

Amicus curiae del Dr. Luis Peraza Parga, profesor de la Universidad Panamericana de la ciudad de México ante la solicitud de Opinión Consultiva presentada por la organización internacional MERCOSUR (Mercado Común del Sur) formado por Brasil, Argentina, Uruguay y Paraguay desde el Tratado de Asunción (1991).

Desde 1980, la Corte Interamericana ha venido creando jurisprudencia a través de varios instrumentos judiciales internacionales: sentencias de casos individuales de violaciones de derechos humanos cometidas por los estados y tuteladas en los convenios americanos, amplísimas y revolucionarias opiniones consultivas y sus medidas provisionales, salvadoras de muchas vidas en evidente peligro de muerte. Constituyen un cuerpo jurisprudencial, en principio, perfectamente *exportable* a otras latitudes. El cumplimiento de las sentencias por parte de los estados sentenciados en su responsabilidad internacional es amplio y masivo aunque no completo y cabal.

Dos centenares de sentencias, un número algo mayor de medidas provisionales y veinte opiniones consultivas (con la vigésimo primera en camino) han logrado crear esta jurisprudencia exigua en sus números pero grande en su calidad. La Corte ha interpretado los tratados regionales americanos de derechos humanos que son derecho doméstico en la mayoría de las treinta y cinco naciones que componen la Organización de Estados Americanos (OEA) y ha entretejido un *orden público americano* en la materia. De igual manera, ha cristalizado conceptos y definiciones que sirven y servirán para la labor de tribunales de todo orden y jurisdicción. Interpreta los requisitos del debido proceso, los periodos razonables de detención, el concepto de desapariciones forzadas, la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, las ejecuciones extrajudiciales, las leyes de amnistía y su ilegalidad si encubren crímenes internacionales, el alcance de la obligación de asegurar el goce de los derechos por parte de los estados, el peso de la prueba y los criterios para valorarla, la libertad de expresión, de asociación, la ilegalidad de la censura previa, la solidez y alcance de sus reparaciones, el derecho al nombre y a la inscripción en un registro del nacimiento de un niño, el derecho a la propiedad de la tierra por parte de los indígenas, sus derechos políticos respetando sus usos y costumbres, derechos laborales de los indocumentados, derecho de acceso a la asistencia consular dentro del debido proceso y las garantías judiciales y el habeas corpus en estados de emergencia. Tal y como es jurisprudencia consolidada en Europa, la Convención Europea de Derechos Humanos es “un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales.” Lo mismo sucede con la Convención Americana sobre Derechos Humanos que es interpretada a la luz de las condiciones actuales por la Comisión en primera instancia y por la Corte en definitiva y ultima instancia bloqueando su elección cualquier otra vía de reparación internacional. Las opiniones consultivas pueden versar sobre la Convención Americana u otros tratados de derechos humanos en los que sean parte estados americanos y sobre la compatibilidad entre leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Es la Convención la que le atribuye la competencia contenciosa y consultiva. Sin embargo, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos la que se constituye

en excepción del principio visto ya que faculta a todos los órganos y estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), hayan o no firmado el Pacto, a solicitar opiniones consultivas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ella misma ha puesto de relieve que su amplia función consultiva es única en el Derecho Internacional contemporáneo ya que “permite a los estados miembros solicitar opiniones consultivas ofreciendo un método judicial alternativo de carácter consultivo destinado a ayudar a los peticionarios a cumplir y aplicar tratados en Derechos Humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones propio del sistema contencioso”.

La amplitud de sujetos potencialmente intervinientes en el proceso de creación de una Opinión Consultiva interamericana es enorme, virtualmente no tiene límites ya que cualquiera desde personas físicas, jurídicas, legales, sociedad civil organizada, universidades, fundaciones, defensores del pueblo, grupos de presión pueden participar con el objetivo de “exponer razonamientos en torno a hechos” tal y como alegó la CorIDH en su OC inmediatamente anterior, la número 20. Las personas físicas y jurídicas pueden actuar y dejar su impronta en la justicia internacional, no sólo como demandantes y víctimas en cuestiones jurisdiccionales, sino a través de la institución del *amicus curiae*, en la que manifiesta y fundamenta una opinión jurídica sobre una controversia determinada y, en ocasiones, muy alejada de su realidad geográfica inmediata.

El 17 de octubre del 2001 diversos sujetos de derecho internacional especializados en la infancia tuvieron una audiencia ante la CIDH sobre la promoción y la defensa de los derechos de los niños en las Américas. Pidieron “que los derechos de la niñez se deberían constituir como un eje transversal en el trabajo que desarrolla la CIDH en la región, con la inclusión de un capítulo o sección sobre esta temática no solo en los informes especiales, sino también en los informes anuales de la CIDH. En dichos informes se debería instar a los Estados de la Región a que ratifiquen todos los tratados internacionales a favor de la niñez, adecuen sus legislaciones nacionales a los estándares internacionales en la materia, se implementen políticas públicas que efectúen la aplicación de las medidas necesarias, en especial la asignación de fondos que garanticen una mayor y mejor protección de la niñez.” A esta audiencia asistieron organismos internacionales como la UNICEF y el Instituto Interamericano del Niño (IIN), junto con numerosas organizaciones de la sociedad civil regionales, tales como la Red Latinoamericana y Caribeña por la Defensa de los Derechos de los niños/niñas y adolescentes; Casa Alianza América Latina y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y organismos locales: la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) de Argentina y la Coordinadora Institucional de Promoción por los Derechos de la Niñez (CIPRODENI), miembro del movimiento social por los derechos de la niñez de Guatemala.

Este entusiasmo participativo desaparece en el procedimiento de dictamen de la Opinión Consultiva presentada por la Comisión cuyo trámite y procedimiento no levantó mucha expectación en palabras del propio Dr. Sergio García Ramírez, juez mexicano de la Corte Interamericana en una entrevista sostenida con el autor de este escrito en febrero del 2002, puesto que el número de observaciones escritas y de organizaciones internacionales y estados presentes durante las audiencias fueron llamativamente escasos (Instituto Interamericano del Niño, México, Costa Rica, la

Comisión Colombiana de Juristas, el Instituto Latinoamericano de UN para la prevención del delito y tratamiento del delincuente). Se emitió el 28 de agosto del 2002 con el nombre condición jurídica y derechos humanos del niño.

La Corte Interamericana es de la opinión mayoritaria (de los 7 jueces sólo el magistrado Jackson disintió), los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección. Considera la expresión “interés superior del niño” aplicable íntegramente al desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos. Los niños deben recibir un trato diferente en función de sus condiciones especiales. En medio de la decadencia de del concepto de familia tradicional, el Alto Tribunal afirma que la familia, a la que debe apoyar y fortalecer el estado, constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del omnipresente interés superior de aquél. La separación será excepcional y, preferentemente, temporal. Reconoce una obligación del Estado de contar con instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en la atención a los niños. Las condiciones de vida deben ser dignas. Deben poder disfrutar ampliamente de todos los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) reconocidos internacionalmente por sus estados mediante medidas positivas. Los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, vengan de donde vengan. En los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal, como el juez natural –competente, independiente e imparcial, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa sin dejar de aplicar las particularidades propias de los infantes.

Estamos ante la primera solicitud de Opinión Consultiva (OC) conjunta en la historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorIDH). Hasta ahora, solo países de manera individual o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos habían solicitado la ayuda aclaratoria de la Corte. Por primera vez, una zona de libre comercio de cuatro naciones creadores de un mercado común que engloba la economía más dinámica de América Latina (Brasil, Argentina, Uruguay y Paraguay (además de estados asociados que no firman la solicitud Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú con Venezuela en proceso de adhesión plena) solicita esta Opinión Consultiva sobre los derechos de la niñez migrante en especial la no acompañada.

Entrando de lleno en la presente OC, señalar que la Corte cuenta con una muy meditada solicitud de OC, excelente punto de partida, además de de un aprovechable texto orientativo de bosquejo de opinión del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del Mercosur. Abundando en cierto campo abonado, la Corte tiene experiencia en lidiar con esta temática en sus OC número 17 y 18 que unificándolas podrían contestar a muchas de las preguntas del Mercosur.

Nueve preguntas concretas es el cuerpo de la solicitud de Opinión Consultiva.

Respecto de la **NOVENA**, quisiera llamar la atención sobre una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea autentico modelo a seguir en las migraciones del continente americano. Es el asunto **C-34/09 Ruiz Zambrano contra Italia en su sentencia de 8 de marzo del 2011**. Para el juez comunitario la ciudadanía de la Unión exige que un estado miembro autorice a los nacionales de un país tercero, progenitores de un menor que tiene la nacionalidad de dicho estado miembro, a residir y trabajar en él, en la medida en que una denegación privaría a dicho menor del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión. La denegación de un permiso de residencia a una persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro en el cual residen sus hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, y la negativa a conceder un permiso de trabajo a esta persona, tendría tal efecto y por lo tanto iría en contra del derecho comunitario. Aunque no seamos la Unión Europea, ni existe la conexión de políticas múltiples.

La **TERCERA** debe ser respondida por la Corte con el artículo 37 de la Convención de los Derechos del Nino de Naciones Unidas donde la detención del menor es una medida de última instancia y por el tiempo mas corto posible.

El **reconocimiento de tipos especiales de persecución de menores** incluidos por extensión en la Convención de Ginebra sobre el estatuto de refugiados de 1950 es fundamental. Reclutamiento forzado, trabajos forzados, mutilación genital, matrimonios y embarazos forzados. Aunque algunas de estas (aberrantes para nuestra cultura) prácticas parecen lejanas de nuestro continente la continua migración nos enfrenta a estas nuevas situaciones que la Corte debe considerar y pronunciarse.

Todavía recuerdo con honda emoción la audiencia pública convocada en la sede de la Corte en San José de Costa Rica para exponer verbalmente los argumentos de los participantes en la OC 20. Primero expusieron los representantes diplomáticos de los estados que con una abrumadora mayoría rechazaban perder el privilegio de designar un juez *ad hoc* en los litigios con individuos. La sociedad civil organizada habló después, sin tener, como hubiéramos deseado, de testigos a los estados que, simplemente, se marcharon. El clamor era unánime: es una indefensión, va contra el principio de igualdad de armas y quiebra el debido proceso el hecho de posibilitar en casos entre estados y víctimas la designación de un juez específico nombrado por aquellos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo historia y se convirtió en una verdadera *corte del pueblo* anulando esa figura judicial en casos diferentes a los interestatales. Con el objeto de que el estado se vea conminado a escuchar a la sociedad civil organizada,

QUISIERA RESPETUOSAMENTE PROPONER A ESTA HONORABLE CORTE LA ALTERACION DEL ORDEN DE PRESENTACION DE LAS PARTES INTERVINIENTES EN LAS AUDIENCIAS PUBLICAS CON EL OBJETIVO DE QUE LOS ESTADOS SE VIERAN FORZADOS A ESCUCHAR LOS ARGUMENTOS DE LA SOCIEDAD CIVIL ORGANIZADA.

La globalización y sus instrumentos también han influido en la extensión de una lenta pero imparable *justicia glocal*, es decir, a medio camino entre doméstica e internacional. Existe una obligación ética y una necesidad jurídica de que la Corte

Interamericana se abra al mundo y que éste se abra a la Corte. Este tipo de consultas es un medio para conseguir ese fin. Las Opiniones Consultivas podrían llegar a ser argumentos laterales, los llamados *obiter dicta*, de resoluciones judiciales foráneas. La rica experiencia americana sobre el habeas corpus, las amnistías, las medidas provisionales, la eficiente reparación, los 18 años como edad límite para la ejecución de la pena de muerte, la consideración como prueba plena de una serie de indicios circunstanciales que apuntan a que agentes del estado, por ejemplo, cometieron una ejecución forzosa ya que la prueba del delito, el cadáver, normalmente nunca aparecerá, la excelencia de las opiniones consultivas pueden y deben ser exportados a otras latitudes jurisdiccionales en esta fertilización cruzada del derecho y la justicia internacional. La esencia de los derechos humanos es su universalidad, imprescriptibilidad e inderogabilidad y siguen a la persona donde quiera que vaya sin respetar fronteras ni usos ni costumbres locales.

El ciclo de la lluvia es la mejor imagen para reflejar la relación entre el derecho y la justicia, tanto nacional como internacional. El derecho y la justicia nacional es como un mar de sentencias y leyes, la mejor parte del cual se va evaporando y condensando en un cielo que sería el derecho y la justicia internacional. Una vez cristalizado, ese cielo se llena de *nubes* que desatan una lluvia sobre el mar en forma de derecho y justicia internacional que influye, se mezcla y se diluye, en su descarga, en el mar nacional. La influencia es mutua, recíproca y simbiótica ya que enriquece todas las esferas del derecho y la justicia. Para conseguir la aplicación efectiva del ideal de justicia internacional, los tribunales internacionales y nacionales deben seguir creando derecho y jurisprudencia que se base en un único, desbordante e irradiante concepto: la dignidad del ser humano.

Dr. Profesor Luis Peraza Parga, Universidad Panamericana de la ciudad de México

Dirección postal: 48 Pembroke Gardens, Ballsbridge, Dublin 4, Dublin, Irlanda.

Correo electrónico: lperazap@hotmail.com

Luis.Peraza@dcu.ie

Teléfono celular 0871415109

Hecho en Dublín, Irlanda el 16 de febrero del 2012