

IV. Principios generales de la Convención sobre los Derechos del Niño

El Comité ha identificado los artículos 2o. (principio de no discriminación), 3o. (principio del interés superior del niño), 6o. (derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo) y 12 (derecho del niño a expresar su opinión y a ser escuchado), como principios generales que deben tenerse en cuenta para interpretar, aplicar y hacer respetar todos los demás derechos reconocidos en la Convención.¹² Es decir, se trata de principios generales que permea ese instrumento, lo que quiere decir que se encuentra a lo largo de todo el instrumento internacional en mención.

1. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

La Convención sobre los Derechos del Niño reafirma el principio general de no discriminación, el cual se proyecta en dos ámbitos: la no discriminación por cualidades del niño o de la niña, y la no discriminación por cualidades de los padres. Se encuentra en el artículo 2o. de la Convención; en primer lugar, encomienda a los Estados aplicar la Convención “sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra

¹²Cf. Observación General No. 1 (2001), párrafo 1 del artículo 29: Propósitos de la educación, Comité de los Derechos del Niño, CRC/GC/2001/1, de 17 de abril de 2001, párr. 6; Observación General No. 5, *op. cit.*, n. 2, párr. 12, Observación General No. 7, *op. cit.*, n. 8, párr. 9, Observación General No. 10 (2007), Los derechos del niño en la justicia de menores, Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/10, de 25 de abril de 2007, párr. 5, y Observación General No. 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado, Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/12, de 20 de julio de 2009, párr. 2.

condición del niño o niña, de sus padres o de sus representantes legales". Al respecto, el Comité ha indicado que debe añadirse también la orientación sexual y el estado de salud del niño y de la niña (con inclusión del VIH/SIDA y la salud mental).¹³ La segunda parte del referido artículo 2o. prohíbe la discriminación por causas de "la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares" de los niños y las niñas.

En cuanto a la realización de los derechos en la "primera infancia", el Comité ha observado que las niñas y los niños pequeños corren un riesgo especial de discriminación, porque se encuentran en una posición de relativa impotencia y dependen de otros para la realización de sus derechos. Al respecto, se ha referido a las consecuencias que este principio tiene en términos del artículo 2o. de la Convención, a saber:¹⁴ a) las niñas y los niños pequeños en general no deben ser discriminados por ningún motivo, por ejemplo, en los casos en que las leyes no pueden ofrecer igual protección frente a la violencia a todos los niños y las niñas, en particular los pequeños, y b) no se debe discriminar a grupos específicos de niñas y niños pequeños, por ejemplo la discriminación que consiste en una peor nutrición; en una atención y cuidados insuficientes; en menores oportunidades de juego, aprendizaje y educación; en la inhibición de la libre expresión de sentimientos y opiniones; en un trato rudo, y en expectativas poco razonables, que pueden llegar a la explotación o al abuso. Ejemplos de lo anterior son la discriminación contra las niñas, contra niños y niñas con discapacidades, contra niños y niñas infectados o afectados por el VIH/SIDA, la discriminación relacionada con el origen étnico, las

¹³ Observación General No. 4, *op. cit.*, n. 8, párr. 6.

¹⁴ *Cf.* Observación General No. 7, *op. cit.*, n. 8, párr. 11.

circunstancias personales y el estilo de vida, o las creencias políticas y religiosas (de los niños y las niñas o de sus padres).

En lo que se refiere a los adolescentes que son objeto de discriminación, el Comité ha dejado en claro que son más vulnerables a los abusos, y a otros tipos de violencia y explotación, y su salud y desarrollo corren grandes peligros. Por ello tienen derecho a atención y protección especiales de todos los segmentos de la sociedad.¹⁵

Los Estados Partes tienen la responsabilidad de vigilar y combatir la discriminación, cualquiera que sea la forma que ésta adopte y dondequiera que se dé, tanto en la familia como en las comunidades, las escuelas u otras instituciones. Ahora bien, respecto del acceso a servicios de calidad para niños y niñas pequeños, en particular donde los servicios de atención de la salud, educación, bienestar y de otro tipo no tienen carácter universal y se proporcionan mediante una combinación de organizaciones públicas, privadas y de beneficencia, el Comité ha alentado a los Estados Partes, como primera medida, a vigilar la disponibilidad y el acceso a servicios de calidad que contribuyan a la supervivencia y desarrollo de niños y niñas pequeños, en particular mediante una recopilación sistemática de datos, desglosados según las principales variables que presenten los antecedentes familiares y las circunstancias del niño y de la niña; como segunda medida, ha indicado que pueden requerirse iniciativas que garanticen que todos los niños y las niñas tengan igualdad de oportunidades para beneficiarse de los servicios disponibles, y, con carácter más general, el Comité ha señalado que los Estados Partes deberían sensibilizar acerca de la discriminación contra los niños pequeños en general, y contra los grupos vulnerables en particular.¹⁶

¹⁵ Cf. Observación General No. 4, *op. cit.*, n. 8, párr. 6.

¹⁶ Cf. Observación General No. 7, *op. cit.*, n. 8, párr. 12.

2. PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DE LA NIÑA

La aprobación y posterior entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra la prevalencia de la doctrina de la protección integral en el marco de un sistema de responsabilidad garantista, al reconocer a los niños y las niñas como sujetos de Derecho, frente a la doctrina de la situación irregular, que concebía a los niños y las niñas como objetos de protección del Estado, de la sociedad y de la familia en un sistema tutelar represivo, relativizando la vigencia de sus derechos al no contemplar su aplicación.

Esta visión que introduce la Convención, y que genera un cambio en la relación de los niños y las niñas con los adultos y con el Estado tiene su fundamento en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños y de las niñas, así como en la necesidad de propiciar su desarrollo con el máximo aprovechamiento de sus capacidades y su naturaleza. En este sentido, la Convención proyecta en su artículo 3o. el principio del interés superior del niño y de la niña en los diversos aspectos de la relación entre Estado, familia e infancia, explicitando el papel de la familia en cuanto corresponsable con el Estado en la realización de algunos de los derechos de los niños y las niñas, pero trazando los límites de la autoridad paterna y materna frente a la autonomía y el bienestar de los niños y las niñas, y definiendo las responsabilidades del Estado en la tutela de esos límites.

Es así que la Convención reconoce a los niños y las niñas los mismos derechos que tienen todas las personas, más algunos derechos que les son propios por su condición particular de sujeto en una etapa de desarrollo. En esta línea, la base del sistema de la Convención se concentra en la protección de derechos, más que en la protección de personas, lo que elimina el peligro de una selección que estigmatice y segregue. En dicho marco, se reconoce la condición de per-

sonas a los niños y las niñas, disminuyéndose la posibilidad de manipulación del derecho por parte del poder, ya que éste se encuentra limitado por los derechos fundamentales de toda persona. Se trata, pues, de una protección más objetiva que reduce las posibilidades de discriminación.

Sobre el particular, Miguel Cillero Bruñol sostiene que la Convención sobre los Derechos del Niño “es justamente un tratado contra una especie de discriminación, la de no considerar a los niños dentro de la categoría de las personas humanas”; por ello, el primer criterio debe ser que se les deben reconocer a los niños y a las niñas todos los derechos que les corresponden a los adultos, a no ser que exista un derecho fundamental específico de los niños y las niñas que resultara más favorable.¹⁷ Así pues, para Cillero Bruñol no hay nada más lejano al sentido del interés superior del niño que creer que éste debe meramente “inspirar” las decisiones de las autoridades, ya que el “principio jurídico garantista” del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo, en los siguientes términos:

[...] es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un “principio” que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el “interés superior del niño” como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tie-

¹⁷ Cf. Miguel Cillero Bruñol, “Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva”, *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 3. Buenos Aires, UNICEF, 2001, p. 58.

nen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.¹⁸

En este sentido, Cillero Bruñol define el interés superior del niño “como la satisfacción de sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados a la Convención”.¹⁹

El Comité ha indicado que el principio del interés superior del niño se aplica a todas las medidas que afecten a los niños y las niñas, y exige medidas activas tanto para proteger sus derechos y promover su supervivencia, crecimiento y bienestar, como para apoyar y asistir a los padres y a otras personas que tengan la responsabilidad cotidiana de la realización de los derechos del niño y de la niña. Al respecto, ha identificado que el principio del interés superior se aplica a los niños y las niñas como individuos —en las decisiones que adopten los padres, profesionales y otras personas responsables de ellos—, y a los niños y las niñas como grupo o colectivo —a los que afecta toda innovación de la legislación y las políticas, la decisión administrativa y judicial y la provisión de servicios.²⁰

3. DERECHO A LA VIDA, LA SUPERVIVENCIA Y EL DESARROLLO

El Comité ha recordado a los Estados Partes de la Convención que el derecho a la supervivencia y al desarrollo sólo pueden

¹⁸ M. Cillero Bruñol, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, p. 8, disponible en http://www.iin.oas.org/el_interes_superior.pdf (última consulta: 14 de noviembre de 2011).

¹⁹ Cf. *Ibid.*, p. 9.

²⁰ Cf. Observación General No. 7, *op. cit.*, n. 8, párr. 13.

realizarse mediante la observancia de todas las demás disposiciones de la Convención, incluidos los derechos a la salud, la nutrición adecuada, la seguridad social, un nivel adecuado de vida, un entorno saludable y seguro, la educación y el juego (artículos 24, 27, 28, 29 y 31), así como respetando las responsabilidades de los padres y ofreciendo asistencia y servicios de calidad (artículos 5o. y 18), por lo que, desde su más tierna infancia, los niños deberían ser incluidos en actividades que promuevan tanto la buena nutrición como un estilo de vida saludable, que prevenga las enfermedades.²¹

Respecto de la “primera infancia”, el Comité ha instado a los Estados Partes a que adopten todas las medidas posibles para mejorar la atención perinatal para madres y lactantes, reducir la mortalidad infantil y en la niñez, y crear las condiciones que promuevan el bienestar de todos los niños y las niñas pequeños durante esta fase esencial de su vida. De igual modo, ha sostenido que garantizar la supervivencia y la salud física son prioridades, pero también ha recordado a los Estados Partes que el artículo 6o. engloba todos los aspectos del desarrollo, y que la salud y el bienestar psicosocial del niño y de la niña pequeños son, en muchos aspectos, interdependientes. Siendo que, además, los niños y las niñas pequeños que crecen en circunstancias especialmente difíciles necesitan atención particular.²² El Comité también ha señalado que la “primera infancia” es el periodo de responsabilidades parentales más amplias (e intensas) en relación con todos los aspectos del bienestar del niño y de la niña contemplados por la Convención: su supervivencia, salud, integridad física y seguridad emocional, nivel de vida y atención, oportunidades de juego y aprendizaje y libertad de expresión. En consecuencia, la realización de los derechos del niño y de la niña

²¹ Cf. *Ibid.*, párr. 10.

²² Cf. *Idem.*

depende en gran medida del bienestar y los recursos de que dispongan quienes tienen la responsabilidad de su cuidado. Para el Comité, reconocer estas interdependencias es un buen punto de partida para planificar la asistencia y servicios a los padres, representantes legales y otros cuidadores, por ejemplo en las áreas de fiscalidad y prestaciones, vivienda adecuada, horarios de trabajo, servicios de atención de la salud perinatal para madres y lactantes, educación y asesoramiento de las madres y los padres.²³

Asimismo, el Comité ha llamado a los Estados Partes para que velen por que todos los niños y las niñas pequeños (y los principales responsables de su bienestar) tengan garantizado el acceso a servicios adecuados y efectivos, en particular programas de atención de la salud, cuidado y educación especialmente diseñados para promover su bienestar. Sobre este punto ha indicado que deberá prestarse especial atención a los grupos más vulnerables de niños y niñas pequeños y a quienes corren riesgo de discriminación (artículo 2o.), lo cual incluye a las niñas y los niños que viven en la pobreza, con discapacidades, pertenecientes a grupos indígenas o minoritarios, de familias migrantes, que son huérfanos o carecen de atención parental por otras razones, que viven en instituciones, que viven con sus madres en prisión, refugiados y demandantes de asilo, infectados o afectados por el VIH/SIDA, y los niños y las niñas de padres alcohólicos o drogadictos.²⁴

Por otra parte, en el contexto de los derechos de los adolescentes a la salud y el desarrollo, leídos a la luz de los artículos 6 (Derecho a la vida, supervivencia y desarrollo) y 24 (Derecho a la salud) de la Convención, el Comité ha entendido que tienen un sentido más amplio que el estrictamen-

²³ Cf. *Ibid.*, párr. 20.

²⁴ Cf. *Ibid.*, párr. 24.

te derivado de dichas disposiciones.²⁵ Al respecto, el Comité ha sostenido que, de conformidad con el artículo 4 de la Convención —que se refiere a la obligación de los Estados Partes de tomar todo tipo de medidas adecuadas de orden legislativo, administrativo o de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención—, los Estados Partes tienen necesidad de asegurar que ciertas disposiciones jurídicas específicas estén garantizadas en derecho interno, entre ellas:²⁶

- a) Crear un entorno seguro y propicio para los adolescentes, incluso en el seno de la familia, en las escuelas y en todo tipo de establecimientos en los que vivan, en el lugar del trabajo y/o en la sociedad en general.
- b) Garantizar el acceso de los adolescentes a la información que sea esencial para su salud y desarrollo y la posibilidad de que participen en las decisiones que afectan a su salud (en especial mediante un consentimiento fundamentado y el derecho a la confidencialidad), la adquisición de experiencia, la obtención de información adecuada y apropiada para su edad y la elección de comportamientos de salud adecuados.
- c) Garantizar que todos los adolescentes puedan disponer de instalaciones, bienes y servicios sanitarios con inclusión de servicios sustantivos y de asesoramiento en materia de salud mental, sexual y reproductiva de calidad apropiada y adaptados a los problemas de los adolescentes.
- d) Garantizar que todas las niñas y los niños adolescentes tienen la oportunidad de participar activamente en la planificación y programación de su propia salud y desarrollo.

²⁵ Cf. Observación General, No. 4, *op. cit.*, n. 8, párr. 4.

²⁶ Cf. *Ibid.*, párr. 39.

- e) Proteger a los adolescentes contra toda forma de trabajo que pueda poner en peligro el ejercicio de sus derechos, especialmente prohibiendo toda forma de trabajo infantil y reglamentando el entorno laboral y las condiciones de trabajo de conformidad con las normas internacionales.
- f) Proteger a los adolescentes contra toda forma de lesiones, deliberadas o no, con inclusión de las producidas por la violencia y los accidentes del tráfico por carretera.
- g) Proteger a los adolescentes contra las prácticas tradicionales perjudiciales, como son los matrimonios precoces, las muertes por cuestiones de honor y la mutilación genital femenina.
- h) Asegurar que se tiene plenamente en cuenta a los adolescentes pertenecientes a grupos especialmente vulnerables en el cumplimiento de todas las obligaciones antes mencionadas.
- i) Aplicar medidas para la prevención de las perturbaciones mentales y la promoción de la salud mental en los adolescentes.

Asimismo, de conformidad con los artículos 24 y 39, y otras disposiciones conexas de la Convención, el Comité ha señalado que los Estados Partes deben proporcionar servicios de salud que estén adecuados a las especiales necesidades y derechos humanos de todos los adolescentes, prestando atención a las siguientes características:²⁷ i) disponibilidad, en cuanto la atención primaria de salud debe incluir servicios adecuados a las necesidades de los adolescentes, concediendo especial atención a la salud sexual y reproductiva y a la salud mental; ii) accesibilidad, esto es, que deben conocerse las instalaciones, bienes y servicios de salud y ser de fácil

²⁷ Cf. *Ibid.*, párr. 41.

acceso (económica, física y socialmente) a todos los adolescentes sin distinción alguna y, además, debe garantizarse la confidencialidad cuando sea necesaria; iii) aceptabilidad, dado que además de respetar plenamente las disposiciones y los principios de la Convención, todas las instalaciones, bienes y servicios sanitarios deben respetar los valores culturales, las diferencias entre los géneros, la ética médica y ser aceptables, tanto para los adolescentes como para las comunidades en que viven, y iv) calidad, en virtud de que los servicios y los bienes de salud deben ser científica y médicamente adecuados, para lo cual es necesario personal capacitado para cuidar de los adolescentes, instalaciones adecuadas y métodos científicamente aceptados.

4. DERECHO DEL NIÑO Y DE LA NIÑA A EXPRESAR SU OPINIÓN Y A SER ESCUCHADOS

33

El numeral 1 del artículo 12 de la Convención reconoce el derecho de cada niño y niña a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez, sin que la edad en sí misma pueda determinar la trascendencia de las opiniones del niño y de la niña, las cuales tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso.²⁸ Tal obligación supone que los Estados Partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que los niños y las niñas puedan disfrutarlo plenamente. Sin embargo, el niño y la niña tienen derecho a no ejercer ese derecho, dado que expresar sus opiniones es una opción, no una obligación.²⁹

²⁸ Cf. Observación General No. 12, *op. cit.*, n. 12, párr. 29.

²⁹ Cf. *Ibid.*, párrs. 15 y 16.

Cabe señalar que la práctica de la aplicación del mencionado artículo se refiere a una amplia gama de asuntos, como la salud, la economía, la educación o el medio ambiente, que son de interés no solamente para el niño o la niña como individuos, sino también para grupos de niños y niñas, y para los niños y las niñas en general. Por consiguiente, el Comité ha interpretado la participación de manera amplia para establecer procedimientos no sólo para niños y niñas considerados individualmente y grupos de niños y niñas claramente definidos, sino también para grupos de niños y niñas, como los indígenas, con discapacidades o, en general, que resultan afectados directa o indirectamente por las condiciones sociales, económicas o culturales de la vida en su sociedad.³⁰

En este sentido, el Comité ha declarado que “[e]s importante que los gobiernos establezcan una relación directa con los niños, y no simplemente una relación por conducto de ONG o de instituciones de derechos humanos”, y ha sido enfático al señalar que “[e]l escuchar a los niños no debe considerarse como un fin en sí mismo, sino más bien como un medio de que los Estados hagan que sus interacciones con los niños y las medidas que adopten en favor de los niños estén cada vez más orientadas a la puesta en práctica de los derechos de los niños.”³¹ Al respecto, el Comité se ha referido, de manera específica, a la participación de niños, niñas y adolescentes en situaciones y relaciones concretas en que éstos se encuentran con la familia, la sociedad y las autoridades estatales, a saber:

a) En el desarrollo de estilos de crianza de los hijos,³² el Comité ha recomendado que los Estados Partes promuevan programas de educación de los padres, que se basen en con-

³⁰ Cf. *Ibid.*, párr. 85.

³¹ Observación General No. 5, *op. cit.*, n. 2, párr. 12, segunda parte.

³² Cf. Observación General No. 12, *op. cit.*, n. 12, párrs. 93 y 97.

ductas y actitudes positivas existentes y que difundan información acerca de los derechos del niño, de la niña y de los padres, consagrados en la Convención. De igual modo, ha considerado que deben introducirse mecanismos para garantizar que los niños y las niñas que se encuentren en todas las modalidades alternativas de acogimiento, en particular en instituciones, puedan expresar sus opiniones, y que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta en los asuntos relativos a su acogimiento, a las normas relativas al cuidado que reciban en familias u hogares de guarda y a su vida diaria.

b) En la promoción del desarrollo saludable y el bienestar de los niños y niñas,³³ el Comité se ha referido al derecho del niño y de la niña a expresar su opinión y a participar en cada una de las decisiones relativas a la atención de la salud y en la formulación de políticas y servicios de salud. En este sentido, se debe incluir a los niños y a las niñas en los procesos de adopción de decisiones de modo conforme a la evolución de sus facultades. Se les debe suministrar información sobre los tratamientos que se propongan y sus efectos y resultados, en particular de manera apropiada y accesible para los niños y las niñas con discapacidades, siendo que el derecho al asesoramiento y consejo es distinto del derecho a otorgar consentimiento médico y no se debe someter a ninguna limitación de edad.

Al respecto, el Comité ha alentado a los Estados Partes a establecer en su legislación una edad fija en que el derecho al consentimiento pasa al niño o a la niña, a fin de que los niños y las niñas mayores de esa edad tengan el derecho a otorgar su consentimiento sin el requisito de que haya habido una evaluación profesional individual de su capacidad, después de haber consultado a un experto independiente y

³³ Cf. *Ibid.*, párrs. 98 y 100 a 102.

competente. Sin embargo, el Comité también ha recomendado que los Estados Partes garanticen que, cuando un niño o una niña menor de esa edad demuestre capacidad para expresar una opinión con conocimiento de causa sobre su tratamiento, se tome debidamente en cuenta esa opinión.

c) En la educación³⁴ el Comité se ha referido al derecho del niño y de la niña a ser escuchados, y ha observado con preocupación el autoritarismo, la discriminación, la falta de respeto y la violencia continuadas que caracterizan la realidad de muchas escuelas y aulas, las cuales no propician que se expresen las opiniones del niño y de la niña ni que se tengan debidamente en cuenta esas opiniones. Así pues, el Comité ha recomendado que los Estados Partes adopten medidas para fomentar las oportunidades de que los niños y las niñas expresen sus opiniones y de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta en todos los entornos docentes, en los que debe promoverse el papel activo del niño y de la niña en un entorno de aprendizaje participativo.

Es así que los Estados Partes deben consultar a los niños y las niñas a nivel local y nacional sobre todos los aspectos de la política educativa, los planes de estudios y programas escolares, los métodos de enseñanza, las estructuras escolares, los niveles de exigencia, los presupuestos y los sistemas de protección de la infancia; sobre las decisiones respecto de la transición hacia el siguiente nivel escolar o la elección de grupos de alumnos según sus aptitudes, decisiones que deben estar sujetas a recurso administrativo o judicial,³⁵ y en los asuntos de disciplina debe respetarse al máximo el derecho del niño y de la niña a ser escuchados.³⁶ En particular,

³⁴ Cf. *Ibid.*, párrs. 106 y 107.

³⁵ Cf. *Ibid.*, párrs. 111 y 113.

³⁶ Cf. *Ibid.*, párr. 113. Ver también Observación General No. 8 (2006), El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19; segundo párrafo, del

en el caso de la exclusión de un niño o una niña de la enseñanza o la escuela, esta decisión debe estar sujeta a recurso judicial, dado que contradice el derecho del niño y de la niña a la educación. Finalmente, el Comité ha alentado a los Estados Partes a que apoyen la creación de organizaciones independientes de estudiantes que puedan ayudar a los niños y a las niñas a desempeñar de forma competente sus funciones participativas en el sistema educativo.³⁷

d) Respecto de los niños y las niñas que trabajen a una edad más temprana que la permitida por las leyes y por los Convenios Núms. 138 (1973) y 182 (1999) de la Organización Internacional del Trabajo,³⁸ el Comité ha sostenido que tienen que ser escuchados en un entorno adaptado a ellos para comprender sus opiniones sobre la situación y su interés superior. Deben ser incluidos en la búsqueda de una solución que respete las limitaciones económicas y socioestructurales y el contexto cultural en que trabajan esos niños y niñas. Asimismo, los niños y las niñas trabajadores deben ser escuchados cuando los inspectores que investiguen la aplicación de las leyes laborales examinen los lugares y las condiciones de trabajo. Además, los niños y las niñas, y, si existen, los representantes de las asociaciones de niños y niñas trabajadores también deben ser escuchados cuando se redacten las leyes laborales o cuando se examine y evalúe el cumplimiento de las leyes.

e) En relación con los niños y las niñas que llegan a un país siguiendo a sus padres en busca de trabajo o como refugiados,³⁹ el Comité ha observado que se encuentran en una

artículo 28 y artículo 37, entre otros), Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/8, de 21 de agosto de 2006. En dicha opinión se explican estrategias participativas para eliminar los castigos corporales.

³⁷ Cf. Observación General No. 12, *op. cit.*, n. 12, párr. 112.

³⁸ Cf. *Ibid.*, párrs. 116 y 117.

³⁹ Cf. *Ibid.*, párrs. 123 y 124. Ver también Observación General No. 6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su familia

situación especialmente vulnerable. En razón de ello, es urgente hacer respetar plenamente su derecho a expresar sus opiniones sobre todos los aspectos de los procedimientos de inmigración y asilo. En el caso de la migración, el Comité ha señalado que hay que escuchar al niño y a la niña en relación con sus expectativas educativas y sus condiciones de salud, a fin de integrarlos en los servicios escolares y de salud. En el caso de una demanda de asilo, el niño y la niña deben tener, además, la oportunidad de presentar sus motivos para la demanda de asilo.

El Comité ha destacado que debe darse a esos niños y niñas toda la información pertinente, en su propio idioma, acerca de sus derechos, los servicios disponibles, incluidos los medios de comunicación, y el proceso de inmigración y asilo, para que se haga oír su voz y que su opinión se tenga debidamente en cuenta en los procedimientos. Debe designarse a un tutor o asesor a título gratuito. Los niños y las niñas solicitantes de asilo también pueden necesitar datos sobre el paradero de su familia e información actualizada sobre la situación en su país de origen, para determinar su interés superior. Puede también ser necesario prestar asistencia especial a los niños y a las niñas que hayan participado en un conflicto armado, para permitirles expresar sus necesidades. Además, es necesario prestar atención para garantizar que se incluya a los niños y las niñas apátridas en los procesos de adopción de decisiones en los territorios en que residen.

f) En lo que se refiere a la participación en el ámbito nacional,⁴⁰ el Comité ha indicado que se debe apoyar y estimular a los niños y las niñas para que formen sus propias organizaciones e iniciativas dirigidas por ellos mismos, que crearán espacio para la participación y representación autén-

fuera de su país de origen, Comité de los Derechos del Niño, CRC/GC/2005/6, de 1 de septiembre de 2005.

⁴⁰ Cf. Observación General No. 12, *op. cit.*, n. 12, párr. 128.

ticas. Además, los niños y las niñas pueden contribuir con su punto de vista, por ejemplo respecto del diseño de escuelas, parques, campos de juego, instalaciones de recreo y culturales, bibliotecas públicas, instalaciones de salud y sistemas locales de transporte, a fin de lograr unos servicios más apropiados. Asimismo, se deben incluir explícitamente las opiniones de los niños y las niñas en los planes de desarrollo de la comunidad que requieran consulta pública.

Asimismo, ha indicado que todos los procesos en que sean escuchados y participen un niño o una niña o varios niños o niñas, deben ser transparentes e informativos, voluntarios, respetuosos, pertinentes, adaptados a los niños y las niñas, incluyentes, apoyados en la formación, seguros y atentos al riesgo y responsables.⁴¹ Por otra parte, a nivel internacional, el Comité ha observado que la participación de los niños y las niñas en las Cumbres Mundiales en Favor de la Infancia, celebradas por la Asamblea General en 1990 y 2002, y la intervención de niños y niñas en el proceso de presentación de informes al Comité de los Derechos del Niño revisiten especial importancia, y ha alentado a los Estados Partes y a las ONG a que apoyen a los niños y las niñas para que presenten sus opiniones al Comité.⁴²

Finalmente, el segundo numeral del artículo 12 de la Convención reconoce el derecho del niño y de la niña a ser escuchados, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, y el derecho a expresar su opinión libremente sobre todos los asuntos que les afecten, el cual "se respetará y hará efectivo plenamente en cada etapa del proceso de la justicia de menores",⁴³ concretando de esta forma su derecho a la defensa material. En este

⁴¹ Cf. *Ibid.*, párr. 135.

⁴² Cf. *Ibid.*, párr. 131.

⁴³ Observación General No. 10, *op. cit.*, n. 12, párr. 12.

sentido, el Comité ha señalado que “el artículo 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño”.⁴⁴ Se establece así el principio de participación en los procesos que sean de su interés, siendo éste la base que determina la capacidad jurídica de la niñez y la adolescencia para actuar directamente y de manera independiente en dichos procesos. Es así que no existe duda alguna sobre la capacidad de los niños y las niñas para ser titulares de derechos; se trata, pues, de definir si el ordenamiento faculta a los niños y las niñas para actuar personalmente o si requieren de un representante para poder hacerlo.

40

El Comité ha recalcado que esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño o a la niña, sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de divorcio y separación de la pareja, separación de los padres y formas sustitutivas de cuidado, custodia y adopción o la *kafala* del derecho islámico, niños y niñas en conflicto con la ley, niños y niñas víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de la salud, seguridad social, niños y niñas no acompañados, niños y niñas solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias. Los procedimientos administrativos típicos serían, por ejemplo, decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño y de la niña. Ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje.⁴⁵

⁴⁴ Observación General No. 12, *op. cit.*, n. 12, párr. 15.

⁴⁵ *Cf. Ibid.*, párr. 32.

A. Medidas para garantizar la observancia del derecho a ser escuchado

Ahora bien, una vez que el niño o la niña haya decidido ser escuchado, deberá decidir cómo se le escuchará: “directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado”. El Comité ha recomendado que, siempre que sea posible, se brinde al niño y a la niña la oportunidad de ser escuchado directamente en todo procedimiento.⁴⁶ Asimismo, para hacer efectivo el derecho del niño o de la niña a ser escuchado siempre que un asunto lo afecte o cuando el niño o la niña sea invitado a dar su opinión en un procedimiento oficial, el Comité se ha referido a la adopción de cinco medidas indispensables,⁴⁷ a saber:

1. *Preparación*: los Estados Partes deben asegurarse de que el niño y la niña reciban toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior. En este sentido, la realización del derecho del niño y de la niña a expresar sus opiniones exige que los responsables de escucharlos y los padres o tutores informen al niño o la niña de los asuntos, las opciones, los efectos que tendrán en el resultado las opiniones que expresen y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. El niño o la niña también debe estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones, ya sea directamente o por medio de un representante. Así pues, el derecho a la información es fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño o de la niña.⁴⁸

⁴⁶ Cf. *Ibid.*, párr. 35.

⁴⁷ Cf. *Ibid.*, párr. 40.

⁴⁸ Cf. *Ibid.*, párr. 25.

2. *Audiencia*: se refiere al contexto en el que el niño o la niña ejerza su derecho a ser escuchado, el cual tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que pueda estar seguro de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que el niño o la niña haya decidido comunicar. La persona que escuchará las opiniones del niño o de la niña puede ser un adulto que intervenga en los asuntos que lo afectan (un maestro, un trabajador social o un cuidador), un encargado de adoptar decisiones en una institución (un director, un administrador o un juez) o un especialista (un psicólogo o un médico). Es preferible que el niño o la niña no sea escuchado en audiencia pública, sino en condiciones de confidencialidad. Por su puesto, cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad no podrá escucharse eficazmente a un niño o a una niña, por lo que los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para éstos. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños y las niñas, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas. No obstante, si el acto de escuchar al niño o a la niña se realiza a través de un representante, es de suma importancia que el representante transmita correctamente las opiniones del niño o de la niña al responsable de adoptar las decisiones. El método elegido deberá ser determinado por el niño o la niña (o la autoridad competente, en caso necesario) conforme a su situación particular.⁴⁹

3. *Evaluación de la capacidad del niño o de la niña*: las opiniones de éstos deben tenerse debidamente en cuenta, siempre que

⁴⁹ Cf. *Ibid.*, párrs. 34 y 36.

un análisis caso por caso indique que el niño o la niña es capaz de formarse un juicio propio. Si el niño o la niña está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones como factor destacado en la resolución de la cuestión.⁵⁰

4. *Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño o de la niña (comunicación de los resultados):* dado que el niño y la niña tienen derecho a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, el encargado de adoptar decisiones debe informarles del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados al niño o a la niña es una garantía de que las opiniones no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover al niño o a la niña a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia.⁵¹

5. *Quejas, vías de recurso y desagravio:* la legislación debe ofrecer a los niños y a las niñas procedimientos de denuncia y vías de recurso cuando su derecho a ser escuchados y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones sea violado.⁵² Los niños y las niñas deben tener la posibilidad de dirigirse a un defensor o a una persona con funciones comparables en todas las instituciones dedicadas a los niños y las niñas, como las escuelas y las guarderías, para expresar sus quejas. Los niños y las niñas deben saber quiénes son esas personas y cómo pueden acceder a ellas. En el caso de los conflictos familiares sobre la considera-

⁵⁰ Cf. *Ibid.*, párr. 44.

⁵¹ Cf. *Ibid.*, párr. 45.

⁵² Cf. Observación General No. 5, *op. cit.*, n. 2, párr. 24.

ción de las opiniones de los niños y las niñas, éstos deben tener la posibilidad de recurrir a una persona de los servicios de juventud de la comunidad. Los procedimientos de denuncia deben proporcionar mecanismos solventes para garantizar que los niños y las niñas confíen en que al utilizarlos no se exponen a un riesgo de violencia o castigo.⁵³

En este sentido, se observa que el artículo 12, como principio general, está vinculado a los demás principios generales de la Convención contenidos en los artículos 2o., 3o. y 6o. El artículo también está estrechamente vinculado con los artículos relativos a los artículos 13 (derecho a la libertad de expresión), 17 (derecho a la información) y 5o. (evolución de las facultades del niño y dirección y orientación apropiadas de los padres). Además, el artículo 12 está conectado con todos los demás artículos de la Convención, que no podría aplicarse íntegramente si no se respeta al niño y a la niña como sujeto con sus propias opiniones sobre los derechos consagrados en los artículos respectivos y sobre su cumplimiento.

B. Principio de autonomía progresiva

El artículo 5o. se refiere a la posibilidad que tienen los niños y las niñas de ejercer de manera autónoma sus derechos, pero sin llegar a poner en duda que son titulares de derechos, al igual que cualquier persona adulta. Se trata de reconocer que para el ejercicio de los mismos puede ser necesario el apoyo de los padres y las madres “como cuidadores en pie de igualdad”⁵⁴ y/o otros cuidadores, para un correcto ejercicio, y en el caso de los niños y las niñas en “primera infancia” dichas personas “son normalmente el conducto

⁵³ Cf. Observación General No. 12, *op. cit.*, n. 12, párrs. 46 y 47.

⁵⁴ Observación General No. 7, *op. cit.*, n. 8, párr. 19.

principal a través del cual los niños pequeños pueden realizar sus derechos:⁵⁵ Es así que se dispone la evolución de las facultades como un proceso positivo y habilitador del ejercicio de los derechos de los niños y las niñas, reconociendo que dicho ejercicio es progresivo.⁵⁶ Por su parte, a los padres, madres o encargados les corresponde brindar la orientación y dirección apropiadas para que los niños y las niñas ejerzan los derechos reconocidos en ese instrumento. En razón de lo anterior, es usual que existan normas con diferencias en el ejercicio autónomo de los derechos entre los niños y las niñas, ya que a éstos se les reconocen algunas capacidades en razón de su edad y desarrollo. Finalmente, este principio de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos resulta fundamental para efectos de determinar la capacidad procesal de los niños y las niñas en procedimientos que los afecten.

Así pues, las personas encargadas del niño o de la niña, tal como sea el caso, por un lado han de permitirles ejercer los derechos reconocidos en dicho tratado, y, por el otro, han de proporcionarle la “dirección y orientación apropiadas” para su ejercicio. Ambas funciones, la permisiva y la orientadora, deben ser acordes a la “evolución de las facultades” del niño y/o de la niña.⁵⁷ De acuerdo con este artículo, la obligación principal del Estado es, en primer lugar, respetar esta dinámica y, en segundo lugar, propiciar su cumplimiento.

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 16.

⁵⁶ El Comité ha señalado que el artículo 5o. se basa en el concepto de “evolución de las facultades” para referirse a procesos de maduración y de aprendizaje por medio de los cuales los niños y las niñas adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión, en particular comprensión de sus derechos, y sobre cómo dichos derechos pueden realizarse mejor. *Cf. Ibid.*, párr. 17.

⁵⁷ *Cf. Observación General No. 4, op. cit.*, n. 8, párr. 7.