

## EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES\*

Mónica GONZÁLEZ CONTRÓ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La evolución del concepto de niño en la historia de Occidente.* III. *Los modelos de tratamiento jurídico a la infancia en Latinoamérica.* IV. *Derechos civiles y políticos y el derecho a la participación de niñas, niños y adolescentes.* V. *El derecho a ser escuchado desde la perspectiva del Comité de Derechos del Niño: Observación General 12 (2009).* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el 20 de noviembre de 1989, supuso un gran paso en el reconocimiento y protección de los derechos de niñas y niños; sin embargo, las evidencias son claras respecto de que aún hacen falta grandes transformaciones para lograr la vigencia plena de estos derechos. Del reconocimiento formal a la eficacia plena hay una gran distancia, que se explica no solo por las dificultades vinculadas al cumplimiento de ciertos derechos,<sup>1</sup> sino que, en el caso de niñas y niños, tiene que ver con la concepción liberal de los derechos y la representación social de la infancia y la adolescencia. Estos dos elementos y las múltiples consecuencias derivadas de los mismos son claves para comprender —cuestionar y formular soluciones— algunos de los problemas fundamentales en el cumplimiento de los derechos reconocidos en la Convención.

No son pocos los especialistas en derechos humanos que niegan la importancia de la reflexión teórica sobre la titularidad de los derechos durante

\* Este texto fue previamente publicado con el título “Hacia una concepción dinámica de la Convención sobre los derechos del niño: el derecho a la participación”, en *Los derechos de niños, niñas y adolescentes en México a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Save the Children, 2011, pp. 241-272.

<sup>1</sup> Sobre todo los llamados derechos *económicos, sociales y culturales*, que requieren de una inversión por parte del Estado.

la infancia y la adolescencia.<sup>2</sup> De hecho, niñas y niños han permanecido excluidos e invisibilizados en el discurso democrático y de los derechos humanos, como si esto fuera una situación natural e inevitable. Y es esta una de las principales dificultades para lograr el reconocimiento y la eficacia de los derechos. No se trata ni siquiera de un tema que se considere relevante para la teoría y la filosofía del derecho, pese a que implica a una parte muy representativa de la población mundial y de cada país. Podemos formular varias explicaciones a este fenómeno:

a) En primer lugar, el paradigma liberal del titular de derechos, lo que llamo el “agente autónomo”. Este se basa en una visión muy restringida de quién puede detentar un derecho y hacerlo efectivo, pues se reduce a aquellos que se presume son capaces de actuar de manera independiente. Este modelo surge con las primeras declaraciones de derechos en el siglo XVIII, y ha permanecido inflexible. Durante algunos años, algunos otros actores, originalmente excluidos, como mujeres o minorías raciales, se han incorporado sobre el supuesto de la posibilidad de ser “agentes autónomos”. En otras palabras, el modelo no ha cambiado para incluir a los nuevos titulares, sino que son estos quienes han reivindicado y demostrado que pueden encajar en el patrón rígido.

Desde luego, este esquema se sustenta en la categórica valoración de cierto tipo de autonomía como cualidad y objetivo de los individuos dentro del sistema liberal, lo que tiene como consecuencia la exclusión de quienes se presume no poseen esta característica. No son los niños y niñas los únicos afectados, sino todos aquellos a quienes de alguna manera se les atribuye la incapacidad, como pueden ser las personas con discapacidad física o intelectual. Esta “incapacidad” se traduce en incapacidad jurídica, que deriva en dependencia.

b) La incapacidad atribuida a ciertos miembros que carecen de la autonomía valorada por el Estado liberal tiene como consecuencia el considerar necesario poner al “incapaz” bajo el resguardo de un “agente autónomo” pleno. Esta idea ha tenido como resultado una visión patrimonialista de la familia, en la que el “agente autónomo” tiene a su cargo a quienes no

<sup>2</sup> Bobbio cuestiona incluso la utilidad de intentar encontrar una justificación común a todos los derechos humanos, pues en su opinión este ha quedado resuelto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, de modo que el problema actual de los derechos humanos no es su justificación sino su protección: “... hoy se puede decir que el problema del fundamento de los derechos humanos ha tenido su solución en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea general de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948” (Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 64).

comparten esta característica. Así, en un inicio se incluía a mujeres y niños, mientras que hoy solo quedan dentro del ámbito de la protección patriarcal las personas menores de edad. Niñas y niños son vistos como sujetos del derecho privado.<sup>3</sup>

En el caso de niñas y niños privados de su medio familiar; es decir, excluidos de la potestad parental, la custodia pasa a otro tipo de “agente autónomo”: las instituciones, el Estado, el sistema de justicia para adolescentes, etcétera.

c) Otra de las posibles causas de la casi nula importancia que se concede a los derechos durante la minoría de edad es la idea de que se trata de una condición transitoria. Esto significa que, en virtud de que tarde o temprano niñas y niños serán titulares de derechos plenos o “agentes autónomos”, se minimiza la falta de reconocimiento y ejercicio durante este periodo de la vida humana. Esta idea refleja una visión utilitarista de la infancia como un periodo cuyo fin es la consecución de la autonomía en la edad adulta, ignorando las condiciones presentes y la importancia del respeto de los derechos humanos para las personas que “son” y no las que “llegarán a ser”.<sup>4</sup>

Las anteriores afirmaciones se encuentran sustentadas en premisas implícitas, sobre las que se ha fundado el tratamiento jurídico a la infancia y adolescencia, que ni siquiera han sido cuestionadas abiertamente desde la teoría del derecho. Así, la condición de limitación en la titularidad y ejercicio de los derechos se asume como una consecuencia natural de ciertas condiciones que derivan de construcciones históricas. Incluso algunos autores que han intentado argumentar en favor de los derechos de niñas y niños han partido de estas premisas sin siquiera hacerlas explícitas, mucho menos cuestionarlas.<sup>5</sup> Así, se reproduce y consolida un ciclo de exclusión que permanece oculto por el “bien” de los mismos interesados.

<sup>3</sup> Esto va desde las manifestaciones más básicas, como son “es mi hijo y yo lo educo”, para justificar prácticas de maltrato infantil o castigo corporal, hasta justificaciones de violaciones al derecho a la intimidad o prácticas intolerables, como la explotación infantil bajo el manto protector de la cabeza de familia.

<sup>4</sup> Onora O’Neill se inclina por establecer obligaciones para proteger a los niños, pero no reconocerles derechos. Afirma que los niños son débiles más fundamentalmente pero menos permanentemente y su *remedio* es crecer; como este remedio no puede darse rápidamente, dependen más de prácticas e instituciones que garanticen el cumplimiento de las obligaciones y la retórica de los derechos no serviría para darles poder. O’Neill, Onora, “Children’s Rights and Children’s Lives”, en Alston, Philip *et al.* (eds.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 39 y 40.

<sup>5</sup> Un ejemplo de esta forma de argumentar lo constituye uno de los textos clásicos sobre derechos del niño que, en buena medida, dio origen al debate clásico entre las teorías voluntaristas y las teorías del interés como explicación de los derechos subjetivos, desde la

Es importante resaltar la distinción entre la protección de niñas y niños, y el reconocimiento de la titularidad de derechos. Frente a la primera, que requiere también de una actuación por parte del Estado, no hay desacuerdo en lo absoluto; por el contrario, quienes se oponen a la consideración de las personas menores de edad como titulares de derechos defienden una obligación de protección. La perspectiva liberal supone que esta obligación corresponde primariamente a los padres, y que, en caso de incumplimiento, el Estado debe asumir el rol de garante de ciertas condiciones necesarias para la subsistencia.<sup>6</sup> Sin embargo, esta postura difiere de sostener que esta protección debe darse a partir del reconocimiento de derechos, pues implica la discrecionalidad de los agentes obligados, como se explicará más adelante.

La falta de distinción entre los mecanismos de protección ha conducido a sostener un acuerdo aparente, que niega la existencia de discrepancias en aspectos fundamentales en relación con el tema de los derechos de niñas y niños, entre estos: la necesidad de entrar al debate teórico desde la perspectiva del Estado liberal y democrático:

La exaltación de la infancia, que generalmente acompaña la defensa de sus derechos, suele concitar un artificioso consenso, que diluye los proyectos di-

perspectiva de los derechos del niño, aunque ciertamente el objetivo del autor no era proponer una teoría sobre los derechos de los niños, sino precisamente utilizarlos como ejemplo para descalificar la tesis voluntarista de los derechos. En la obra *Childrens' Rights: A test-case for Theories of Right*, publicada en 1976, Neil MacCormick plantea el siguiente argumento: de acuerdo con la teoría voluntarista, que sostiene que un derecho subjetivo necesariamente conlleva una facultad para exigirlo o renunciar a su cumplimiento, es imposible sostener la existencia de derechos de los niños, pues uno de los atributos de este tipo de derechos es precisamente que el titular no está facultado para renunciar a su cumplimiento. Así, concluye MacCormick, la teoría de la voluntad es desechada por no poder justificar los derechos de los niños. A partir de este texto surgieron otras propuestas teóricas, ya sea apoyando o rebatiendo esta postura; sin embargo, lo que el autor nunca aborda y en general ha estado ausente en el debate, es una premisa que se encuentra implícita en el razonamiento: que la voluntad del niño debe ser irrelevante en el ejercicio de sus derechos, y por esta razón se justifica la imposición de derechos obligatorios a los que no puede renunciar (MacCormick, Neil, "Children's Rights: a Test-Case for Theories of Right", *Legal Right and Social Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 1982).

<sup>6</sup> "Desde esta perspectiva, en la historia de los Derechos de los niños podemos distinguir entre dos corrientes principales: por un lado, aquella que pone el énfasis en la protección, posteriormente, también en la garantía de unas condiciones de vida dignas para las y los niños y, por otro, la que apunta a la igualdad de derechos y a una participación activa de los niños en la sociedad. Pese a que las dos tendencias no sean totalmente contradictorias, hasta hace muy poco, por lo general, han venido desarrollándose de manera separada" (Liebel, Manfred, "Sobre la historia de los derechos de la infancia", en Liebel, Manfred y Martínez Muñoz, Marta (coords.), *Infancia y derechos humanos: hacia una ciudadanía participante y protagónica*, Lima, IFEJANT, 2009, p. 26).

vergentes que surgen en muchas áreas del debate político. Algunos autores llegan a afirmar la existencia de una verdadera “ideología de la infancia”, que logra crear sus propios mecanismos de legitimación en el plano valórico y se sitúa, con sospechosa comodidad, por encima de las contingencias, las estructuras socioeconómicas y los dilemas del desarrollo. Como si los niños solo se proyectaran en cuanto tales, y sus derechos fueran asimilables en su peculiar carácter de seres vulnerables, de no adultos, y se diluyeran al perder esa condición.<sup>7</sup>

## II. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE NIÑO EN LA HISTORIA DE OCCIDENTE

La “historia de la infancia”, como disciplina específica de la historia de la vida privada, resulta de gran utilidad para mostrar que la concepción actual de la infancia y adolescencia, con todos los atributos que a partir de esta se asignan a los individuos, es de construcción reciente, de tal forma que no se trata de una categoría evidente ni concluyente. Esto supone el cuestionar la base misma sobre la que se ha construido el fundamento del tratamiento jurídico hacia estos grupos como resultado de ciertos procesos sociales relativamente recientes. La primera y muy evidente conclusión es que, al ser una creación social, no se trata de una categoría derivada de características naturales ni obvias, y que la misma construcción de la infancia ha ido reforzando las características con las que actualmente asociamos a niñas y niños.

Fue el historiador Phillipe Ariès, en el libro titulado *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*,<sup>8</sup> quien da a conocer la forma en que se concibió a la infancia durante siglos. Según el historiador, lo que él denomina el “sentimiento moderno de infancia” no se consolida sino hasta el siglo XVIII, aunque la gestación de esta actitud se comienza a dar en el siglo XVII. Hasta antes de esta época, la categoría infancia no existía como tal, sino que niñas y niños se incorporaban al mundo de los adultos una vez concluido el periodo de estricta dependencia; es decir, la lactancia y el desarrollo de las habilidades motoras básicas.<sup>9</sup> Durante siglos, el niño fue considerado como un adulto en miniatura, sin atribuírsele características propias como una categoría diferenciada de la adulta.

<sup>7</sup> Rojas Flores, Jorge, “Los derechos del niño en Chile: una aproximación histórica, 1910-1930”, *Historia*, Pontificia Universidad Católica de Chile núm. 40, vol. I, enero-junio de 2007, p. 159.

<sup>8</sup> Ariès, Phillipe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Madrid, Taurus, 1987 (orig: *L'Enfant et la Vie Familiale sous l'Ancien Régime*, Paris, Plon, 1962).

<sup>9</sup> Caminar, correr, saltar, tirar y equilibrarse.

En Europa, el surgimiento del sentimiento hacia la infancia tiene como contexto el Renacimiento y la consolidación de la familia nuclear en las naciientes ciudades. El proceso de individuación posibilita la gestación de la nueva actitud hacia la infancia, que tuvo como consecuencia el triunfo de la noción de inocencia infantil, que llevaría posteriormente al desarrollo de la idea de que había que proteger a los niños en espacios especialmente diseñados para ellos: las escuelas. Así, durante los siglos subsecuentes surgen diversas órdenes religiosas, que tienen como objetivo dedicarse a la educación de los niños;<sup>10</sup> a su vez, el Estado comienza a asumir un papel en este ámbito, lo que dio pie a que en el siglo XIX se estableciera la educación obligatoria.

Durante el siglo XVIII se afirma lo que Ariès identifica como el moderno sentimiento de infancia, y los padres poco a poco van delegando las que se asumían ya como sus obligaciones, principalmente en materia de educación, en la Iglesia y el Estado. Es durante este siglo también cuando surgen las primeras declaraciones de derechos, en Francia y Estados Unidos, antecedentes del concepto actual de lo que significa tener un derecho. Dentro de las prerrogativas reconocidas al varón-adulto-proprietario, esta última característica, necesaria para ser considerado ciudadano (justamente por el tema de la autonomía), se incluía la de gozar de una esfera de inmunidad protegida en contra de la intervención del Estado. Dentro de esta esfera se encontraba la familia, de modo que era considerado un derecho del ciudadano esta protección en contra de cualquier intromisión en lo que se entendía como su privacidad, la facultad para organizar la vida familiar de la manera que creyera conveniente y, por supuesto, educar a sus hijos de una forma que juzgaba adecuada.

No es sino hasta el siglo XX cuando se comienza a hablar de derechos de los niños, aunque el reconocimiento de los derechos humanos, especialmente para los varones (el agente autónomo por antonomasia), se había dado hacía más de cien años.<sup>11</sup> Fue la británica Eglantyne Jebb, fundadora de la organización Save the Children, quien redactó la primera declaración internacional sobre derechos del niño, la Declaración de Ginebra, que fue adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de Naciones el 24 de septiembre de 1924.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Durante los siglos XVII y XVIII se fundan congregaciones religiosas con fines educativos; por ejemplo, José de Calasanz (1556-1648), escuelas pías; Juan Bautista de la Salle (1651-1648), escuelas cristianas; Vicente de Paúl (1581-1660) Hijas de la Caridad y Hospital de Niños Abandonados.

<sup>11</sup> Como antecedentes de obras en las que se comienza a hablar de los derechos de los niños podemos mencionar: *El niño* de Jules Vallès (1879); *Children's Rights* de Kate D. Wiggin, (1892); *El siglo de los niños* de Ellen Key (1900). Rojas Flores, Jorge, *op. cit.*, pp. 130 y 131.

<sup>12</sup> La Declaración de Ginebra consta de cinco principios que protegen los siguientes derechos: condiciones adecuadas para el desarrollo material y espiritual, alimentación, aten-

En el ámbito latinoamericano, en 1924 se crea, en el marco del IV Congreso Americano del Niño celebrado en Chile, el Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia<sup>13</sup> y se fija la sede en la ciudad de Montevideo, Uruguay.<sup>14</sup> En 1927 queda oficialmente conformado el Instituto, con la suscripción de diez países americanos del acta de fundación.<sup>15</sup> En el acto de inauguración del Instituto (1927) se presentó el Decálogo de los Derechos del Niño, que contenía los siguientes derechos: “derecho a la vida, derecho a la educación, derecho a la educación especializada, derecho a mantener y desarrollar la propia personalidad, derecho a la nutrición completa, derecho a la asistencia económica completa, derecho a la Tierra, derecho a la consideración social, derecho a la alegría y el derecho integral constituido por la suma de estos derechos”.<sup>16</sup>

Pese a que el tema de los derechos de niñas y niños lleva ya algún tiempo sobre la mesa, el debate se ha limitado, en la mayoría de los casos, a la protección de ciertos espacios de su vida. Sin embargo, las premisas vigentes a partir de la construcción del moderno sentimiento de infancia siguen sin ser cuestionadas, especialmente desde la perspectiva jurídica. El tema de los derechos ha sido reservado a otras disciplinas ajenas al derecho y no se ha considerado como realmente relevante en el debate sobre la fundamentación de los derechos humanos.

...la forma en la que hoy se establecen los derechos del niño y la manera en la que se los define en legislaciones nacionales y convenciones internacionales, se basan fundamentalmente en el pensamiento de la época de la Ilustración Europea y en el surgimiento de las sociedades burguesas y de los Estados Nacionales en Europa, desde donde se han ido extendiendo por casi la totalidad del mundo.<sup>17</sup>

Lo que pone de manifiesto la “historia de la infancia” es precisamente que el tratamiento jurídico basado en el paradigma de la incapacidad du-

ción sanitaria, ayudas especiales para los niños con problemas de tipo psíquico o social, protección en situaciones de emergencia y protección ante cualquier tipo de explotación.

<sup>13</sup> En 1962, el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes se incorpora a la Organización de Estados Americanos.

<sup>14</sup> La iniciativa para crear una oficina regional de protección a la infancia había sido originalmente presentada en el Segundo Congreso Americano del Niño por parte del doctor Luis Morquío en Montevideo, en 1919. El proyecto fue aceptado, pero tardó varios años en concretarse.

<sup>15</sup> Los países que firmaron el acta fueron Argentina, Bolivia, Brasil, Cuba, Chile, Ecuador, Estados Unidos de Norte América, Perú, Uruguay y Venezuela.

<sup>16</sup> [http://www.iin.oea.org/iin/historia\\_un\\_poco\\_2.shtml](http://www.iin.oea.org/iin/historia_un_poco_2.shtml).

<sup>17</sup> Liebel, Manfred, *op. cit.*, p. 24.

rante la minoría de edad deriva de un proceso histórico y que, por tanto, está lejos de ser natural o evidente, y mucho menos de poder constituir una base indubitable para sostener la exclusión de la titularidad y el ejercicio de ciertos derechos. Esta afirmación se vuelve especialmente crítica al vincularla con el tema de la legitimidad en las decisiones públicas sobre el diseño del sistema de derechos, pues es justamente esta la consecuencia más radical que ha tenido este proceso: la expulsión de la toma de decisiones públicas, lo que se traduce en que cualquier ley se vuelve una imposición que no encuentra legitimidad en la práctica representativa de la democracia. Lo anterior resulta, además, cuestionable, por el hecho de que durante la infancia y la adolescencia los derechos son de cumplimiento obligatorio; es decir, se excluye la posibilidad, en la mayoría de los casos, de que el titular renuncie a su ejercicio.<sup>18</sup> En esta lógica, el único que puede participar en las decisiones públicas es el “agente autónomo”.

### III. LOS MODELOS DE TRATAMIENTO JURÍDICO A LA INFANCIA EN LATINOAMÉRICA

Durante los últimos años se ha desarrollado en Latinoamérica una línea de investigación que clasifica las formas del tratamiento jurídico a la infancia, especialmente durante el siglo XX. Los estudiosos sostienen que en las últimas décadas del siglo pasado se produjo un cambio de paradigma respecto de los niños y niñas, que tuvo como consecuencia la transformación de las legislaciones nacionales. Esta transición fue motivada principalmente por la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento que se convirtió en el criterio para evaluar el nivel de respeto a los derechos de la niñez.

En América Latina, el anterior tratamiento jurídico a la infancia y adolescencia se ha identificado como la “doctrina de la situación irregular”, tesis que se ha convertido en un referente para evaluar la adecuación de las instituciones jurídicas a los contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este documento internacional representa, según los especialistas que han desarrollado el tema en los últimos años, la evolución hacia un

<sup>18</sup> Feinberg distingue entre “*mandatory Rights*” (“derechos obligatorios”) y “*discretionary Rights*” (“derechos discrecionales”). En los derechos obligatorios no existe la facultad de elección para el titular, el deber coincide con el contenido del derecho. Para Feinberg, el contenido de un derecho obligatorio es un bien de tal importancia que se garantiza por medio de la imposición de una obligación de no interferencia para los demás y se retira la oportunidad de fallar en el desempeño de ese interés (Feinberg, Joel, *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1980).

modelo distinto que supone, fundamentalmente, la consideración de niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos.<sup>19</sup>

La doctrina de la situación irregular se caracterizaba por un tratamiento diferenciado a la infancia y adolescencia de acuerdo con su inclusión o exclusión en las instituciones familia y escuela. Así, como señala Emilio García Méndez, se distinguía entre *niños* y *menores*. Los primeros eran aquellas personas menores de edad que se desenvolvían en el seno de una familia y que asistían a la escuela, por lo que eran ajenos al ámbito de las leyes. Los *menores*, en cambio, eran sujetos de la acción estatal, ya sea para protección o represión, debido a que se encontraban en situación de abandono o habían entrado en conflicto con la ley penal. Para ambos la respuesta era (y en algunos casos sigue siendo) la privación de libertad a través de la institucionalización.

En el caso de los *menores* abandonados, la protección estatal implicaba el internamiento en una eufemísticamente llamada “casa hogar” con otros niños de su mismo sexo y en la misma situación. En el caso de los *menores infractores*, la respuesta estatal se concretaba en el internamiento en un *consejo tutelar*, en el que, como su nombre lo indica, se pretendía “proteger” al *menor* que había cometido un delito.<sup>20</sup> Para efectos prácticos, el resultado era exactamente el mismo: encierro en grandes instituciones en las que los *menores* permanecían aislados del resto de la sociedad, en donde desempeñaban todas sus actividades: educación, deporte, alimentación, recreación, etcétera, y de donde al cumplir cierta edad eran expulsados y lanzados a la calle.

Tal como señala García Méndez, el gran cambio se produce a partir de la ratificación de la Convención por parte de los Estados latinoamericanos,

<sup>19</sup> En México, la bibliografía sobre el tema es escasa, pese a que este referente teórico ha sido utilizado tanto en las exposiciones de motivos de las reformas legislativas (en especial el artículo 18 constitucional) como en las sentencias que a partir de la modificación al artículo 18 constitucional en materia de justicia para adolescentes ha dictado la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<sup>20</sup> Dado que lo que se pretendía era “proteger” al menor en conflicto con la ley penal y no sancionarlo, no había un verdadero proceso que llevara a la comprobación de la comisión del delito, pues el internamiento tenía un fin educativo: “La consecuencia de esta concepción era una negación de la seguridad jurídica tanto del menor abandonado como del menor delincuente. En efecto, si las medidas no eran penas, sino instrumentos de carácter educativo y cautelar, entonces las medidas eran buenas por naturaleza y, por ello, lógicamente indeterminadas en su duración, el procedimiento para imponerlas no requería de las garantías y discusiones propias del procedimiento penal, ni consecuentemente de jueces profesionales, fiscales, abogados, etcétera” (Hierro, Liborio, “El niño y los derechos humanos”, en Fanlo, Isabel (comp.), *Derechos de los niños: una contribución teórica*, México, Fontamara, 2004, p. 187).

ya que este instrumento termina con la distinción entre *menores* y *niños*, estableciendo derechos para todas las personas menores de dieciocho años de edad, independientemente de su situación familiar, social, legal, etcétera.

En primer lugar, no creo que existan dudas en relación con la ruptura radical que en términos de enfoque jurídico de la infancia representa la Convención. Se trata de un instrumento decisivo y fundamental que torna ociosa cualquier discusión que pongan en duda la comprensión de la infancia-adolescencia como sujetos plenos de derecho.<sup>21</sup>

Así, la Convención crea una nueva categoría jurídica, eliminando la ambigüedad que había caracterizado la legislación nacional e internacional al respecto: el *niño*. Los *menores*, objeto de protección; es decir, destinatarios de las obligaciones de otros, se integran al universo *infancia* como titulares plenos de derechos, que desde luego suponen el reconocimiento de obligaciones recíprocas por parte de varios agentes, pero que ponen el énfasis en el titular, eliminando la discrecionalidad en los mecanismos de protección. Fue esta discrecionalidad la que tuvo como consecuencia modelos de tutela basados en la compasión que dejaban a la buena —en el mejor de los casos— voluntad de los benefactores la atención a la infancia en condiciones de desamparo, llevando a prácticas intolerables.

En el ámbito privado, es decir, de los *niños*, la discrecionalidad estaba presente también en las prácticas de crianza y en los métodos educativos y disciplinarios. Ser hijo de familia y alumno implicaba el sometimiento a decisiones arbitrarias. Prácticas como el castigo corporal y otros tipos de maltrato eran justificados desde la visión patrimonialista de la familia, en el entendido de que se trataba de una forma de cumplir con las obligaciones hacia los hijos.

La Convención establece derechos específicos para niñas, niños y adolescentes<sup>22</sup> sin distinción. En este sentido, es un gran avance respecto de la situación de ambigüedad que caracterizaba a la doctrina de la situación irregular. Este instrumento internacional está basado en un consenso amplio respecto a las necesidades e intereses que deben servir como fundamento de los derechos.<sup>23</sup> Sin embargo, no logra superar con éxito, desde mi

<sup>21</sup> García Méndez, Emilio, *Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia*, 3a. ed., México, Fontamara, 2008, p. 150.

<sup>22</sup> La categoría *adolescente* no está contenida en la Convención, que habla solamente de *niño*. Sin embargo, ha sido incorporada en algunas legislaciones nacionales para hacer una distinción y reconocer el principio de autonomía progresiva.

<sup>23</sup> En los últimos años, algunos autores han trabajado en la línea de investigación de las necesidades básicas como fundamento de los derechos humanos. Esta propuesta resulta de

perspectiva, las dificultades en relación con la legitimidad de los derechos desde la lógica liberal y democrática.

La Convención pretende ser la especificación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948;<sup>24</sup> sin embargo, es claro que no se trata de instrumentos que contengan los mismos derechos. En este sentido, es posible identificar tres tipos de derechos de la Declaración en relación con la Convención:

- Derechos que efectivamente son universales, y cuya titularidad se extiende claramente a todos los seres humanos: por ejemplo, la prohibición de la esclavitud, de la servidumbre, de la tortura o de las detenciones arbitrarias; el derecho de asilo o el derecho a la salud y de la satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales.
- Derechos que requieren de modalidades especiales para su titularidad y ejercicio, pues se restringen en el caso de los niños: por ejemplo, la libertad de movimiento, la libertad religiosa, la libertad de información y los derechos de participación.
- Derechos de cuya titularidad están completamente excluidos las niñas y los niños: derecho a casarse y fundar una familia, derecho al trabajo y derecho a votar y ser votado.<sup>25</sup>

El primer grupo de derechos no tiene problemas, pues su titularidad corresponde a todas las personas, independientemente de su edad. La diferencia radica en la posibilidad de renunciar a su ejercicio.<sup>26</sup> En el caso de los

particular relevancia tratándose de niños, niñas y adolescentes, en virtud de que se encuentran excluidos del discurso democrático. Esta situación tiene como consecuencia la falta de reconocimiento de capacidad jurídica para determinar el catálogo de derechos, su ejercicio y la renuncia a su cumplimiento. Las necesidades básicas funcionan como un criterio objetivo que permite dotar de contenido a los derechos de la infancia y de la adolescencia.

<sup>24</sup> Bobbio considera que esta evolución pretende concretar a los titulares de los derechos respecto del hombre abstracto: “Así, respecto al abstracto sujeto hombre, que había encontrado ya una primera especificación en el ‘ciudadano’ (en el sentido de que al ciudadano le podían ser atribuidos derechos ulteriores respecto del hombre en general), se ha puesto de relieve la exigencia de responder con ulteriores especificaciones a la pregunta ¿qué hombre, qué ciudadano?” (Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 110).

<sup>25</sup> Para un análisis más detallado véase González Contró, Mónica, “La Declaración Universal de los Derechos Humanos: una mirada crítica desde los derechos de niños, niñas y adolescentes”, en Caballero Ochoa, José Luis (coord.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Reflexiones en torno a su 60 aniversario*, México, Porrúa, 2009, pp. 273-293.

<sup>26</sup> Aunque algunos de ellos tampoco son renunciables en el caso de las personas mayores de edad: “En la más rancia tradición liberal podemos encontrar derechos, enunciados y protegidos, cuya realización no era discrecionalidad del titular. Así, el derecho al juez natural, a

derechos que excluyen completamente a las personas durante la minoría de edad, su justificación debe ser objeto de un análisis cuidadoso, como es el derecho a casarse y fundar una familia, o el derecho al trabajo. La negación de ambos derechos es considerada, desde la perspectiva liberal, como indubitable; sin embargo, hay algunas posturas que podrían cuestionar esta afirmación tajante. No es, empero, objetivo de este texto entrar en este debate.

Respecto a los derechos que presentan claramente una modalidad distinta para su ejercicio, sería necesario hacer un examen concienzudo de las limitantes. Parte de la regulación de su ejercicio se encuentra establecida en la Convención, pero es necesario que estos derechos queden claramente delimitados en la legislación de cada país para eliminar la posible arbitrariedad de quienes se encuentran al cuidado de niñas y niños.

Un caso particularmente interesante e importante de este tipo de derechos lo constituye el derecho a la participación, el cual se encuentra vagamente reconocido en la Convención, pero sin que estén claramente definidos sus alcances, pues además se trata de un derecho imprescindible para el ejercicio de los demás derechos y para el inalienable derecho a tener una infancia sana y feliz.

#### IV. DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

El proceso histórico de reconocimiento de los derechos de la infancia ha sido inverso al de los ciudadanos. En el caso de los adultos, los primeros derechos en aparecer históricamente fueron los que se identifican como derechos civiles y políticos,<sup>27</sup> que tienen como finalidad proteger la libertad de los individuos, limitando la posibilidad de intervención del Estado. Entre estos derechos se encuentran la vida, el honor, la libertad de conciencia, el pensamiento y la expresión, las garantías procesales —proceso legal, presunción de inocencia, derecho de defensa—, la seguridad jurídica, el derecho de propiedad, el derecho al voto y a la participación política, la libertad personal, de pensamiento, de asociación y de reunión. Como se puede advertir fácilmente, la mayoría de estos derechos están incluidos en la categoría de derechos de los que son titulares los niños, pero que requieren de una modalidad para su ejercicio, o, en el caso del derecho al voto, que excluye totalmente la titularidad durante la infancia.

la igualdad ante la ley, al *habeas corpus* o a la defensa letrada en juicio...” (Hierro, Liborio L., “¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto”, *Sistema*, Madrid, 46, 1982, pp. 56 y 57).

<sup>27</sup> De primera generación.

Lo curioso es que los derechos de primera generación tienen, entre los teóricos de los derechos humanos o derechos fundamentales, carta de absoluta legitimidad. Esto significa que ningún especialista en el tema negaría que *son* derechos humanos. No sucede lo mismo con la llamada *segunda generación* de derechos, compuesta por los derechos económicos, sociales y culturales. Pese a que se encuentran reconocidos en muchas de las Constituciones modernas y en tratados internacionales, algunos autores que se oponen a la ampliación del catálogo de derechos humanos negarían que se trata efectivamente de este tipo de derechos:

Empieza a detectarse en la literatura especializada una cierta alarma ante la creciente abundancia y no infrecuente ligereza de las apelaciones a los *derechos humanos*. No sólo se han multiplicado y diversificado hasta grados de concreción sorprendentes los venerables derechos del hombre y del ciudadano, sino que se dan por sentados derechos de contenido social y económico cada vez más minucioso y se anuncia todavía el nacimiento de una nueva “generación” de derechos relacionados con cosas tales como las nuevas tecnologías o la conservación del medio ambiente natural.<sup>28</sup>

No obstante, en el caso de la infancia y la adolescencia, estos derechos son los primeros en ser reconocidos históricamente y considerados indiscutibles. Por ejemplo, nadie negaría que los niños tienen derecho a la educación, a la salud, a la alimentación, al vestido y a la vivienda, y que el Estado tiene una obligación subsidiaria, cuando no directa, de garantizar estos derechos.<sup>29</sup> No sucede lo mismo con los derechos civiles y políticos, que difícilmente se atribuyen a los niños, y cuando se hace, generalmente, es más el contenido de un discurso que el reconocimiento de un derecho real. Los autores que defienden a ultranza esta primera generación en el caso de los adultos tienen una franca oposición a reconocer estos derechos a los niños. Sin embargo, no hay un debate real sobre las razones por las cuales deben ser excluidos ni con otros aspectos relacionados, como la mayoría de edad, la ciudadanía, la responsabilidad, etcétera. Simplemente se ignora, aceptándose las premisas implícitas sin entrar a la discusión de su justificación.

<sup>28</sup> Laporta, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, Universidad de Alicante, 4, 1987, p. 23.

<sup>29</sup> La misma Convención en su artículo 4o. establece esta obligación: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

Parte del problema deriva también de la ambigüedad con la que están reconocidos estos derechos en los instrumentos jurídicos dirigidos a la infancia. Uno de los casos más claros es el derecho a la participación. La Convención sobre los Derechos del Niño establece simplemente un derecho a opinar en los asuntos que le afectan:

Artículo 12.

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que 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.

El la Observación General 5 (2003),<sup>30</sup> el Comité de Derechos del Niño<sup>31</sup> ha considerado como uno de los principios generales, que debe servir para interpretar e implementar el resto de los artículos de la Convención, el derecho a expresar su opinión en los asuntos que le afectan:

Artículo 12. El derecho del niño a expresar su opinión libremente en “todos los asuntos que afectan al niño” y a que se tengan debidamente en cuenta esas opiniones. Este principio, que pone de relieve la función del niño como participante activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos, se aplica igualmente a todas las medidas adoptadas por los Estados para aplicar la Convención.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Comité de los Derechos del Niño, observación general 5 (2003): Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4o. y 42; párrafo 6o. del artículo 44), (CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003).

<sup>31</sup> El Comité sobre los Derechos del Niño es el órgano encargado de velar por el cumplimiento de la Convención por parte de los Estados, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 43 de este instrumento: “Artículo 43: 1. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan...”.

<sup>32</sup> Continúa el Comité en la Observación General 5 (2003), Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4o. y 42; párrafo 6o. del artículo 44): “La apertura de los procesos de adopción de decisiones oficiales a los niños constituye un reto positivo al que el Comité estima que los Estados están respondiendo cada vez más. Como pocos Estados han reducido ya la mayoría de edad electoral a menos de 18 años, es aún más necesario lograr que la opinión de los niños sin derecho de voto sea respetada en el gobierno y en el parlamento. Si se quiere que las consultas sean útiles, es preciso dar

¿Qué supone este derecho? Intentaremos esclarecer un poco sus alcances a partir de la evolución de los derechos humanos de acuerdo con los fines y valores que persiguen, así como su evolución histórica. Para ello entraremos en la distinción entre libertad positiva y libertad negativa como justificación de los derechos de participación.

Berlin fue uno de los primeros autores en realizar una distinción entre los significados de libertad, separando el concepto de libertad negativa del de libertad positiva, y delimitando tanto su evolución histórica como sus ámbitos de aplicación.

Así, Berlin relaciona la “libertad negativa” con la idea de no coacción; esto es, con “el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros”.<sup>33</sup> Se trata de la posibilidad de actuar sin interferencias; es decir, “la no existencia de obstáculos, de interferencias o intimidaciones para realizar una acción indica que tal acción es libre”.<sup>34</sup> En el terreno jurídico, la libertad negativa se traduce en no impedimento, como la facultad de hacer o no hacer determinadas cosas no prohibidas por alguna norma, ya sea por tratarse de un comportamiento no regulado o por tratarse de acciones directamente permitidas. A su vez, Hierro identifica también este tipo de libertad como uno de los sentidos que comprende la idea moderna

acceso tanto a los documentos como a los procedimientos. Ahora bien, es relativamente fácil aparentar que se escucha a los niños, pero para atribuir la debida importancia a la opinión de los niños se necesita un auténtico cambio. El 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.

Los acontecimientos únicos o regulares como los parlamentos de los niños pueden ser alentadores y suscitar la concienciación general. Ahora bien, el artículo 12 exige que las disposiciones sean sistemáticas y permanentes. La participación de los niños y las consultas con los niños tienen también que tratar de no ser meramente simbólicas y han de estar dirigidas a determinar unas opiniones que sean representativas. El énfasis que se hace en el párrafo 1o. del artículo 12 en ‘los asuntos que afectan al niño’ implica que se trate de conocer la opinión de determinados grupos de niños sobre cuestiones concretas; por ejemplo la opinión de los niños que tienen experiencia con el sistema de justicia de menores sobre las propuestas de modificación de las leyes aplicables en esa esfera, o la opinión de los niños adoptados y de los niños que se encuentran en familias de adopción sobre las leyes y las políticas en materia de adopción. Es 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. En los primeros años de vigencia de la Convención, las ONG desempeñaron una importante función innovadora al adoptar estrategias en las que se daba participación a los niños, pero interesa tanto a los gobiernos como a los niños que se establezcan los contactos directos apropiados”.

<sup>33</sup> Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Universidad, 1988, p. 191.

<sup>34</sup> Laporta, Francisco, “Sobre el uso del término ‘libertad’ en el lenguaje político”, *Sistema*, Madrid, 52, 1983, p. 25.

de libertad, entendida como independencia o no imposición de obstáculos, coacciones o interferencias normativas que impidan o fuercen a actuar de determinada manera.<sup>35</sup>

La noción de “libertad positiva” hace referencia a que el sujeto es, en cierta medida, autor de las normas que se le aplican y deriva, según Berlin, del deseo del individuo de ser su propio dueño; en palabras de Hierro, consiste en la “autodeterminación normativa”.<sup>36</sup> Este tipo de libertad se refiere al autogobierno, entendido como participación directa o indirecta en el procedimiento democrático; es decir, consiste en darse normas a uno mismo en el sentido jurídico, externo. Se relaciona con la libertad política, la libertad entendida como poder soberano relacionado con el titular del poder, a diferencia de la libertad negativa, que tiene que ver con los límites del mismo.

Para Peces Barba, este supuesto del valor de la libertad social, política y jurídica se da para intervenir en los procesos de formación de los criterios de decisión política, y de este derivan los derechos políticos relacionados con la participación.

Si aceptamos que fundamentalmente el derecho a la participación pertenece a la categoría de derechos civiles y políticos ¿quiénes son los sujetos obligados y cómo se configuran entonces estos derechos?

## V. EL DERECHO A SER ESCUCHADO DESDE LA PERSPECTIVA DEL COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: OBSERVACIÓN GENERAL 12 (2009)<sup>37</sup>

El derecho a participar fue objeto de una Observación General por parte del Comité de Derechos del Niño: *El derecho del niño a ser escuchado*, haciendo uso de las facultades que le reconoce el inciso *d* del artículo 45.<sup>38</sup> Este

<sup>35</sup> Hierro, Liborio L., “Los derechos humanos del niño”, en Marzal, Antonio (ed.), *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidades del sujeto*, Barcelona, Bosch-ESADE, 1999, p. 20.

<sup>36</sup> *Idem.*

<sup>37</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado, (CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009).

<sup>38</sup> “Artículo 45. Con el objeto de fomentar la aplicación efectiva de la Convención y de estimular la cooperación internacional en la esfera regulada por la Convención:

d) El Comité podrá formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los artículos 44 y 45 de la presente Convención. Dichas sugerencias y recomendaciones generales deberán transmitirse a los Estados Partes interesados y notificarse a la Asamblea General, junto con los comentarios, si los hubiere, de los Estados Partes”.

documento analiza el derecho contenido en el artículo 12 de la Convención desde varias perspectivas que contemplan los alcances, el análisis de cada una de las expresiones, las condiciones para garantizar el derecho, los diferentes contextos, y concluye con una serie de precisiones respecto a la forma en que debe ser ejercido en situaciones concretas.

El Comité interpreta, en un sentido amplio, el derecho a ser escuchado, que incluye la participación en decisiones relativas a la educación, salud, medio ambiente, economía, etcétera, e implica a los niños como individuos, pero también a grupos de niños concretos.

Las opiniones expresadas por los niños, según el Comité, aportan perspectivas y experiencias importantes, por lo que deben ser consideradas en la toma de decisiones, políticas, creación de leyes, así como en su evaluación. El Estado debe reconocer el derecho y garantizarlo al escuchar las opiniones del niño y tomándolas en consideración. Por ello, el Comité recomienda hacer una revisión legal para verificar una adecuada tutela del derecho. La redacción del artículo 12 no deja margen de discreción a los Estados, pues el propio texto establece un deber de garantizar este derecho de acuerdo con la madurez. En este sentido, existe una presunción a favor del niño de tener la capacidad para expresar su opinión, asumiendo que es a la edad más temprana, incluso, cuando no ha desarrollado lenguaje oral, pues aun las formas no verbales cuentan como opinión del niño.<sup>39</sup>

Lo anterior implica varias obligaciones para los Estados:

- Lo interpretación según la cual es una facultad del niño el decidir si quiere o no ejercer el derecho a opinar.
  - Establecer todo tipo de medidas para garantizar este derecho.
  - Dar al niño la información necesaria para poder emitir su opinión.
  - Garantizar que el procedimiento sea accesible y adecuado para el niño.
  - Disponer de personal adecuado para que el niño pueda ser representado (aunque se recomienda que exprese su opinión directamente).
  - Garantizar los siguientes pasos para que el niño pueda ser escuchado:
- a) Preparación: informarle acerca su derecho y sobre los efectos y posibles consecuencias de su opinión, así como de las condiciones y contexto en el que se le pedirá.

<sup>39</sup> En la versión castellana de la Convención esta expresión pierde fuerza, ya que en inglés la redacción es *shall assure*, que tiene una connotación distinta.

- b) Audiencia: garantizar que la persona que va a escuchar al niño le haga sentir que su opinión es importante y será tomada en cuenta.
- c) Evaluación de la capacidad del niño: si la persona que va a escuchar considera que el niño verdaderamente tiene la capacidad para formarse una opinión, debe considerarla seriamente como un factor en la decisión.
- d) Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño: comunicar al niño cómo fueron tomadas en consideración sus opiniones.
- e) Quejas, vías de recurso y desagravio: obligación de establecer medios para que el niño pueda recurrir cuando no es escuchado y sus opiniones tenidas en consideración. El niño debe saber quiénes son estas personas y cómo acceder a ellas.

Los Estados, siguiendo con la Observación del Comité, tienen la obligación de realizar reformas legislativas para garantizar cada uno de los elementos que integran el derecho del niño a ser escuchado. Para este fin se establecen las siguientes estrategias:

- Eliminación de reservas al artículo 12.
- Establecimiento de instituciones u organismos autónomos de derechos humanos de los niños.
- Capacitación de los profesionales que trabajan con niñas y niños sobre el derecho a ser escuchado.
- Garantía de condiciones apropiadas para el ejercicio del derecho, fundados en la legislación nacional.
- Combate a las actitudes negativas que impiden el ejercicio del derecho.

La observación hace también una relación del derecho del niño a ser escuchado con los otros principios rectores, así como con otros derechos de la Convención (derechos y libertades civiles): interés superior del niño (artículo 3o.); no discriminación (artículo 2o.), derecho a la supervivencia y al desarrollo (artículo 6o.); libertad de expresión y acceso a la información (artículos 13 y 17)<sup>40</sup> y responsabilidad de los padres, tutores, cuidadores, familia extensa y comunidad (artículo 5o.).

<sup>40</sup> Los derechos a la libertad de expresión e información también son considerados como libertades por el Comité, aunque distintos del derecho a expresar su opinión: “81. El derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 13, se suele confundir con el artículo 12. Sin embargo, aunque esos dos artículos están estrechamente vinculados, se refieren a

Finalmente, interpreta la forma específica en que el derecho del niño a ser oído debe ser entendido en diferentes contextos: familia u otro tipo de tutela (cuidado alternativo), cuidado de la salud, educación y escuela, juego, recreación, deportes y actividades culturales, trabajo, en situaciones de violencia, en las estrategias de prevención de violación de derechos, en migración y procedimientos de asilo, en situaciones de emergencia, en ámbitos nacionales e internacionales. Igualmente, sostiene que la participación debe entenderse como un proceso, no como un acontecimiento, el cual debe ser transparente e informativo, voluntario, respetuoso, pertinente, adaptado a los niños, incluyente, apoyado en la formación, seguro y sensible al riesgo, así como responsable.

El Comité concluye lo siguiente:

135. La inversión en la realización del derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta es una obligación clara e inmediata de los Estados partes en virtud de la Convención. Es un derecho de todos los niños, sin discriminación alguna. El objetivo de lograr oportunidades de aplicar verdaderamente el artículo 12 hace necesario dismantelar las barreras jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales que actualmente inhiben la oportunidad de que los niños sean escuchados y el acceso de los niños a la participación en todos los asuntos que los afecten. Ese objetivo exige preparación para hacer frente a los prejuicios acerca de la capacidad de los niños y estimular la creación de entornos en que los niños puedan potenciar y demostrar su capacidad. Exige además un compromiso para destinar recursos e impartir capacitación.<sup>41</sup>

derechos diferentes. La libertad de expresión se relaciona con el derecho a tener y expresar opiniones y a recabar y recibir información por cualquier medio. Afirma el derecho de los niños a que el Estado parte no limite las opiniones que tienen o expresan. La obligación que impone a los Estados partes es la de abstenerse de la injerencia en la expresión de esas opiniones o en el acceso a la información, protegiendo al mismo tiempo el derecho de acceso a los medios de difusión y al diálogo público. Sin embargo, el artículo 12 se relaciona con el derecho a expresar opiniones concretamente acerca de asuntos que afectan al niño y su derecho a participar en las medidas y decisiones que afectan su vida. El artículo 12 impone a los Estados partes la obligación de introducir el marco jurídico y los mecanismos necesarios para facilitar la participación activa del niño en todas las medidas que lo afecten y en la adopción de decisiones y de tener debidamente en cuenta esas opiniones una vez expresadas. La libertad de expresión a que se refiere el artículo 13 no exige ese tipo de participación o respuesta de los Estados partes. Sin embargo, la creación de una atmósfera de respeto para que los niños expresen sus opiniones de manera consecuente con el artículo 12 contribuye también a la formación de la capacidad de los niños para ejercer su derecho a la libertad de expresión” (Comité de Derechos del Niño, *op. cit.*, pp. 20 y 21).

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 33.

## VI. CONCLUSIONES

Según se desprende de la observación del Comité, el derecho a la participación está formado por un conjunto de derechos vinculados, principalmente, con la importancia de que el sujeto decida sobre lo que afecta su vida. Así fue considerado también desde las primeras declaraciones de derechos, en las que aparecen estrechamente vinculados con la autonomía como valor fundamental y, al mismo tiempo, como prerrequisito para ser considerado ciudadano. Estos derechos se entendían, por una parte, como garantía de la libertad negativa, pero además comprendían el ejercicio de la libertad positiva o autodeterminación normativa. La pregunta es ¿cómo se configura este derecho (y los derechos que lo componen) en el caso de niñas y niños?

La redacción del artículo 12 de la Convención, especialmente en su versión castellana, no especifica los alcances de este derecho, de ahí la importancia de la recomendación general 12, en la que el Comité desarrolla el contenido del mismo. En este documento se vincula precisamente el “derecho a ser escuchado” con el derecho a la participación. En este sentido, hay que señalarlo, la Convención fue muy limitada en su redacción original, pero la reflexión y desarrollo de los derechos del niño han ido ampliando la interpretación de los derechos como importantes conquistas históricas, al igual que ha sucedido con otros derechos humanos. Es posible señalar así que se trata de un instrumento dinámico, adecuado a una concepción contemporánea del derecho y de los derechos humanos como elementos legitimadores de los Estados democráticos.

En los últimos años se ha ido extendiendo una práctica que se ha conceptualizado en sentido amplio como “participación”, aunque este término no aparece propiamente en el texto del artículo 12. Este término ha evolucionado y actualmente se utiliza por lo general para describir procesos permanentes, como intercambios de información y diálogos entre niños y adultos sobre la base del respeto mutuo, en que los niños puedan aprender la manera en que sus opiniones y las de los adultos se tienen en cuenta y determinan el resultado de esos procesos.<sup>42</sup>

Sobre la base de que el derecho a ser escuchado se identifica con el derecho a la participación, queda pendiente la tarea de delimitar sus alcances tomado como referencia la importancia de estos derechos en el desarrollo de los derechos humanos; esto es, su vinculación con la libertad positiva y

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 5.

la libertad negativa. Esto resulta especialmente complejo dado que esta discusión —salvo en contadas excepciones— ha sido ignorada en el ámbito de la teoría del derecho.

Aunque tímidamente, el Comité se aventura a hacer una interpretación más allá del ámbito en el que tradicionalmente se había considerado, y eso en el mejor de los casos, la posibilidad de la niña o niño de participar en los asuntos que le afectan. Esta cláusula, que llamaremos de “afectabilidad”, se había comprendido como limitadora de la posibilidad de ser escuchado al ámbito privado, especialmente de la familia y la escuela, espacio al que la doctrina de la situación irregular circunscribía a las personas durante la minoría de edad. El Comité reconoce, pese a que no lo desarrolla con mucha amplitud, que la toma de decisiones públicas afecta la vida de niñas y niños, por lo que el derecho a participar se extiende al ámbito político.

Aunque el Comité apoya una definición amplia del término “asuntos”, que también comprende cuestiones no mencionadas explícitamente en la Convención, reconoce que le siguen los términos “que afectan al niño”, que se añadieron para aclarar que no se pretendía un mandato político general. Sin embargo, la práctica, incluida la Cumbre Mundial en favor de la Infancia, demuestra que una interpretación amplia de los asuntos que afectan al niño y a los niños contribuye a incluir al niño en los procesos sociales de su comunidad y su sociedad. Así, los Estados partes deberían escuchar atentamente las opiniones de los niños siempre que su perspectiva pueda aumentar la calidad de las soluciones.<sup>43</sup>

Siguiendo esta interpretación del Comité, es posible sostener entonces que el derecho a la participación debe incluir ambos tipos de libertades —positiva y negativa—. En lo que respecta a la libertad negativa, es necesario hacer dos precisiones: en primer lugar, algunos de los derechos vinculados a esta se entienden de forma distinta que durante la edad adulta; por ejemplo, el derecho a la intimidad,<sup>44</sup> ya que exigen mayores garantías, y, en segundo lugar, que debe entenderse como un espacio del titular, indepen-

<sup>43</sup> *Ibidem*, p.11.

<sup>44</sup> Para una excelente reflexión de este derecho véase: “...si pensamos en la intimidad del niño como un ámbito de garantía necesaria de su desarrollo como persona (del crecimiento de su dignidad), del mismo modo que concebimos su educación hasta el punto de no hacerla disponible por parte de nadie, entonces la intimidad del menor sería distinta a la intimidad del mayor: se diferenciaría en su indisponibilidad” (Hierro, Liborio, “La intimidad de los niños: un test para el derecho a la intimidad”, en Sauca, José Ma. (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1994, p. 385).

dientemente de su pertenencia a la familia, lo que contradice el paradigma liberal de la familia como un espacio indisponible del “agente autónomo”.

En lo que respecta a la libertad positiva, queda de manifiesto la necesidad de crear espacios y delimitar claramente las formas de ejercicio y las obligaciones de todos los actores: Estado, padres, maestros, comunidad, autoridad, etcétera. El Comité establece los lineamientos, y es responsabilidad de cada país concretar las formas de garantía.

El proceso de reformas legislativas desencadenado por la Convención Internacional es y debería permanecer como un proceso altamente dinámico. No existen y no deberían existir modelos rígidos de adecuación. Doctrinas y paradigmas deben interpretarse a la luz de las condiciones reales, pero mucho más de las condiciones deseadas para nuestra infancia latinoamericana. Toda diversidad sea bienvenida en el contexto del respeto riguroso de los derechos humanos específicos de la infancia, hoy universalmente reconocidos.<sup>45</sup>

En este rubro es evidente que falta mucho por avanzar en todos los países del mundo, aunque en algunos países de América Latina se han dado experiencias de organización y participación infantil, impulsadas por los propios niños y niñas que han mostrado que es posible el ejercicio de este derecho.<sup>46</sup>

En el caso de México, las observaciones demuestran que es mucho como país lo que falta por avanzar institucionalmente.

27. El Comité acoge con agrado los esfuerzos desplegados por el Estado Parte por promover y asegurar el ejercicio del derecho del niño a expresar sus opiniones y a participar activamente en los diversos sectores de la sociedad. En particular toma nota de los períodos de sesiones celebrados en 2003 y 2004 por el Parlamento de los Niños y de la Consulta Infantil y Juvenil celebrada en 2003. Sin embargo, sigue preocupado por la persistencia de ciertas actitudes tradicionales en el Estado parte que, entre otras cosas, limitan el derecho de los niños a participar y a expresar sus opiniones. Observa con preocupación las escasas posibilidades que tienen los niños de participar y expresarse en los procesos de toma de decisiones que los afectan, especialmente en las escuelas y comunidades.

28. Con arreglo al artículo 12 de la Convención, el Comité recomienda que el Estado Parte:

<sup>45</sup> García Méndez, Emilio, *op. cit.*, p. 31.

<sup>46</sup> Para conocer experiencias en el campo de la investigación con niñas y niños véase Liebel, Manfred y Martínez Muñoz, Marta, “Investigación participativa con niños y niñas”, en Liebel, Manfred y Martínez Muñoz, Marta (coords.), *op. cit.*, pp. 225-242.

- a) Intensifique sus esfuerzos por promover, dentro de la familia, en las escuelas y en otras instituciones, el respeto a las opiniones de los niños, en especial de las niñas, y facilitar su participación en todos los asuntos que los afecten;
- b) Enmiende los códigos de procedimientos civiles para asegurar que los niños sean escuchados en las actuaciones judiciales que los afecten;
- c) Refuerce las campañas nacionales de sensibilización para cambiar las actitudes tradicionales que limitan el derecho de participación de los niños;
- d) Examine periódicamente hasta qué punto los niños participan en la formulación y evaluación de leyes y políticas que los afectan, tanto en el plano nacional como en el local, y evalúe en qué medida se tienen en cuenta las opiniones de los niños, incluso su repercusión en las políticas y los programas pertinentes.<sup>47</sup>

Pese al enorme avance que supone la interpretación extensiva del derecho contenido en el artículo 12 de la Convención, hay todavía una agenda pendiente respecto del derecho a participar:

En primer lugar, reconocer que tanto el término “expresar su opinión” como la cláusula de “afectabilidad” deben ser interpretados de la manera más amplia posible. El hecho de que se trate de una opinión no puede entenderse como una puerta abierta a la arbitrariedad respecto de las expresiones del niño o niña. Ni que esto se reduce a procedimientos administrativos o judiciales en los que está involucrada la niña o niño.

En este sentido, es necesario trabajar en la definición de los alcances de los derechos vinculados con la participación en sentido extensivo, en especial las libertades.

Por otra parte, es indispensable también el reconocimiento de una mayor incidencia en el diseño de los derechos, sobre todo porque, como se explicó, se trata de derechos obligatorios.

Solo así podremos terminar con la aceptación tácita de las premisas implícitas e ir reconociendo a cada niña y niño autonomía y capacidad para ser constructores de su propia vida y de las decisiones colectivas, superando de una vez por todas la doctrina de la situación irregular sustentada en el paradigma de la incapacidad. Esto supone un gran paso en la lucha en contra de la exclusión social y la construcción de modelos más amplios y flexibles de los titulares de derechos humanos donde todos tengan cabida.

Finalmente, aunque el criterio sostenido por el Comité supone un gran avance, queda sin resolver el problema de la legitimidad de las decisiones

<sup>47</sup> Comité de los Derechos del Niño, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 49 de la Convención: observaciones finales, México (CRC/C/MEX/CO/3, 8 de junio de 2006), pp. 6 y 7.

desde la perspectiva democrática; es decir, la autodeterminación normativa. Los derechos de los niños, en este sentido, siguen justificándose con base en el derecho privado; es decir, como incapaces sujetos a la tutela de otros que deciden por ellos en las decisiones públicas. Es una gran paradoja de la democracia ¿irresoluble?

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARIÈS, Phillipe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Madrid, Taurus, 1987 (orig.: *L'Enfant et la Vie Familiale sos l' Ancien Regime*, París, Plon, 1962).
- BERLIN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Universidad, 1988.
- BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General 5 (2003), *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4o. y 42, y párrafo 6o. del artículo 44) (CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003)*.
- , Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención: observaciones finales, México (CRC/C/MEX/CO/3, 8 de junio de 2006).
- , Observación General 12 (2009), *El derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009)*.
- FEINBERG, Joel, *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1980.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia*, 3a. ed., México, Fontamara, 2008.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- , “La Declaración Universal de los Derechos Humanos: una mirada crítica desde los derechos de niños, niñas y adolescentes”, en CABALLERO OCHOA, José Luis (coord.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Reflexiones en torno a su 60 aniversario*, México, Porrúa, 2009.
- HIERRO, Liborio L., “¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto”, *Sistema*, 46, Madrid, 1982.
- , “La intimidad de los niños: un test para el derecho a la intimidad”, en SAUCA, José Ma. (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1994.

- , “Los derechos humanos del niño”, en MARZAL, Antonio (ed.), *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidades del sujeto*, Barcelona, Bosch-Esade, 1999.
- , “El niño y los derechos humanos”, en FANLO, Isabel (comp.), *Derechos de los niños: una contribución teórica*, México, Fontamara, 2004.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y EL ADOLESCENTE, [http://www.iin.oea.org/iin/historia\\_un\\_poco\\_2.shtml](http://www.iin.oea.org/iin/historia_un_poco_2.shtml).
- LAPORTA, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, Universidad de Alicante, 4, 1987.
- , “Sobre el uso del término ‘libertad’ en el lenguaje político”, *Sistema*, Madrid, 52, 1983.
- LIEBEL, Manfred y MARTÍNEZ MUÑOZ, Marta (coords.), *Infancia y derechos humanos: hacia una ciudadanía participante y protagónica*, Lima, IFEJANT, 2009.
- MACCORMIK, Neil, “Children’s Rights: a Test-Case for Theories of Right”, en *Legal Right and Social Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 1982.
- O’NEILL, Onora, “Children’s Rights and Children’s Lives”, en ALSTON, Philip et al. (eds.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- ROJAS FLORES, Jorge, “Los derechos del niño en Chile: una aproximación histórica, 1910-1930”, *Historia*, Pontificia Universidad Católica de Chile, núm. 40, vol. I, enero-junio de 2007, <http://www.scielo.cl/pdf/historia/v40n1/art05.pdf>.