

PROTECCIÓN INTERNACIONAL PARA LA INFANCIA COMO PUNTO DE NO RETORNO

Guillermo Alfonso CASAS COLÍN*

SUMARIO: I. *Cambio de mentalidad: protección específica a niñas, niños y adolescentes.* II. *El falso dilema entre el principio de soberanía y la protección internacional de los derechos humanos.* III. *El carácter obligatorio de los tratados sobre derechos humanos y las bases de la protección de los derechos de la infancia y la adolescencia.* IV. *La Convención de los Derechos del Niño.* V. *Conclusión.* VI. *Bibliografía.*

I. CAMBIO DE MENTALIDAD: PROTECCIÓN ESPECÍFICA A NIÑAS, NIÑOS Y ADOLECENTES

Se advierte en la actualidad un surgimiento inusitado aunque insuficiente de cultura en fomento y protección generalizada de los derechos humanos, que a su vez ha venido mutando la organización y capacidad de respuesta de las instituciones sociales y estatales de protección en materia de derechos humanos, merced a la globalización y al consecuente flujo como nunca antes de personas, bienes, capitales e información. De ahí la necesidad de una reforzada, sistemática y coordinada intervención internacional con instrumentos y organizaciones *ad hoc* especializadas en materia de derechos de la infancia.

* Especialista en derecho de menores por la Facultad de Derecho, UNAM.

Si partimos del análisis teórico de la titularidad de los derechos, se puede advertir en principio una posición tradicional, en la que sólo tenían la consideración de personas aquellos seres humanos y entes a los que el ordenamiento atribuye tal condición, por lo que la personalidad o la condición de ser titular de derechos (hasta antes de la reforma constitucional del 10 de junio de 2010) era una creación-ficción del derecho.

Frente a esta concepción se ha ido imponiendo en la literatura jurídica y en la aceptada aplicación del derecho, la convicción de que toda niña, niño o adolescente, por el hecho de serlo, tiene personalidad, limitándose el derecho a reconocerle dicha aptitud o capacidad.

En este marco cobra pleno sentido el llamado proceso de especificación que responde a la necesidad de concretar más, de determinar mejor a los titulares de los derechos. Determinadas situaciones o circunstancias del ser humano se consideran relevantes y se entiende que exigen un tratamiento especial. Y así se habla de ciertas categorías específicas de personas: mujeres, minorías, emigrantes, refugiados, niños, ancianos, minusválidos, etcétera.¹

II. EL FALSO DILEMA ENTRE EL PRINCIPIO DE SOBERANÍA Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el mundo del derecho sus vocablos suelen estar imbuidos de ambigüedad en tanto que algunos carecen de consenso unánime en la doctrina y la pragmática jurídicas. El término soberanía es precisamente uno de esos conceptos equívocos, en la actualidad su uso parecería que entra en crisis cualquiera que sea su significado.

La soberanía fue el resultado de las luchas que se dieron entre el rey francés y el imperio, el papado y los señores feudales.

¹ Fernández, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, España, Tecnos, 2003, p. 51.

De esas luchas nació un poder que no reconocía a otro superior o por encima de él.² Soberanía, para Bodino, es aquel poder que es absoluto y perpetuo en la República y que se manifiesta, principalmente, en la capacidad de dar leyes dentro del respeto a las leyes de Dios y a la propiedad de sus súbditos.³ Hobbes afirma, de manera bien firme y clara respecto a Bodino, que sin la soberanía ya no existe ninguna esperanza de orden público; es necesario entonces concluir con Hobbes que ninguna constitución es posible sin soberanía.⁴ La soberanía como poder supremo del Estado no admite otro igual dentro del orden interno ni superior en el orden internacional.⁵ La soberanía es un atributo de los Estados, no una precondition.

Ella evoca la anacrónica idea de la total independencia y autonomía del Estado, sin tener ese significado real hoy en día.⁶

En nuestra opinión la idea de soberanía se sitúa en un campo donde no hay completa claridad, donde hay polisemia; aún cuando se quiere ver demasiado como un concepto uniforme o acabado, de manera plena en cuanto a sus contenido (lo cual contradice el más elemental estudio de la historia del siglo XX), lo cierto es que si bien se demuestra su consideración como un componente del Estado, no es un instituto jurídico determinado y completamente consolidado, sino con muchísimas ambigüedades en el cual se da una polémica tan grande que a veces la falta de conceso es casi la regla y no la excepción.

² *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. P-Z, Edición histórica, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 3493.

³ Cabo Antonio, Pisarello Gerardo del (ed.), *Constitucionalismo, Mundialización y crisis del concepto soberanía, Algunos efectos en América Latina y en Europa*, España, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2000, p. 58.

⁴ *Cfr.* Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, p. 79.

⁵ Perrin de Brichambaut, Marc y Dobelle, Jean-François, *Leçons de Droit International Public*, París, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2002.

⁶ Crawford, James, *The Creation of States in International Law*, 2a. ed., Nueva York, 2006, p. 32.

Tradicionalmente en el orbe internacional se había venido practicando la tesis monista nacionalista que confería a los regímenes político-jurídicos la exclusiva competencia y determinación sobre el trato de sus habitantes, toda vez que no se generaba responsabilidad internacional a cargo del Estado que acaso, discrecionalmente decidiera sobre las políticas o acciones que emprendía sobre su población; esto al abrigo de la soberanía vista en su vertiente clásica.

Para el pensamiento político occidental clásico el Estado es el depositario de la fuerza legítima, es garante de la soberanía; es el único actor en el plano nacional e internacional que puede utilizar legítimamente la fuerza o incluso la violencia para imponer su voluntad. La ideología puramente estatista no reconoce los derechos colectivos de grupos que no sean él mismo.⁷

La catedrática de derecho internacional de los derechos humanos de la Universidad de Valencia, Mireya Castillo opina que la protección internacional de los derechos humanos ha sido objeto de regulación internacional desde los inicios del derecho de gentes.⁸ En efecto, el derecho internacional clásico era un derecho entre Estados en el sentido de que sólo los Estados eran sujetos del derecho internacional.

En el derecho internacional contemporáneo ocurre lo contrario como consecuencia del desarrollo progresivo que el orden internacional ha proveído en materia de reconocimiento y protección internacional de los derechos humanos. Hoy día existen argumentos e instrumentos jurídicos suficientemente sólidos para intervenir frente a un Estado que viole o limite el ejercicio cabal de los derechos reconocidos por la comunidad internacional.

Empero, la garantía de los derechos fundamentales de los individuos, no se puede limitar al ámbito jurisdiccional del Es-

⁷ Stavenhagen, Rodolfo, *La cuestión étnica*, México, El Colegio de México, 2001, pp. 95 y ss.

⁸ Castillo, Mireya, *Derecho internacional de los derechos humanos*, España, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 35 y ss.

tado, cuando éste puede (a pesar de sus procedimientos internos de protección) eventualmente socavar su protección; de ahí que se amplié este margen de protección al ámbito internacional en forma subsidiaria.

Por tanto, el desarrollo del fenómeno de la progresiva ampliación de las materias reguladas por el derecho internacional, a la par de la creciente relevancia de los derechos humanos, han incidido y modificado la naturaleza, estructura y funciones del derecho internacional moderno que definitivamente en muchos de sus principios inspiradores es hoy muy diferente del derecho internacional clásico.

Cançado Tridante afirma que con este nuevo siglo lo que se requiere, de entrada, es un cambio de mentalidad, cabe con este propósito tener siempre presente que las disposiciones de los tratados de derechos humanos vinculan no sólo a los gobiernos (como equivocada y comúnmente se supone), sino, más que esto, a los Estados (todos sus poderes, órganos y agentes); ... Para la realización de este propósito (la plena vigencia de los derechos humanos) fueron concebidos los instrumentos internacionales de protección. Las jurisdicciones internacional y nacional son co-partícipes en la lucha contra las manifestaciones del poder arbitrario y, con esto, en la construcción de un medio social mejor para todos. La clara comprensión de esta identidad fundamental de propósito requiere, sin embargo, un cambio de mentalidad.⁹ Estamos aquí ante un Derecho de protección, dotado de especificidad propia, orientado fundamentalmente hacia las víctimas, a los derechos de los seres humanos, no de los Estados.¹⁰

Por eso la soberanía (como cualquier ente artificial, técnico o científico), no está abierta a todo, a cualquier uso. Tiene límites. Y ciertamente estos límites le son impuestos por una realidad

⁹ Cançado Tridante, Antônio A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, México, Jurídica de las Américas, 2009, pp. 393 y 400.

¹⁰ Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2008. p. 44.

pragmática que se sobrepone a la dogmática de su empeño riguroso. Existe un tráfico entre la realidad objetiva y la teoría que imbuye a la realidad esculpiendo causas para impulsar modificaciones en el orbe Estatal, pero eventualmente, es la reinterpretación de la soberanía la que limita asimismo su dimensión y vigencia. Reinterpretación asociada a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo principio del interés superior del menor se hace prevalecer frente a la familia, a la sociedad, a los órganos internos del Estado y a la comunidad internacional en su conjunto.

III. EL CARÁCTER OBLIGATORIO DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y LAS BASES DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

Lo que distingue al Derecho Internacional convencional de los Derechos Humanos es que estos últimos generan obligaciones que no son sinalagmáticas, es decir, no son obligaciones recíprocas de un Estado frente a otro Estado, sino que son obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto. De ahí que, el Tribunal Internacional de Justicia, en su sentencia del 11 de julio de 1996 (*Bosnia-Herzegovina vs. Yugoslavia*) haya declarado:

...los Estados contratantes no tienen intereses propios sino que tienen exclusivamente, todos y cada uno un interés común, el de preservar los fines superiores que constituyen la razón de ser del Convenio. De ello resulta que, en un Convenio de tal naturaleza, no se puede hablar de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni tampoco de un equilibrio contractual exacto entre los derechos y las obligaciones.¹¹

¹¹ Véase en C.I.J., *Affaire Relative à l'application de la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide*, <http://www.icj-cij.org/>.

Consecuentemente, las obligaciones asumidas por los Estados en virtud de tales Convenios no están sujetas a la condición de reciprocidad y no les resultaría de aplicación el principio *in-adimplenti non est adimplendum*,¹² que consagra el artículo 60 del Convenio sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

En el plano universal en materia de derechos de la infancia contamos con la Convención sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, los Estados partes de la Convención sobre los Derechos del Niño buscan la consecución de un interés común, más que la satisfacción de intereses particulares; en el ámbito nacional se aprecian fundamentalmente los artículos 2, 4, 18, 20, 73 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como marcos de protección general y armonizadores del derecho internacional a los derechos de niñas, niños y adolescentes.

IV. LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989), fue adoptada mediante la Resolución 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, consta de 54 artículos y es el instrumento en la materia más integral en este momento.

En su articulado, la Convención incorpora toda la gama de derechos humanos, derechos civiles y políticos, así como económicos, sociales y culturales, de todos los niños; busca tomar en consideración las diferentes realidades culturales, sociales, económicas y políticas de los diversos Estados para lo cual establece normas comunes, a fin de que cada uno de ellos pueda escoger sus propios medios para garantizar los derechos de la infancia.

A través de la Convención se ha conseguido contar con un instrumento jurídico internacional que estipula cuáles son las

¹² Castillo, Mireya, *op. cit.*, p. 16.

condiciones sociales, materiales y afectivas convenientes para la infancia y su desarrollo, es el único instrumento jurídico en el orbe que involucra la palabra amor.

Como puede notarse ha venido cobrando forma en el quehacer social y jurídico la importancia por el respeto a los derechos de la infancia en un periodo relativamente reciente, nutriéndose de experiencias y adelantos legislativos locales en lo particular y del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, incluso anteriores a la Convención sobre los Derechos del Niño, sin embargo éste instrumento catapultó su desarrollo contemporáneo en forma innegable e irreversible.

Impulsa con solidez la idea de reducir paulatinamente la intervención paternalista respecto de los menores, o en otras palabras, ir acrecentando progresivamente la participación responsable de los menores en el desarrollo de su propio rumbo de vida sin injerencias arbitrarias provenientes del Estado o del medio social.

Introduce el llamado principio del interés superior del menor, el cual de suyo abstracto, debe actualizarse a cada necesidad concreta, a cada circunstancia cultural específica y sobre todo, sin estandarizar u homologar su aplicación. En esta tesitura, ahora más que nunca la globalización ha difuminado los paisajes culturales otrora tan aparente y formalmente nítidos, por lo que no podemos hablar de una cultura dominante, sino de las culturas dominantes, de ahí la necesidad de adscribir cauísticamente el interés superior del menor en armonía con cada contexto humano, normativo, geográfico, etcétera que le sea benéfico a cada niña o niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño, hoy en día es el instrumento internacional en materia de derechos humanos, que cuenta con el mayor número de ratificaciones, con un total de 193 Estados parte, en tal virtud constituye por excelencia el *corpus iuris* internacional de protección de los derechos humanos. Únicamente no ha sido ratificada por Estados Unidos, quien la ha firmado pero no ratificado, en virtud de la prohibición de la pena

capital prohijada en la Convención, y Somalia, quien carece de un gobierno reconocido por lo que no puede ratificarla.¹³

Las niñas, niños y adolescentes no son propiedad de sus familias ni tampoco son objetos indefensos de la caridad, son seres humanos titulares de sus propios derechos. Por tanto el instrumento en comento implica: la consideración de los niños como personas a quienes la familia, la sociedad y el Estado les debe especial protección en razón de su condición de sujetos de derechos; su reconocimiento como personas y en consecuencia también de responsabilidades.

V. CONCLUSIÓN

Los avances en la protección nacional e internacional de los menores, son sólidos aunque insuficientes merced a los vertiginosos cambios que se presentan en el plano internacional; sólidos, en tanto que los factores de globalidad permean una nueva dimensión del ejercicio soberano que el Estado despliega sobre su población, en particular los niños; e insuficientes, en tanto que los poderes fácticos al interior de los Estados, y las redes transnacionales (lícitas o no), inciden preponderantemente en la actuación del Estado y en eventuales riesgos de afectación a los derechos de la infancia, aunado a que los instrumentos internacionales se basan en la buena fe de los Estados para su cumplimiento.

VI. BIBLIOGRAFÍA

CABO ANTONIO, Pisarello Gerardo del (ed.), *Constitucionalismo, Mundialización y crisis del concepto soberanía. Algunos efectos en América Latina y en Europa*, España, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2000.

¹³ “Convención sobre los Derechos del Niño. Las preguntas más frecuentes”, UNICEF, actualizado el 15 de febrero de 2006, véase en: http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html, consultado el 27 de septiembre de 2012.

- CANÇADO TRIDANDE, Antônio A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, México, Jurídica de las Américas, 2009.
- CASTILLO, Mireya, *Derecho internacional de los derechos humanos*, España, Tirant lo Blanch, 2003.
- CRAWFORD, James, *The Creation of States in International Law*, 2a. ed., Nueva York, 2006.
- FERNÁNDEZ, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, España, Tecnos, 2003.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001.
- PERRIN DE BRICHAMBAUT, Marc y DOBELLE, Jean-François, *Leçons de Droit International Public*, Presses de Sciences Po et Dalloz, París, 2002.
- REY CANTOR, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2008.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, *La cuestión étnica*, México, El Colegio de México, 2001.

Referencias

- Affaire Relative á l'application de la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide, C. I. J, 1997.
- Convención sobre los Derechos del Niño, Las preguntas más frecuentes, UNICEF, 2006, actualizado el 15 de febrero de 2006, consultado el 27 de septiembre de 2012, véase en http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html.
- Diccionario Jurídico Mexicano*, t. P-Z, Edición histórica, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009.