asumido como un propósito y un compromiso el mantenimiento del Estado de Derecho y del sistema democrático,¹⁷⁶ el cuál va de la mano con el respeto a los derechos humanos, incluidos los derechos de las y los migrantes.

La transgresión por parte de algún Estado a la cláusula democrática, implicará la suspensión, inhabilitación o alguna otra medida contemplada en el instrumento internacional de que se trate. En el ámbito de la OEA, solamente la Asamblea General tendrá facultades, por medio del voto de sus miembros, para determinar si se ha transgredido o no la cláusula democrática y si ello implica una "situación insuperable" para que el Estado sea considerado como "parte" de determinado organismo o conferencia.

¹⁷³ El-Hage, Javier, *¿En qué casos y de qué manera debe aplicarse la cláusula democrática contra un Estado de la OEA?*, Documento de trabajo, pág. 1.

¹⁷⁴ Artículo 8 de la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993).

¹⁷⁵ *Loc. Cit.*

¹⁷⁶ *Cfr.* Declaración de la ciudad de Quebec (2001).

VI.3.3. Aplicación de cláusula en los tratados comerciales

En el ámbito comercial, la cláusula democrática implica una relación entre los derechos humanos y el objetivo comercial del tratado; su incumplimiento, acarrearía que el tratado se suspendiera para la parte que incumple con la cláusula.

En diversos tratados de integración, ya sea a nivel aduanero o en algunos que han manifestado aspiraciones de una integración de mayor escala, se ha incluido la cláusula democrática; tal es el caso de los acuerdos celebrados con la Unión Europea, así como los Acuerdos de la Comunidad Andina de Naciones y el MERCOSUR. A manera de ejemplo, en el tratado de libre comercio entre la Unión Europea y México, se estableció como fundamento del acuerdo que:

"[e]l respeto a los principios democráticos y a los derechos humanos fundamentales, tal como se enuncian en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, inspira las políticas internas e internacionales de las partes y constituye un elemento esencial del presente Acuerdo".

No obstante lo anterior, en algunos procesos de integración de América Latina, como el generado del TLCAN, no se aprecia de manera contundente la cláusula democrática debido a que, si bien se prevé la obligación de los Estados de respetar algunos derechos humanos, como los ambientales y laborales, no se genera una consecuencia inmediata ni directa para el caso de que se violen. Asimismo, no se abordan en dichos tratados temáticas relacionadas con la integración comercial y violaciones a derechos humanos que ésta pudiera traer aparejadas, tal es el caso de la migración.

VI.4. Control de Convencionalidad Supranacional

VI.4.1. Cooperación internacional en materia de derechos humanos de las y los niños migrantes

Ha quedado desarrollado *supra* la relación entre el respeto al Estado de Derecho, la aspiración y compromiso con el sistema democrático, y el respeto a los derechos humanos y al desarrollo, como objetivos de los Estados.

Por lo tanto, derivado del contexto actual, y de la proliferación de acuerdos comerciales e integraciones a distinta escala, es necesaria la cooperación internacional eficaz para lograr la plena realización de esos propósitos y el desarrollo del ser humano sin distinción alguna por motivos de raza, sexo, idioma o religión.¹⁷⁷

Es así que no basta la mera mención de la obligación a respetar los derechos humanos, se deben generar condiciones para que el respeto a dichos derechos sea eficaz; estas condiciones deben forjarse al interior de cada Estado, dentro de la propia figura jurídica que se crea con la integración y además, debe promoverse por la integración frente a otros Estados.

¹⁷⁷ Cfr. Preámbulo de la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993).

Lo anterior no será posible sin el desarrollo continuo de los procesos de cooperación internacional a que los Estados están obligados, tanto en materia comercial como en materia de derechos humanos, derivados estos de tratados comerciales y de convenciones en materia de derechos humanos.

VI.4.2. Interacción normativa entre las cláusulas federal, democrática y el control de convencionalidad

Tal como se desprende del artículo 2 de la Convención Americana, los Estados Parte están obligados a tomar medidas, tanto legislativas como de otra índole, para asegurar el goce y ejercicio de los derechos.

De lo cual se deriva que por ejemplo México, como Estado Parte de la Convención¹⁷⁸ y entendido como cada uno de sus poderes federales, así como incluidas las entidades federativas y sus regímenes internos, está obligado a aplicar los estándares interamericanos de protección de los derechos, adaptar su derecho interno a los mismos y tomar las medidas necesarias para garantizar el ejercicio adecuado de dichas prerrogativas.

Así, el Poder Legislativo (a niveles federal y local) igualmente tiene la obligación de considerar los criterios interamericanos al momento de ejercer sus facultades, tanto para eliminar normas o prácticas de cualquier especie que signifiquen violaciones a la Convención como para crear leyes que favorezcan un respeto más amplio y efectivo de la misma¹⁷⁹.

En general, se han desarrollado ampliamente criterios interamericanos sobre la legislación y su compatibilidad con los estándares de la Convención, llegando a considerarse en ciertos casos que la sola promulgación de leyes (ya sean constitucionales o secundarias¹⁸⁰) que sean *manifiestamente contrarias a las obligaciones asumidas por un Estado parte en dicho tratado* constituyen violaciones a los derechos humanos, así como su aplicación igualmente comprometería la responsabilidad del Estado en cuestión¹⁸¹.

En particular, la Corte IDH ya se ha pronunciado en relación, incluso, con las reformas constitucionales y su armonización con el *corpus iuris*, precisando que éstas deben tender a garantizar el ejercicio efectivo de los derechos humanos reconocidos por la CADH:

Esta Corte tiene presente que el 20 de enero de 1997 la Corte de Apelaciones de Santiago dictó sentencia en relación con el presente caso, la que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile el 17 de junio 1997. Por no estar de acuerdo con los fundamentos de estas sentencias, el Gobierno de Chile presentó el 14 de abril de 1997 al Congreso un proyecto de reforma constitucional para eliminar la censura cinematográfica. La Corte valora y destaca la importancia de la iniciativa

¹⁷⁸ Misma que entró en vigor internacionalmente el 18 de julio de 1978, aprobada por el Senado el 18 de diciembre de 1980 y decreto publicado el 9 de enero de 1981 en el Diario Oficial de la Federación, adhiriéndose internacionalmente el 2 de marzo de 1981 y depositando su instrumento el 24 de marzo de 1981 (fecha de entrada en vigor para México), promulgándose en el Diario Oficial el 7 de mayo de 1981.

¹⁷⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 85 y ss.

¹⁸⁰ *Caso "La Última Tentación de Cristo"*, Voto del Juez Cançado Trindade, párr. 40.

¹⁸¹ *Caso La Cantuta*, párr. 174.

*del Gobierno de proponer la mencionada reforma constitucional, porque puede conducir a adecuar el ordenamiento jurídico interno al contenido de la Convención Americana...*¹⁸²

Por lo anterior, esta Ilustre Corte podría pronunciarse sobre los efectos normativos que se desprenden del deber de ejercer un control de convencionalidad tratándose de la hipótesis del artículo 28.3 de la CADH en relación con los efectos que sobre la misma ejerce la inclusión de la cláusula democrática en los acuerdos de integración económica entre los Estados Americanos (como en el caso de los Estados solicitantes de la presente opinión consultiva, quienes son parte del MERCOSUR).

De conformidad con la obligación que tienen los Estados parte de la Convención Americana sobre ejercer un control de convencionalidad en sus jurisdicciones internas para garantizar el respeto pleno a los derechos humanos, resultaría además oportuno que esta Corte se pronunciara sobre el ejercicio de dicho control en jurisdicciones sujetas al control de dichos Estados y que resultan de la creación de organismos supranacionales cuyos efectos implican, entre otras cosas, la homologación normativas entre dos o más Estados Americanos.

A la par, dicho control de convencionalidad supranacional podría ser o guardar relación con la necesidad de pronunciarse porque los Estados refuercen los mecanismos legales de que disponen para el caso del incumplimiento de la cláusula democrática [*enforcement*] en relación con sus efectos ante posibles violaciones a los derechos humanos de las personas sujetas a esa hipotética jurisdicción supranacional.

En ese orden de ideas, esta Corte igualmente debe considerar que, además del ejercicio de ese control de convencionalidad, es posible que exista una particular obligación de cumplimiento de los derechos de la niñez en virtud de que su protección de guarda un estatus de obligaciones *erga omnes*, con lo cual, las normas creadas por los organismos regionales económicos no solo deben tener en cuenta el estándar interamericano.



VII. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

VII.1 Responsabilidad de los Estados por el incumplimiento de las obligaciones en materia de protección de los derechos de niños y niñas en procesos de migración

Para entender las obligaciones a las cuales los Estados están comprometidos de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos, es necesario entender el principio de buena fe y su relación intrínseca con el principio de *pacta sunt servanda*. Estos principios nos señalan que los Estados deciden obligarse mediante la firma y ratificación de los tratados internacionales, ya que al expresar su voluntad mediante este acto de soberanía, quedan obligados a cumplir con las

¹⁸² Caso "La Última Tentación de Cristo", párr. 89.

disposiciones contenidas en ellos.

En este mismo sentido, debemos recordar que los elementos de un hecho internacionalmente ilícito son, por un lado, la atribución de tal hecho al Estado y, por el otro, que éste constituya una violación de una obligación internacional del Estado.¹⁸³

Sin embargo, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que en especial, las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención constituyen en definitiva la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a la misma. De tal manera, en palabras de la Corte, dicho instrumento constituye en efecto *lex specialis* en materia de responsabilidad estatal, en razón de su especial naturaleza de tratado internacional de derechos humanos *vis-à-vis* el Derecho Internacional general.¹⁸⁴ En numerosos casos, la Corte ha señalado que:

*[e]l artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.*¹⁸⁵

Es decir, el origen de la responsabilidad internacional del Estado se encuentra en “actos u omisiones” que violen la Convención Americana”,¹⁸⁶ y se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado, siendo suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones.¹⁸⁷

Los derechos y obligaciones analizados en el presente *amicus curiae* no serían la excepción, y tendrían que ceñirse a estas mismas reglas de responsabilidad establecidas en el derecho internacional y en el sistema de protección de los derechos humanos. Por lo tanto, en el caso del incumplimiento de éstas

¹⁸³ Artículos sobre Responsabilidad Internacional, Comisión de Derecho Internacional, 2001, artículo 2º; *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Corte Internacional de Justicia, 1980, pág. 3.

¹⁸⁴ *Cfr.* Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr. 107.

¹⁸⁵ *Cfr.* Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 72; *Cfr.* Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 63; *Opinión Consultiva OC-18/03*, párr. 76.

¹⁸⁶ *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, párr. 71; *Cfr.* Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C No. 99, párr. 142.

¹⁸⁷ *Caso de la Masacre de Mapiripán*, párr. 110.

obligaciones en materia de protección de los derechos de las niñas y los niños en procesos de migración, el Estado sería responsable internacionalmente teniendo con ello que afrontar las consecuencias jurídicas que se generan por este hecho ilícito, las cuales son: 1) cesar el comportamiento ilegal y ofrecer seguridad y garantías de no repetición,¹⁸⁸ y 2) reparar íntegramente.¹⁸⁹ A su vez, esta noción se traduce en "hacer desaparecer todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido,"¹⁹⁰ mediante las distintas formas de reparación que pudiera establecer adicionalmente la Corte Interamericana.

VII.2. Responsabilidad de los Estados por violación de derechos humanos en procesos de cooperación e integración económica

El régimen de los derechos humanos y el de los sistemas de cooperación e integración económica se han desarrollado, en gran medida, de manera aislada uno del otro. Sin embargo, es innegable el impacto y la influencia que los procesos de integración económica han tenido y continúan teniendo en la promoción, protección y defensa de los derechos humanos, particularmente en los derechos de las y los migrantes. Es por lo tanto esencial determinar de qué forma los Estados Parte de la Convención Americana pueden ser responsables por la repercusión que tienen los procesos de integración económica en los derechos humanos contemplados en el régimen interamericano.

En tal virtud, es importante recordar que pese a lo distinto de su objeto y fin, ambos sistemas normativos son, en primera instancia, regímenes convencionales. Por lo tanto, éstos deben procurar desarrollarse en la medida de lo posible de una manera consistente y complementaria, a fin de evitar o mitigar los conflictos normativos.¹⁹¹ En este sentido, la Comisión de Derecho Internacional ha reconocido que los Estados deben procurar la armonización y la implementación sistemática de las normas.¹⁹² De manera que la noción de que un régimen convencional no debe socavar la eficacia de otro, constituye un principio básico de Derecho Internacional Público.¹⁹³

De ahí que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDSEC) haya normado la interpretación de ciertas disposiciones del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a fin de evitar que otros regímenes convencionales socaven las obligaciones contenidas en el Pacto.¹⁹⁴ Por tal

¹⁸⁸ Artículos sobre Responsabilidad Internacional, Comisión de Derecho Internacional, 2001, artículo 30.

¹⁸⁹ *Ibidem*, artículo 31, *Caso de la Fábrica de Chorzów*, Jurisdicción, núm. 11, 1927, Corte Permanente de Justicia Internacional, serie A, núm. 9, p. 21.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 47.

¹⁹¹ Howse, Robert and Teitel, Ruti G., *Beyond the Divide, The Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the World Trade Organization*, Occasional paper No. 30, Friedrich Ebert Stiftung, 2007, p. 5-9

¹⁹² *Cfr.* International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskenniemi, paragraphs 37 a 47.

¹⁹³ *Loc. Cit.*

¹⁹⁴ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 12 "Relativa al derecho a la alimentación adecuada (art. 11)"*, 1999, párr. 19; ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 14 "Relativa al derecho a la salud (art. 12)"*, 2000, párr. 39.

motivo, el CDSEC, en la Observación General número 12, determinó que el derecho a una alimentación adecuada es afectado cuando los Estados Parte no toman en cuenta las obligaciones jurídicas internacionales derivadas del Pacto al momento de concertar acuerdos con otros Estados u Organizaciones Internacionales.¹⁹⁵ De manera que bajo este régimen, claramente se establece que los Estados Partes tienen la obligación de adoptar medidas para cerciorarse de que otros instrumentos internacionales no afecten adversamente los derechos humanos contenidos en el mismo; de lo contrario éstos incurren en responsabilidad.¹⁹⁶

Estos criterios resultan particularmente relevantes en el marco de los procesos de cooperación e integración económica, puesto que los Estados frecuentemente ratifican tratados en los que se contienen obligaciones que comprometen la eficacia de derechos contenidos en instrumentos como la CADH. A menudo, al momento de delinear nuevas políticas económicas y financieras en un marco de integración económica, los Estados omiten considerar la dimensión social de las mismas. Ejemplo de ello es el régimen que constituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el cual confiere una mayor atención a la movilidad de los capitales, de la tecnología, e incluso, en ciertos aspectos, del ámbito de asuntos laborales y ambientales, sin incluir previsiones respecto a las migraciones internacionales.¹⁹⁷ El régimen ha omitido prever mecanismos que contemplen los principios de trato nacional y no discriminatorio de las y los migrantes que se encuentran en el territorio de los Estados Parte.¹⁹⁸ En este sentido, los acuerdos de integración económica suelen ser unidimensionales porque se plantean una liberalización preferencial de los mercados de bienes, servicios y capitales¹⁹⁹, sin incluir mecanismos que permitan responder a los problemas sociales que surgen de los procesos migratorios consecuencia de los mismos de manera consistente con los estándares reconocidos en materia de derechos humanos. Por consiguiente, es este un caso en el que, de las omisiones por parte de los Estados, podría derivarse responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de promover y proteger los derechos humanos de las y los migrantes.

En el mismo tenor, el CDSEC igualmente determinó que los Estados Parte tienen la obligación de velar por que sus acciones como miembros de Organizaciones Internacionales tengan debidamente en cuenta sus obligaciones en materia de derechos humanos.²⁰⁰ En este sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos determinó que absolver de toda responsabilidad a los Estados Parte por las acciones que lleven a cabo en el cumplimiento de sus obligaciones como Miembros de una Organización Internacional, sería incompatible con el objeto y fin de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Esto debido a que, de no contemplarse tales criterios, las garantías previstas en la CEDH podrían verse

¹⁹⁵ *Loc. Cit.*

¹⁹⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 14*, párr. 39.

¹⁹⁷ Franco Rolando y Di Fillipio Armando, *Las dimensiones sociales de la integración regional en América Latina*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Santiago, Chile, 1999, pág. 24.

¹⁹⁸ *Loc. Cit.*

¹⁹⁹ Art.102, Tratado de libre Comercio de América del Norte (entrado en vigor el 1º de enero de 1994)

²⁰⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 12*, párr. 6.

arbitrariamente restringidas o ignoradas y por lo tanto, privadas de toda eficacia.²⁰¹ De esta forma, un Estado Parte puede incurrir en responsabilidad si en el cumplimiento de sus obligaciones como miembros de Organizaciones Internacionales, no se contempla un sistema eficiente de protección a los derechos humanos.²⁰²

Esta norma derivada del sistema universal y europeo de derechos humanos, responde a la necesidad de asegurar la eficacia de los derechos humanos en la implementación de obligaciones derivadas de la membresía de los Estados Parte en Organizaciones Internacionales. Por consiguiente, los Estados que sean parte de sistemas de integración tales como el TLCAN, pueden ser responsables por la implementación de obligaciones que, *per se*, pudieran violentar derechos humanos o por los actos llevados a cabo por los Estados que pudieran menoscabar los derechos humanos al momento de implementar estas obligaciones.²⁰³

Por lo tanto, bajo estos sistemas normativos de derechos humanos, los Estados que son simultáneamente parte de regímenes de cooperación e integración económica deben contemplar la protección de los derechos humanos al momento de, 1) concertar nuevas obligaciones bajo éstos regímenes,²⁰⁴ y 2) de implementar políticas, acuerdos, resoluciones y, en general, cualquier medida internacional derivada de dichos regímenes.²⁰⁵ De no hacerlo, el Estado necesariamente se vería obligado a reparar el daño causado por el menoscabo que dicha acción u omisión pudiera significar en los derechos humanos.²⁰⁶

En este aspecto los Estados que conforman el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) han sido un importante ejemplo en la región. En el año de 2005, el MERCOSUR adoptó el Protocolo sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, también conocido como “la cláusula de derechos humanos” y más adelante, los Presidentes de los Estados Parte del MERCOSUR suscribieron la Declaración de Asunción del MERCOSUR y Estados Asociados relativa al Protocolo. En estos instrumentos se reconoce la vigencia de las obligaciones adoptadas por los Estado Miembro en el ámbito internacional, alentando un fortalecimiento institucional a nivel nacional y regional que garantice el respeto de los derechos humanos.²⁰⁷ Asimismo, ratifica la importancia de la consolidación del sistema interamericano de derechos humanos²⁰⁸, y se establece la obligación de los Estados de cooperar entre sí para la promoción y protección efectiva de los derechos humanos a través de los mecanismos institucionales

²⁰¹ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, App. No. 45036/98, 30 June 2005, párr. 154.

²⁰² *Ibidem*, párr. 155 y 156.

²⁰³ *Loc. Cit.*

²⁰⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 12.

²⁰⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14.

²⁰⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 12; Art. 1 y 2, Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionalmente Ilícitos, Comisión de Derecho Internacional, 2001.

²⁰⁷ Declaración de Asunción sobre el Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR y Estados Asociados, Consejo Mercado Común, 20 de junio de 2005, págs. 8 y 9.

²⁰⁸ *Ibidem*, pág. 4.

establecidos en el MERCOSUR.²⁰⁹

En este marco, los países miembros del MERCOSUR reconocen que el goce efectivo de los derechos fundamentales es condición indispensable para la consolidación del proceso de integración. Por lo tanto, a pesar de los desafíos que enfrentan en materia de derechos humanos, los Estados Miembros del MERCOSUR cumplen con los criterios básicos, antes expuestos, para evitar que el régimen de integración menoscabe los derechos humanos previstos en otros instrumentos legales internacionales.

Es por lo tanto indispensable que el régimen de Derechos Humanos Interamericano los tome en cuenta y adopte nuevos criterios de interpretación de las disposiciones de la CIDH, a fin de proteger los derechos humanos del menoscabo al que frecuentemente se ven sujetos por la concertación e implementación de obligaciones derivadas de regímenes de cooperación e integración económica. En esa medida será posible asegurar la eficacia del régimen de derechos humanos interamericano.

VII.3. Responsabilidad de las Integraciones Económicas por el incumplimiento de obligaciones en materia de derechos humanos

En los apartados anteriores ya se ha explicado la posible responsabilidad que el Estado puede tener por el incumplimiento de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, de forma aislada y como parte de procesos de integración.

Sin embargo, desde el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de las organizaciones internacionales,²¹⁰ la posibilidad de declarar la responsabilidad de éstos sujetos de derecho internacional ha permanecido latente.²¹¹ Es decir, independientemente de la responsabilidad que el Estado pueda tener, la organización internacional, podrían ser responsables por incumplir obligaciones internacionales. En este sentido, los artículos sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales establecen que éstas serán responsables cuando no actúen de conformidad con la obligación independientemente del origen o carácter de la obligación.²¹²

Las integraciones económicas no han sido la excepción a este desarrollo del derecho internacional y en algunos casos se ha reconocido que tienen personalidad jurídica propia,²¹³ e incluso, han iniciado procesos para adoptar

²⁰⁹ Art. 2, Protocolo de Asunción sobre el Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR, Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 17/0, Consejo del Mercado Común, 19 de junio de 2005.

²¹⁰ Véase Corte Internacional de Justicia, *Reparaciones por daños sufridos en el servicio de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva, 11 de Abril de 1949, pp. 14 y 15.

²¹¹ Véase Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de Organizaciones Internacionales, Comisión de Derecho Internacional, 2011, publicado en: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_11_2011.pdf (última visita 10 de enero del 2012).

²¹² Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de Organizaciones Internacionales, *Op. Cit.*, art. 10.

²¹³ En el caso del Mercosur, véase Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura

obligaciones en materia de derechos humanos. En éste último caso, la Unión Europea ha señalado su deseo de adherirse a la Convención Europea para la protección de Derechos y Libertades Fundamentales.²¹⁴ Incluso, se adoptó el protocolo 14 en el que se hace expresa la posibilidad de que la Unión Europea pueda adherirse a la Convención.²¹⁵ Si bien aun faltan algunos procedimientos, de concretarse, sería un gran paso para la protección de los derechos humanos en Europa.

Este debería ser el sentido en el que todas las integraciones económicas deberían de obligarse en materia de derechos humanos y en especial, en el problema que se plantea, para la protección de los derechos de los niños y niñas en los procesos de migración.

De esta forma, se tendría una cobertura completa e integral para la protección de los derechos humanos, no sólo con la responsabilidad estatal, si no también con la responsabilidad de estas frente a los procesos de integración, e incluso, la responsabilidad de la integración en su conjunto.



VIII. CONCLUSIONES

Por regla general, los Estados deben comportarse de manera que no incumplan sus obligaciones internacionales. En particular, cuando existe una norma de *ius cogens* es particularmente relevante que se observe el contenido material de dichas obligaciones, así como se apliquen los estándares específicos de protección tratándose de grupos en condiciones de vulnerabilidad.

En ese sentido, la existencia de obligaciones *erga omnes* tratándose de la protección reforzada de los niños en condición migratoria en general y no acompañados en particular, debe considerarse como el estándar mínimo de observancia para los Estados (ya sea en lo individual o en lo colectivo), mismo que debe aplicarse en relación con el control de convencionalidad supranacional.

Institucional del Mercosur (Protocolo de Ouro Preto), 17 de diciembre 1994, art. 34, disponible en: <http://www.mre.gov.py/dependencias/tratados/mercosur/registro%20mercosur/Acuerdos/1994/espa%C3%B1ol/10.%20Protocolo%20Ouro%20Preto.pdf> (última visita 2 de Febrero de 2012). En el caso de la Unión Europea véase, Tratado de Lisboa, 17 de Diciembre de 2007, 2007/C 306/01, art. 46-A, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:0010:0041:ES:PDF> (última visita, 2 de Febrero de 2012).

²¹⁴ Véase, Council of Europe, EU accession to the European Convention on Human Rights, <http://www.coe.int/lportal/web/coe-portal/what-we-do/human-rights/eu-accession-to-the-convention>

²¹⁵ Véase, Protocolo 14 a la Convención Europea para la protección de Derechos y Libertades Fundamentales, 27 de Mayo de 2009, art. 17, disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/html/194.htm> (última visita 2 de Febrero de 2012).

obligaciones en materia de derechos humanos. En éste último caso, la Unión Europea ha señalado su deseo de adherirse a la Convención Europea para la protección de Derechos y Libertades Fundamentales.²¹⁴ Incluso, se adoptó el protocolo 14 en el que se hace expresa la posibilidad de que la Unión Europea pueda adherirse a la Convención.²¹⁵ Si bien aun faltan algunos procedimientos, de concretarse, sería un gran paso para la protección de los derechos humanos en Europa.

Este debería ser el sentido en el que todas las integraciones económicas deberían de obligarse en materia de derechos humanos y en especial, en el problema que se plantea, para la protección de los derechos de los niños y niñas en los procesos de migración.

De esta forma, se tendría una cobertura completa e integral para la protección de los derechos humanos, no sólo con la responsabilidad estatal, si no también con la responsabilidad de estas frente a los procesos de integración, e incluso, la responsabilidad de la integración en su conjunto.



VIII. CONCLUSIONES

Por regla general, los Estados deben comportarse de manera que no incumplan sus obligaciones internacionales. En particular, cuando existe una norma de *ius cogens* es particularmente relevante que se observe el contenido material de dichas obligaciones, así como se apliquen los estándares específicos de protección tratándose de grupos en condiciones de vulnerabilidad.

En ese sentido, la existencia de obligaciones *erga omnes* tratándose de la protección reforzada de los niños en condición migratoria en general y no acompañados en particular, debe considerarse como el estándar mínimo de observancia para los Estados (ya sea en lo individual o en lo colectivo), mismo que debe aplicarse en relación con el control de convencionalidad supranacional.

Institucional del Mercosur (Protocolo de Ouro Preto), 17 de diciembre 1994, art. 34, disponible en: <http://www.mre.gov.py/dependencias/tratados/mercosur/registro%20mercosur/Acuerdos/1994/espa%C3%B1ol/10.%20Protocolo%20Ouro%20Preto.pdf> (última visita 2 de Febrero de 2012). En el caso de la Unión Europea véase, Tratado de Lisboa, 17 de Diciembre de 2007, 2007/C 306/01, art. 46-A, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:0010:0041:ES:PDF> (última visita, 2 de Febrero de 2012).

²¹⁴ Véase, Council of Europe, EU accession to the European Convention on Human Rights, <http://www.coe.int/lportal/web/coe-portal/what-we-do/human-rights/eu-accession-to-the-convention>

²¹⁵ Véase, Protocolo 14 a la Convención Europea para la protección de Derechos y Libertades Fundamentales, 27 de Mayo de 2009, art. 17, disponible en:

<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/html/194.htm> (última visita 2 de Febrero de 2012).



IX. PETITORIO

Con base en todo lo expuesto, a la Ilustre Corte Interamericana de Derechos Humanos respetuosamente solicitamos que:

PRIMERO: Tenga por recibido el presente escrito en calidad de *amicus curiae*.

SEGUNDO: Considere los razonamientos antes expuestos a fin de establecer los alcances de las obligaciones estatales planteadas en la Solicitud de Opinión Consultiva, teniendo como referencia la convergencia del Derecho Internacional Económico y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y analizando el uso del control de convencionalidad como herramienta para la guía de los Estados en el respeto de los derechos de la niñez migrante.

Sin otro particular,

ATENTAMENTE

LUIS A. GONZÁLEZ PLACENCIA

**PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE DERECHOS
HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL**

ALBERTO ULISES QUERO GARCÍA

**PRESIDENTE DEL CENTRO PARA EL
DESARROLLO DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL**

