
INCIDENCIA DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA PRECISION DEL *IUS COGENS* INTERNACIONAL

MARÍA DEL ROSARIO CARMONA LUQUE*

I. INTRODUCCIÓN.....	511
A. EL CONCEPTO DE <i>IUS COGENS</i> EN DERECHO INTERNACIONAL	514
B. FUENTES DE NORMAS LAS <i>IUS COGENS</i>	521
II. ANÁLISIS	526
A. LA CDN EN LA IDENTIFICACIÓN DE NORMAS DE <i>IUS</i> <i>COGENS</i> CONCERNIENTES A LOS DERECHOS DEL NIÑO	526
B. CRITERIOS IDENTIFICADORES QUE PERMITAN PRECISAR NORMAS IMPERATIVAS RESPECTO A LOS DERECHOS DEL NIÑO	528
III. CONCLUSIÓN	541

I. INTRODUCCIÓN

Un análisis actual de la Convención sobre los derechos del niño¹

* M. Rosario Carmona Luque es doctora en Derecho y profesora de Derecho Internacional Público en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España). Ha realizado diversas publicaciones sobre los derechos del niño en el Derecho Internacional. La presente obra se basa en el trabajo reconocido como Premio al Ensayo en Derechos Humanos (2011) por la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la American University, Washington, D.C.

1. Convención sobre los Derechos del Niño, 20 nov. 1989, 1577 U.N.T.S. 3, 102 [en adelante CDN]; véase también *Convención sobre los derechos del niño: Las Preguntas más frecuentes*, UNICEF, http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html (última visita 11 ago. 2011) [en adelante *CDN: Las Preguntas más frecuentes*] (planteando que la Convención sobre los derechos del niño constituye una referencia común para evaluar el progreso de la protección de los derechos de los niños).

(“CDN”) permite encontrar numerosas razones para considerar ampliamente logrado su anhelo de convertirse en el instrumento universal de referencia respecto a los derechos de los niños. La intensa trayectoria de este tratado, que sobrepasa ya los veinte años de vigencia y reúne bajo sus vínculos jurídicos a la práctica totalidad de los Estados que hoy conforman la comunidad internacional,² nos ofrece en efecto diversos ángulos desde los que su aportación al desarrollo evolutivo del Derecho internacional de los derechos humanos se pone de manifiesto. Muestra de ellos son: la reforzada percepción del niño como titular de derechos propios;³ la progresiva interpretación del contenido de estos últimos;⁴ y la importancia de la implicación de amplios sectores sociales para su efectiva implementación, desde los Estados y entidades internacionales⁵ a los gobiernos y sus ordenamientos domésticos,⁶ pero también los padres

2. Véase *CDN: Las Preguntas más frecuentes*, *supra* nota 1 (observando que la Convención sobre los derechos del niño ha sido el tratado de derechos humanos más ampliamente ratificado con la excepciones de Somalia y los Estados Unidos de América).

3. Véase Miguel Cillero Bruñol, *Infancia, autonomía, y derechos: una cuestión de principios*, INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y ADOLESCENTES, parte III.b., http://www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf (última visita 12 ago. 2011) (“Esta nueva concepción se basa en el reconocimiento expreso del niño como sujeto de derecho, en oposición a la idea predominante de niño definido a partir de su incapacidad jurídica.”); véase también *CDN: Las Preguntas más frecuentes*, *supra* nota 1 (“Niños y niñas no son ya ni la propiedad de sus padres ni los beneficiarios indefensos de una obra de caridad. Son seres humanos y los titulares de sus propios derechos”).

4. Véase, *por ejemplo*, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 1, ¶¶ 5-14, O.N.U Doc. CRC/GC/2001/1 (17 abr. 2001) (interpretando ampliamente el ámbito del artículo 29 del la CDN señalando que el derecho a la educación del los niños incluye más objetivos de los enumerados en la CDN y proponiendo currículos multidisciplinario que supera una educación básica).

5. Véase FRANCISCO PILOTTI, GLOBALIZACIÓN Y CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: EL CONTEXTO DEL TEXTO, en 10, O.N.U. N° Venta S.01.II.G.65 (2001), disponible en http://www.eclac.org/publicaciones/xml/4/7024/lcl1522e_.pdf (comentando que la Convención “asigna responsabilidades a la familia, la sociedad civil, la cooperación internacional y, especialmente, al Estado”).

6. *Por ejemplo*, CDN, *supra* nota 1, art. 4 (“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.”); *id.* art. 44 (refiriendo a los informes obligatorios que los Estados tienen que presentar sobre el estatus de los derechos del niño en su país).

o responsables legales del niño, los profesionales de los diversos campos que actúen en el ámbito de sus relaciones, y la propia sociedad civil.⁷

El gran nivel de desarrollo de este tratado internacional es posible tanto por el extenso ámbito de aplicación que sus años de existencia y su universal ratificación le han permitido desplegar, como por la dinámica y fundamental tarea desarrollada por su órgano de control, el Comité de los derechos del niño.⁸ En efecto, dicho Comité ha impulsado la evaluación e implementación de la CDN a través del sistema de recepción y análisis de informes periódicos de sus Estados partes y ha iluminado la interpretación de los derechos proclamados en la CDN y las exigencias de ellos derivados mediante una importante labor doctrinal desarrollada a través de diversos instrumentos, como las Observaciones generales o los días de debate general.

Este estudio propone adentrarse un poco más en los mimbres estructurales del Derecho internacional y las aportaciones que en su evolución pueden derivarse de la CDN. Concretamente, el presente trabajo enfocará la incidencia de la CDN respecto a una figura controvertida e imprecisa pero de incuestionable y fundamental relevancia en el Derecho internacional actual: el *ius cogens* internacional. Esta figura manifiesta los avances y desarrollos logrados en el inicialmente concebido como ordenamiento jurídico destinado a regular las relaciones de un grupo reducido de Estados y hoy impregnado por las notas de universalidad, humanización, y socialización que permiten proclamarlo como rector de una comunidad internacional más amplia y compleja, con fines más generales y diversos.⁹

7. Véase PILOTTI, *supra* nota 5, en 10; véase también CDN: *Las Preguntas más frecuentes*, *supra* nota 1 (discutiendo que la complejidad involucrada en el cambio sociocultural que se llevara a cabo a raíz de los requisitos de la Convención, se extiende a los ámbitos culturales, políticos e institucionales al ser quienes llevarán el proceso de difundir los principios de la Convención).

8. CDN, *supra* nota 1, arts. 43-44 (estableciendo el Comité de los derechos del niño con la finalidad de examinar el progreso realizado en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados partes).

9. Cf. ROBERT KOLB, THÉORIE DU IUS COGENS INTERNATIONAL: ESSAI DE RELECTURE DU CONCEPT [Teoría de *ius cogens* internacional: Ensayo de relectura del concepto] 19-20 (2001) (sugiriendo que el *ius cogens* refleja la aparición de

Se analizara en qué medida la consolidación y desarrollo de los derechos del niño en el Derecho internacional, amparados notablemente por la CDN permiten concretar algunos elementos del *ius cogens* internacional.

Primero, será necesario estudiar el marco del *ius cogens* en el Derecho internacional, que permitirá perfilar algunos aspectos esenciales de estas normas y de su proceso de identificación. Posteriormente se analizara sus posibles consecuencias hacia los derechos del niño y las posibles aportaciones de la CDN al respecto.

A. EL CONCEPTO DE *IUS COGENS* EN DERECHO INTERNACIONAL¹⁰

Al discutir el concepto de normas de *ius cogens* se parte de su amplia aceptación en el contexto jurídico internacional.¹¹ Sin embargo, esto no impide reconocer el importante debate doctrinal respecto a su identificación y a su efectiva relevancia.¹²

Las normas de *ius cogens* están reconocidas en el Derecho

una comunidad internacional y que forma parte de una ideología interdisciplinaria que incluye muchos no-juristas trabajando en problemas actuales en la comunidad internacional).

10. Véase generalmente MARÍA DEL ROSARIO CARMONA LUQUE, LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: INSTRUMENTO DE PROGRESIVIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (2011).

11. Véase generalmente ANTONIO GÓMEZ ROBLEDO, EL *IUS COGENS* INTERNACIONAL: ESTUDIO HISTÓRICO-CRÍTICO (2003); Robert Kolb, Jus Cogens, *intangibilité, intransgressibilité, dérogation "positive" et "négative"* [Ius cogens: *intangibilidad, inviolable, no obstante lo "positivo" y "negativo"*], 109 REVUE GÉNÉRAL DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC [REVISTA GENERAL DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO] 305 (2005).

12. Véase, por ejemplo, GÓMEZ ROBLEDO, *supra* nota 11, en 27-36 (relatando los debates en Comisión de Derecho Internacional sobre el carácter del concepto de *ius cogens* y su función en la Convención de Viena sobre el derecho de tratados); SIR IAN SINCLAIR, THE VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES [LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS] 218-20 (2ª ed. 1984); Paul Tavernier, *L'identification des règles fondamentales, un problème résolu?* [La identificación de las reglas básicas: un problema resuelto] en THE FUNDAMENTAL RULES OF THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER: *JUS COGENS* AND OBLIGATIONS *ERGA OMNES* [LAS LEYES FUNDAMENTALES DEL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL: *IUS COGENS* Y OBLIGACIONES *ERGA OMNES*] 1, 1 (Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin, eds., 2006) (resaltando la posición histórica de Francia, contraria a la proclamación y regulación internacional de las normas de *ius cogens*, pero afirmando que la oposición francesa a las normas *ius cogens* ya ha terminado).

internacional contemporáneo como normas imperativas de alcance general e inderogables, que expresan unos valores esenciales de la comunidad internacional en su conjunto y pretenden responder a unos intereses colectivos del grupo social al que se dirigen. Estas normas imponen una jerarquía en la que ellas gozan del mayor rango y no admiten exclusión ni modificación de sus contenidos salvo mediante normas posteriores de igual naturaleza, generando la nulidad de todo acto contrario a ellas.¹³ Estas normas hacen derivar obligaciones *erga omnes*,¹⁴ y con ello un particular régimen de tutela colectiva¹⁵ y de responsabilidad, aunque no plenamente desarrollado en el momento actual del Derecho Internacional.¹⁶ Las normas de *ius cogens* gozan además de un carácter dinámico, que permite adaptar

13. Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, arts. 53, 64, *abierto para firma* 23 mar. 1969, 1155 U.N.T.S. 331, 443 [en adelante CVDT].

14. Véase Stefan Kadelbach, *Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules—The Identification of Fundamental Norms* [*Ius cogens, obligaciones erga omnes y otros derechos—La identificación de normas fundamentales*] en *THE FUNDAMENTAL RULES OF THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER: JUS COGENS AND OBLIGATIONS ERGA OMNES* [LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL: *IUS COGENS* Y OBLIGACIONES *ERGA OMNES*] 21, 26, 35-36 (Christian Tomschat and Jean-Marc Thouvenin, eds. 2006) (definiendo *erga omnes* como un concepto de responsabilidad del Estado en que el Estado debe obligaciones hacia la comunidad internacional que incluyen la prohibición contra el genocidio y esclavitud); Alain Pellet, *Conclusions en THE FUNDAMENTAL RULES OF THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER: JUS COGENS AND OBLIGATIONS ERGA OMNES* 417, 418 (Christian Tomschat and Jean-Marc Thouvenin, eds. 2006) (“le caractère cogens d’une norme concerne la qualité du contenu même de celle-ci; l’expression erga omnes attire plutôt l’attention sur ses destinataires.”); véase también Kadelbach, *supra* en 26-28 (reconociendo la ambigüedad distinguiendo las obligaciones *ius cogens* y *erga omnes*; porque sus normas coinciden); Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Droit International et souveraineté des États: Cours Général de Droit International Public [Derecho internacional y soberanía de los estados: Curso general de Derecho internacional público]* en 257 *RECUEIL DES COURS DE L’ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE [SELECCIÓN DE CURSOS DE LA ACADEMIA DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA HAYA]* 144 (1996).

15. Véase JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO, *CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO* 193 (1996) (destacando que un desarrollo importante del Derecho internacional ha sido el concepto que el Estado que violó una norma internacional que afecta a la comunidad internacional en su conjunto, permite que cualquier miembro de la comunidad internacional imponga sanciones, al igual que el Estado víctima).

16. *Id.* en 211 (“[L]os procedimientos destinados a asegurar la aplicación del Derecho y el cumplimiento de las obligaciones jurídicas internacionales *no están institucionalizados en Derecho internacional general*”). (énfasis en original).

su evolución a las necesidades y aspiraciones de la comunidad internacional a la que se vinculan y que pone de manifiesto la dependencia del consenso general de los Estados para su progresiva creación, modificación y desarrollo.¹⁷

Estos aspectos pueden derivarse de las definiciones de las normas de *ius cogens* ofrecidas primero en los Convenios de Viena sobre el derecho de los tratados¹⁸ y posteriormente por la Comisión de Derecho Internacional, en su Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados.¹⁹

En el momento actual de la evolución del orden jurídico internacional, las normas de *ius cogens* o normas imperativas de Derecho internacional general son una muestra de la transformación operada en la sociedad internacional a la que dicho orden está llamado a regular. Esta evolución pasa de un modelo de yuxtaposición de Estados a otro más universal, organizado e institucionalizado, que proyecta sus consecuencias en el orden jurídico que lo regula, las relaciones entre sus sujetos, y la responsabilidad generada por su violación.²⁰

17. Véase *id.* en 90; véase también JULIO GONZÁLEZ CAMPOS ET AL., CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO 289-90 (2ª ed. 2008) (explicando que las normas internacionales en momento de ejecución cuando no son “self-executing”, dependen de la acción de los estados a nivel interno; pero normas internacionales “self-executing” no requieren ayuda de los órganos internos para ser implementadas de inmediato).

18. CVDI, *supra* nota 13, art. 53 (“[U]na 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”.); acorde Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales art. 53, *abierto para firma* 21 mar. 1986, 25 I.L.M. 543, *disponible en español en* <http://www.dipublico.com.ar/instrumentos/14.html>.

19. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Res. A.G. 56/83, Doc. O.N.U. A/RES/56/83 (28 enero 2002).

20. Véase CARILLO SALCEDO, *supra* nota 15, en 144-45 (argumentando que el contexto distinto de Derecho internacional contemporáneo, con su proliferación de organizaciones internacionales, ha institucionalizado el arreglo de controversias, aunque el Derecho internacional mantenga su carácter voluntario, y ahora los Estados tienen la obligación de rendir cuentas de sus acciones ante organizaciones internacionales).

En este contexto, se ha señalado que la existencia de normas imperativas de *ius cogens* responde a la necesaria complementariedad entre voluntariedad de los Estados y obligatoriedad extrínseca, cuya dosificación y equilibrio fundamenta hoy en día el Derecho internacional.²¹ Sin relegar los tradicionales principios de soberanía e igualdad de los Estados y reforzando el ulterior principio de cooperación, la transformación de la sociedad internacional contemporánea se encuentra informada por el nuevo principio de solidaridad. Este principio incorpora la función social del Derecho internacional e intenta acomodar la actuación de los Estados a la protección jurídica de unos valores e intereses colectivos esenciales para la comunidad internacional en su conjunto.²² De esta manera se generan obligaciones hacia todos los componentes de esta comunidad que devienen por ello obligaciones *erga omnes*.²³

La euforia que esta atractiva presentación del cambio operado por las normas de *ius cogens* en el orden jurídico internacional pudiera provocar, debe reprimirse teniendo en cuenta los límites que la realidad impone con respecto a la determinación del contenido de estas normas superiores²⁴ y las consecuencias de su incumplimiento por los Estados. Incluso si se ha llegado a proclamar que “el *ius cogens* existe porque ello es lógico y necesario”, ello se ha hecho con el reconocimiento asimismo de los problemas que plantea su

21. Véase Prosper Weil, *Le Droit International en quête de son identité: Cours Général de Droit International Public* [El Derecho internacional en búsqueda de su identidad: Curso general de derecho internacional público] en 237 RECUEIL DES COURS DE L'ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE [SELECCIÓN DE CURSOS DE LA ACADEMIA DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA HAYA] 9, 267 (1996) (explicando que las normas de *ius cogens* tienen el mismo origen que las normas ordinarias—la voluntad de los Estados; pero que los Estados no son libres de derogar ciertas reglas de Derecho internacional y estas se imponen como reglas superiores que anulan la voluntad del Estado).

22. Cf. CARILLO SALCEDO, *supra* nota 15, en 219-20 (notando que una violación de obligaciones internacionales sobre los derechos humanos puede justificar aún que terceros Estados adopten medidas o sanciones en contra del Estado que violó la obligación).

23. Véase *id.* (“[P]or su misma naturaleza las obligaciones *erga omnes* conciernen a todos los Estados”).

24. Tavernier, *supra* nota 12, en 19 (planteando que no debe asombrar que el problema de la identificación y la determinación de las normas fundamentales es un problema no resuelto y que puede ser un problema que no se resolverá).

definición, la identificación de su contenido y sus efectos.²⁵ Estas dificultades pueden llevar a considerar que el surgimiento y la progresiva consolidación de normas internacionales estimadas imperativas, con carácter general y así aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto, han logrado mejores resultados en el plano de los principios que en su desarrollo normativo e institucional. En ese sentido y salvo algunas excepciones consolidadas, el reconocimiento y aceptación del *ius cogens* se impone más como principio incuestionable y necesario de un orden público internacional actual, que como una relación concreta e identificada de normas.²⁶

El contenido preciso y los posibles procedimientos de represión por la violación de las normas imperativas de Derecho internacional general, quedan por lo tanto a la sombra de una mayor aceptación general de su proclamación formal como referente básico del Derecho internacional contemporáneo.²⁷ Esta situación responde, en

25. Pellet, *supra* nota 14, en 419 (citación original en francés).

26. Pero véase KOLB, *supra* nota 9, en 19-29. Kolb realiza una importante crítica a lo que califica de “impérativolatricie” y afirma que el *ius cogens* se ha convertido actualmente en un mito. *Id.* en 23-25. Esta caracterización se debe a que el *ius cogens* pasa de ser una razón de invalidez o nulidad de los tratados por la ilicitud de su objeto a reconstruirse como un principio-pivote de un Derecho internacional nuevo, en tanto que vehículo de una modificación estructural del orden jurídico internacional. *Id.* en 24. Justificando la unidad de la noción de derecho imperativo en los órdenes internos y en el Derecho internacional, el autor propone una relectura de la noción de *ius cogens* para llevarlo a lo que él considera que son sus proporciones reales, en tanto que técnica del derecho que tiende al mantenimiento de la unidad e integridad de un régimen jurídico y que se identifica con el derecho público en el sentido más amplio. *Id.* en 29.

27. Entre las limitaciones a las que se enfrenta la efectiva represión de la violación de este tipo de normas, hay que señalar la confrontación de una verdadera *actio popularis* con el principio de jurisdicción voluntaria que impera en el Tribunal Internacional de Justicia. Véase Jean-François Flauss, *La compétence civile universelle devant la Cour européenne des droits de l'Homme* 53 REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME 156 (2003); Jean-François Flauss, *Répression des actes de torture et compétence civile universelle (à propos de l'arrêt Al Adsani de la Cour européenne des droits de l'homme)*, 19/7116 LE DALLOZ 1246 (2003) (Fr.); Fouad Zarbiev, *Quelques observations sur le traitement de l'exception d'immunité juridictionnelle de l'Etat étranger par la Cour européenne des droits de l'Homme* 59 REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME 621 (2004). Pero véase, por ejemplo, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Dem. Rep. Congo v. Rwanda)*, Judgment, 2006 I.C.J. 6 (Feb. 3), para una ilustración de los límites jurisdiccional de la Corte Internacional de Justicia al

cierto sentido, a la lógica prudencia que el establecimiento de límites a la acción soberana de los Estados impone para su efectiva implementación.²⁸ Las dificultades señaladas en la determinación del contenido del *ius cogens* en Derecho internacional pueden asimismo explicarse fácilmente por la complejidad que conlleva todo intento de búsqueda de valores e intereses comunes en la actual comunidad internacional, cada vez más amplia, heterogénea y con diversos sistemas culturales y de desarrollo económico.²⁹

Las sucesivas referencias de los instrumentos internacionales a las normas imperativas de Derecho internacional general nos conducen hacia una noción de *ius cogens* que se impone en la comunidad internacional en su conjunto porque, como ha sido apuntado desde la doctrina, la convicción de su existencia, proviene de ella.³⁰ Por lo

respecto de violaciones de normas imperativas de Derechos internacional por causa que la jurisdicción de la Corte es basado en el consentimiento de los Estados. Asimismo en *Al-Adsani v. United Kingdom*, 2001-XI Eur. Ct. H.R. 79, aunque la Corte Europeo de Derechos Humanos reconoció expresamente el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura, *id.* ¶ 61, concluyó que no se ha establecido una base en el Derecho internacional para negar a los Estados inmunidad en casos civiles en los tribunales de otros Estados cuando se alegan actos de tortura, *id.* ¶ 66.

28. Véase Rafael Casado Raigón & Eva María Vázquez Gómez, *La Impronta del Ius Cogens en el Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, en 1 SOBERANÍA DEL ESTADO Y DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO 343-352 (2005) (señalando la oscuridad conceptual que produce la preferencia de la Comisión de Derecho Internacional, por la expresión “obligación que existe en relación a la comunidad internacional en su conjunto”, en lugar de la fórmula de *ius cogens*, lo cual se atribuye al miedo de los Estados a la noción y la identificación de normas que les obliguen con independencia de su voluntad).

29. Véase, por ejemplo, Mireille Delmas-Marty, *Les crimes internationaux peuvent-ils contribuer au débat entre universalisme et relativisme des valeurs? [¿Pueden contribuir los crímenes internacionales al debate entre universalismo y relativismo de valores?]* en CRIMES INTERNATIONAUX ET JURISDICTIONS INTERNATIONALES [CRÍMENES INTERNACIONALES E INTERNACIONALES JURISDICCIÓNES] 59, 59 (Antonio Cassese y Mireille Delmas-Marty, eds. 2002) (notando que la internacionalización del derecho penal requiere que hable de los valores comunes de la humanidad, aunque puede parecer provocativo o ingenuo, porque la búsqueda a los valores comunes es la única que permite escapar de la venganza y construir una paz durable).

30. Véase, por ejemplo, Pellet, *supra* nota 14, en 419 (destacando la importancia del paso de la referencia a “la comunidad internacional de Estados en su conjunto” en el artículo 53 de la CVDT, a la mención a la “comunidad internacional en su conjunto” en el proyecto de artículos de la Comisión de

tanto, pensar en la comunidad internacional actualmente implica superar el limitado ámbito de los Estados, que son soberanos y sujetos primeros del orden jurídico internacional, para atender también a otros sujetos y actores que forman parte de la comunidad internacional y cuyo conjunto obliga a vincular el eventual contenido del *ius cogens* a unos valores e intereses comunes a todos ellos.³¹ Pero no deja de ser una labor aún en proceso el advertir esta entidad más plena y compleja en el actual orden internacional, establecer criterios que permitan determinar los valores e intereses comunes a sus miembros y lograr la aceptación al respecto de los Estados, cuya voluntad soberana permanece de manera privilegiada en el proceso normativo internacional y su efectiva aplicación.³²

Como fue indicado en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, la requerida aceptación y reconocimiento internacional de las normas de *ius cogens* por la comunidad de Estados en su conjunto, no exige la unanimidad al respecto, basta una amplia mayoría,³³ representativa del grupo al que tales normas van dirigidas.³⁴ Ello no resta sin embargo dificultad a este reto, especialmente si se tiene en cuenta la referida ausencia de unos criterios determinados para proceder a tal identificación³⁵ y la

Derecho Internacional de 2001 sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos).

31. Véase Casado Raigón & Vazquez Gómez, *supra* nota 28, en 360 (refiriéndose a la expresión contenida en la sentencia de 1970 del Tribunal Internacional de Justicia en el asunto Barcelona Traction, y señalando que “la referencia a la ‘comunidad internacional en su conjunto’ es esencial no sólo en la búsqueda del lesionado sino también en la calificación del hecho y en la decisión de sus consecuencias”).

32. Véase CARRILLO SALCEDO, *supra* nota 15, en 145 (1996) (planteando que la institucionalización del derecho internacional contemporáneo no ha eliminado la importancia de los Estados porque la soberanía de los Estados está en el base de esa institucionalización).

33. GÓMEZ ROBLEDO, *supra* nota 11, en 90-91.

34. Pero véase *id.* en 153-54 (destacando la imposibilidad con la que se encontró la Comisión de Derecho internacional de lograr un consenso por parte de los Estados al respecto y refiriendo la opción final de la Comisión de adoptar un criterio puramente formal y dejar a la práctica de los Estados y a la jurisprudencia la labor de ir dotando de contenido al *ius cogens*).

35. *Id.* en 167-70. Ante esta situación, el profesor Eric Suy, propone los siguientes criterios para elucidar los derechos humanos que pertenecen al *ius cogens*: (1) no es concebible que dos Estados concluyan un acuerdo derogatorio de ese derecho; (2) los textos oficiales no autorizan a los Estados partes en un tratado

complejidad que implica la prueba de conductas negativas, como así resultan generalmente las obligaciones que derivan de estas normas imperativas.

B. FUENTES DE NORMAS LAS *IUS COGENS*

Las dificultades respecto a la determinación del contenido de las normas de *ius cogens* quedan íntimamente vinculadas a las cuestiones relativas a la autoridad facultada para llevarla a cabo y a las fuentes para ello empleadas. En cuanto a dicha autoridad podría resultar lógico pensar que si el concepto de *ius cogens* queda vinculado a la comunidad internacional en su conjunto, le corresponda a ésta pronunciarse sobre la naturaleza imperativa de tales normas. Sin embargo, las dificultades para determinar los componentes de la comunidad internacional y, sobre todo, los recelos que esta versión “democrática” de la autoridad internacional puede provocar, conduce a adoptar una posición más pragmática al respecto.³⁶ La práctica internacional nos sitúa ante una interesante e importante respuesta, a través de la jurisprudencia de los tribunales internacionales y no directamente por los Estados, mediante sus acuerdos o declaraciones expresas.³⁷

La intervención del Tribunal Internacional de Justicia queda legitimada por las atribuciones que al respecto le fueron concedidas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.³⁸ Y en este marco, cabe señalar las iniciales aportaciones de este tribunal en una jurisprudencia que sin emplear el término *ius cogens* ha permitido reconocerlo en sus referencias a la existencia de obligaciones fundadas “on certain general and well recognized principles, namely: elementary considerations of humanity”.³⁹ Estas

a derogar algunas cláusulas; (3) la comunidad internacional considera la violación de una norma *ius cogens* como un crimen internacional. *Id.* en 168-70.

36. Véase Tavernier, *supra* nota 12, en 3.

37. Véase, por ejemplo, JOSÉ MANUEL CORTÉS MARTÍN, LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES: CODIFICACIÓN Y DESARROLLO PROGRESIVO DE SU RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL 125-27 (2008) (notando que la Corte Internacional de Justicia tradicionalmente ha sido reacia a emplear el concepto de *ius cogens* pero que recientemente lo afirmó por primera vez en el asunto de Actividades armadas en el territorio del Congo).

38. Véase Tavernier, *supra* nota 12, en 6.

39. Casado Raigón & Vazquez Gómez, *supra* nota 28, en 343-44 (comparando

contribuciones de la jurisdicción universal iban esbozando un atractivo camino en la labor de identificación y reconocimiento de las normas superiores del orden jurídico internacional en su conjunto, aunque durante largo tiempo evitaron la mención expresa del concepto *ius cogens*, dejándolo sólo adivinarlo bajo fórmulas alternativas como “*intransgressible principles of international customary law*”, “*obligations erga omnes*”, etc.⁴⁰ Finalmente, con la sentencia de 3 de febrero de 2006 sobre actividades armadas en territorio del Congo, el Tribunal Internacional de Justicia se refiere por primera vez expresamente a normas imperativas de *ius cogens*, que identifica en este caso en la prohibición del genocidio⁴¹. Pero este gran paso no se acompaña con mayores logros respecto a las limitaciones derivadas del carácter voluntario de esta jurisdicción.⁴²

Ello obliga por lo tanto a mirar hacia las aportaciones de otras instancias jurisdiccionales internacionales que ponen con ello de manifiesto la ausencia de monopolio del Tribunal Internacional de Justicia en esta materia. Otras jurisdicciones internacionales nos ofrecen una posición más dispuesta a pronunciarse abiertamente sobre la existencia de normas de *ius cogens*.⁴³ Con un alcance más o menos amplio, según los casos, podemos apreciarlo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁴; de la

el lenguaje utilizado en el asunto del Estrecho de Corfú, donde se señala “certains principes généraux et bien reconnus, tels que considérations élémentaires d’humanité”, con el lenguaje del dictamen sobre las Reservas a la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio que se refiere a los “principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel” para demostrar que la Corte no intentó crear dos categorías de obligaciones *erga omnes*. Y destacando la distinción posteriormente establecida por la Corte en el asunto Barcelona Traction -1971- entre “the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection”).

40. Véase generalmente Tavernier, *supra* nota 12.

41. Armed Activities on the Territory of the Congo (Dem. Rep. Congo v. Rwanda), Judgment, 2006 I.C.J. 6 (Feb. 3).

42. Véase Estatuto de la Corte Internacional de Justicia art. 36, 26 jun. 1945, 3 Bevens 1153 (notando el reconocimiento de la competencia de la Corte a través de declaraciones de los Estados).

43. Por ejemplo Tavernier, *supra* nota 12, en 10 (planteando que La Corte Interamericana de los Derechos Humanos se ha demostrado menos restrictiva y mucho más abierta al *ius cogens*).

44. *Id.* en 9. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró en el asunto *Al-Adsani* que las normas del *ius cogens* en relación a la tortura proceden de “une

Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴⁵; y de manera rotunda, del Tribunal Internacional Penal para la Ex-Yugoslavia.⁴⁶

Además de las aportaciones jurisprudenciales señaladas, existen contribuciones de otras entidades internacionales,⁴⁷ así como diversos listados señalados a estos efectos desde la doctrina.⁴⁸ Especial atención nos merece la labor realizada por la Comisión de Derecho Internacional desde el ámbito de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos.⁴⁹ En su Proyecto de artículos sobre esta materia, la Comisión pasó de definir los crímenes internacionales como elementos distintos a los delitos internacionales, a la posterior supresión de esta referencia y su sustitución por la fórmula más genérica de “violaciones graves de obligaciones que emanan de normas imperativas de derecho internacional general”.⁵⁰ La Comisión justificó la desaparición del listado precedente de crímenes internacionales al considerar que no

regle imperative du droit international” pero solo en el ámbito penal. *Id.* En cuanto a los asuntos de ámbito civil, como los crímenes contra la humanidad, la Corte sugirió en *Karogelopoulou* que no derivan del *ius cogens* en el estado actual del Derecho internacional. *Id.*

45. *Id.* en 10-11 (citando la atribución del carácter de *ius cogens* al principio de igualdad y de no discriminación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el reconocimiento por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la prohibición de la ejecución de menores de edad como una norma de *ius cogens*).

46. *Id.* en 8 (refiriendo el dictamen del Tribunal que afirmó que el *ius cogens* está siempre referido en relación a la tortura, el genocidio y la protección de civiles durante conflictos armados); véase también *Prosecutor v. Furundzija*, Case N° IT-95-17/1-T, Judgment (Int’l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Dec. 10, 1998) (prohibición de la tortura); *Prosecutor v. Jelusic*, IT-95-10-T, Judgment (Int’l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Dec. 14, 1999) (genocidio); *Prosecutor v. Kupresic*, IT-95-16-T, Judgment (Int’l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Jan. 14, 2000) (crímenes de guerra, contra la humanidad y genocidio); *Prosecutor v. Krstic*, IT-98-33-T, Judgment (Int’l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Aug. 2, 2001) (genocidio).

47. *Por ejemplo*, Tavernier, *supra* nota 12, en 11 (mencionando varios tribunales arbitral como el tribunal establecido en acuerdo con la Convención para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico del Nordeste).

48. Véase GÓMEZ ROBLEDO, *supra* nota 11, en 158-60.

49. Véase Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53° Per. Ses., 23 abr. - 1 jun. 2001, 2 jul. - 10 ago. 2001, O.N.U. Doc. A/56/10; 53° Per. Ses., Sup. N° 10 (2001).

50. Véase *id.* en 299-316.

era apropiado ofrecer tales ejemplos, como tampoco lo hacía la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en su artículo 53.⁵¹ También advirtió que, en todo caso, “las obligaciones a las que se refiere . . . dimanar de aquellas normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales”.⁵² No obstante, en sus comentarios al Proyecto de artículos, la Comisión se refirió expresamente a la prohibición de la agresión, del genocidio, de la esclavitud, la discriminación racial, el apartheid y la tortura.

En cuanto a las fuentes de identificación de las normas de *ius cogens*, no resulta unánime entre la doctrina la determinación de aquellas consideradas apropiadas para ello. Las diversas opiniones doctrinales al respecto van desde la amplia aceptación, en principio, de cualquier procedimiento de producción normativa propio del sistema internacional; hasta la preferencia de algunas fuentes en concreto, como los principios generales del Derecho o la costumbre internacional; o incluso la definitiva exclusión de algunas fuentes para estos fines, afectando esta postura tanto a los tratados, como a las costumbres o a los principios generales del Derecho.⁵³

También se ha apuntado la remisión a los procedimientos establecidos en la Carta de Naciones Unidas, destacando el papel que cabría atribuir en ese contexto a la Asamblea General y señalando el carácter más problemático que plantearía el Consejo de Seguridad, en razón de su composición. Igualmente se ha aludido a los órganos de ciertas instituciones especializadas u organizaciones de vocación universal para ejercer funciones de orden legislativo en la actual sociedad internacional de transición, e incluso se ha ponderado la posibilidad de crear órganos específicos para este fin.

En cualquier caso y, como ha sido apuntado por la Comisión de Derecho Internacional, el carácter cogente de estas normas no se hace derivar de la forma que adopte la regla general de Derecho

51. *Id.* en 305.

52. *Id.*

53. Véase generalmente GÓMEZ ROBLEDOS, *supra* nota 11, en 79-89 (discutiendo las varias fuentes de Derecho internacional).

internacional en la que se manifieste, esto es, de su proceso de formación, sino de la naturaleza de la materia, o sea, de su objeto,⁵⁴ lo que en definitiva remite a la importancia misma del contenido de la norma y su reconocimiento por la comunidad internacional en su conjunto. Las normas de *ius cogens* representan en definitiva una jerarquía de normas, no de fuentes, en el Derecho internacional. Por lo tanto, parecen válidas todas las fuentes reconocidas para la formación del Derecho internacional a efectos de demostrar la implementación de tales normas como valores esenciales y generalmente reconocidos por la comunidad internacional. No obstante, dichas normas de *ius cogens* quedan sujetas a distintos criterios para su efectividad conforme a las particularidades de su formación (alcance general de la ratificación de los tratados y precisión de sus disposiciones, y prueba de la práctica consuetudinaria) y en una continua e importante interrelación entre ellas.⁵⁵

El resultado de las aportaciones señaladas y de las discusiones doctrinales generadas al respecto es una diversa relación de normas identificadas como *ius cogens*, no siempre coincidente⁵⁶ pero entre las que destacan un selecto y reducido grupo hacia el que convergen todas las opiniones. En este grupo están los ejemplos de la prohibición del uso de la fuerza; la libre determinación de los pueblos; la igualdad jurídica de los Estados; y, de especial relevancia en nuestro estudio, los derechos humanos y principios de derecho internacional humanitario, destacándose expresamente a estos efectos, la prohibición del genocidio; de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes; de la esclavitud y del apartheid.

Todo esto no limita otras propuestas procedentes de diversos foros internacionales, institucionales y doctrinales, que evidencian la dificultad de circunscribir con perfiles definitivos y precisos la relación y el contenido de las normas de *ius cogens*. En definitiva, ello responde al carácter dinámico de estas normas internacionales y la variabilidad que, conforme a las exigencias de la comunidad internacional a la que debe servir, pueden presentar. El presente

54. Véase también Tavernier, *supra* nota 12, en 12-14.

55. Pellet, *supra* nota 14, en 417, 420.

56. GÓMEZ ROBLEDO, *supra* nota 11, en 153 (reconociendo que las listas de normas imperativas son tan impresionantes como desorientadoras).

trabajo se enfocara en lo que afecta exclusivamente a los derechos humanos, en los que obviamente quedan insertados los derechos del niño.

II. ANÁLISIS

A. LA CDN EN LA IDENTIFICACIÓN DE NORMAS DE *IUS COGENS* CONCERNIENTES A LOS DERECHOS DEL NIÑO

Los derechos del niño se insertan en el marco general del Derecho internacional de los derechos humanos por el cual todo niño goza del margen de su protección.⁵⁷ La proclamación general de los derechos humanos y la específica concreción de algunos de ellos como normas imperativas de Derecho internacional general incluyen al niño entre sus beneficiarios, pero además, permite proyectar el *ius cogens* internacional respecto a la cuestión específica de los “derechos del niño”.⁵⁸ Los derechos humanos como normas imperativas de Derecho internacional general de las que derivan obligaciones *erga omnes*, se han precisado de manera unánime respecto a las prácticas concretas y odiosas como el genocidio, la esclavitud, la discriminación racial, el apartheid o la tortura. Esta referencia genérica evidencia la dificultad no sólo de su efectivo respeto como normas de *ius cogens* sino también de nuestro intento de precisión respecto a los derechos del niño en particular.

No obstante, nuestro propósito queda justificado por la insistencia con la que se reclama la necesidad de dispensar una especial protección al niño desde los principales textos generales de derechos humanos⁵⁹ y en los instrumentos jurídicos específicos que sobre los

57. Véase generalmente *Convención Sobre los Derechos del Niño: El Marco de Derechos Humanos*, UNICEF, (2 jun. 2011), http://www.unicef.org/crc/index_framework.html (notando que la CDN cobija derechos humanos que son indivisibles y forman parte del marco jurídico).

58. Pero véase VICTOR ABRAMOVICH ET. AL., *THE RIGHTS OF CHILDREN, YOUTH AND WOMEN IN THE CONTEXT OF MIGRATION [LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, JÓVENES Y MUJERES EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN]* 36 (abr. 2011) disponible en http://www.unicef.org/socialpolicy/files/The_Rights_of_Children_Youth_and_Women_in_the_Context_of_Migration_FINAL.pdf.

59. Por ejemplo, Declaración Universal de Derechos Humanos, A.G. Res. 217 (III) A, O.N.U. Doc. A/RES/217(III), art. 25.2 (10 dic. 1948); Pacto internacional de derechos civiles y políticos arts. 23.4, 24.1, 16 dic. 1966, 999 U.N.T.S. 171;

derechos del niño se han ido promulgando desde los ámbitos universales y regionales, generales y específicos, destacando entre ellos la CDN. Incluso podríamos añadir a ello la trascendencia que la generalización de esta nueva concepción imperativa de la protección de los derechos del niño alcanza en los ordenamientos internos, cuando a través de sus normas domésticas y de la jurisprudencia de sus tribunales se hacen eco de ese principio internacional rector.

Por lo tanto, proponemos en primer lugar que la invocación de los derechos humanos como normas de imperativa atención en tanto que parte del contenido general del *ius cogens* en Derecho internacional contemporáneo incluya, como manifestación concreta de esos derechos, la obligada atención específica a los derechos del niño cuando éstos puedan quedar afectados por cualquier circunstancia. La norma imperativa en relación a los derechos del niño en general consistiría en la obligada invocación de estos derechos ante cualquier situación en la que el niño pudiera verse implicado. Esta precisión aportaría elementos de progresividad respecto al carácter imperativo de los derechos humanos. Y en este contexto alcanza una privilegiada posición la CDN como norma esencial de referencia—tanto en los instrumentos y pronunciamientos de las instancias internacionales como en las legislaciones y jurisprudencias domésticas—por su contenido general y su universal ratificación y reconocimiento.

La inclusión de los derechos del niño en el marco más general de los derechos humanos pudiese ser razón suficiente para rechazar nuestro argumento. Sin embargo, las particularidades del niño y su ampliamente señalada mayor vulnerabilidad ante situaciones de peligro o riesgo, justifican la ineludible atención específica a sus derechos cuando se trata de salvaguardar los intereses fundamentales que pretenden amparar las normas de *ius cogens* y que, en relación a los derechos humanos se refieren a la protección del individuo frente a situaciones de especial agravio a su dignidad y existencia. La demandada protección de las generaciones futuras que desde el marco universal de las Naciones Unidas se ha convertido en una

insistente y reiterada llamada de atención,⁶⁰ encontraría además con ello una importante manera de dotarse de concreción.

A continuación se intentará determinar las posibles manifestaciones específicas del *ius cogens* internacional en relación a los derechos del niño, para permitir con ello concretar el alcance de las actuaciones debidas cuando la imperativa atención a esos derechos se imponga. Al hacerlo, se atenderán dos cuestiones esenciales: el criterio identificador y la incidencia que la posible evolución del *ius cogens* pudiera tener en la identificación de esas normas.

B. CRITERIOS IDENTIFICADORES QUE PERMITAN PRECISAR NORMAS IMPERATIVAS RESPECTO A LOS DERECHOS DEL NIÑO

Señalada la dificultad que representa encontrar criterios lo suficientemente aceptados como para ser considerados idóneos en la determinación de las normas de *ius cogens* con carácter general, la tarea es más compleja aun cuando se trata de los derechos del niño. Junto a evidentes criterios de obligada exigencia, como el reconocimiento universal del carácter imperativo de tales normas o su identificación como valores esenciales de la comunidad internacional, se puede trasladar a este estudio la identificación de los crímenes internacionales, que se acomoda con pleno acierto a los propósitos que persigue la identificación de unas normas superiores y de imperativa observancia en el marco internacional de los derechos humanos. Y en este marco resulta oportuna la atención al sufrimiento de las víctimas como uno de los elementos claves en la determinación de la universalidad y generalidad de las normas de *ius cogens* en materia de derechos humanos. Esta observación se ha destacado respecto a los niños cuando son ellos las víctimas de tratos inhumanos o degradantes, como la tortura o la esclavitud.⁶¹

60. Véase Carta de las Naciones Unidas pmb. ("Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres . . .").

61. Delmas-Marty, *supra* nota 29, en 65 ("Je me demande . . . si ce n'est pas du côté des victimes qu'il faut se tourner pour chercher des valeurs communes malgré des civilisations différentes, voire opposées. Même dans les pays où le viol ou la

El enfoque de atención al sufrimiento de las víctimas resulta oportuno porque la generalidad de las normas que actualmente se identifican como imperativas en el ámbito específico de los derechos humanos impone obligaciones negativas que afectan a prácticas que suponen un supremo daño para las personas que las padecen. En efecto, las prácticas contemporáneas englobadas bajo el concepto de esclavitud, la tortura o tratos crueles o degradantes en sus diversas manifestaciones, la discriminación, el genocidio, etc., no encuentran justificación alguna por razones culturales, económicas o sociales ni permiten aceptar parcialmente su existencia cuando afecten a determinados miembros de la sociedad, como en nuestro caso son los niños. Estas conductas son manifestaciones del abuso y violación de los derechos fundamentales y esenciales de la persona humana, respecto a las que la aplicación del criterio del sufrimiento de las víctimas no deja lugar a dudas sobre su existencia y representa un elemento universal de identificación.

En su aplicación específica a los derechos del niño, se encuentra un claro reflejo de esta perspectiva en la posición adoptada por el Comité de derechos del niño en sus trabajos respecto a la lucha contra la violencia ejercida sobre los niños.⁶² Así, el Comité ha recomendado que a la hora de establecer el concepto de violencia en este contexto, la experiencia de los propios niños—en tanto que víctimas de la misma—sea el punto de partida crítico y marco de referencia.⁶³ Será precisamente la atención a este criterio y su justa evaluación conforme a la particular condición y vulnerabilidad del niño, la que permita delimitar mejor aquellas situaciones de violencia respecto a los niños susceptibles de quedar recogidas bajo el carácter imperativo del *ius cogens*.

La obligación de interpretar los derechos humanos respecto a los niños de manera acorde a las particularidades que le son propias y

torture ne sont pas incriminés en tant que tels, ni sanctionnés pénalement, on peut penser que les victimes doivent se sentir néanmoins humiliées, bafouées dans leur dignité d'être humain. Et la même remarque concerne les enfants lorsqu'ils sont victimes d'un traitement inhumain ou dégradant, voire de torture ou d'esclavage").

62. Comité de los Derechos del Niño, Informe sobre el 28º Per. Ses., 24 sept.-12 oct. 2001, en 155-174, O.N.U. Doc. CRC/C/111 (28 Nov. 2001).

63. *Id.* ¶ 704, en 164.

que obligan a atender a su especial vulnerabilidad, se ofrece en efecto como criterio que permite identificar posibles manifestaciones específicas respecto al niño de las conductas imperativamente prohibidas con carácter general en el Derecho internacional. Incluso ello permite plantear la atribución del carácter cogente a ciertos derechos específicos del niño. Así, en relación a aquellos derechos humanos concretos que ya gozan de su identificación como normas de *ius cogens* o como obligaciones *erga omnes*, debemos atender a las manifestaciones específicas que tales conductas pueden presentar en relación al niño y que quedarán así amparadas bajo el paraguas de la suprema imperatividad.

Por ejemplo, no ofrece actualmente duda la calificación de la prohibición de la pena de muerte a menores de 18 años como norma de *ius cogens*.⁶⁴ En efecto, la prohibición de la aplicación de la pena capital a personas menores de 18 años ha experimentado una progresiva regulación—bajo fórmulas que permiten otorgarle un ámbito de aplicación más o menos amplio—en los órdenes jurídicos internos, en instrumentos del Derecho internacional humanitario⁶⁵ y en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos.⁶⁶ Adicionalmente, su condición de norma de Derecho internacional general de naturaleza cogente ha sido reconocida desde el ámbito

64. Véase generalmente WILLIAM SCHABAS & HELMET SAX, ARTICLE 37: PROHIBITION OF TORTURE, DEATH PENALTY, LIFE IMPRISONMENT AND DEPRIVATION OF LIBERTY [ARTÍCULO 37: PROHIBICIÓN DE LA TORTURA, LA PENA DE MUERTE, CADENA PERPETUA Y LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD] 24 (André ALEN et al. eds., 2006).

65. Por ejemplo, Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra art. 68, 12 ago. 1949, 75 U.N.T.S. 287 (“En ningún caso podrá dictarse sentencia de muerte contra una persona protegida cuya edad sea de menos de dieciocho años . . .”); Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) art. 77.5, 7 dic. 1978, 1125 U.N.T.S. 3, 214 (“No se ejecutará la pena de muerte impuesta por una infracción cometida en relación con el conflicto armado a personas que, en el momento de la infracción, fuesen menores de dieciocho años”); Protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) art. 6.4, 7 dic. 1978, 1125 U.N.T.S. 642 (explicando que contempla asimismo la prohibición de la pena de muerte respecto a las mujeres embarazadas).

66. Véase generalmente SCHABAS & SAX, *supra* nota 64, en 3-6 (comparando el artículo 37(a) con parecidas provisiones en otros instrumentos internacionales para destacar la universalidad de la amplia aceptación de la norma)

doctrinal, institucional y jurisprudencial internacional.⁶⁷ Por lo tanto la CDN, como instrumento universal y general de los derechos del niño, codifica en el artículo 37(a) la norma ya existente en el Derecho internacional. La CDN lo hace imprimiéndole una redacción amplia y generosa respecto a su contenido⁶⁸ y permitiendo al mismo tiempo constatar la ausencia expresa de rechazo formal a su promulgación, elemento clave para su definitiva cristalización como norma imperativa universal.⁶⁹

A partir de esa posición privilegiada, la CDN asume un importante papel disuasorio de regímenes internos aún contrarios a esta exigencia. Se debe reconocer, y así lo pone de manifiesto el Comité de los derechos del niño en su labor de control del respeto y aplicación de la CDN, que a pesar de los progresos alcanzados en el marco normativo, doctrinal y jurisprudencial internacional respecto al universal rechazo de la pena capital para los menores de 18 años, se mantienen situaciones jurídicas y de hecho en algunos Estados partes en este tratado claramente atentatorias a ese imperativo general.⁷⁰ Sin embargo, como ya fue indicado, el carácter de *ius*

67. Véase, por ejemplo, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights [Subcomisión de la O.N.U. de Promoción y Protección de los Derechos Humanos], Application of International Standard Concerning the Human Rights of Detained Juveniles [Aplicación de la Norma Internacional sobre los derechos humanos de los menores detenidos], ¶ 6, O.N.U. Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/L.29 (14 aug. 2000) (recomendando que la Comisión de Derechos Humanos confirme que el Derecho internacional establece que la pena capital para menores de 18 años de edad es contra el Derecho internacional consuetudinario); véase también Napoleón Beazley v. Estados Unidos, Caso 12.412, Comisión Inter-Am. D.H., Reporte N° 101/03, OEA/Ser.L/V/II.114, doc 70 rev.2 ¶ 49 (2003) (reconociendo como *jus cogens* la prohibición contra la pena capital para personas menores de 18 años).

68. Véase CDN, *supra* nota 1, art. 37(a) (declarando que “no se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos antes de 18 años de edad” a ningún niño).

69. Véase generalmente SCHABAS & SAX, *supra* nota 64, en 11 (postulando que la prohibición de la pena de muerte y la prisión sin posibilidad de excarcelación respecto a los menores de dieciocho años se han consolidados como normas consuetudinarias emergentes del Derecho Internacional y la no emisión de reservas por los Estados Unidos al artículo 37 de la CDN en el momento de su firma—a pesar de haber advertido previamente que sí lo haría—no lo califica como un objetor persistente).

70. Compárese Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al Artículo 44 de la Convención,

cogens de una norma no quedará afectado por su imperfecta aplicación, sino que habrá que atender a su aceptación por una amplia y mayoritaria representación de la comunidad internacional en su conjunto y a su contenido como valor esencial de dicha comunidad. Tales circunstancias pueden advertirse respecto a la referida prohibición de la pena de muerte para los menores de 18 años. Se debe añadir que la prohibición explícitamente establecida por la CDN en el artículo 37(a), se extiende asimismo a la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación de menores de 18 años. Esto introduce una regulación novedosa de la cuestión en el ámbito internacional de los derechos humanos que, atendiendo al respaldo generalizado recibido y la concreción de sus imperativos, lleva a proponerla como partícipe de esa condición de norma de *ius cogens* que hemos señalado respecto a la prohibición de la pena capital para los menores de 18 años.

Por otra parte, se deben referir otras manifestaciones específicas respecto a los derechos del niño de conductas reconocidas internacionalmente como violaciones de derechos humanos cuya prohibición queda amparada por el alcance imperativo del *ius cogens*: la esclavitud y la tortura. En el caso de algunas prácticas englobadas bajo la calificación de formas contemporáneas de esclavitud, están el matrimonio precoz y forzado de menores de edad; el tráfico, venta o trata de niños; las calificadas como “peores formas de trabajo infantil”; la participación de menores de 18 años en conflictos armados; las prácticas tradicionales nocivas para la salud y el desarrollo del niño—tales como la mutilación genital femenina, la alimentación forzosa u otras; etc. La admisión de tales prácticas como manifestaciones actuales de conductas condenadas universalmente no presenta graves dificultades. A ello ha colaborado notablemente la labor realizada desde los órganos e instancias especializados de Naciones Unidas, y especialmente a algunos de los

Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Bélgica, 30º Per. Ses., ¶ 122, O.N.U. Doc. CRC/C/15/Add.178 (13 jun. 2002) (marcando el progreso en este Estado de la abolición de la pena de muerte en 1996), con Comité De los Derechos del Niño, *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al Artículo 44 de la Convención, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Irán*, 38º Per. Ses., ¶ 29, O.N.U. Doc. CRC/C/15/Add.254 (31 mar. 2005) (lamentando la continuación de ejecuciones de menores de 18 años).

mandatos temáticos como los Relatores especiales sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; sobre las formas contemporáneas de esclavitud; sobre la trata de personas, especialmente las mujeres y los niños; sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, etc. Asimismo destacan las aportaciones de los mecanismos convencionales y la de los Representantes especiales del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados, y sobre la violencia sobre los niños.

En el marco normativo, se debe hacer expresa referencia en el contexto de este trabajo, a los dos Protocolos facultativos de la CDN: el Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y el Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados.⁷¹ Ambos protocolos, en vigor desde el año 2002, han permitido reforzar, el primero de ellos, y colmar lagunas, el segundo, respecto al texto de la CDN convirtiéndose en importantes instrumentos en manos del Comité de los derechos del niño para identificar y luchar por la erradicación de conductas especialmente graves respecto al niño, sus derechos y su propia supervivencia. Estas conductas conllevan la cosificación del niño y por ende la vulneración absoluta del respeto a su dignidad y por ello su prohibición queda amparada por la más absoluta imperatividad. El elevado número de Estados partes en ambos protocolos debe advertirse como un elemento más en favor del reconocimiento del rechazo universal de las prácticas en ellos condenadas.⁷²

71. A.G. Res. 54/263, O.N.U. Doc. A/RES/54/263 (25 mayo 2000).

72. Véase *Status of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution, and Child Pornography* [Estado de el Protocolo Facultativo de la CDN sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía], U.N. TREATY COLLECTION [COLECCIÓN DE TRATADOS DE LA O.N.U.] (última consulta 25 mayo 2012), http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11-c&chapter=4&lang=en (157 Estados partes); *Status of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in armed conflict* [Estado de el Protocolo Facultativo de la CDN sobre la participación de los niños en los conflictos armados], U.N. TREATY COLLECTION [COLECCIÓN DE TRATADOS DE LA O.N.U.] (última consulta 25 mayo 2012), http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11-b&chapter=4&lang=en (147 Estados partes).

La humanización del Derecho internacional ha permitido ir configurando otras instancias e instrumentos de condena a las conductas referidas. Entre ellas se encuentra en los convenios adoptados por la Organización Internacional del Trabajo (“OIT”) para combatir el trabajo infantil y erradicar sus modalidades más trágicas.⁷³ Su evocación debe servir de reconocimiento general a la aportación de tales actuaciones en la consolidación de estas conductas como contrarias a los valores esenciales de la comunidad internacional.

En cuanto a la prohibición de la tortura, es evidente la proyección específica que puede tener respecto a los niños. Sus manifestaciones pueden advertirse especialmente en relación a los sistemas de administración de justicia juvenil, o incluso en el marco de la institucionalización del niño, en aquellos casos en los que se utilicen métodos y prácticas contrarios al respeto a su dignidad e integridad. El propio Comité de los derechos del niño condena sistemáticamente y de forma rotunda sus manifestaciones en los Estados partes en la CDN cuando detecta tales prácticas con ocasión del análisis de los informes periódicos de esos Estados.⁷⁴

Los ámbitos de la administración de justicia y de la institucionalización, no son los únicos en los que tales situaciones de tortura respecto a los niños pueden lamentablemente advertirse. La evolución actual de los derechos del niño y la progresiva interpretación de los conceptos de tortura y de tratos crueles, inhumanos o degradantes, nos llevan a plantear la consideración en este contexto de una perspectiva más amplia, que permita incluir asimismo como norma imperativa la prohibición de la violencia

73. Véase Organización Internacional del Trabajo, Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su eliminación, 6 jun. 1973, 1015 U.N.T.S. 297, disponible en <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C138> (identificando como tales formas extremas del trabajo infantil, entre otras, todas las formas de esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso de niños para utilizarlos en conflictos armados, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas, la utilización de niños para la producción y tráfico de estupefacientes, etc.).

74. Véase, por ejemplo, *supra* nota 70, y texto acompañante.

sobre los niños.⁷⁵

Evidentemente, planteado bajo estos términos, la violencia sobre los niños puede resultar un ámbito demasiado amplio y de contenido excesivamente vago como para permitir su concreción a efectos de determinar una norma imperativa de carácter general con la suficiente precisión para permitir su represión.⁷⁶ Sin embargo, los trabajos que en el marco institucional internacional se están actualmente llevando a efecto permiten dotar de mayor precisión esta propuesta. En ella incorporarían, junto a prácticas tradicionalmente aceptadas como manifestaciones de tortura y en ese sentido contrarias al respeto a la vida, la dignidad y la integridad de la persona, la identificación más novedosa en cuanto a su inclusión internacional en este ámbito, de otras conductas de violencia contra los niños, como resulta el caso de los castigos corporales.⁷⁷

La condena de los castigos corporales a los niños comienza a gozar de voces internacionales e institucionales expertas en su apoyo. Sin embargo, es evidente su condición más novedosa y compleja y el menor afianzamiento de tal propuesta respecto a las manifestaciones anteriormente referidas de normas de *ius cogens* en relación a los derechos del niño. El fenómeno de los castigos corporales del niño era antes ampliamente silenciado o ignorado por erróneas concepciones de la privacidad de la familia o del estatuto del niño, entre otras,⁷⁸ cuyas manifestaciones podemos apreciar en todo tipo de

75. Pascale Boucaud, *Le Noyau intangible des droits de l'enfant* [El núcleo intangible de los niños] en LE NOYAU INTANGIBLE DES DROITS DE L'HOMME [EL NÚCLEO INTANGIBLE DE LOS DERECHOS HUMANOS] 91 (P. Meyer-Bisch ed., 1989) (destacando el carácter imperativo de *ius cogens* de la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes, dada la más frágil condición física y psíquica de los niños y señala la incorporación de las prácticas tradicionales nocivas para la salud de los niños y la violencia y explotación sexual y laboral de los niños).

76. Cf. GÓMEZ ROBLEDO, *supra* nota 11, en 153 (notando que los difíciles métodos para identificar el *ius cogens* afecta a qué derechos son reconocidos como normas imperativas).

77. *Por ejemplo*, CDN, *supra* nota 1, art. 37 (incluyendo como parte esencial de la protección contra los atentados a la dignidad e integridad del niño, el mandato contra los castigos corporales y la violencia en la sistema de administración de justicia).

78. A.G., *Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, de las Naciones Unidas*, ¶¶ 25-27, O.N.U. Doc. A/61/299 (29 ago. 2006) (por Paulo Sérgio Pinheiro) [En adelante A.G. 61/299] (presentando

sociedades y en los ámbitos familiar, institucional, social, etc, y cuya gravedad y sufrimientos generados sobre los niños víctimas evidencian en ocasiones su extrema crueldad.⁷⁹ La actual visibilidad de este fenómeno ofrece la oportunidad de dar concreción al desarrollo progresivo de los derechos humanos a través de nuevas apreciaciones de su contenido.

El derecho de toda persona al respeto de su dignidad, de su integridad física y a gozar de igual protección ante la ley fue proclamado por primera vez en lo que a la protección del niño frente a la violencia se refiere, en la CDN.⁸⁰ Estos derechos permiten actualmente apreciar el conflicto que tales prácticas plantean respecto a los derechos señalados y, con ello, su legítima inclusión como contenido prohibido por los mismos. Así se ha apreciado por el Comité de los derechos del niño, cuya labor de identificación de las conductas que violentan el contenido de la CDN ha resultado esencial en la actual concepción de los castigos corporales en el marco de protección de los derechos humanos.⁸¹ Estas aportaciones se ven reflejadas en el análisis por el Comité en sus Observaciones finales al los informes de los Estados partes.⁸² El Comité ha abordado

varias razones tradicionales a favor del castigo corporal, y mostrando que algunas de ellas están basadas en la concepción del castigo como parte del trabajo de los padres en criar a los niños).

79. Véase *id.* ¶ 41 (notando los efectos negativos en los niños y su desarrollo físico y psicológico).

80. Véase COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME DU CONSEIL DE L'EUROPE [COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL CONSEJO DE EUROPA], LES ENFANTS ET LES CHÂTIMENTS CORPORELS: LE DROIT À L'INTÉGRITÉ PHYSIQUE AUSSI UN DROIT DE L'ENFANT [LOS NIÑOS Y LOS CASTIGOS CORPORALES: EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA TAMBIÉN UN DERECHO DEL NIÑO] 8 (2009) (subrayando específicamente artículo 19, aunque la protección de los niños contra la violencia queda igualmente amparada desde los artículos 28, 29, 34, 37 y 40, entre otros).

81. Véase O.N.U., Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 8: El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigos crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), ¶ 11, O.N.U. Doc. CRC/C/GC/8 (21 ago. 2006) [en adelante Observación General N° 8] (definiendo el castigo corporal como “todo castigo en el que se utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve”).

82. *Por ejemplo*, Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al Artículo 44 de la Convención, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Túnez, 9° Per. Ses., O.N.U. Doc. CRC/C/15/Add.39 (21 jun. 1995); Comité de los Derechos del Niño,

los castigos corporales desde el tratamiento de la violencia en los niños en dos días de debate general⁸³ y en una Observación General sobre la materia.⁸⁴ Además, el Comité propuso el nombramiento por el Secretario General de las Naciones Unidas de un Experto independiente encargado de redactar un informe sobre la violencia en los niños cuyos trabajos gozan actualmente de continuidad en la labor del Representante del Secretario General sobre la violencia contra los niños.⁸⁵

Los castigos corporales de los niños también han sido objeto de tratamiento y condena en los principales foros de evaluación de los derechos humanos, desde el marco universal de las Naciones Unidas hasta en los ámbitos regionales.⁸⁶ Podemos citar como ejemplos algunos órganos de vigilancia de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas (Comité de derechos humanos; Comité de derechos económicos, sociales y culturales; Comité contra la tortura) e instancias jurisdiccionales internacionales (Tribunal y Comisión europeos de derechos humanos; Corte interamericana de derechos humanos), etc.

Todas estas aportaciones demuestran el afianzamiento internacional del rechazo de la violencia sobre los niños que representan los castigos corporales y la ausencia de justificación respecto a su práctica. Asimismo, su progresiva condena en las legislaciones internas, fundamentalmente a través de la derogación o

Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al Artículo 44 de la Convención, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Italia, 10º Per. Ses., O.N.U. Doc. CRC/C/15/Add.41 (27 nov. 1995).

83. Comité De los Derechos del Niño, Informe sobre el 25º Per. Ses., ¶¶ 666-88 O.N.U. Doc. CRC/C/100 (14 nov. 2000); Comité de los Derechos del Niño, Informe sobre el 28º Per. Ses., 24 sept.-12 oct. 2001, ¶¶ 674-745, O.N.U. Doc. CRC/C/111 (28 nov. 2001).

84. Observación General N° 8, *supra* nota 81; O.N.U., Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 13: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, O.N.U. Doc. CRC/C/GC/13 (18 abr. 2011) [en adelante Observación General N° 13].

85. A.G. 61/299, *supra* nota 78.

86. Véase ELIMINANDO EL CASTIGO CORPORAL 10-11 (2010) *disponible en* <http://resourcecentre.savethechildren.se/content/library/documents/eliminando-el-castigo-corporal-y-otros-castigos-cruelles-y-degradantes-haci> (enumerando varios instrumentos internacionales y regionales como la Carta Social Europea que han tratado de elevar el la violencia contra humanos a un tratamiento contra los derechos humanos, como el castigo corporal para los niños).

enmienda de aquellas normas que de alguna manera la contemplara o permitiera, si quiera velada o parcialmente, no hace sino apoyar el argumento de un progresivo pero real rechazo de esta conducta con alcance general, aunque aún no absoluto. A este objetivo responde de manera excelente las recomendaciones de la Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños, relativas a otorgar una atención prioritaria a las iniciativas dirigidas a la “introducción de una prohibición legislativa nacional explícita de todas las formas de violencia contra los niños” en todos los contextos.⁸⁷

El que el niño deba ser objeto de protección frente a los castigos corporales, por el respeto que su dignidad impone y por el que se deriva de su derecho a la integridad física, permite aplicar el criterio de la atención a la especial vulnerabilidad y características del niño para la protección de derechos propios a todo ser humano.⁸⁸ El Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, señala que si bien los niños son reconocidos particularmente vulnerables a los ataques físicos y mentales, es injusto que se les otorgue menos protección contra las violencias infringidas a sus cuerpos, mentes y dignidad; situación especialmente preocupante cuando advierte, por otra parte, que los castigos corporales de los niños devienen fácilmente inhumanos o degradantes.⁸⁹

Se puede concluir admitiendo que la prohibición de los castigos corporales sobre los niños se engloba en la acción más amplia que se lleva a cabo actualmente en el marco internacional contra la violencia general respecto a los niños. Desde esta óptica podrían

87. Consejo de Derechos Humanos, *Informe anual de la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños*, ¶ 90, O.N.U. Doc. A/HRC/13/46 (3 feb. 2010) (por Marta Santos Pais); véase también Observación General N° 13, *supra* nota 84, ¶¶ 38-44 (recomendado legislación para la prohibición, prevención y protección desde la violencia contra los niños).

88. A.G. 61/299, *supra* nota 80, ¶¶ 25-27 (señalando que hay multitudes de factores, como el miedo del niño, la aceptación social de la violencia, y la falta de vías seguras para denunciarla, que muestran una situación donde el niño necesita protección especial contra la violencia y los castigos corporales).

89. COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME DU CONSEIL DE L'EUROPE [COMISARIO DE DERECHOS HUMANOS DEL CONSEJO DE EUROPA], LES ENFANTS ET LES CHÂTIMENTS CORPORELS: LE DROIT À L'INTÉGRITÉ PHYSIQUE AUSSI UN DROIT DE L'ENFANT [Los Niños y los castigos corporales: El Derecho a la integridad física también un derecho del niño] 8 (2009).

quedar por lo tanto incluidos en la lucha contra las acciones violentas respecto a los niños, aquellas figuras identificadas como manifestaciones específicas de las prácticas prohibidas con carácter de *ius cogens*. Ejemplos de ello son formas contemporáneas de esclavitud como la venta, trata o tráfico de niños; la explotación sexual, laboral o de cualquier tipo; prácticas tradicionales nocivas para la salud y desarrollo del niño; etc.. No obstante, este caso se encuentra aún ante una propuesta de *lege ferenda*.

Finalmente, hay otros derechos del niño, proclamados igualmente desde la CDN susceptibles de ser planteados como manifestaciones concretas del *ius cogens* en el momento actual de desarrollo del Derecho internacional: la obligada atención al interés superior del niño en todos los asuntos que le afecten⁹⁰ y su derecho a la identidad.⁹¹ La “obligada atención” al interés superior del niño, se refiere a que dicho principio deba ser imperativamente considerado en toda circunstancia en la que los derechos y/o intereses de un niño pudieran verse implicados, sin que ello signifique que se convierta en criterio decisivo de los asuntos en cuestión ni su obligado acatamiento. En efecto, como establece el artículo 3.1 de la CDN, el interés superior del niño será una consideración a tener en cuenta, de forma que otros intereses presentes deberán igualmente ponderarse en cada caso para finalmente optar por el que cada sistema jurídico y las instituciones autorizadas para ello decidan digno de privilegiar. Por lo tanto, la norma imperativa afectaría a la ponderación obligada de este principio, no a su imposición; sin resultar un inconveniente para que los sistemas internos de los Estados puedan ir más allá e imponer el carácter prioritario de este principio.⁹²

90. CDN, *supra* nota 1, art. 3.1. Véase generalmente THE BEST INTERESTS OF THE CHILD: RECONCILING CULTURE AND HUMAN RIGHTS [EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: HACIA UNA SÍNTESIS DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y DE LOS VALORES CULTURALES] (Philip Alston ed., 1994) (presentando obstáculos en la implementación del principio del interés superior del niño y su aplicación en varios contextos regionales).

91. CDN, *supra* nota 1, art. 8 (identificando que el derecho del niño a su identidad es un derecho que los Estados se “comprometen a respetar”, incluyendo “la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”).

92. Marie Françoise Lücker-Babel, *The Non-Derogable Rights of the Child in the Light of the United Nations Convention on the Rights of the Child*, NON-DEROGABLE RIGHTS AND STATES OF EMERGENCY 389, 392-96 (1996) (planteando

En cuanto al derecho a la identidad civil del niño como norma de *ius cogens* y en atención a la CDN, su satisfacción implicaría la obligación de los Estados de constituir o procurar algún tipo de registro que permitiera al establecimiento de la identidad del niño o de facilitar los medios necesarios para proceder a su identificación cuando la inexistencia de tales registros no lo hubiera permitido anteriormente. Se tendría en cuenta la relevancia que este acto representa en cuanto a la determinación de la existencia jurídica del niño y su protección frente a posibles abusos y graves violaciones de sus derechos que su ausencia podría comportar, y que podrían confrontarlo a verdaderas situaciones de esclavitud o tortura. Baste pensar para ello en los riesgos de explotación laboral, venta o tráfico de niños, explotación sexual, alistamiento forzado en fuerzas armadas oficiales o irregulares y participación en combate, entre otros. Pero de nuevo, esta propuesta de inclusión en el marco general del *ius cogens* internacional puede resultar aún de *lege ferenda*.

En cualquier caso, podríamos incardinar tales propuestas en el carácter dinámico del *ius cogens*, que nos permitiría plantear la progresiva precisión o ampliación de su contenido respecto a su eventual evolución en el espacio, la materia, y el tiempo. En el espacio cabría esperar la consagración de un *ius cogens* regional que permitiera su definitiva consagración como universal. El contenido de la materia sería un concepto abierto con contenido cambiante, como ocurriera respecto a la manifestaciones contemporáneas de la esclavitud.⁹³ Finalmente, la evolución en el tiempo llevaría a seguir muy de cerca el devenir de la implementación y plena aceptación de ciertas manifestaciones concretas de normas imperativas, como la consagración de los principios generales proclamados desde la CDN, entre ellos, la obligada escucha del niño en todos los asuntos en los que su interés se vea afectado.⁹⁴ Tales posibilidades acercan al *ius*

que la inclusión del artículo 3, sobre el interés superior del niño, anima a verlo como la primera regla de *ius cogens* que se aplica específicamente a los niños pero notando que la CDN no es un instrumento absoluto; los Estados pueden modificar sus obligaciones y con ello establecer límites en los derechos).

93. Véase GÓMEZ ROBLEDO, *supra* nota 11, en 94 (“[L]a aparición de una nueva norma de igual categoría y capaz, por lo mismo, de desplazar a la norma anterior”).

94. CDN, *supra* nota 1, art. 12 (“Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que

cogens como una “notion à géométrie variable”,⁹⁵ es decir, un concepto abierto, con un contenido cambiante, en cuya concreción respecto a los derechos del niño la CDN juega un papel fundamental.

III. CONCLUSIÓN

La CDN es un tratado de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional de los derechos humanos e instrumento privilegiado de referencia en la regulación e interpretación de los derechos del niño en el marco internacional. Esto la convierten en referencia sobre una posible concreción de las normas imperativas de *ius cogens*—particularmente en lo referente a los derechos humanos como parte de ellas—en relación a los derechos del niño. Si el respeto general de los derechos humanos y la prohibición de algunas de sus violaciones más graves han logrado identificarse y ser universalmente aceptadas como manifestación específica de la noción del *ius cogens* internacional, la identificación de sus manifestaciones respecto a los derechos del niño cuenta con la labor y aportaciones que desde el marco normativo e institucional internacional se van realizando, así como con las aportaciones doctrinales al respecto.

Estos trabajos y reflexiones permiten reconocer en el Derecho internacional actual la condena y el rechazo universales de ciertas violaciones de los derechos del niño como conductas reprobadas por la comunidad internacional en su conjunto. Nos referimos a la pena de muerte de menores de 18 años; ciertas manifestaciones actuales de esclavitud como el matrimonio precoz y forzado de personas menores de edad; el tráfico, venta o trata de niños para cualquier fin; las calificadas como “peores formas de trabajo infantil”, como la participación de menores de 18 años en conflictos armados; las prácticas tradicionales nocivas para la salud y el desarrollo del niño, como la mutilación genital femenina, la alimentación forzosa u otras; o formas de tortura en relación al niño, tanto en relación a prácticas en la administración de justicia juvenil o la institucionalización e

afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”).

95. Tavernier, *supra* nota 12, en 15-16 (señalando al respecto que las reglas de *ius cogens* no sólo son variables en el tiempo, sino que también pueden serlo en el espacio y en la sustancia).

internamiento de niños, como desde una perspectiva más amplia que nos permite incluir la violencia sobre los niños.

Junto a tales conductas, de cuya condena universal como normas de *ius cogens* no se debería dudar, este estudio se adentra en la consideración de otras conductas, que pueden esbozarse como propuestas de *lege ferenda* respecto a la concreción de los contenidos básicos de los derechos del niño que deben ser respetados en toda circunstancia y lugar, bajo el amparo de las normas de suprema imperatividad. La atención al interés superior del niño; la prohibición de toda violencia sobre él y el amparo de su identidad civil, que impida su permanencia en un limbo jurídico en el que no podría hacer valer su existencia como tal niño, son algunas de estas propuestas.

La labor del Comité de los derechos del niño como legítimo interprete de la CDN y órgano encargado de la vigilancia de su efectiva aplicación y respeto, es fundamental para la consecución de esos logros. El alcance de sus resultados, deberá asimismo contar con las aportaciones del amplio elenco de instituciones creadas desde las diversas organizaciones universales y regionales para la atención específica de los derechos del niño; los ordenamientos y sistemas administrativos y judiciales domésticos; y con la implicación comprometida de la sociedad civil, incluidos, como no, los propios niños y niñas del planeta.