

ISSN 0719-210X

R E V I S T A
TRIBUNA
INTERNACIONAL

Publicación del Departamento de
Derecho Internacional

Volumen 2 / N°3 / 2013

FACULTAD DE
DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Rector de la Universidad de Chile

Víctor Pérez Vera
Av. Alameda Libertador Bernardo
O'Higgins 1058, Santiago

Representante legal

Roberto Nahum Anuch
Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Chile

Director Responsable

Mario Ramírez Necochea

Editoras de Contenidos

Rita Lages
Claudia Sarmiento Ramírez

Comité Editorial

Gonzalo Aguilar
José Carlos Fernández Rosas
Claudio Grossman
Mattias Kumm
Hugo Llanos
Cecilia Medina
Elina Mereminskaya
Mónica Pinto

Comité de Árbitros

Sergio Alburquenque Lillo (Chile)
Paulina Astroza (Chile)
Carolina Belmar (Chile)
María Paz Canales (Chile)
Alberto Coddou (Chile)
Zoya Galarza (Bolivia)
Nadia Franco-Bazán Ó Laighín (Panamá)
Rodrigo Lledó Vásquez (Chile)
Andrea Lucas Garín (Argentina)
Ignacio Mujica Torres (Chile)
Gloria Ramos Fuentes (Chile)
Marcela Ruiz Calderón (Chile)
Christian Sommer (Argentina)
Carolina Stefoni (Chile)
Gustavo Tocopillán (Argentina)
Miguel Torres (Cuba)
Cecilia Urbina (Chile)
Gustavo Luiz Von Bahten (Brasil)

Revista Tribuna Internacional

Publicación del Departamento de Derecho
Internacional de la Facultad de Derecho de
la Universidad de Chile
Volumen 2 / N° 3 / 2013
www.tribunainternacional.uchile.cl
ISSN: 0719-210X

Diseño y producción:

Productora Gráfica Andros Ltda.
www.androsimpresores.cl
Impreso en Chile/ Printed in Chile

ÍNDICE

Artículos

- Matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero y sus efectos jurídicos en Chile. Análisis crítico del artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil 9
Pablo Andrés Cornejo Aguilera
- La responsabilidad en el derecho penal internacional: una aproximación desde la filosofía de John Searle. Reflexiones a partir del caso Lubanga 33
Rodrigo A. González Fernández y M. Soledad Krause Muñoz
- Effectiveness of REDD programs in the protection of *sui generis* indigenous rights 55
Paloma Infante M.
- Los usos. Si las inversiones y operaciones comerciales en diversos sectores implican diversos riesgos y oportunidades, ¿por qué no se invocan adecuadamente “los usos” en el procedimiento arbitral? 83
Hernany Veytia

Comentarios de jurisprudencia

- La Orden de Medidas Provisionales del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el caso del buque de guerra ARA Libertad 113
Martín Cabrera Mirassou
- A Case of Equitable Maritime Delimitation: Nicaragua and Colombia in the Western Caribbean Sea 129
Paul S. Reichler

Recensiones

- “Guerra de las Malvinas. Noticia en desarrollo 1982-2012” 163
(Editorial *El Mercurio*, Santiago, 2012), de José RODRÍGUEZ ELIZONDO,
por Juan Emilio Cheyre
- “La Convención sobre Derechos del niño. Instrumento de progresividad
en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” 169
(Editorial Dykinson, Madrid, 2011), de María del Rosario CARMONA LUQUE,
por Lucía Rizik Mulet

“La Convención sobre Derechos del niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”

María del Rosario CARMONA LUQUE. 2011. Serie “Estudios Internacionales y Europeos de Cádiz”, Editorial Dykinson, Madrid.

POR LUCÍA RIZIK MULET¹

La monografía, inserta en la serie “Estudios Internacionales y Europeos de Cádiz”, publicada por la editorial Dykinson, en Madrid, en diciembre de 2011, consta de 498 páginas. Adjunta como material anexo, la Convención sobre Derechos del Niño y las Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño al tercer y cuarto Informes periódicos a España.

Analiza la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN o la Convención), instrumento relevante dentro de la protección internacional de los derechos humanos (en adelante PIDH), a la luz de sus aportes a la progresividad de la protección internacional de los mismos. Revela una minuciosa investigación fruto principalmente de su tesis doctoral, defendida en la Universidad de Cádiz en 2009.

El libro se estructura en tres capítulos, precedidos de la introducción y finaliza con conclusiones y anexos pertinentes.

Su objetivo de estudio es *la atención al niño y sus derechos es una demanda constante en nuestras sociedades.*

¹ Abogada, Universidad de Chile. “Diploma en Mediación”, Universidad Complutense de Madrid. Alumna de “Máster en Derecho Privado”, Universidad Carlos III de Madrid y de “Máster en Necesidades, Derechos y Cooperación para el Desarrollo de la Infancia”, Universidad Autónoma de Madrid. Contacto: luciarizik@gmail.com

Concretamente, el motivo que sustenta nuestro propósito, como indica el propio título de este trabajo, es intentar ofrecer una valoración de conjunto sobre la aportación de la Convención de 1989 al proceso de codificación y de desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos².

El Capítulo I es una aproximación a la CDN, analizando su oportunidad en el marco universal de las Naciones Unidas. Revisa la Convención como instrumento de codificación y de desarrollo progresivo, y luego entrega “*Algunas notas de progresividad de la Convención*”. Utiliza el concepto de progresividad de Pedro Nikken: “*fenómeno en virtud del cual el régimen de protección internacional de los derechos humanos tiende a expandir su ámbito de modo continuado e irreversible, tanto en lo que se refiere al número y contenido de los derechos protegidos, como en lo que toca a la eficacia y el vigor de los procedimientos en virtud de los cuales los órganos de la comunidad internacional puedan afirmar y salvaguardar su vigencia*”³.

Para Carmona Luque, la CDN es un tratado de derechos humanos *stricto sensu*, declarativo y categorial, y agrega otra característica: sería también un instrumento oportuno, *en tanto que permite cohesionar el tratamiento de una materia hasta entonces dispersa y lo hace imprimiéndole un alcance amplio y una perspectiva actual, respecto de la posición del niño como titular de derechos propios y al contenido de estos últimos*⁴.

Los aportes de la Convención como instrumento de progresividad serían:

1. La universalidad de la Convención, en cuanto al sujeto, en cuanto a los Derechos reconocidos y en cuanto al número de Estados que son parte.
2. Todos los derechos humanos: universales, indivisibles e interdependientes.
3. La interpretación progresiva que le da al instrumento el Comité de los Derechos del Niño.
4. La adopción de Protocolos facultativos relativos a situaciones especialmente sensibles que afectan a la infancia.

² CARMONA LUQUE, M. *La Convención sobre Derechos del niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Dykinson, 2011, p. 29.

³ *Ídem.*, p. 51.

⁴ *Ídem.*, p. 53.

Estos aportes se relacionan entre sí. Destaca la propuesta sobre la relación entre la universalidad de la CDN y su carácter holístico: *La universalidad de los derechos amparados por la Convención incidirá además en la afirmación de otra de sus notas esenciales: su carácter holístico. En efecto, la universalidad, interdependencia e indivisibilidad propia de los derechos humanos, y por tanto, también de aquellos proclamados en la Convención sobre los Derechos del Niño, permitirán comprobar la obligada atención global a todos ellos para una satisfactoria aplicación práctica de los mismos*⁵.

En definitiva, el capítulo entrega conceptos y antecedentes generales sobre la Convención en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Analiza referencialmente las fuentes históricas del instrumento, desarrolla los principios rectores para interpretar la Convención (la no discriminación del niño en el respeto de sus derechos, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y la atención de la opinión del niño en todos los asuntos que le afecten). Este capítulo es esencial para la propuesta de “núcleo esencial de derechos del niño”.

El Capítulo II indaga en la subjetividad del individuo en el derecho internacional de los derechos humanos. No se posiciona respecto del reconocimiento, contenido y alcance de esa subjetividad, refiriéndose a ella con el propósito de *tener en cuenta los diversos elementos esbozados por unas y otras teorías para analizar la posible aportación de la Convención sobre los Derechos del niño al desarrollo progresivo de cada uno de ellos*⁶. Atendiendo a las imprecisiones terminológicas del concepto “niño”, la autora sostiene que las dos posturas frente al término –ser a proteger v/s titular de derechos– son recogidas en la CDN. Examina la definición jurídica de “niño”, respecto de sus límites temporales –límite inferior y superior de edad– y los elementos extraídos del Preámbulo de la Convención y de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, interpretando el concepto. Además destaca los elementos que singularizan el concepto. *Conforme al artículo 1 y a la luz de la Convención de 1989, las limitaciones al concepto universal de niño, en lo que a su determinación temporal se refiere, puede proceder, como ya hemos advertido, de dos ámbitos: las regulaciones internas de los Estados partes (“...salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable...”) y el propio texto de la Convención (disposiciones en las que los límites de edad no coinciden con lo establecido en el artículo 1o. quedan indeterminados), y van a afectar, como*

⁵ *Ídem.*, p. 70.

⁶ *Ídem.*, p. 159.

*también hemos indicado, tanto al límite inferior de su existencia como a su límite superior de edad, ambos imprecisos en la definición contemplada en el artículo 1, si bien respecto al último se establece la importante referencia a los 18 años*⁷. Reconoce que la fórmula abierta del artículo 1 ha servido para interpretaciones más restrictivas, o para problemas interpretativos, donde la actuación del Comité de los Derechos del Niño (en adelante Comité), es decisiva para una interpretación y aplicación progresiva de la Convención. Así, para determinar los alcances y límites del concepto en la aplicación de la Convención, analiza las observaciones del Comité en supuestos como, aborto, consentimiento matrimonial, acceso al empleo, la ejecución de penas capitales, las mujeres embarazadas, entre otros. Los aportes del Comité resultan irrefutables, pero no podemos entregarnos únicamente al trabajo interpretativo que realiza para resguardar los derechos de los niños en situaciones especialmente riesgosas, como la participación en milicias o el acceso al empleo.

Son interesantes los criterios que utiliza para analizar el aporte de la Convención al concepto de niño en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la condición de individuo como poseedor de derechos y obligaciones, y de legitimidad para reclamar su cumplimiento; y *la posibilidad de devenir responsable por su infracción*⁸. Respecto de este último, vinculado a la evolución de la responsabilidad internacional del individuo, califica como *oportuna exclusión del niño como eventual responsable de crímenes internacionales al amparo del Estatuto de la Corte Penal Internacional*⁹.

El capítulo final plantea su teoría de un “núcleo esencial de los derechos del niño”. Observa tres perspectivas actuales desarrolladas para la PIDH. Primero se refiere a la teoría del “núcleo duro” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, luego examina la teoría del núcleo intangible, y finaliza proponiendo fundamentos para analizar la CDN desde la perspectiva del núcleo esencial.

Revela las limitaciones de la teoría del núcleo duro de los derechos humanos, y la descarta parcialmente, ya que se sustentaría en *criterios aritméticos de coincidencia en su proclamación convencional*” lo que *no responde satisfactoriamente a las exigencias de universalidad,*

⁷ *Ídem.*, p. 185.

⁸ *Ídem.*, p. 255.

⁹ *Ídem.*, p. 257.

*interdependencia, indivisibilidad y unidad innatas a los derechos humanos*¹⁰. Pero digo parcialmente pues, luego reflexiona sobre una nueva concepción de los criterios que identifican el núcleo duro: (...) *La respuesta a estas demandas puede venir probablemente de una nueva concepción respecto a los criterios identificadores de ese “núcleo duro” de los derechos humanos que atienda más a la determinación de los elementos esenciales del conjunto de estos derechos y su concreción en cada caso particular, que a la selección individual de algunos de ellos. A este objetivo parecen obedecer las pautas que rigen otras formulaciones de la cuestión, como la que a continuación presentamos*¹¹.

Frente a la teoría del núcleo intangible, es receptiva. Parece compatible con la indivisibilidad, interdependencia y universalidad de los derechos humanos y, además, responde al carácter progresivo y objetivo de los mismos. La teoría del núcleo intangible cimienta su propuesta de “núcleo esencial”, y así cumple su objetivo de *acentuar más la interrelación constante de los elementos intangibles de cada derecho con la dinámica del conjunto de todos ellos* (...) ¹².

El “núcleo esencial de los derechos del niño” implica una interrelación de todos los derechos y principios establecidos en la Convención. Dispone de los derechos en *tres esferas diferentes que presentamos de forma concéntrica para evidenciar con ello la progresiva y estrecha relación de derechos en ellas concentrados y sobre las que se proyectan, como elementos indiscutibles de interpretación, los principios generales de la Convención*¹³. Primero, aparece el niño, con su identidad y el derecho a la vida, pues este último le permite la atribución de cualquier otro derecho. Se incluyen: el derecho a la vida, el derecho a la supervivencia y desarrollo, el derecho a un nivel de vida adecuado, la prohibición de la aplicación de pena capital, la prohibición de torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, la protección contra toda forma de violencia, la definición jurídico-temporal del niño, el derecho al nombre, derecho a la nacionalidad y el derecho a la identidad en su triple proyección: genética, familiar y cultural. Luego, asoman aquellos derechos que tienen como propósito el desarrollo y la afectividad del niño en su entorno más cercano, denominándolo “*Entorno familiar: Seguridad / Estabilidad*”, e incluye la atención a la familia, la protección del niño en el entorno familiar y contactos en caso de separación del niño

¹⁰ *Ídem.*, p. 277.

¹¹ *Ídem.*, p. 278.

¹² *Ídem.*, p. 283.

¹³ *Ídem.*, p. 411.

de sus padres, la reunificación familiar y cuidados alternativos a la familia. Finalmente, aborda derechos relacionados vinculados a la formación y evolución del niño para convertirse en adulto, designándolo “*Entorno social: Desarrollo / Promoción*”. Comprenden el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a la protección contra todo tipo de violencia, situaciones de abusos o explotación, riesgo o desprotección y el derecho a la participación.

Los derechos definidos en estas esferas son dependientes entre sí. Para su interpretación, hay que estarse a los Principios Generales de la Convención: interés superior del niño, no discriminación, derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (que actúa como derecho y principio) y la atención a la opinión del niño en todos los asuntos que lo afecten.

De las propuestas realizadas en la monografía se destacan:

1. La oportunidad de la CDN en los términos expresados por Carmona Luque se enclava en un sentido histórico. La PIDH –incluidos los derechos de los niños– se ha ampliado en el número de los derechos y en la forma de protegerlos. A mayor abundamiento, la PIDH también se ha intensificado en la especificación de los derechos (discapacitados, mujeres, indígenas, niños). Esta expansión implica pasar de declaraciones a tratados, con todas las garantías que estos últimos instrumentos nos pueden aportar. Esta evolución ha sido gradual y continua, y la Convención integra dicha evolución. La perspectiva histórica entregada a modo de reseña, refuerza su propuesta de oportunidad de la Convención.

Demuestra que la CDN no es una excepción en la PIDH. Los derechos del niño no escapan de la positivización normativa, ni de la progresividad propia de los tratados internacionales de derechos humanos –por intermedio de la garantía mínima inicial– que, gracias a la interpretación jurídica, amplían el campo de acción de la norma. La propia Declaración de Derechos del Niño de 1959 instaba al reconocimiento de los derechos y a que se luchase por su observancia, con medidas legislativas y de otra índole, adoptadas progresivamente. Sin duda, determinados derechos, propósitos o compromisos no son inmediatamente realizables y su exigibilidad debe diferir en espera de condiciones más propicias.

Cabe preguntarse si, utilizando los mismos criterios para establecer la oportunidad de la Convención, sería posible sostener la oportunidad de suscribir un estatuto especial,

por ejemplo, para niños indígenas, considerando el requerimiento de medidas especiales para el pleno disfrute de sus derechos, y la situación de pobreza y vulnerabilidad que afrontan, además de las dificultades para el ejercicio de sus derechos.

2. Respecto de la progresividad, las novedades de la Convención de no distinguir entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales; considerar al niño sujeto de derechos y al mismo tiempo establecer obligaciones para el Estado en materia de protección, son elementos significativos para un estudio del desarrollo progresivo de este instrumento. Los elementos adicionales que destaca transforman su obra en bibliografía relevante respecto de la protección, promoción y desarrollo de los derechos de la infancia.

La autora procura analizar todos los elementos de progresividad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Convención. Sigue devotamente las recomendaciones del Comité, que sirve para salvar los problemas o limitaciones que presenta la Convención para el desarrollo progresivo en la PIDH, pero se extraña una voz crítica frente a determinadas situaciones que pueden significar un repliegue en el desarrollo progresivo de los derechos. Si bien menciona varias –por ejemplo, al analizar el principio de la no discriminación o la definición universal de niño–, las críticas son secundarias. Resultaría útil, por ejemplo, un análisis a las limitaciones que, como sujetos de derecho, han tenido los niños por no encontrarse vigente el Protocolo de Comunicaciones (abierto para la firma recién desde 2012). Reconocer la facultad del individuo para dirigirse de manera directa a organismos internacionales ha sido resistido permanentemente por los Estados, lo que puede explicar el contenido y alcance de los derechos que, en su carácter ambiguo, requieren de la voluntad de los Estados o de otros acuerdos, para que esos derechos evolucionen hacia garantías más completas. La ausencia de un Protocolo de Comunicaciones ha significado un retroceso para la PIDH, aspecto que debe ser puesto en relieve al analizar la Convención como instrumento de progresividad. El Protocolo permitiría a los niños (o sus representantes) llevar las violaciones de los derechos directamente al Comité, cuando las soluciones internas sean ineficaces. El Protocolo permitirá que el Comité pueda establecer consultas urgentes, cuando se le informe de violaciones graves o sistemáticas de los derechos, lo que sin duda es un aporte frente a la situación vigente. Los niños, en virtud de su situación de dependencia, requieren sistemas para el ejercicio de acciones destinadas a reparar la violación de sus derechos. Hoy, dicha labor está a cargo de organismos regionales: el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana,

quienes han dado aplicación material a múltiples aspectos de la Convención, mediante reclamaciones mayoritariamente presentadas en representación de los menores.

Comenta la crítica a la redacción de la Convención, respecto de que algunos artículos se plantean como una exigencia dirigida a los Estados y no como derechos de los niños, pero opta por destacar las soluciones que a esas dificultades ha propuesto el Comité.

3. Finalmente, su propuesta de “núcleo esencial de derechos del niño” es adecuada, en cuanto explora y profundiza en la PIDH, determinando su contenido, alcance y aplicación.

Es un libro útil, pues la CDN es un instrumento básico para establecer la normativa interna y orientar diversas materias relacionadas con niños –como el derecho de familia o el derecho penal– en ciento noventa y tres países. Desde esta perspectiva, el análisis de un núcleo esencial de derechos y la determinación de situaciones particulares que afectan dichos derechos, son relevantes para quienes se dedican a temáticas de infancia y adolescencia, sobre todo, en situación de riesgo y desamparo. La obra pone de relieve aspectos importantes del desarrollo progresivo en los derechos del niño y para el derecho internacional de los derechos humanos. Sus páginas denotan un gran esfuerzo investigativo y un excelente manejo de las fuentes.