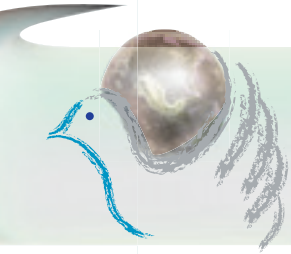

COLECCIÓN DEL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

FASCÍCULO 8

La Convención sobre los Derechos del Niño

Ana Belem García Chavarría

25 Años
CNDH
MÉXICO

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Convención sobre los Derechos del Niño

(FASCÍCULO 8)

Ana Belem García Chavarría

25 Años
CNDH
MÉXICO
2015

"Las opiniones de la autora son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de su Secretaría".

El contenido y las opiniones expresadas en el presente trabajo son responsabilidad exclusiva de su autora y no necesariamente reflejan el punto de vista de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Primera edición: agosto, 2012

Primera reimpresión: noviembre, 2015

ISBN: 978-607-8211-52-4
Colección del Sistema Universal de Protección
de los Derechos Humanos (Obra completa)

ISBN: 978-607-8211-62-3
La Convención sobre los Derechos del Niño (Fascículo 8)

D. R. © Comisión Nacional
de los Derechos Humanos
Periférico Sur núm. 3469,
esquina Luis Cabrera,
colonia San Jerónimo Lídice,
Delegación Magdalena Contreras,
C. P. 10200, México, D. F.

Diseño de la portada: Flavio López Alcocer
Diseño y formación de interiores: Carlos Acevedo R.

Impreso en México

Contenido

Presentación 7

I. Introducción 13

II. El Comité de los Derechos del Niño 14

III. Concepto de niña y niño 20

IV. Principios generales de la Convención sobre los Derechos del Niño 23

V. Principio de efectividad de los derechos de las niñas y de los niños 46

VI. Propósitos de la educación 53

VII. Prohibición del castigo corporal o físico y otras formas de castigos crueles y degradantes 60

VIII. El VIH/SIDA y los derechos de los niños y de las niñas 67

IX. Acceso a la justicia: participación de las niñas y de los niños como sujetos de derecho 78

X. Fuentes consultadas 96

Presentación

Los compromisos que el Estado mexicano ha asumido en los últimos años han generado la necesidad de sintonizar la Constitución con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. En este sentido, la reforma constitucional publicada el 10 de junio de 2011 hace explícito en el artículo 1o., párrafo primero, que los derechos de los que gozamos las personas no se agotan en los 136 artículos de la Constitución, sino que deben complementarse con los reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Esta nueva redacción trae consigo el reconocimiento de un abundante cuerpo jurídico de origen internacional y, principalmente, una forma de concebir la relación entre el Estado y las personas, orientada a ampliar su ámbito de protección.

De conformidad con esta disposición, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes: los derechos humanos reconocidos en la Constitución y todos aquellos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. En consecuencia, las normas provenientes de ambas fuentes gozan de rango constitucional y, por tanto, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Lo anterior fue reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) al resolver la contradicción de tesis registrada bajo el número 293/2011, en donde se determinó que los derechos humanos de fuente internacional en materia de

derechos humanos tienen la misma eficacia normativa, en tanto protectores de los mismos, siempre y cuando brinden mayor protección que la Constitución.

En este sentido, los tratados internacionales pueden ser utilizados para completar la perspectiva del elenco de derechos reconocidos en la Constitución, existiendo la posibilidad de integrar un "bloque de constitucionalidad", como se le conoce en algunos países, compuesto por los derechos asegurados por la Carta Magna y por los tratados internacionales que se hayan ratificado, lo que genera una retroalimentación recíproca entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos.

Por su parte, el artículo 1o., segundo párrafo, diseña un orden constitucional fundado en la dinámica propia de los derechos humanos, al incluir la interpretación conforme, principio por el que las autoridades del Estado, muy especialmente los jueces, se obligan, en la interpretación de una norma de derechos humanos, a observar que la misma esté no sólo de acuerdo con la Constitución, sino también con los instrumentos internacionales.

Respecto a este tema, la SCJN resolvió que todos los juzgadores, con independencia de su materia y de su jurisdicción, están obligados a verificar en los asuntos que conozcan que las leyes que aplican se ajusten a la Constitución Federal y a los tratados internacionales firmados por México sobre derechos humanos, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate; es decir, todos los juzgadores están obligados a realizar un control de convencionalidad dentro de un modelo de control difuso de constitucionalidad, con la finalidad de no aplicar normas ni validar actos u omisiones que contravengan tanto la Constitución como los tratados internacionales.[1]

[1] SCJN, CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN UN MODELO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. Pleno, Novena

En atención a la última parte del párrafo primero del artículo 1o. de la Carta Magna, que establece que el ejercicio de los derechos humanos "no podrá restringirse ni suspenderse salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece", la SCJN, al resolver la contradicción de tesis 293/2011, precisó que cuando existan restricciones expresas a derechos humanos se debe estar a lo que establece la norma fundamental, aún entre la aplicación del derecho interno y el derecho internacional.[2] Derivado de esta interpretación quedan abiertas interrogantes, pues no se ha resuelto del todo el tema; por ejemplo, qué pasará cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) emita una sentencia que proteja ciertos derechos humanos conforme a la Convención Americana, pero que en la Constitución mexicana se contemple de manera expresa una restricción. En este caso se presentará la disyuntiva, debiendo considerar que la mencionada Convención prevé, en su artículo 2o., que los Estados deben adecuar su régimen jurídico interno. Ésta y otras cuestiones se pueden presentar alrededor de este tema y deberán irse resolviendo; en esos casos nuestro máximo tribunal nacional deberá nuevamente pronunciarse.

México ha suscrito diversos instrumentos internacionales, universales e interamericanos en materia de derechos humanos. Entre los tratados internacionales de carácter universal se encuentran los generados en el seno de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, con posterioridad

época, Tesis número LXVII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, diciembre de 2011, Tomo I, página 535.

[2] SCJN, DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. Pleno, Décima Época, Tesis P./J. 20/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, página 202.

al fin de la Segunda Guerra Mundial, cuyo punto de partida fue la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Posteriormente aparecen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como otras convenciones internacionales que, además de la protección sustantiva de todas las personas, y de manera especial a mujeres, niñas, niños, adolescentes, trabajadores migratorios y personas con discapacidad, establecen un órgano creado para su observancia, integrado por expertos independientes y que entre sus funciones se encuentra la de recibir informes periódicos de los Estados Partes. Asimismo, algunos de estos instrumentos protegen temáticas que en la actualidad continúan en desarrollo normativo en el país, como la prohibición de la tortura y la prohibición de la desaparición forzada de personas.

Uno de los principales efectos de la adopción de los tratados internacionales es que son de aplicación directa por el Estado, por tanto, los particulares pueden invocarlos en los juicios, y los jueces pueden y deben también tomarlos en cuenta al emitir sus resoluciones, en razón de que deben dictarlas respetando el derecho a una motivación adecuada, que incluye tomar en cuenta todo el derecho vigente en el Estado. Por lo anterior, es necesario que se difunda la legislación internacional, con el fin de que se conozca y facilitar su uso, de tal forma que se logre el objetivo de incidir de manera positiva en la eficacia de los derechos humanos.

De lo anterior deriva la Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos como espacio de textos académicos que abordan la Declaración Universal y los tratados internacionales de derechos humanos a que se ha hecho mención. La finalidad de estos fascículos es fortalecer el conocimiento de los instrumentos que abordan tanto los operadores jurídicos como la comunidad en general, para un mejor cumplimiento y ejercicio de los derechos que protegen, siendo su cumplimiento una obligación de todas

las autoridades en el ámbito de sus funciones. En este sentido, es importante tener presente que la promoción de los derechos humanos representa un pilar fundamental para prevenir la violación de estos derechos.

La presente serie cuenta con los siguientes títulos: 1) *Introducción al Sistema de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*; 2) *La Declaración Universal de Derechos Humanos: un texto multidimensional*; 3) *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; 4) *El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; 5) *La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*; 6) *La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)*; 7) *La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*; 8) *La Convención sobre los Derechos del Niño*; 9) *La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*; 10) *La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, y 11) *La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*.

Esta Colección, desde la perspectiva de cada uno de los autores —a quienes agradecemos que compartan su experiencia y visión sobre estos relevantes temas— pretende reafirmar uno de los compromisos de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos que como organismo protector de los derechos fundamentales debe cumplir a través de su difusión, esto con el propósito de construir, dentro de nuestra sociedad, una cultura en torno a ellos.

Al igual que todas las colecciones de esta Comisión Nacional, el lector podrá encontrar, en nuestro sitio *web*, la versión electrónica de estos títulos.

Lic. Luis Raúl González Pérez,
Presidente de la Comisión Nacional
de los Derechos Humanos

I. Introducción

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, y en vigor a partir del 2 de septiembre de 1990, sienta las bases de una relación jurídica entre los Estados y sus sociedades con los niños y las niñas, a quienes fortalece como sujetos de Derecho, dejando de lado sus anteriores consideraciones como objetos de tutela.[1] Sobre la base del contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el presente trabajo se explica el funcionamiento del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas; se expone el concepto de niño y niña de conformidad con las definiciones de trabajo de dicho Comité; se desarrollan en capítulos temáticos y a partir de las opiniones generales del Comité, la disposición de la referida Convención, y se enlistan las fuentes consultadas, con la finalidad de que el lector pueda tener un acercamiento general al tratado internacional que en el seno de las Naciones Unidas reconoce los derechos de

[1] Anterior a dicho instrumento, en el ámbito internacional es posible destacar dos hitos fundamentales, la Declaración de los Derechos del Niño "Declaración de Ginebra de 1924", adoptada por la Asamblea de la Sociedad de Naciones Unidas el 24 de septiembre de 1924, y la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

las niñas y de los niños, así como de la interpretación que del mismo ha hecho el Comité de los Derechos del Niño.

Cabe mencionar que respecto del proceso de aplicación de la Convención, el Comité de los Derechos del Niño ha puesto de relieve la obligación de los Estados de promover la formación y el fomento de la capacidad de todos los que participan en dicho proceso, ya sea funcionarios del Estado, parlamentarios y miembros de la judicatura, así como de todos los que trabajan con y para los niños y las niñas. En este marco, el Comité ha instado a los Estados a que den amplia difusión a la documentación relativa al examen de los informes que presenten ante el Comité, con arreglo a la Convención. En particular, ha señalado que las observaciones finales del Comité deberían divulgarse entre el público, incluidos los niños, y ser objeto de un debate detallado en el Parlamento, entre otros.[2]

II. El Comité de los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño establece un Comité de los Derechos del Niño, que es el órgano de las Naciones Unidas que supervisa la aplicación, por los Estados Partes, de dicho instrumento, de conformidad con el artículo 43, primer párrafo, de dicho instrumento. El Comité también supervisa la aplicación de los dos protocolos facultativos de la Convención, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en

[2] *Cf.* Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5 (2003), Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42, y sexto párrafo del artículo 44), de 27 de noviembre de 2003, CRC/GC/2003/5, párrs. 53 y 73.

los Conflictos Armados[3] y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía.[4] Para su funcionamiento, la Convención ha otorgado al Comité la facultad de adoptar su propio reglamento, en términos del artículo 43, octavo párrafo. El actual Reglamento fue aprobado por el Comité en su 22a. sesión (primer periodo de sesiones) y revisado en sus periodos de sesiones 33 y 55, respectivamente.[5]

La Convención sobre los Derechos del Niño establece todo un sistema de vigilancia de las acciones estatales a través del Comité, mediante el mecanismo de verificación oficial creado en el artículo 44 del instrumento.[6] Por medio de dicho sistema, los Estados deben presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes oficiales periódicos sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar un informe dos años después de su adhesión a la Convención, y luego cada cinco años; no obstante, el Comité podrá pedir a los Estados Partes más información

[3] *Cf.* Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución A/RES/54/263, del 25 de mayo de 2000, en vigor a partir del 12 de febrero de 2002.

[4] *Cf.* Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución A/RES/54/263, del 25 de mayo de 2000, en vigor a partir del 18 de enero de 2002.

[5] *Cf.* Reglamento del Comité de los Derechos del Niño, Naciones Unidas, CRC/C/4/Rev.2, de 9 de diciembre de 2010.

[6] Ver también los artículos 70 a 73 del Reglamento del Comité de los Derechos del Niño.

relativa a la aplicación de la Convención. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de "observaciones finales". Las sugerencias y recomendaciones se transmiten a los Estados Partes interesados y se notifican a la Asamblea General, junto con los comentarios de los Estados Partes, si los hubiere. Asimismo, el Comité examina los informes adicionales que deben presentar los Estados que se han adherido a los dos protocolos facultativos de la Convención.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 52 de la Convención, si un Estado Parte decide denunciar la Convención, deberá hacerlo mediante notificación hecha por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General, por lo que la denuncia no releva a los Estado de su obligación de presentar su informe oficial respectivo.

Aunado a lo anterior, el artículo 45[7] establece que los organismos especializados, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas tienen derecho a estar representados en el examen de la aplicación de aquellas disposiciones de la Convención comprendidas en el ámbito de su mandato. El Comité también podrá invitarlos a que proporcionen asesoramiento especializado sobre la aplicación de la Convención en los sectores que son de incumbencia de sus respectivos mandatos y a que presenten informes sobre la aplicación de aquellas disposiciones de la Convención comprendidas en el ámbito de sus actividades. Al respecto, el artículo 41 del Reglamento del Comité prevé que los organismos especializados, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Na-

[7] Ver también los artículos 74 y 75 del Reglamento del Comité de los Derechos del Niño.

ciones Unidas podrán participar en las sesiones privadas del Comité o de sus órganos auxiliares. Por su parte, los representantes de otros órganos competentes interesados que no figuren entre los anteriormente mencionados podrán participar en las sesiones públicas o privadas del Comité o de sus órganos auxiliares, cuando sean invitados por el Comité.

El Comité presenta cada dos años un informe sobre sus actividades a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, y puede presentar otros informes que considere apropiados. Además, puede publicar otros informes de distribución general, tanto sobre sus actividades como para destacar problemas concretos en la esfera de los derechos del niño (artículos 68, 69 y 76 del Reglamento del Comité). El Comité también publica su interpretación del contenido de las disposiciones sobre derechos humanos, en forma de observaciones generales sobre cuestiones temáticas (artículo 77 del Reglamento del Comité) y organiza días de debate general.

Es importante señalar que se pueden plantear cuestiones relacionadas con los derechos de los niños y las niñas ante otros comités de las Naciones Unidas con competencia para examinar denuncias de los particulares. De igual modo, sobre la base del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a un Procedimiento de Comunicaciones, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 2011, y abierto a proceso de firma y ratificación a partir del 28 de febrero de 2012, el cual entrará en vigor tres meses después de la fecha en que se deposite su décimo instrumento de ratificación o de adhesión (artículo 19, primer inciso, del Protocolo), se crea la posibilidad de presentar ante el Comité de los Derechos del Niño comunicaciones individuales e interestatales referidas a Estados Partes en el Protocolo, cuando se afirme la violación por el Estado Parte de cualquiera de los derechos enun-

ciados en la Convención sobre los Derechos del Niño, el Protocolo Facultativo de la Convención Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía y/o el Protocolo Facultativo de la Convención Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados. Lo anterior, siempre que el Estado sea parte de cualquiera de los tres instrumentos mencionados (artículos 1o., 5o. y 12 del Protocolo); no se refiera a una cuestión que ya haya sido examinada por el Comité o que haya sido o esté siendo examinada en virtud de otro procedimiento de investigación o arreglo internacional, y que se hayan agotado todos los recursos internos disponibles, salvo que no sea aplicable dicho requisito (artículo 7o. del Protocolo). En relación con las comunicaciones interestatales, se requiere que el Estado Parte en el Protocolo declare que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar dichas comunicaciones (artículo 12, primer y segundo incisos, del Protocolo). Ahora bien, la competencia del Comité sólo se extenderá a las violaciones por los Estados Partes de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención y/o en sus dos primeros Protocolos Facultativos que ocurran con posterioridad a la fecha de entrada en vigor del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a un Procedimiento de Comunicaciones (artículo 20 del Protocolo), salvo que esos hechos hayan continuado produciéndose después de esa fecha (artículo 7o., inciso g del Protocolo). Finalmente, el Comité aprobará el reglamento que habrá de aplicar en el ejercicio de las funciones que le confiere el mencionado Protocolo (artículo 3o. del Protocolo).

De conformidad con los artículos 43, segundo párrafo, de la Convención y 11 del Reglamento del Comité, el Comité de los Derechos del Niño se compone por 18 expertos/as independientes, quienes son personas reconocidas de la más alta autoridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos, las cuales ejercen sus funciones a títu-

lo personal, teniéndose debidamente en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos. En términos de los artículos 43, párrafo sexto, de la Convención, así como 12 y 45 del Reglamento del Comité, son elegidos por un periodo de cuatro años por los Estados Partes de la Convención, y pueden ser reelegidos si son nominados. El quórum para los debates y decisiones es constituido por 12 miembros del Comité.

Para coordinar sus trabajos, internamente el Comité nombra y elige de entre sus miembros a una Mesa, la cual se integra por un/a Presidente/a, cuatro Vicepresidentes/as y un/a Relator/a, quienes son elegidos por un mandato de dos años, con posibilidad de reelección para el mismo cargo; sin embargo, no podrán ejercer sus funciones si dejan de ser miembros del Comité. La Mesa informa al Comité de los temas objeto de examen y sus resultados (artículos 16, 17 y 23 del Reglamento del Comité). Asimismo, el Comité se encuentra facultado para trabajar en dos salas, en las que el/la Presidente/a ejerce la Presidencia de una de las salas, y uno de los/las cuatro Vicepresidentes/as es elegido/a por el/la Presidente/a, en consulta con la Mesa, para presidir la Presidencia de la segunda sala. El Comité apoya su trabajo en su Secretaría, y es el Secretario General quien proporciona al Comité el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de sus funciones (artículo 29 de la Convención).

El Comité se reúne para celebrar sus respectivos periodos de sesiones en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, pero podrá tomar la decisión de celebrar un periodo de sesiones en otro lugar, en consulta con el Secretario General y teniendo en cuenta las normas pertinentes de las Naciones Unidas. Normalmente celebra tres periodos ordinarios de sesiones al año, aunque, adicionalmente, el propio Comité y su Presidente pueden convocar a periodos extraordinarios, en consulta con los demás miembros de la Mesa del Comité (artículos 2o. a 4o. del Reglamento del Comité).

Según lo dispuesto por los artículos 36 y 38 del Reglamento del Comité, los idiomas oficiales del Comité son árabe, chino, español, francés, inglés y ruso, y sus idiomas de trabajo son español, francés e inglés. Las decisiones del Comité deben ser publicadas en los idiomas oficiales; sus documentos oficiales se deben publicar en los idiomas de trabajo y, por decisión del Comité, cualquiera de ellos podrá publicarse en los demás idiomas oficiales. Las sesiones del Comité y de sus órganos auxiliares serán públicas, a menos que el Comité decida otra cosa (artículo 39 del Reglamento del Comité).

III. Concepto de niña y niño

El artículo 1o. de la Convención sobre los Derechos del Niño define como niño y niña a "todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". En consecuencia, tal y como lo ha establecido el Comité de los Derechos del Niño, los niños y las niñas, hasta los 18 años de edad, son titulares de todos los derechos contenidos en la Convención; tienen derecho a medidas especiales de protección, y, con la evolución de sus facultades, pueden ejercer progresivamente sus derechos.[8] Al respecto, como definiciones de trabajo el Comité se ha referido a la "primera infancia", la "mitad de la infancia" y la "adolescencia".

[8] *Cf.* Observación General No. 4 (2003), La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/4, de 21 de julio de 2003, párr. 1, y Observación General No. 7 (2005), Realización de los derechos del niño en la primera infancia, Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, párr. 3.

Según el Comité, la "primera infancia" abarca a todos los niños pequeños desde el nacimiento y primer año de vida, pasando por el periodo preescolar y hasta la transición al periodo escolar. Sobre el particular, ha reconocido que las definiciones de "primera infancia" varían en los diferentes países y regiones, según las tradiciones locales y la forma en que están organizados los sistemas de enseñanza primaria. En algunos países, la transición de la etapa preescolar a la escolar tiene lugar poco después de los cuatro años de edad. En otros países, esta transición tiene lugar en torno a los siete años. En consecuencia, el Comité ha propuesto, como definición de trabajo adecuada de la "primera infancia", el periodo comprendido hasta los ocho años de edad, el cual "es un período esencial para la realización de los derechos del niño", en el que los niños y las niñas deben considerarse idóneamente agentes sociales cuya supervivencia, bienestar y desarrollo dependen de relaciones estrechas y se construyen sobre esa base —a menudo son los padres, miembros de la familia ampliada y compañeros, así como cuidadores y otros profesionales que se ocupan de la "primera infancia". Al respecto, el Comité ha señalado que "[r]ealizar los derechos del niño en la primera infancia es, pues, una manera efectiva de ayudar a prevenir las dificultades personales, sociales y educativas en la mitad de la infancia y en la adolescencia".[9] Por su parte, en palabras del Comité, la adolescencia es un periodo caracterizado por rápidos cambios físicos, cognoscitivos y sociales, incluida la madurez sexual y reproductiva; la adquisición gradual de la capacidad para asumir comportamientos y funciones de adultos, que implican nuevas obligaciones y exigen nuevos conocimientos teóricos y prácticos.[10]

[9] Observación General No. 7, *op. cit.*, n. 8, párrs. 1, 4, 6 y 8.
[10] *Cf.* Observación General No. 4, *op. cit.*, n. 8, párr. 2.

En esta línea, el lector encontrará que en el presente trabajo se utiliza el concepto de niño y niña, de conformidad con el artículo 1o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, para hacer referencia a las disposiciones de la Convención y a los criterios interpretativos del Comité, y sólo se utilizan las definiciones de "primera infancia", "mitad de la infancia" y "adolescencia" cuando el Comité ha establecido un estándar específico sobre la base de las mismas.

Finalmente, es importante destacar que, con base en el concepto de niño y niña, en el marco de las Naciones Unidas y de los Estados Americanos se han incluido disposiciones específicas en los instrumentos internacionales, así como se han creado tratados internacionales para la protección de los derechos de los niños y las niñas. De igual modo, se han desarrollado estándares mínimos en las decisiones, recomendaciones y observaciones emitidas por los órganos que monitorean la aplicación de dichos tratados. Asimismo, se han celebrado diversos instrumentos que, aun siendo en principio no vinculantes, constituyen un modo de interpretación y aplicación de dichos tratados, los cuales complementan y proporcionan orientación para la aplicación de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales.[11] En definitiva, se trata de la existencia de un comprensivo *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños y las niñas, que marca el piso mínimo al cual la legislación interna de los Estados que son Partes de los tratados internaciones debe adecuarse, así como los estándares mínimos de protección de derechos humanos en general y de derechos de los niños y las niñas en particular, que los Estados Partes se encuentran obligados a respetar.

[11] Por ejemplo, las declaraciones, directrices y reglas sobre diversos temas relacionados con los derechos de los niños y las niñas, los cuales complementan y proporcionan orientación para la aplicación de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

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

[12] *Cf.* 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

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 educación[34] 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 revisten 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.

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.

V. Principio de efectividad de los derechos de las niñas y de los niños

La Convención sobre los Derechos del Niño también reconoce el principio de efectividad, el cual es transversal a los derechos reconocidos en ese instrumento. En este sentido, el artículo 4o. establece la obligación de los Estados Partes de adoptar "todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole", necesarias para tal fin. Es decir, no basta con la existencia formal de disposiciones normativas internas que reconozcan los derechos de los niñas y las niñas, y establezcan mecanismos adecuados para su protección, sino también deben establecerse medidas para la aplicación efectiva de la Convención, entre ellas "el establecimiento de estructuras especiales y la realización de actividades de supervisión y formación, así como de otras actividades, en el gobierno, en el parlamento y en la judicatura, en todos los niveles".[58]

En esta línea, el Comité ha señalado que la aplicación efectiva de la Convención exige una coordinación intersectorial visible para reconocer y realizar los derechos del niño en toda la administración pública, entre los diferentes niveles de la administración y entre la administración y la sociedad

[58] Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha indicado que "[c]uando un Estado ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño, asume, en virtud del derecho internacional, la obligación de aplicarla. La aplicación es el proceso en virtud del cual los Estados Partes toman medidas para garantizar la efectividad de todos los derechos reconocidos en la Convención a todos los niños situados dentro de su jurisdicción". En este sentido, "[e]l Estado es quien asume obligaciones en virtud de la Convención, pero en la aplicación de ésta, es decir, en la labor de traducir en la realidad los derechos humanos de los niños, tienen que participar todos los sectores de la sociedad y, desde luego, los propios niños. Es fundamental hacer que toda la legislación interna sea plenamente compatible con la Convención y que los principios y las disposiciones de ésta puedan aplicarse directamente y sean susceptibles de la debida ejecución coercitiva". *Cf.* Observación General No. 5, *op. cit.*, n. 2, párr. 1.

civil, incluidos especialmente los propios niños, niñas y jóvenes. Asimismo, es necesaria una vigilancia rigurosa de la aplicación, vigilancia que debería incorporarse al proceso de gobierno a todos los niveles, pero también una vigilancia independiente por parte de las instituciones nacionales de derechos humanos, las ONG, las instituciones académicas, las asociaciones profesionales, los grupos de jóvenes y las instituciones independientes que se ocupan de los derechos humanos, entre otras entidades. En consecuencia, el Comité ha indicado que el Estado debe colaborar estrechamente con las ONG en el sentido más amplio, al tiempo que respete su autonomía;[59] es decir, que la obligación de respetar y garantizar los derechos de los niños y las niñas se extiende en la práctica más allá del Estado y de los servicios e instituciones controlados por el Estado para incluir a los niños, a sus padres, a sus madres, a las familias más extensas y a otros adultos, así como servicios y organizaciones no estatales.[60] Todo ello sobre la base de que los niños y las niñas son destinatarias de diferentes regulaciones que para la protección de sus derechos se han establecido.

El Comité ha puesto de relieve la obligación de los Estados de, por un lado, promover la formación y el fomento de la capacidad de todos los que participan en el proceso de aplicación (funcionarios del Estado, parlamentarios y miembros de la judicatura) y de todos los que trabajan con y para los niños y las niñas, entre ellos los dirigentes comunitarios y religiosos, los maestros, los trabajadores sociales y otros profesionales, incluidos los que trabajan con niños en instituciones y lugares de detención, la policía y las fuerzas armadas, incluidas las fuerzas de mantenimiento de la paz, las personas que trabajan en los medios de difusión, etcétera. Dicha formación tiene que ser sistemática y continua, teniendo por

[59] *Cf. Ibid.*, párrs. 27, 46 y 58.
[60] *Cf. Ibid.*, párr. 56.

objeto destacar la situación del niño y de la niña como titular de derechos humanos, hacer que se conozca y se comprenda mejor la Convención sobre los Derechos del Niño y fomentar el respeto activo de todas sus disposiciones. Por otro lado, también se deben promover la comprensión y el conocimiento de los derechos humanos entre los propios niños y niñas, mediante el programa de estudios en la escuela y otras maneras que incluyan, además, a la familia, entre otros, para lo cual se debería proceder a una evaluación periódica de la eficacia de la capacitación en la que se examinara no sólo el conocimiento de la Convención y de sus disposiciones, sino también la medida en que ésta ha contribuido a crear actitudes y prácticas que promuevan activamente el disfrute de los derechos de los niños y las niñas.[61]

De igual modo, el Comité ha alentado a los Estados Partes a crear una institución nacional independiente, accesible a todos los niños desde los puntos de vista geográfico y físico, y de mandato amplio para la promoción y protección de los derechos humanos, el cual incorpore la vigilancia y aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, sus Protocolos Facultativos y demás instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes, a fin de abarcar efectivamente los derechos humanos de los niños y las niñas, en particular sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. En los casos en que se había creado una institución nacional de derechos humanos antes de la adopción de la Convención o sin que ésta estuviese expresamente integrada en su mandato, el Comité ha exhortado a los Estados a que examinen su estatuto y su eficacia con miras a la promoción y protección de los derechos de los niños y las niñas, consagrados en los instrumentos internacionales pertinentes.[62]

[61] *Cf. Ibid.*, párrs. 53 a 55.

[62] *Cf.* Observación General No. 2 (2002), El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y pro-

Respecto del establecimiento de dichas instituciones nacionales de derechos humanos, el Comité ha señalado que debe ser consultivo, incluyente y transparente y estar promovido y apoyado en los más altos niveles del gobierno e incluir la participación de todos los componentes pertinentes del Estado, la legislatura y la sociedad civil. Asimismo, a fin de asegurar su independencia y su funcionamiento eficaz, las instituciones nacionales deben disponer de una infraestructura adecuada; fondos suficientes (incluidos fondos asignados específicamente para la acción en favor de los derechos de los niños y las niñas en las instituciones de mandato amplio); personal y locales propios, y estar libres de toda forma de control financiero que pueda afectar su independencia.[63]

En cuanto a las funciones de las instituciones nacionales de derechos humanos, el Comité ha señalado que deben estar facultadas para examinar las quejas y peticiones individuales y llevar a cabo las investigaciones correspondientes, inclusive en el caso de quejas presentadas en nombre de niños y niñas o directamente por niños y niñas. Para poder practicar eficazmente esas investigaciones debe otorgárseles la facultad de interpelar e interrogar a los testigos, tener acceso a las pruebas documentales pertinentes y acceder a los lugares de detención. También les corresponde la obligación de velar por que los niños y las niñas dispongan de recursos efectivos —asesoramiento independiente, defensa de sus derechos y procedimientos para presentar quejas— ante cualquier conculcación de sus derechos. Cuando proceda, dichas instituciones deberían asumir una función de mediación y conciliación en presencia de quejas. Las instituciones nacio-

tección de los derechos del niño, CRC/GC/2002/2, de 15 de noviembre de 2002, párr. 2.

[63] *Cf. Ibid.*, párr. 10.

nales de derechos humanos deben tener la facultad de prestar apoyo a los niños y las niñas que acuden a los tribunales de justicia, en particular la facultad de: a) someter en nombre propio casos relativos a cuestiones que afectan a la infancia, y b) intervenir en las causas judiciales para informar al tribunal sobre las cuestiones de derechos humanos involucradas en el caso.[64]

Asimismo, entre sus actividades deberían preparar y publicar opiniones, recomendaciones e informes, ya sea a petición de las autoridades nacionales o por propia iniciativa, sobre cualquier asunto relacionado con la promoción y protección de los derechos de los niños y las niñas; asegurarse de que "las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada", realizar visitas a los centros de menores (y a todos los lugares en que haya menores recluidos privados de la libertad) y a las instituciones de atención al menor, con el fin de informar sobre la situación y formular recomendaciones para que mejore; asegurarse de que "las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños y las niñas cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada".[65]

Igualmente, las instituciones nacionales de derechos humanos deben contribuir de manera independiente al proceso de elaboración de informes establecido en la Convención

[64] *Cf. Ibid.*, párrs. 13 y 14.
[65] *Cf. Ibid.*, párr. 19, letras b) y s).

y otros instrumentos internacionales pertinentes y supervisar la integridad de los informes del gobierno a los órganos internacionales creados en virtud de tratados con respecto a los derechos del niño y de la niña. Además, el Comité alienta a que se establezcan mecanismos e intercambios internacionales y regionales, ya que éstos brindan a las instituciones nacionales de derechos humanos la oportunidad de aprender de las experiencias mutuas, reforzar colectivamente las posiciones de cada una y contribuir a resolver los problemas de derechos humanos que afectan a los países y las regiones.[66]

No obstante, si bien las instituciones nacionales independientes de derechos humanos complementan las estructuras estatales efectivas que se ocupan de la infancia, lo cual puede requerir que la institución elabore proyectos para mejorar la promoción y protección de los derechos del niño, no debe dar lugar a que el gobierno delegue sus obligaciones de vigilancia en la institución nacional. Es esencial que las instituciones se mantengan totalmente libres de establecer su propio programa y determinar sus propias actividades.[67]

Respecto de la segunda frase del artículo 4o., que señala que "[e]n 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", el Comité ha sostenido que ésta "refleja la aceptación realista de que la falta de recursos, financieros y de otra índole, puede entorpecer la plena aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales en algunos Estados; esto introduce la idea de la 'realización progresiva' de tales derechos: los Estados tienen que poder demostrar que han adoptado medidas 'hasta el máximo de los recursos de que dis-

[66] *Cf. Ibid.*, párrs. 20 y 29.
[67] *Cf. Ibid.*, párr. 25, y Observación General No. 5, *op. cit.*, n. 2, párr. 65.

pongan' y, cuando sea necesario, que han solicitado la cooperación internacional". En este sentido, el artículo 4o. pone de relieve que la aplicación de la Convención es una actividad de cooperación para todos los Estados del mundo.[68] Los Estados, cuando ratifican la Convención, asumen la obligación no sólo de aplicarla dentro de su jurisdicción, sino también de contribuir, mediante la cooperación internacional, a que se aplique "en todo el mundo". Así pues, "[s]ean cuales fueren sus circunstancias económicas, los Estados están obligados a adoptar todas las medidas posibles para dar efectividad a los derechos del niño, prestando especial atención a los grupos más desfavorecidos".[69]

Al respecto, el Comité ha identificado "medidas generales de aplicación", las cuales tienen por finalidad promover el pleno disfrute de todos los derechos reconocidos en la Convención por todos los niños y las niñas, mediante la promulgación de disposiciones legislativas; el establecimiento de órganos de coordinación y supervisión, tanto gubernamentales como independientes; la reunión de datos de gran alcance; la concienciación; la formación, y la formulación y aplicación de las políticas, los servicios y los programas apropiados.[70]

[68] Al igual que el artículo 4o., el segundo párrafo del artículo 7o., el segundo párrafo del artículo 11, el apartado b) del artículo 17, el apartado e) del artículo 21, el segundo párrafo del artículo 22, el cuarto párrafo del artículo 23, el cuarto párrafo del artículo 24, el cuarto párrafo del artículo 27, el tercer párrafo del artículo 28 y los artículos 34 y 35 de la Convención hacen referencia explícita a la cooperación internacional.

[69] Observación General No. 5, *op. cit.*, n. 2, párrs. 7 y 60.

[70] *Cf. Ibid.*, párr. 9.

VI. Propósitos de la educación

El Comité ha indicado que el objetivo general de la educación es potenciar al máximo la capacidad de la niña y del niño para participar de manera plena y responsable en una sociedad libre y sus posibilidades de hacerlo. En esta línea, los propósitos de la educación enunciados en los cinco incisos del primer párrafo del artículo 29 de la Convención están directamente vinculados con el ejercicio de la dignidad humana y los derechos de las niñas y los niños, habida cuenta de sus necesidades especiales de desarrollo y las diversas capacidades en evolución. Los objetivos son el desarrollo holístico de la niña y del niño hasta el máximo de sus posibilidades (artículo 29, párrafo primero, inciso a), lo que incluye inculcarle el respeto de los derechos humanos (artículo 29, párrafo primero, inciso b), potenciar su sensación de identidad y pertenencia (artículo 29, párrafo primero, inciso c) y su integración en la sociedad e interacción con otros (artículo 29, párrafo primero, inciso d) y con el medio ambiente (artículo 29, párrafo primero, inciso e).[71]

En esta línea, el párrafo primero del artículo 29 no sólo añade al derecho al acceso a la educación, reconocido en el artículo 28, una dimensión cualitativa, sino que insiste también en la necesidad de que la educación que gire en torno a la niña y al niño le sea favorable y lo habilite, y subraya la necesidad de que los procesos educativos se basen en los mismos principios enunciados. Por lo que la "educación" es más que una escolarización oficial y engloba un amplio espectro de experiencias vitales y procesos de aprendizaje que permiten a la niña y al niño, ya sea de manera individual o colectiva, desarrollar su personalidad, dotes y aptitudes y llevar una vida plena y satisfactoria en el seno de la sociedad.[72]

[71] *Cf.* Observación General No. 1, *op. cit.*, n. 12, párr. 1.
[72] *Cf. Ibid.*, párr. 2.

Al respecto, el Comité ha indicado que el párrafo primero del artículo 29 es mucho más que un inventario o una enumeración de los distintos objetivos que debe perseguir la educación, y que, en el contexto general de la Convención, sirve para subrayar, entre otros:

a) La naturaleza indispensablemente interconexa de las disposiciones de la Convención. Se basa en muchas otras disposiciones, las refuerza, las integra y las complementa, y no se le puede entender cumplidamente si se le aísla de ellas. Los derechos de las niñas y los niños no son valores separados o aislados y fuera de contexto, sino que existen dentro de un marco ético más amplio que se describe parcialmente en el párrafo primero del artículo 29 y en el preámbulo de la Convención.[73]

b) La importancia del proceso por el que se ha de promover el derecho a la educación. En esto se incluyen no sólo los elementos integrantes del plan de estudios, sino también los procesos de enseñanza, los métodos pedagógicos y el marco en el que se imparte la educación, ya sea en el hogar, en la escuela u otros ámbitos. La observancia de los valores establecidos en el párrafo primero del artículo 29 exige manifiestamente que las escuelas sean favorables a las niñas y los niños, en el pleno sentido del término, y que sean compatibles con la dignidad de la niña o del niño en todos los aspectos. Debe promoverse la participación de la niña y del niño en la vida escolar, la creación de comunidades escolares y consejos de alumnos, la educación y el asesoramiento entre compañeros, y su intervención en los procedimientos disciplinarios de la escuela, como parte del proceso de aprendizaje y experiencia del ejercicio de los derechos.[74]

[73] *Cf. Ibid.*, párrs. 6 y 7.
[74] *Cf. Ibid.*, párr. 8.

Si bien en el artículo 28 se destacan las obligaciones de los Estados Partes en relación con el establecimiento de sistemas educativos y con las garantías de acceso a ellos, en el párrafo primero del artículo 29 se subraya el derecho individual y subjetivo a una determinada calidad de la educación. En este artículo se destaca que la enseñanza debe girar en torno a la niña y al niño; que el objetivo principal de la educación es el desarrollo de la personalidad de cada niña y niño, de sus dotes naturales y capacidad, reconociéndose el hecho de que cada uno tiene características, intereses y capacidades únicas y también necesidades de aprendizaje propias. Por lo tanto, el programa de estudios debe guardar una relación directa con el marco social, cultural, ambiental y económico de la niña y del niño, y con sus necesidades presentes y futuras, y tomar plenamente en cuenta las aptitudes en su desarrollo; así pues, los métodos pedagógicos deben adaptarse a sus distintas necesidades.[75]

c) La discriminación basada en cualquiera de los motivos que figuran en el artículo 2o. de la Convención atenta contra la dignidad humana de las niñas y los niños, así como puede debilitar, e incluso destruir, su capacidad de beneficiarse de las oportunidades de la educación. Aunque el negar a una niña o a u niño el acceso a la educación es un asunto que, básicamente, guarda relación con el artículo 28 de la Convención, son muchas las formas en que la inobservancia de los principios que figuran en el párrafo primero del artículo 29 pueden tener efectos análogos. En este último supuesto se encuentran los contenidos discriminatorios en los programas de estudio, tanto de los sistemas educativos oficiales como en muchos marcos educativos paralelos, lo cual no resulta ajeno al hogar. Por lo tanto, es importante centrarse en la propia comunidad de la niña y del niño al enseñar los dere-

[75] *Cf. Ibid.*, párr. 9.

chos humanos y el principio de no discriminación. Esta enseñanza puede contribuir eficazmente a la prevención y eliminación del racismo, la discriminación étnica, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia.[76]

d) El Comité también hace referencia a la necesidad de un planteamiento holístico de la educación que garantice que las oportunidades educativas disponibles reflejen un equilibrio satisfactorio entre la promoción de los aspectos físicos, mentales, espirituales y emocionales entre la educación; las dimensiones intelectuales, sociales y prácticas, y los aspectos correspondientes a la infancia y al resto de la vida. El tipo de enseñanza que se concentra fundamentalmente en la acumulación de conocimientos, que estimula la competencia e impone a las niñas y los niños una carga excesiva de trabajo puede ser un grave impedimento para el desarrollo armonioso de aquéllos. La educación debe ser favorable a las niñas y los niños, así como debe inspirar y motivar a cada uno de ellos.[77]

e) La necesidad de planear e impartir la educación de manera que promueva y refuerce la gama de valores éticos concretos consagrados en la Convención, entre ellos la educación para la paz, la tolerancia y el respeto del medio ambiente, de forma integrada y holística, lo que puede exigir un planteamiento multidisciplinario. No sólo es necesario promover y consolidar los valores enunciados en el párrafo primero del artículo 29 por razón de problemas ajenos, sino que también se ha de prestar atención a los problemas existentes en la propia comunidad de la niña y del niño. La educación debe tener lugar en el seno de la familia, pero también les corresponde un importante papel a las escuelas y a las comunidades.[78]

[76] *Cf. Ibid.*, párrs. 10 y 11.
[77] *Cf. Ibid.*, párr. 12.
[78] *Cf. Ibid.*, párr. 13.

f) La función esencial de las oportunidades de educación apropiadas en la promoción de todos los demás derechos humanos y la noción de su indivisibilidad. La capacidad de la niña y del niño para participar plena y responsablemente en una sociedad libre puede verse dificultada o debilitada no sólo porque se le denegue simple y llanamente el acceso a la educación, sino también porque no se promueva la comprensión de los valores reconocidos en el artículo 29.[79]

Respecto de la educación en la esfera de los derechos humanos, el Comité ha señalado que si bien en el marco de ésta se debe facilitar información sobre el contenido de los tratados de derechos humanos, también las niñas y los niños deben aprender lo que son esos derechos, observando la aplicación en la práctica de las normas de derechos humanos, ya sea en el hogar, en la escuela o en la comunidad. Por lo tanto, dicha educación debe constituir un proceso integral que se prolongue toda la vida y empiece con la manifestación de valores de derechos humanos en la vida y las experiencias cotidianas de las niñas y los niños.[80]

Particular relevancia se reconoce a los medios de comunicación, definidos en un sentido amplio (medios de difusión), a los cuales les corresponde un papel central de promover los valores y propósitos que se exponen en el párrafo primero del artículo 29 y de velar por que sus actividades no debiliten los esfuerzos de otros por promover estos objetivos. Así pues, el Comité ha promovido su participación voluntaria en ese proceso, participación que puede ser estimulada por los gobiernos y las ONG.[81] En este sentido, conforme al inciso a) del artículo 17 de la Convención, los gobiernos tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para

[79] *Cf. Ibid.*, párr. 14.
[80] *Cf. Ibid.*, párr. 15.
[81] *Cf.* Observación General No. 5, *op. cit.*, n. 2, párr. 70.

alentar a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para la niña y el niño.[82]

En la aplicación, supervisión y examen de los objetivos y valores que se enumeran en el párrafo primero del artículo 29, el Comité ha exhortado a todos los Estados Partes a que adopten las medidas necesarias para incorporar oficialmente estos principios en sus políticas educativas y en su legislación a todos los niveles, ya que la promoción efectiva de dicho artículo exige una modificación fundamental de los programas de estudio y una revisión sistemática de los libros de texto y otros materiales y tecnologías docentes, así como de las políticas escolares, a fin de incorporar "los estudios sobre la Convención y sobre los derechos humanos en general"[83] y los diversos propósitos de la educación. Asimismo, es importante que los métodos pedagógicos empleados en las escuelas reflejen el espíritu y la forma de entender la educación de la Convención sobre los Derechos del Niño y los propósitos de la educación que se exponen en el párrafo primero del artículo 29.[84]

Al respecto, el Comité ha exhortado a los Estados Partes a elaborar un plan nacional integral de acción para promover y supervisar el logro del párrafo primero del artículo 29, para cuya ejecución se necesitan recursos humanos y financieros hasta el máximo de que se disponga, de conformidad con el artículo 4o., por lo que la limitación de recursos no justifica que un Estado Parte no adopte ninguna de las medidas necesarias, o las suficientes. En este contexto y, a la luz de las obligaciones de los Estados Partes de promover y fomentar la cooperación internacional, tanto en términos generales —artículos 4o. y 45 de la Convención—, como en relación

[82] *Cf.* Observación General No. 1, *op. cit.*, n. 12, párr. 21.
[83] Observación General No. 5, *op. cit.*, n. 2, párr. 68.
[84] *Cf.* Observación General No. 1, *op. cit.*, n. 12, párrs. 17 y 18.

con la educación (párrafo tercero del artículo 28), el Comité ha instado a los Estados Partes que cooperan con el desarrollo a velar por que en los programas que elaboren se tengan plenamente en cuenta los principios que figuran en el párrafo primero del artículo 29.[85] De igual modo, el Comité ha instado a las Naciones Unidas y otros órganos internacionales interesados en la política educativa y en la educación en la esfera de los derechos humanos a que traten de mejorar la coordinación, a fin de potenciar la aplicación efectiva del referido párrafo.[86]

Los Estados Partes también habrán de tomar en consideración la posibilidad de establecer un procedimiento de examen que responda a las denuncias de que las actuales políticas o prácticas no son compatibles con el párrafo primero del artículo 29. Estos procedimientos de examen no implican necesariamente la creación de nuevos órganos judiciales, administrativos o docentes, sino que también podrían confiarse a instituciones nacionales de derechos humanos o a los actuales órganos administrativos.[87]

En especial, el Comité ha referido que cuando ocurren graves incidentes de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia en los que participan menores de 18 años, es razonable suponer que el gobierno no ha hecho cuanto estaba a su alcance para promover los valores enunciados en la Convención en general, y en el párrafo primero del artículo 29 en particular. Por consiguiente, se han de adoptar nuevas medidas adecuadas, entre ellas la investigación de las técnicas pedagógicas y la adopción de las que puedan contribuir al ejercicio de los derechos enunciados en la Convención.[88]

[85] *Cf. Ibid.*, párr. 28.
[86] *Cf. Ibid.*, párr. 23.
[87] *Cf. Ibid.*, párr. 25.
[88] *Cf. Ibid.*, párr. 24.

VII. Prohibición del castigo corporal o físico y otras formas de castigos crueles y degradantes

El Comité ha definido el castigo corporal o físico

> […] como todo castigo en el que se utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve. En la mayoría de los casos se trata de pegar a las niñas y niños ("manotazos", "bofetadas", "palizas"), con la mano o con algún objeto —azote, vara, cinturón, zapato, cuchara de madera, etcétera. Pero también puede consistir en, por ejemplo, dar puntapiés, zarandear o empujar a las niñas y niños, arañarlos, pellizcarlos, morderlos, tirarles del pelo o de las orejas, obligarlos a ponerse en posturas incómodas, producirles quemaduras, obligarlos a ingerir alimentos hirviendo u otros productos (por ejemplo, lavarles la boca con jabón u obligarlos a tragar alimentos picantes).[89]

Al respecto, el Comité ha manifestado repetidas veces que el castigo corporal o físico es incompatible con el respeto a la dignidad intrínseca de la niña y del niño, así como con los límites estrictos de la disciplina escolar.[90] En este sentido, ha instado a los Estados Partes a que "con carácter de urgencia, promulguen o deroguen, según sea necesario, legislación con la intención de prohibir todas las formas de violencia, por leve que sea, en la familia y en las escuelas, incluida la violencia como forma de disciplina, conforme a lo dispuesto en la Convención".[91] Asimismo, ha opinado que el castigo corporal o físico es siempre degradante, y que además hay otras formas de castigo que no son físicas, pero que son igualmente

[89] Observación General No. 8, *op. cit.*, n. 36, párr. 11.

[90] *Cf.* Observación General No. 1, *op. cit.*, n. 12, párr. 8, Observación General No. 8, *op. cit.*, n. 36, párr. 7.

[91] Observación General No. 8, *op. cit.*, n. 36, párr. 8.

crueles y degradantes, por ejemplo los castigos en que se menosprecia, se humilla, se denigra, se convierte en chivo expiatorio, se amenaza, se asusta o se ridiculiza a la niña o al niño, los cuales son incompatibles con la Convención.[92]

Asimismo, el Comité ha aclarado que al rechazar toda justificación de la violencia y la humillación como formas de castigo de las niñas y los niños, no está rechazando en modo alguno el concepto positivo de disciplina, siendo que el desarrollo sano de la niña y del niño depende de los padres, las madres y otros adultos para la orientación y dirección necesarias, de acuerdo con el desarrollo de su capacidad, a fin de ayudarle en su crecimiento para llevar una vida responsable en la sociedad.[93]

Respecto de la prohibición del castigo corporal o físico y otras formas de castigos crueles y degradantes, el Comité se ha referido específicamente al artículo 37 de la Convención, el cual dispone que los Estados velarán por que "ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", afirmación que se complementa y amplía en el artículo 19, que estipula que los Estados "adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo".

Así pues, el Comité ha reafirmado que la expresión "toda forma de perjuicio o abuso físico o mental" no deja espacio para ningún grado de violencia legalizada contra las niñas y los niños, por lo que ha sostenido que los castigos corporales

[92] *Cf. Ibid.*, párr. 11.
[93] *Cf. Ibid.*, párr. 13.

o físicos y otras formas de castigos crueles o degradantes son formas de violencia y perjuicio ante las que los Estados deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para eliminarlas.[94] De igual forma, el Comité se ha referido al párrafo segundo del artículo 28, el cual señala que los Estados Partes "adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención".

En particular, el Comité ha indicado que ni en el artículo 19 ni en el párrafo segundo del artículo 28 se hace referencia explícita a los castigos corporales, así como tampoco en los *travaux préparatoires* de la Convención queda constancia de ningún debate sobre los castigos corporales durante las sesiones de redacción. La Convención, al igual que todos los instrumentos de derechos humanos, debe considerarse un instrumento vivo, cuya interpretación evoluciona con el tiempo. Desde su aprobación, la prevalencia de los castigos corporales de las niñas y los niños en los hogares, las escuelas y otras instituciones se ha hecho más visible gracias al proceso de presentación de informes con arreglo a la Convención y a la labor de investigación y de defensa llevada a cabo, entre otras instancias, por las instituciones nacionales de derechos humanos y las ONG. Una vez que esa práctica es visible, resulta claro que entra directamente en conflicto con los derechos iguales e inalienables de las niñas y los niños al respeto de su dignidad humana e integridad física. Así pues, el Comité ha insistido en que la eliminación de los castigos violentos y humillantes de las niñas y los niños mediante una reforma de la legislación y otras medidas necesarias es una obligación inmediata e incondicional de los Estados Partes.[95]

[94] *Cf. Ibid.*, párr. 18.
[95] *Cf. Ibid.*, párrs. 20 a 22.

Al respecto, el Comité ha sostenido que el artículo 19 de la Convención deja en claro que se necesitan medidas legislativas y de otro tipo para que los Estados cumplan las obligaciones de proteger a las niñas y los niños contra toda forma de violencia. Por ende, ha acogido con satisfacción el hecho de que en muchos Estados la Convención y sus principios se han incorporado al derecho interno, además de ser muchos también los Estados que cuentan con leyes específicas de protección de las niñas y los niños en que se tipifican como delito los "malos tratos", el "abuso" o la "crueldad"; pero el Comité ha llegado a la conclusión, por su examen de los informes de los Estados, de que esas disposiciones legislativas no garantizan, por lo general, la protección de la niña y del niño contra todo castigo corporal y otras formas de castigos crueles o degradantes en la familia y en otros entornos.[96]

En relación con el argumento de que cierto grado de castigo corporal "razonable" o "moderado" puede estar justificado en nombre del "interés superior" de la niña y del niño, el Comité ha establecido que, en efecto, el interés superior de la niña y del niño deberá ser una consideración primordial en todas las medidas concernientes a aquéllos (artículo 3o., primer inciso), el cual será la preocupación fundamental de los padres (artículo 18). No obstante, la interpretación de lo que se entiende por el interés superior de la niña y del niño debe ser compatible con toda la Convención, incluidos la obligación de protegerlos contra toda forma de violencia y el requisito de tener debidamente en cuenta las opiniones de la niña y del niño; ese principio no puede aducirse para justificar prácticas, como los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes que están reñidas con la dignidad humana y el derecho a la integridad física de la niña y del niño.[97]

[96] *Cf. Ibid.*, párr. 30.
[97] *Cf. Ibid.*, párr. 26.

En cuanto a quienes aducen justificaciones de inspiración religiosa para el castigo corporal, sugiriendo que determinadas interpretaciones de los textos religiosos no sólo justifican su uso, sino que lo consideran un deber, el Comité ha considerado que la libertad de creencia religiosa está consagrada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18), pero la práctica de una religión o creencia debe ser compatible con el respeto a la dignidad humana y a la integridad física de los demás. La libertad de practicar la propia religión o creencia puede verse legítimamente limitada a fin de proteger los derechos y las libertades fundamentales de los demás. Así pues, los castigos de extrema violencia, como la lapidación y la amputación, prescritos según determinadas interpretaciones de la ley religiosa, constituyen una violación flagrante de la Convención y de otras normas internacionales de derechos humanos, como han destacado también el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura, y deben prohibirse.[98]

Más aún, el Comité ha observado que en muchos Estados hay disposiciones jurídicas explícitas en los códigos penal y/o civil (de la familia) que ofrecen a los padres y otros cuidadores una defensa o justificación para el uso de cierto grado de violencia, a fin de "disciplinar" a las niñas y los niños. Asimismo, en algunos Estados, el castigo corporal está específicamente autorizado en las escuelas y otras instituciones, con reglamentos que establecen de qué manera debe administrarse y por quién, y en una minoría de Estados el castigo corporal con varas o látigos todavía está autorizado como condena de los tribunales para los menores delincuentes. De todo lo anterior, el Comité ha reiterado que la Convención exige la derogación de todas esas disposiciones.[99]

[98] *Cf. Ibid.*, párr. 29.
[99] *Cf. Ibid.*, párrs. 31 y 32.

De igual modo, el Comité ha observado que en la legislación de algunos Estados no existe una excepción o justificación explícita para los castigos corporales, pero que la actitud tradicional respecto de las niñas y los niños permite esos castigos, y que a veces esa actitud queda reflejada en decisiones de los tribunales (en que los padres, madres, maestros u otros cuidadores han sido absueltos de agresión o de malos tratos en razón de que estaban ejerciendo el derecho o la libertad de aplicar una "corrección" moderada). En razón de ello, es preciso que en la legislación civil o penal de los Estados Partes conste la prohibición explícita de los castigos corporales y de otras formas de castigo crueles o degradantes, a fin de que quede absolutamente claro que es tan ilegal golpear, "abofetear" o "pegar" a una niña o a un niño, como también lo es dar ese trato a un adulto, y que el derecho penal sobre la agresión se aplica por igual a esa violencia, independientemente de que se le denomine "disciplina" o "corrección razonable".[100]

Asimismo, el Comité ha considerado fundamental que la legislación sectorial aplicable —el derecho de familia, la ley de educación, la legislación relativa a todos los otros tipos de cuidado y los sistemas de justicia, la ley sobre el empleo— prohíba claramente la utilización de los castigos corporal o físico y otras formas de castigos crueles y degradantes en los entornos pertinentes. Además, el Comité ha considerado valioso que los códigos de ética profesionales y las orientaciones para los maestros, cuidadores y otros interesados, así como los reglamentos o estatutos de las instituciones destacaran la ilegalidad de los castigos corporales y de otras formas de castigo crueles o degradantes.[101]

En la aplicación de la prohibición de los castigos corporales y de otras formas de castigos crueles o degradantes, el

[100] *Ibid.*, párrs. 33 y 34.
[101] *Cf. Ibid.*, párr. 35.

Comité ha señalado que los Estados deben elaborar mecanismos eficaces de notificación y remisión, y que si bien todas las notificaciones de violencia hacia las niñas y los niños deberían investigarse adecuadamente y asegurarse la protección de éstos contra daños importantes, el objetivo debería ser poner fin al empleo, por los padres, de la violencia u otros castigos crueles o degradantes, mediante intervenciones de apoyo y educativas, y no punitivas.[102] Todo lo anterior, dada la situación de dependencia de las niñas y los niños, así como la intimidad característica de las relaciones familiares, que exigen que las decisiones de enjuiciar a los padres o las madres, o de intervenir de otra manera oficialmente en la familia, deban tomarse con extremo cuidado.

Es así que el Comité ha opinado que el enjuiciamiento y otras intervenciones oficiales (por ejemplo, separar a la niña, al niño o al autor) deberían tener lugar sólo cuando se considere necesario para proteger a la niña y al niño contra algún daño importante y cuando esté relacionado el interés superior de la niña y del niño afectado, debiéndose tener en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Dicho criterio resulta ser concordante con el artículo 9o. de la Convención, el cual exige que la separación de la niña o del niño de su padre y/o madre deba considerarse necesaria en el interés superior de la niña y del niño, así como estar sujeta a revisión judicial, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, y con la participación de todas las partes interesadas, incluida la niña o el niño. Cuando la separación se considere justificada, se estudiarán las alternativas a la colocación del niño o la niña fuera de la familia, por ejemplo la separación del autor o la condena condicional, entre otras.[103]

Finalmente, el Comité sostuvo que habida cuenta de la aceptación tradicional generalizada de los castigos corpora-

[102] *Cf. Ibid.*, párr. 40.
[103] *Cf. Ibid.*, párrs. 41 y 42.

les, la prohibición por sí sola no logrará el cambio de actitudes y de prácticas necesario, sino que se requiere una labor de sensibilización general acerca del derecho de las niñas y los niños a la protección, y de las leyes que recogen ese derecho, en términos del artículo 42 de la Convención, a través del cual los Estados Partes se comprometen a dar a conocer ampliamente los principios y las disposiciones de la Convención por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a las niñas y los niños.[104]

VIII. El VIH/SIDA y los derechos de los niños y de las niñas

Respecto de las niñas, los niños y el VIH/SIDA, el Comité ha señalado que si bien es un asunto considerado primordialmente médico o de salud, en realidad engloba cuestiones muy diversas. El VIH/SIDA tiene efectos tan profundos en la vida de todas las niñas y los niños, que incide en todos sus derechos, tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales, al igual que en los principios generales de la Convención, esto es, el derecho a ser protegido contra toda forma de discriminación;[105] el derecho a que sus intereses

[104] *Cf. Ibid.*, párr. 45.

[105] Al respecto, el Comité ha indicado que la discriminación es la causante del aumento de la vulnerabilidad de los niños y las niñas al VIH y al SIDA, así como de los graves efectos que tiene la epidemia en la vida de los niños y las niñas afectados. Los hijos e hijas de padres y madres que viven con el VIH/SIDA a menudo son víctimas de la estigmatización y la discriminación, pues con frecuencia también se les considera infectados. La discriminación hace que se deniegue a los niños el acceso a la información, la educación, los servicios de salud y atención social o a la vida social. En su forma más extrema, la discriminación contra los niños y las niñas infectados por el VIH se manifiesta en su abandono por la familia, la comunidad y la sociedad. La discrimina-

merezcan una consideración primordial; el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el derecho a que se tenga debidamente en cuenta su opinión,[106] reconocidos en los artículos 2o., 3o., 6o. y 12 de la Convención, respectivamente.

En razón de lo anterior, el Comité ha considerado[107] que: a) las leyes, las políticas, las estrategias y las prácticas deben tener en cuenta todas las formas de discriminación que contribuyan a agudizar los efectos de la epidemia. Las estrategias también deben promover programas de educación y formación concebidos explícitamente para cambiar las actitudes discriminatorias y el estigma que acarrea el VIH/SIDA; b) la niña y el niño deben ser uno de los principales beneficiarios de las medidas de lucha contra la pandemia del VIH/SIDA, y es preciso adaptar las estrategias para tener en cuenta sus derechos y necesidades; c) los programas de prevención realmente eficaces son los que tienen en cuenta la realidad de la vida de las niñas y los niños, y al mismo tiempo tratan la cuestión de la sexualidad velando por que tengan acceso en

ción también agrava la epidemia, al acentuar la vulnerabilidad de los niños y las niñas, en particular los que pertenecen a determinados grupos, los que viven en zonas apartadas o rurales, donde el acceso a los servicios es menor. Por ello, esos niños y niñas son víctimas por partida doble. De igual modo, preocupa especialmente al Comité la discriminación basada en el sexo, unida a los tabús o las actitudes negativas o críticas respecto de la actividad sexual, lo que a menudo limita su acceso a medidas preventivas y otros servicios. También es preocupante la discriminación basada en las preferencias sexuales. Es así que el Comité ha indicado que al idear las estrategias relacionadas con el VIH/SIDA y cumplir con las obligaciones contraídas en virtud de la Convención, los Estados Partes deben examinar detenidamente las normas sociales prescritas en cuanto al sexo, con miras a eliminar la discriminación por este motivo, puesto que esas normas repercuten en la vulnerabilidad de las y los adolescentes al VIH/SIDA. En particular, los Estados Partes deben reconocer que la discriminación relacionada con el VIH/SIDA perjudica más a las adolescentes que a los adolescentes. *Cf.* Observación General No. 3 (2003), El VIH/SIDA y los derechos del niño, CRC/GC/2003/3, de 17 de marzo de 2003, párrs. 7 a 9.

[106] *Cf. Ibid.*, párr. 6.

[107] *Cf. Ibid.*, párrs. 9 a 11.

pie de igualdad a la información, la preparación para la vida activa y las medidas preventivas adecuadas; d) es importantísimo que las niñas y los niños participen, cuando proceda, en las actividades de concienciación en relación con el VIH/SIDA, intercambiando sus experiencias con sus compañeros/as y otras personas, tanto para prevenir eficazmente la infección como para reducir el estigma y la discriminación. Los Estados Partes deben velar por que los niños y las niñas que participen en estas actividades de concienciación lo hagan a título voluntario y tras haber sido asesorados, y reciban tanto el apoyo social como la protección jurídica que les permita llevar una vida normal durante y después de su participación.

Ahora bien, el Comité ha señalado que los principales obstáculos que impiden desarrollar una labor eficaz de prevención, atención y apoyo a las iniciativas comunitarias en materia de VIH/SIDA son los de naturaleza cultural (los tabús y el estigma), estructural (la actitud paternalista con las niñas y los niños) y financiero (la pobreza), los cuales no son más que algunos de los obstáculos con que tropieza la decisión necesaria, por parte de los políticos y los particulares, para la eficacia de los programas.[108]

En relación con los recursos financieros, técnicos y humanos, el Comité ha destacado el papel fundamental que desempeña la cooperación internacional al respecto.[109] En relación con los dos obstáculos restantes, el Comité ha referido que en el marco de la efectividad de la prevención del VIH/SIDA los Estados están obligados a abstenerse de censurar, ocultar o tergiversar deliberadamente las informaciones relacionadas con la salud, incluidas la educación y la información sobre la sexualidad, y que en cumplimiento de su obligación de garantizar el derecho a la vida, la supervivencia y el

[108] *Cf. Ibid.*, párr. 13.
[109] *Cf. Ibid.*, párr. 14.

desarrollo del niño y de la niña (artículo 6o.), deben velar por que la niña y el niño tengan la posibilidad de adquirir conocimientos y aptitudes que protejan a ella o él y a otros desde el momento en que empiece a manifestarse su sexualidad.[110]

Igualmente, los Estados Partes deben adoptar iniciativas para tener en cuenta las diferencias de sexo cuando puedan repercutir en el acceso de las y los jóvenes a los mensajes sobre la prevención y velar por que les lleguen mensajes idóneos aun cuando para ello deban salvarse los obstáculos constituidos por las diferencias de lengua o religión, la discapacidad u otros factores de discriminación. Ha de prestarse atención muy especial a las actividades de concienciación entre los grupos de población a los que es difícil acceder. Al respecto, el papel de los medios de información y la tradición oral a fin de que la niña o el niño disponga de información y materiales, como se reconoce en el artículo 17 de la Convención, es fundamental, tanto para facilitar información apropiada como para evitar el estigma y la discriminación. Los Estados Partes deben apoyar las actividades periódicas de supervisión y evaluación de las campañas de concienciación sobre el VIH/SIDA, a fin de determinar su eficacia informativa y reducir el estigma y la discriminación, así como despejar los temores y las concepciones erróneas sobre el VIH y su transmisión entre niños y niñas.[111]

Para el Comité la educación desempeña un papel fundamental en cuanto a facilitar a las niñas y los niños la información pertinente y apropiada respecto del VIH/SIDA, que pueda contribuir a mejorar el conocimiento y la comprensión de la pandemia, así como impedir la manifestación de actitudes negativas respecto de las víctimas del VIH/SIDA. En especial, el Comité ha recordado que: a) la educación puede y debe

[110] *Cf. Ibid.*, párr. 16.
[111] *Cf. Ibid.*, párr. 17.

habilitar a las niñas y los niños para protegerse de los riesgos de contagio por el VIH; b) los Estados Partes tienen la obligación de velar por que todos los niños y las niñas afectados por el VIH/SIDA tengan acceso a la educación primaria, ya se trate de niñas o niños infectados, huérfanos o en otra situación; c) los Estados Partes deben tomar medidas para que las niñas y los niños afectados por el VIH/SIDA sigan escolarizados y los profesores enfermos sean sustituidos por personal calificado, de forma que las niñas y los niños puedan asistir sin problema a los centros y se proteja cabalmente el derecho a la educación (artículo 28) de los menores que vivan en esas comunidades.[112]

El Comité también ha alentado a los Estados Miembros a velar por que en los servicios de salud se contrate personal calificado que respete cabalmente el derecho de las niñas y los niños a la vida privada (artículo 16) y a no sufrir discriminación respecto del acceso a la información sobre el VIH; por que el asesoramiento y las pruebas de detección se lleven a cabo de manera voluntaria; por que la niña o el niño tenga conocimiento de su estado serológico con respecto al VIH; por que tenga acceso a servicios confidenciales de salud reproductiva y, gratuitamente o a bajo costo, a métodos o servicios anticonceptivos, así como a recibir, cuando sea necesario, cuidados o tratamientos en relación con el VIH, incluida la prevención y el tratamiento de problemas de salud relacionados con el VIH/SIDA, por ejemplo las infecciones oportunistas. En definitiva, los Estados Partes deben velar por que a todas las niñas y los niños, sin discriminación, que residan en su territorio, se presten los mejores servicios posibles, y por que tengan en cuenta suficientemente las diferencias de sexo y edad, y contexto social, económico, cultural y político.[113]

[112] *Cf. Ibid.*, párr. 18.
[113] *Cf. Ibid.*, párrs. 20 y 21.

Asimismo, para el Comité el acceso voluntario a servicios confidenciales de asesoramiento y a pruebas de detección del VIH, habida cuenta de la etapa de desarrollo en que se encuentra cada niña y niño, es fundamental para la observancia del derecho a la salud. Esos servicios son fundamentales para reducir el riesgo de que el niño o la niña contagie o transmita el VIH; dar a la niña y el niño acceso a la atención, el tratamiento y el apoyo específicos con respecto al VIH, y planificar mejor su futuro. De conformidad con la obligación impuesta por el artículo 24 de la Convención de que ningún niño o niña sea privado de su derecho a los servicios sanitarios necesarios, los Estados Partes deben velar por que todos los niños y las niñas puedan acudir voluntariamente y de manera confidencial a servicios de asesoramiento y pruebas de detección del VIH. Al mismo tiempo, deben, en toda circunstancia, abstenerse de imponer pruebas de detección del VIH/SIDA a los niños y las niñas, así como velar por su protección contra esas medidas. Sobre este punto, el Comité ha insistido que aunque la etapa de desarrollo en que se halle el niño o la niña determinará si se requiere su consentimiento directamente o el de su padre o madre, o tutor, los Estados Partes deben velar, en todos los casos, de conformidad con los artículos 13 y 17 de la Convención, que establecen el derecho de la niña y del niño a recibir información, por que, antes de que se lleve a cabo prueba alguna de detección del VIH por personal sanitario en niños y niñas que acuden a los servicios de salud por otra enfermedad o por otro motivo, se sopesen los riesgos y las ventajas de dicha prueba para que se pueda adoptar una decisión con conocimiento de causa. Asimismo, los Estados Partes deben proteger la confidencialidad de los resultados de las pruebas de detección del VIH, en cumplimiento de la obligación de proteger el derecho a la vida privada de la niña y del niño (artículo 16), tanto en el marco de la atención sanitaria como en el sistema público

de salud, y velar por que no se revele sin su consentimiento, a terceras partes, incluidos los padres y las madres, información sobre su estado serológico con respecto al VIH.[114]

La transmisión de madres a hijos e hijas es la causa de la mayoría de las infecciones por el VIH en los lactantes y las niñas y los niños de corta edad, que pueden ser infectados por el virus durante el embarazo, el parto y el puerperio, y también durante la lactancia. Al respecto, el Comité ha pedido a los Estados Partes que velen por la aplicación de las estrategias recomendadas por los organismos de las Naciones Unidas a fin de prevenir la infección por el VIH en los lactantes, así como en las niñas y los niños de corta edad. Esas estrategias comprenden: a) la prevención primaria de la infección por el VIH en los futuros progenitores; b) la prevención de los embarazos no deseados en las mujeres infectadas por el VIH; c) la prevención de la transmisión del VIH de las mujeres infectadas a sus hijos e hijas, y d) la prestación de cuidados, tratamiento y apoyo a las mujeres infectadas por el VIH, a sus lactantes y a sus familias.

Para prevenir la transmisión del VIH de madres a hijas e hijos, los Estados Partes deben adoptar medidas, en particular el suministro de medicamentos esenciales, cuidados apropiados durante el embarazo, el alumbramiento y el puerperio, y poniendo a disposición de las embarazadas y de sus compañeros servicios de asesoramiento y análisis. El Comité ha considerado que se ha demostrado que los fármacos antirretrovirales administrados a la mujer durante el embarazo o durante el parto y, en algunas terapias, a sus hijas o hijos, reducen en grado significativo el riesgo de transmisión. Sin embargo, los Estados Partes deben, además, prestar ayuda a madres e hijos o hijas, en particular asesoramiento sobre las diversas opciones de alimentación de los lactantes, así

[114] *Cf. Ibid.*, párrs. 22 a 24.

como orientaciones sobre la opción más conveniente en su situación.[115]

En particular, el Comité ha observado que incluso en las poblaciones donde se registra una alta prevalencia del VIH, la mayoría de los niños y las niñas tienen madres que no están infectadas por el virus. En el caso de los hijos o hijas de mujeres seronegativas y de las que no conocen su estado serológico con respecto al VIH, el Comité ha insistido en que:

> […] de conformidad con los artículos 6 y 24 de la Convención, en que la lactancia natural sigue siendo la mejor opción de alimentación infantil. Para los hijos de madres seropositivas, los datos disponibles indican que la lactancia materna puede aumentar el riesgo de transmisión del VIH en una proporción del 10% al 20%, pero que la falta de amamantamiento puede exponer a los niños a un mayor riesgo de desnutrición o de enfermedades infecciosas distintas de la causada por el VIH. Los organismos de las Naciones Unidas aconsejan que, cuando existe una lactancia de sustitución asequible, factible, aceptable, sostenible y segura, cabe recomendar que se evite en todos los casos que las madres infectadas por el VIH amamanten a sus hijos; de no ser así, se recomienda la alimentación por lactancia natural durante los primeros meses de vida, pero esa opción debe abandonarse cuanto antes.[116]

El Comité ha señalado como obligación de los Estados Partes, en virtud de la Convención, velar por que las niñas y los niños tengan acceso continuo, en igualdad de condiciones, a tratamientos y cuidados completos, incluida la prescripción de los fármacos necesarios relacionados con el VIH, y a bienes y servicios sin discriminación. Los Estados Partes deben ne-

[115] *Cf. Ibid*., párrs. 25 y 26.
[116] *Ibid*., párr. 27.

gociar con la industria farmacéutica para que los medicamentos necesarios estén disponibles en el ámbito local al menor costo posible. Además, se pide a los Estados Partes que respalden, apoyen y faciliten la participación de las comunidades en el tratamiento, la atención y la ayuda completos en relación con el VIH/SIDA, al tiempo que cumplan con sus respectivas obligaciones en virtud de la Convención.[117]

Los Estados Partes también deben velar por que las niñas y los niños no sirvan como objeto de investigación hasta que se haya probado exhaustivamente una determinada intervención en adultos. Según el desarrollo del niño o de la niña, debe recabarse su consentimiento, así como el de sus progenitores o tutores, cuando sea necesario, pero en todos los casos el consentimiento debe basarse en una exposición plena y clara de los riesgos y las ventajas de la investigación para la niña y el niño. Los Estados Partes deben asegurarse, de conformidad con las obligaciones que contraen en virtud del artículo 16 de la Convención, que el derecho del niño y la niña a la intimidad no se vulnere por inadvertencia en el proceso de investigación, y que la información personal sobre los menores, a la que se tenga acceso en el proceso de investigación, no se utilice bajo ningún pretexto para fines distintos de aquellos respecto de los cuales se ha dado el consentimiento.[118]

El comité ha considerado que debe prestarse especial atención a los niños huérfanos a causa del SIDA y a los niños de las familias afectadas, incluidos los hogares a cargo de niños y niñas, ya que esos factores pueden tener consecuencias sobre la vulnerabilidad a la infección por el VIH. Al respecto, el Comité ha subrayado la necesidad de dar protección jurídica, económica y social a las niñas y los niños afectados, para

[117] *Cf. Ibid.*, párr. 28.
[118] *Cf. Ibid.*, párr. 29.

que tengan acceso a la enseñanza, los derechos de sucesión, la vivienda y los servicios de sanidad y sociales, así como para que se sientan seguros al revelar su estado serológico respecto al VIH y el de sus familiares, cuando lo consideren apropiado.[119]

Para el Comité, la mejor protección y atención a los huérfanos/as consiste en desplegar todos los esfuerzos posibles para que las y los hermanos puedan permanecer juntos y al cuidado de parientes o familiares. La familia ampliada, con el apoyo de la comunidad que la rodea, es tal vez la manera menos traumática y, por consiguiente, más adecuada de atender a los huérfanos cuando no hay otras opciones posibles. Hay que prever asistencia a fin de que, hasta donde sea posible, los niños y las niñas permanezcan en las estructuras familiares existentes. Además, se alienta a los Estados Partes a que presten apoyo financiero y de otra índole, cuando sea necesario, a los hogares a cargo de niñas y niños.[120] No obstante, los Estados Partes pueden decidir atribuir, de manera transitoria y como último recurso, a una institución la atención y cuidado de los huérfanos a causa del VIH/SIDA cuando no exista la posibilidad de una atención familiar en sus propias comunidades. En dichas instituciones deben implantarse sólidamente medidas para proteger los derechos de la niña y del niño, y preservarlo de todas las formas de malos tratos y explotación, atendiendo al derecho de los niños y las niñas a protección y asistencia especiales cuando se encuentran en tales entornos.[121]

El Comité ha indicado, de igual forma, en virtud de los derechos del niño y de la niña que se consagran en el artículo 19 de la Convención, que los Estados Partes tienen la obli-

[119] *Cf. Ibid.*, párr. 31.
[120] *Cf. Ibid.*, párr. 34.
[121] *Cf. Ibid.*, párr. 35.

gación de proteger a las niñas y los niños de todas las formas de violencia y malos tratos, ya sea en el hogar, en la escuela, en otras instituciones, o incluso en la propia comunidad. Asimismo, el Comité ha considerado que la relación entre el VIH/SIDA y la violencia o los malos tratos sufridos por niñas y niños en el marco de guerras y conflictos armados requiere una atención especial. Las medidas destinadas a prevenir la violencia y los malos tratos en esas situaciones revisten una importancia decisiva, y los Estados Partes deben velar por que se incorporen consideraciones relacionadas con el VIH/SIDA en las actividades destinadas a atender y ayudar a los niños y las niñas utilizados por personal militar y otros funcionarios uniformados para prestar servicios domésticos o sexuales, o que se hallan desplazados internamente o viven en campamentos de refugiados. En cumplimiento de las obligaciones de los Estados Partes, en particular al tenor de los artículos 38 y 39 de la Convención, deben llevarse a cabo campañas enérgicas de información, combinadas con actividades de asesoramiento de las niñas y los niños, y de mecanismos para la prevención y la rápida detección de los casos de violencia y malos tratos en las regiones afectadas por conflictos y catástrofes naturales, y esas campañas deben formar parte de las acciones del ámbito nacional y comunitario de lucha contra el VIH/SIDA.[122]

[122] *Cf. Ibid.*, párrs. 37 y 38.

IX. Acceso a la justicia: participación de las niñas y de los niños como sujetos de derecho

El acceso a la justicia de las niñas y los niños debe considerarse desde las diferentes posiciones en que aquellos pueden encontrarse frente a la administración de la justicia. Sobre este punto, la concepción de los niños y las niñas como sujetos de derecho exige, indudablemente, el reconocimiento y estricto respeto del conjunto de derechos y garantías que en el sistema tutelar les fue negado, de conformidad con los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo en cuenta los principios generales de los artículos 2o., 3o., 6o. y 12.

Las niñas y los niños que se encuentren sujetos a un procedimiento administrativo o judicial gozan de todas las garantías que rigen para el proceso de adultos, así como también de aquellas garantías procesales específicas por ser personas menores de 18 años de edad. Por su parte, el niño y la niña víctima o testigo de un delito deben tener la oportunidad de ejercer plenamente su derecho a expresar libremente sus opiniones. Eso significa, en particular, que debe hacerse todo lo posible para que se les consulte sobre los asuntos pertinentes respecto de su participación en el caso que se examine y para que puedan expresar libremente y a su manera sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso judicial. Igualmente, tienen derecho a que se les informe de cuestiones como la disponibilidad de servicios médicos, psicológicos y sociales; el papel del niño o la niña víctima y/o testigo; la forma en que se realizará el "interrogatorio"; los mecanismos de apoyo a su disposición cuando haga una denuncia y participe en la investigación y en el proceso judicial; las fechas y los lugares específicos de las vistas; la disponibilidad de medidas de protección; las posi-

bilidades de recibir reparación, y las disposiciones relativas a la apelación.[123]

Respecto del principio de participación contenido en el artículo 12 de la Convención, resulta necesario aclarar que en el marco del acceso a la justicia lo importante es si necesitan o no de un acompañamiento que les permita el ejercicio de sus derechos y facultades procesales, dado que cuando se habla de capacidad procesal no se trata de la titularidad del derecho de acceso a la justicia, sino de la capacidad para actuar autónomamente como un requisito de validez del proceso judicial. Ahora bien, la base para este reconocimiento procesal se encuentra en la propia Convención sobre los Derechos del Niño, de la cual se puede extraer que en cualquier proceso en el que se puedan ver afectados los derechos de una persona menor de edad, a ésta se le debe conceder la oportunidad de expresar su opinión, la que debe, a su vez, ser valorada por el juez de acuerdo con la edad y la madurez del afectado (*supra* Capítulo IV.4., A. Medidas para garantizar la observancia del derecho a ser escuchado, y B. Principio de autonomía progresiva).

1. NIÑOS Y NIÑAS EN CONFLICTO CON LA JUSTICIA

En relación con las niñas y los niños de los que se alega que han infringido las leyes o a quienes se les acusa o declara culpables de haber infringido esas leyes, a los cuales también se denominan "niños y niñas que tienen conflictos con la justicia", la Convención reconoce el piso mínimo de derechos que deben ser observados en materia de derechos procesales en el marco del sistema de justicia de menores, velando por que se respeten plenamente y protejan los derechos

[123] *Cf.* Observación General No. 12, *op. cit.*, n. 12, párrs. 62 a 64.

humanos de los niños y las niñas, y las garantías legales (artículo 40, inciso tercero, letra b, de la Convención).

Al respecto, el Comité ha señalado que resulta indispensable en la aplicación de las normas de la justicia de menores, que son especiales tanto por lo que respecta al procedimiento como a la remisión de casos y la adopción de medidas especiales, en primer lugar que se establezca una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños y las niñas no tienen capacidad para infringir las leyes penales. El Comité ha considerado que el establecimiento de una edad mínima a efectos de responsabilidad penal (EMRP) inferior a 12 años no es internacionalmente aceptable, por lo que ha alentado a los Estados Partes a elevar su EMRP a los 12 años como edad mínima absoluta y que sigan elevándola, por ejemplo a los 14 o 16 años.[124]

Sobre esta línea, en el artículo 40, tercer inciso, de la Convención se encuentra el principio de especialidad, el cual alude a que los Estados deben crear leyes, procedimientos y órganos especializados "para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes". Se puede extraer que la especialidad es consecuencia de la obligación de trato diferente que asumen los Estados Partes con la Convención, y que además es transversal a la administración de justicia. Ahora bien, es fundamental impartir formación sistemática y continua a todo el personal profesional de la administración de justicia de menores, desde jueces, agentes de libertad vigilada, asistentes sociales, Ministerios Públicos, fiscales, abogados defensores, representantes legales y otros representantes del niño y equipos multidisciplinarios,[125]

[124] *Cf.* Observación General No. 10, *op. cit.*, n. 12, párrs. 31 a 33 y 36.

[125] Si bien en la Convención sobre los Derechos del Niño no se encuentra prevista expresamente la conformación de estos equipos, su intervención está establecida en las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia

entre otros. Estas personas deben estar bien informadas acerca del desarrollo físico, psicológico, mental y social del niño y de la niña, así como de las necesidades especiales de quienes se encuentran en una situación más vulnerable, a saber, con discapacidad, los desplazados, los niños y las niñas en situación de calle, los refugiados y solicitantes de asilo, y los niños y las niñas que pertenecen a minorías raciales, étnicas, religiosas, lingüísticas y de otro tipo, así como también debe prestarse particular atención a sus necesidades específicas, por ejemplo, en relación con malos tratos anteriores y sus necesidades especiales en materia de salud.[126]

Así pues, los procesos deberán contar con una ley, un procedimiento y actores procesales especializados en materia de infancia en conflicto con la justicia, lo cual conlleva necesariamente al conocimiento de otras disciplinas relacionadas con la materia. Asimismo, los niños y las niñas serán sometidos a esta justicia especial, mientras que en el caso de encontrarse imputadas personas adultas por el mismo hecho, deberán ser juzgadas por la justicia penal ordinaria. De igual modo, es necesaria la utilización de un lenguaje comprensible para los niños y las niñas durante la tramitación del proceso, evitando excesivos formalismos que hagan imposible para ellos la comprensión de lo que se resuelve en las causas en las que se encuentran involucrados. Los operado-

de Menores "Reglas de Beijing" —instrumento que forma parte del *corpus iuris* de los derechos humanos de los niños y niñas—, en los siguientes términos: "[p]ara facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente, y a menos que se trate de delitos leves, antes de que esa autoridad dicte una nueva resolución definitiva se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito". Regla No. 16.1. Del contenido de esta regla se desprende que deben existir equipos multidisciplinarios en la justicia juvenil que brinden al juez la información necesaria sobre el adolescente imputado de la comisión de un delito para arribar a una "solución justa".

[126] *Cf.* Observación General No. 10, *op. cit.*, n. 12, párr. 40.

res de la justicia tienen la responsabilidad de hacer comprensible lo que sucede en el proceso y las consecuencias del mismo, por lo tanto, deben expresarse de un modo tal que la niña o el niño entienda por sí mismo aquello que lo afecte en sus derechos, para así también poder defenderse adecuadamente, contando para ello con el auxilio del defensor especializado.

Por otra parte, el artículo 40, inciso 2, letra a), de la Convención contiene el principio de legalidad conocido como *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que supone la existencia de una ley anterior al hecho del proceso que tipifique un comportamiento reprochable en forma taxativa, no permitiendo juicios de valor por parte del juez. Ninguna persona puede ser sometida a un proceso ni sancionada por un hecho que al tiempo de su ocurrencia no esté previamente definido de manera expresa e inequívoca como delito según las leyes nacionales o internacionales. En síntesis, tanto el delito como la pena deben estar determinados en una ley anterior al hecho cometido por la persona, prohibiéndose la utilización de cualquier tipo de analogía. El principio de legalidad también implica que no se podrá imponer una pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito, si existe un cambio legislativo se debe aplicar siempre la pena más leve y beneficiar al niño y a la niña con dicho cambio.[127]

De igual modo, "[a] fin de impedir que prosiga la estigmatización, la victimización y la criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven", por ejemplo: el vagabundeo, el absentismo escolar, las escapadas del hogar

[127] *Cf. Ibid.*, párr. 41.

y otros actos que a menudo son consecuencia de problemas psicológicos o socioeconómicos. Además, el Comité ha recomendado la abrogación por los Estados Partes de las disposiciones relativas a esos delitos para garantizar la igualdad de trato de los niños, las niñas y los adultos ante la ley.[128]

El artículo 40, segundo inciso, letra b), numeral i), de la Convención reconoce igualmente la presunción de inocencia que establece que toda persona se presumirá inocente hasta tanto se le compruebe, por medios establecidos en la ley y más allá de toda duda razonable, su responsabilidad en los hechos que se le atribuyen. Consecuentemente, esta garantía exige que la imposición de una pena esté precedida por una sentencia de condena. Al respecto, el Comité ha señalado que "[l]a presunción de inocencia es fundamental para la protección de los derechos humanos del niño que tenga conflictos con la justicia. Esto significa que la carga de la prueba de los cargos que pesan sobre el niño recae en la acusación".[129]

Ahora bien, el Comité ha sostenido que no hay duda de que el derecho de un niño o una niña, de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, a ser escuchado es fundamental para un juicio imparcial. También es evidente que la niña o el niño tiene derecho a ser escuchado directamente y no sólo por medio de un representante o de un órgano apropiado, si es en el interés superior del niño y de la niña. Este derecho debe respetarse plenamente en todas las etapas del proceso, desde la fase instructora, cuando el niño o la niña tiene derecho tanto a permanecer en silencio como a ser escuchado por la policía, el fiscal y el juez de instrucción, las etapas de sentencia y resolución, así como en la aplica-

[128] *Cf. Ibid.*, párr. 8.
[129] *Ibid.*, párr. 42.

ción de las medidas impuestas.[130] En otras palabras, debe darse la oportunidad de expresar su opinión libremente, y ésta deberá tenerse debidamente en cuenta, en función de la edad y la madurez, durante todo el proceso. Esto significa que el niño y la niña, para poder participar efectivamente en el procedimiento, debe ser informado de manera oportuna y directa no sólo de los cargos que pesan sobre él, sino también del propio proceso de la justicia de menores y de las medidas que podrían adoptarse.[131] Las audiencias judiciales y de otro tipo de una niña o un niño en conflicto con la ley deben realizarse a puerta cerrada (*supra* Capítulo IV.4., A. Medidas para garantizar la observancia del derecho a ser escuchado, y B. Principio de autonomía progresiva).[132]

Igualmente, el artículo 40, segundo inciso, letra b), numeral ii), de la Convención dispone que todo niño y niña del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes tiene derecho a ser informado sin demora y directamente de los cargos que pesan contra él o ella, lo que significan lo antes posible, es decir, cuando el fiscal o el juez inicien las actuaciones judiciales contra el niño o la niña. Sin embargo, cuando las autoridades deciden ocuparse del caso sin recurrir a procedimientos judiciales, el niño o la niña también debe ser informado de los cargos que puedan justificar este criterio. En este sentido, incumbe a las autoridades (es decir, policía, fiscal, juez) asegurarse de que la niña o el niño comprende cada cargo que pesa contra ella o él.[133]

Asimismo, de conformidad con el artículo 40, segundo inciso, letra b), numeral ii), debe garantizarse al niño y a la niña asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la pre-

[130] *Cf.* Observación General No. 12, *op. cit.*, n. 12, párr. 58.
[131] *Cf. Ibid.*, párr. 60.
[132] *Cf. Ibid.*, párr. 61.
[133] *Cf.* Observación General No. 10, *op. cit.*, n. 12, párrs. 47 y 48.

paración y presentación de su defensa. Al respecto, debe entenderse que éste es un requerimiento que debe cumplirse en el caso de los niños y las niñas en cualquier posición procesal en que se encuentren, ya sea como demandados, actores o denunciantes. El Comité ha señalado que en la Convención se dispone que se proporcione asistencia, que no tendrá por qué ser siempre jurídica, pero sí apropiada, por lo que "[q]ueda a la discreción de los Estados Partes determinar cómo se facilitará esa asistencia, la cual deberá ser gratuita" y, además, ha recomendado "que los Estados Partes presten en la mayor medida posible asistencia jurídica profesional adecuada, por ejemplo, de abogados especializados o de profesionales parajurídicos", siendo posible otra asistencia apropiada, por ejemplo, de asistentes sociales, con conocimiento y una comprensión suficientes de los diversos aspectos jurídicos del proceso de la justicia de menores y haber recibido formación para trabajar con niños y niñas que tengan conflictos con la justicia.[134] El Comité también ha indicado que:

> [c]onforme a lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 3o. del artículo 14 del Pacto, el niño y la persona que le preste asistencia debe disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa. Las comunicaciones entre el niño y la persona que le asiste, bien sea por escrito u oralmente, deberán realizarse en condiciones que garanticen que se respetará plenamente su confidencialidad, de conformidad con lo previsto en el inciso vii) del apartado b) del párrafo 2o. del artículo 40 de la Convención, y el derecho del niño a no ser objeto de injerencias en su vida privada y su correspondencia (artículo 16 de la Convención).[135]

[134] *Cf. Ibid.*, párr. 49.
[135] *Ibid.*, párr. 50.

En términos de los artículos 37, y 40, segundo inciso, letra b), numeral iii), de la Convención, el Comité ha recomendado que los Estados Partes fijen y respeten plazos con respecto al tiempo que puede transcurrir desde que se comete un delito y concluye la investigación policial, el fiscal (u otro órgano competente) decide presentar cargos contra el niño o la niña y el tribunal u otro órgano judicial competente dicta sentencia definitiva. Estos plazos deben ser más cortos que los establecidos para adultos;[136] lo contrario implicará un proceso que ocasiona la violación al principio de presunción de inocencia, entre otros.

El Comité también ha recomendado que los Estados Partes dispongan expresamente por ley la mayor participación posible de padres, madres o representantes legales en el procedimiento incoado contra el niño o la niña, porque pueden prestar asistencia psicológica y emotiva general a las y los menores.

A fin de promover la participación de los padres, madres o tutores legales se notificará a éstos la detención de la niña o del niño lo antes posible. No obstante, el Comité ha considerado que la presencia de aquéllos no significa que éstos puedan actuar en defensa del niño o de la niña o participar en el proceso de adopción de decisiones y, en tal virtud, el juez o la autoridad competente puede resolver, a petición del niño, la niña o de su representante legal u otra representación apropiada, o porque no vaya en el interés superior del niño o la niña, limitar, restringir o excluir la presencia de padres y madres en el procedimiento.[137]

La Convención también dispone que no se obligará a un niño o a una niña a prestar testimonio o a confesarse o declararse culpable. Al respecto, el Comité ha indicado que el

[136] *Cf. Ibid*., párr. 52.
[137] *Cf. Ibid*., párrs. 53 a 55.

uso de la tortura, o el trato cruel, inhumano o degradante para extraer una admisión o una confesión constituye una grave violación de los derechos del niño y de la niña, así como resulta totalmente inaceptable conforme el artículo 37, letra a), de la Convención. Además, el Comité ha considerado que el término "obligado" debe interpretarse de manera amplia y no limitarlo a la fuerza física u otra vulneración clara de los derechos humanos. Por ende, ha observado que el tribunal u otro órgano judicial, al considerar el carácter voluntario y la fiabilidad de una admisión o confesión hecha por un niño o una niña, deberá tener en cuenta su edad, el tiempo que ha durado la detención y el interrogatorio y la presencia de un abogado u otro asesor jurídico, los padres, las madres o los representantes independientes del niño o la niña. Los policías y otros agentes encargados de la investigación deberán haber sido entrenados para no emplear técnicas y prácticas de interrogatorio de las que se deriven confesiones o testimonios poco creíbles y hechos bajo coacción.[138]

El derecho de un niño o de una niña a que se respete plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento se inspira en el derecho a la protección de la vida privada, proclamado en los artículos 16, y 40, segundo inciso, letra b), numeral vii), de la Convención. En este sentido, no se publicará ninguna información que permita identificar a un niño o una niña en conflicto con la justicia, por la estigmatización que ello comporta y su posible efecto en la capacidad del niño y de la niña para acceder a la educación, el trabajo o la vivienda o conservar su seguridad. Sobre el particular, el Comité ha recomendado que todos los Estados Partes establezcan la regla de que el juicio ante un tribunal y otras actuaciones judiciales contra una niña o un niño que

[138] *Cf. Ibid.*, párrs. 57 y 58.

tenga conflictos con la justicia se celebren a puerta cerrada. Las excepciones a esta regla deben ser muy limitadas y estar claramente definidas por la ley. El veredicto/sentencia deberá dictarse en audiencia pública, sin revelar la identidad del niño o de la niña. Asimismo, ha señalado que el derecho a la vida privada exige que todos los profesionales que intervengan en la ejecución de las medidas decididas por el tribunal u otra autoridad competente mantengan, en todos sus contactos externos, confidencialidad de toda la información que pueda permitir identificar a la niña o al niño.

El derecho a la vida privada también significa que los registros de las niñas y los niños en conflicto con la justicia serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros, excepto por las personas que participen directamente en la investigación y resolución del caso.[139] El Comité también ha recomendado que los Estados Partes adopten normas que permitan la supresión automática en los registros de antecedentes penales del nombre de los niños y las niñas cuando éstos cumplan 18 años o en un número limitado de ciertos delitos graves, que permitan la supresión del nombre del niño o de la niña, a petición de éstos, si es necesario en determinadas condiciones (por ejemplo, que no haya cometido un delito en los dos años posteriores a la condena).[140]

De conformidad con el artículo 37, letra a), de la Convención se prohíbe la pena capital por delitos cometidos por menores de 18 años y la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación. Al respecto, el Comité ha precisado que el criterio explícito y decisivo que inspira esa norma es la edad en el momento de la comisión del delito, lo que significa que no se impondrán dichas penas por delitos cometidos por

[139] *Cf. Ibid.*, párr. 66.
[140] *Cf. Ibid.*, párr. 67.

menores de 18 años, independientemente de cuál sea su edad cuando se celebre el juicio, se dicte sentencia o se ejecute la pena.[141] Asimismo, el Comité ha sostenido que las penas de castigos corporales son contrarias a la respuesta proporcionada que debe darse al delito, de conformidad con el derecho a no ser sometido a torturas, y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.[142]

La Convención reconoce la excepcionalidad de la privación de libertad de las personas menores de 18 años, de conformidad con su artículo 37, letra b), la cual se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda, a fin de garantizar y respetar plenamente el derecho del niño y de la niña al desarrollo.[143] En relación con las medidas alternativas —ya sea de naturaleza cautelar, previo a una orden de autoridades administrativa o judicial, ya sea de naturaleza restitutiva o de rehabilitación, tras la celebración de un juicio—, el Comité se ha referido al cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, al asesoramiento, a la libertad vigilada, a la colocación en hogares de guarda, a los programas de enseñanza y formación profesional, al servicio y la orientación comunitarios a cargo de asistentes sociales o de agentes de la libertad vigilada, a conferencias de familia y a algunas formas de justicia restitutiva (en particular el resarcimiento y la indemnización de las víctimas).

Al respecto, la Regla 18.1 de las Reglas de Beijing establece la necesidad de implementar una pluralidad de medidas resolutorias. En tal sentido, expresa que:

---

[141] *Cf. Ibid*., párrs. 75 y 77.

[142] *Cf. Ibid*., párr. 71.

[143] Al respecto, el Comité ha observado "que los derechos de un niño privado de libertad se aplican, de conformidad con la Convención, a los niños que tienen conflictos con la justicia y a los niños internados en instituciones para su cuidado, protección o tratamiento, incluidas instituciones de salud mental, educativas, de desintoxicación, de protección de la infancia o de inmigración". *Cf. Ibid*., párr. 11.

> […] [p]ara mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes: a) órdenes en materia de atención, orientación y supervisión; b) libertad vigilada; c) órdenes de prestación de servicios a la comunidad; d) sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones; e) órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento; f) órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; g) órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos; h) otras órdenes pertinentes.

Cabe agregar que el artículo 8o. de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad "Reglas de Tokio" expresa:

> 8.1) La autoridad judicial, que tendrá a su disposición una serie de sanciones no privativas de la libertad, al adoptar su decisión deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda.
>
> 8.2) Las autoridades competentes podrán tomar las medidas siguientes:
>
> a) Sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia;
> b) Libertad condicional;
> c) Penas privativas de derechos o inhabilitaciones;
> d) Sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días;
> e) Incautación o confiscación;
> f) Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización;

g) Suspensión de la sentencia o condena diferida;
h) Régimen de prueba y vigilancia judicial;
i) Imposición de servicios a la comunidad;
j) Obligación de acudir regularmente a un centro determinado;
k) Arresto domiciliario;
l) Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión;
m) Alguna combinación de las sanciones precedentes.

Asimismo, el Comité ha señalado que respecto a las sentencias dictadas contra menores, la posibilidad de la puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico.

En el supuesto de la privación de libertad, se reconoce el derecho de los niños y las niñas a ser tratados con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, la Convención señala la obligación de que toda niña o niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior de los menores, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales (artículo 37, letra c), de la Convención). Por otro lado, los Estados Partes deberán crear centros separados para los menores privados de libertad, dotados de personal especializado y en los que se apliquen políticas y prácticas especiales en favor de las niñas y niños.[144]

El Comité también se ha referido a los estándares que en todos los casos de privación de libertad son aplicables, entre otros:[145] a) el medio físico y los locales para menores deben responder a su finalidad, es decir, la rehabilitación de los me-

[144] *Cf. Ibid.*, párr. 85.
[145] *Cf. Ibid.*, párr. 89.

nores, teniéndose debidamente en cuenta sus necesidades de intimidad, de estímulos sensoriales y de oportunidades de asociarse con sus compañeros y de participar en actividades deportivas, artísticas y de esparcimiento; b) todo menor en edad de escolaridad obligatoria tiene derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades, y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad, y, siempre que sea posible, tiene derecho a recibir formación para ejercer una profesión que lo prepare para un futuro empleo; c) el derecho del niño o de la niña a ser examinado por un médico inmediatamente después de su ingreso en un centro de menores/correccional y a recibir atención médica adecuada durante su estancia en el centro, cuando sea posible, en servicios e instalaciones sanitarios de la comunidad; d) el personal del centro debe fomentar y facilitar contactos frecuentes del niño o de la niña con la comunidad en general, en particular comunicaciones con sus familiares, amigos y otras personas o representantes de organizaciones prestigiosas del exterior, y la oportunidad de visitar su hogar y su familia; e) sólo podrá hacerse uso de coerción o de la fuerza cuando la niña o el niño represente una amenaza inminente para sí o para los demás, y únicamente cuando se hayan agotado todos los demás medios de control, lo cual deberá ser objeto de la supervisión directa de un especialista en medicina o psicología; f) toda medida disciplinaria debe ser compatible con el respeto de la dignidad inherente del menor y con el objetivo fundamental del tratamiento institucional; g) todo niño o niña tendrá derecho a dirigir, sin censura en cuanto al fondo, peticiones o quejas a la administración central, a la autoridad judicial o a cualquier otra autoridad competente e independiente, y a ser informado sin demora de la respuesta; las niñas y los niños deben tener conocimiento de estos mecanismos y poder acceder a ellos fácilmente, y h) deberá facultarse a inspectores calificados e independientes

para efectuar visitas periódicas y para hacerlas sin previo aviso por propia iniciativa; deberán hacer especial hincapié en mantener conversaciones con los niños y las niñas en condiciones de confidencialidad.

En lo que se refiere a la privación de la libertad en el marco de una medida cautelar, en el artículo 37, letra d), de la Convención se establece que "[t]odo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción". De igual modo, todo menor detenido y privado de libertad deberá ser puesto a disposición de una autoridad competente en un plazo de 24 horas para que se examine la legalidad de su privación de libertad o de la continuación de ésta. Sobre el particular, el Comité ha recomendado que los Estados Partes adopten disposiciones jurídicas estrictas para garantizar que sea objeto de examen periódico la legalidad de la prisión preventiva, preferentemente cada dos semanas. Si no es posible la libertad provisional del menor, por ejemplo mediante la aplicación de medidas alternativas, deberá presentarse una imputación formal de los presuntos delitos y poner al menor a disposición de un tribunal u otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en el plazo de 30 días a partir del ingreso del menor en prisión preventiva y, además, ha instado a los Estados Partes a que adopten las disposiciones jurídicas necesarias para que el tribunal o juez de menores, u otro órgano competente, tome una decisión definitiva en relación con los cargos en un plazo de seis meses a partir de su presentación.[146]

[146] *Cf. Ibid.*, párr. 83.

En especial, el Comité se ha referido al derecho a impugnar la legalidad de la privación de libertad, el cual no sólo incluye el derecho de apelación, sino también el derecho a dirigirse a un tribunal u otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, cuando la privación de libertad haya sido por una decisión administrativa (por ejemplo, la policía, el fiscal u otra autoridad competente), o bien, por una decisión judicial. El derecho a una pronta decisión significa que la decisión debe adoptarse lo antes posible, por ejemplo, en un plazo de dos semanas a partir de la fecha de la impugnación.[147]

Ahora bien, la imposición de medidas cautelares únicamente puede fundamentarse en razones procesales: para asegurar la comparecencia a los actos procesales esenciales y para que el niño o la niña no interfiera u obstaculice de otra manera en el desarrollo de las investigaciones judiciales. Para la aplicación de la prisión preventiva, el artículo 37 de la Convención y las Reglas de Beijing 13 y 17 establecen que en aquellos casos donde se ordene la prisión preventiva deberán observarse, entre otros, los siguientes requisitos: a) realizar obligatoriamente un examen médico inmediato de toda persona menor de 18 años que sea detenida por cualquier motivo; b) respetar la prohibición expresa de incomunicación; c) respetar su integridad sexual, su integridad física y su integridad psíquica; d) respetar su libertad de conciencia, opinión y religión; d) brindar asistencia médica, psicológica y física; e) velar por la continuidad en la educación formal y promoción de la educación no formal, enseñanza y capacitación profesional, u otra forma de asistencia útil y práctica que le permita desempeñar un papel constructivo y productivo en la sociedad; e) garantizar el acceso a actividades sociales, culturales, deportivas y recreativas, y f) garantizar el

[147] *Cf. Ibid.*, párr. 84.

asesoramiento jurídico, si es necesario gratuito, y la comunicación regular y confidencial con sus asesores.

En relación con las medidas de naturaleza restitutiva o de rehabilitación que se impongan a las niñas y los niños, derivadas de las condenadas por la comisión de un delito, el Comité ha sostenido que las mismas deben ser racionales y proporcionales al hecho cometido y al daño causado. En tal sentido, ha expresado que:

> Tras la celebración de un juicio imparcial y con las debidas garantías legales, de conformidad con el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño […], se adopta una decisión sobre las medidas que se habrán de imponer al menor al que se haya declarado culpable de un delito. Las leyes deben ofrecer al tribunal/juez, o a cualquier otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, una amplia variedad de alternativas posibles a la internación en instituciones y la privación de libertad, algunas de las cuales se enumeran en el párrafo 4 del artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, a fin de que la privación de libertad se utilice tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que sea posible (artículo 37 b) de la Convención).
>
> El Comité desea subrayar que la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y las necesidades del menor, así como a las diversas necesidades de la sociedad, en particular a largo plazo. La aplicación de un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia de menores enunciados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención.[148]

[148] *Ibid.*, párrs. 70 y 71.

Asimismo, el Comité ha señalado que la remisión efectiva de un niño o una niña deberá suponer el cierre definitivo del caso, y aunque podrá mantenerse un expediente confidencial de la remisión con fines administrativos y de examen, no deberá considerarse un "registro de antecedentes penales", y no deberá equipararse la remisión anterior de un caso a una condena. Además, si se inscribe este hecho en el registro, sólo deberá permitirse el acceso a esa información y por un periodo de tiempo limitado, por ejemplo, un año como máximo, a las autoridades competentes que se ocupan de los niños que tienen conflictos con la justicia.[149]

X. Fuentes consultadas

1. Bibliografía

CILLERO BRUÑOL, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en http://www.iin.oas.org/el_interes_superior.pdf. 14 de noviembre de 2011.

_____, "Los Derechos del Niño: de la Proclamación a la Protección Efectiva", *Justicia y Derechos del Niño*, Buenos Aires, núm. 3, UNICEF, 2001.

2. Instrumentos Internacionales

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

[149] *Cf. Ibid.*, párr. 27.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución A/RES/54/263, del 25 de mayo de 2000, en vigor a partir del 12 de febrero de 2002.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución A/RES/54/263, del 25 de mayo de 2000, en vigor a partir del 18 de enero de 2002.

Reglamento del Comité de los Derechos del Niño, Naciones Unidas, CRC/C/4/Rev.2, de 9 de diciembre de 2010.

3. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño

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.

Observación General No. 2 (2002), El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño, Comité de los Derechos del Niño, CRC/GC/2002/2, de 15 de noviembre de 2002.

Observación General No. 3 (2003), El VIH/SIDA y los derechos del niño, Comité de los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/3, de 17 de marzo de 2003.

Observación General No. 4 (2003), La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/4, de 21 de julio de 2003.

Observación General No. 5 (2003), Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), Comité de los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/5, de 27 de noviembre de 2003.

Observación General No. 6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, Comité de los Derechos del Niño, CRC/GC/2005/6, de 1 de septiembre de 2005.

Observación General No. 7 (2005), Realización de los derechos del niño en la primera infancia, Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006.

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, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/8, de 21 de agosto de 2006.

Observación General No. 9 (2006), Los derechos de los niños con discapacidad, Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/9, de 27 de febrero de 2007.

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.

Observación General No. 11 (2009), Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/11, de 12 de febrero de 2009.

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.

Observación General No. 13 (2011), Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/13, de 18 de abril de 2011.

OTRAS COLECCIONES EDITADAS POR LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos

- Los procedimientos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
  Ana Belem García Chavarría

- Los derechos humanos de los miembros de comunidades indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos
  Alma Liliana Mata Noguez

- Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos
  Carlos María Pelayo Moller

- Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos
  Julieta Morales Sánchez

- Los derechos humanos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
  María José Franco Rodríguez

- Los derechos de las niñas y los niños en el Derecho Internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos
  Ricardo A. Ortega Soriano

- Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano
  Oscar Parra Vera

- El trámite de casos individuales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos
  Yuria Saavedra Álvarez

- El *derecho a defender los derechos*: la protección a defensoras y defensores de derechos humanos en el Sistema Interamericano
  Jorge Humberto Meza Flores

- Libertad de expresión y derecho de acceso a la información en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos
  Karlos A. Castilla Juárez

- La evolución de la "reparación integral" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
  Jorge F. Calderón Gamboa

- ¿Superposición de las reparaciones otorgadas por comisiones de la verdad y tribunales regionales de derechos humanos? Una aproximación a la realidad interamericana
  Karla I. Quintana Osuna

- Estándares de las medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos
  Alexandra Sandoval Mantilla

- Los derechos sexuales y reproductivos: estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos
  Julie Diane Recinos

- Guía de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
  Jacqueline Pinacho Espinosa

- El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
  Silvia Serrano Guzmán

- La responsabilidad internacional de los Estados derivada de la conducta de particulares o *non-State actors* conforme al Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos
  Santiago J. Vázquez Camacho

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos. Reflexiones generales
  Karla I. Quintana Osuna
  Silvia Serrano Guzmán

- El derecho a participar directamente en la toma de decisiones sobre asuntos públicos como mecanismo para la protección ambiental
  Andrea Davide Ulisse Cerami

- Expulsión de extranjeros y derecho de asilo en el Sistema Interamericano
  Fernando Arlettaz

- La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: una revisión desde la fragmentación del derecho internacional
  Guillermo E. Estrada Adán

- La pena de muerte en el Sistema Interamericano: aproximación jurídica-filosófica
  Luis Gabriel Ferrer Ortega
  Jesús Guillermo Ferrer Ortega

- Ximenes Lopes: decisión emblemática en la protección de los derechos de las personas con discapacidad
  Sofía Galván Puente

Colección Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos

- Introducción al Sistema de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
  Mireya Castañeda

- La Declaración Universal de Derechos Humanos: un texto multidimensional
  Mauricio Iván del Toro Huerta

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
  Guadalupe Barrena

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
  Antonio Riva Palacio Lavín

- La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial
  Luis Gabriel Ferrer Ortega

- La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)
  Gabriela Rodríguez Huerta

- La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
  Rafael García de Alba

- La Convención sobre los Derechos del Niño
  Ana Belem García Chavarría

- La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares
  Julieta Morales Sánchez

- La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
  Diana Lara Espinosa

- La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas
  Carlos María Pelayo Moller

Colección de Textos sobre Derechos Humanos

- Origen, evolución y positivización de los derechos humanos
  Alonso Rodríguez Moreno

- La evolución histórica de los derechos humanos en México
  María del Refugio González Mireya Castañeda

- Estado de Derecho y Principio de Legalidad
  Diego García Ricci

- La protección no jurisdiccional de los derechos humanos en México
  Mireya Castañeda

- Derecho Internacional Humanitario
  Luis Ángel Benavides Hernández

- Panorama general de los DESCA en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
  Luisa Fernanda Tello Moreno

- Los pueblos indígenas de México y sus derechos: una breve mirada
  Moisés Jaime Bailón Corres y Carlos Brokmann Haro

- Aproximaciones teóricas al debate contemporáneo de los derechos humanos
  Alan Arias Marín

- La prevención y la sanción de la tortura
  María Elena Lugo Garfias

- La desaparición forzada de personas
  Luis Ángel Benavides Hernández

- Los derechos humanos de las víctimas de los delitos
  José Zamora Grant

- Algunas resoluciones relevantes del Poder Judicial en materia de derechos humanos
  Rubén Jesús Lara Patrón

- Aspectos culturales de la discriminación a la luz de algunos instrumentos internacionales de derechos humanos
  Karla Pérez Portilla

- La Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la acción de inconstitucionalidad de ley
  Javier Cruz Angulo Nobara

- Los estándares internacionales de los derechos humanos: un sistema de derechos en acción
  Sandra Serrano

- Grupos en situación de vulnerabilidad
  Diana Lara Espinosa

- Libertad de expresión y acceso a la información
  Eduardo de la Parra Trujillo

- Presunción de inocencia
  Ana Dulce Aguilar García

- Derechos humanos de los pueblos indígenas: el debate colonial y las Leyes de Indias de 1681
  Moisés Jaime Bailón Corres

Colección sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA)

- Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) como derechos exigibles en el nuevo constitucionalismo latinoamericano
  Aniza García

- El bloque de derechos multiculturales en México
  Karlos A. Castilla Juárez

- La realización progresiva del derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la sociedad
  Sofía Galván Puente

- Los derechos económicos y sociales en Latinoamérica: ¿la ideología importa?
  Daniel Vázquez

- Comentarios sobre la tensión entre el derecho a la salud y el derecho a la libertad
  Antonio Riva Palacio

- Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el nuevo modelo constitucional de derechos humanos en México
  Armando Hernández

Colección sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos

- La interpretación de los derechos humanos y sus garantías por la Suprema Corte de Justicia. Una aproximación jurisprudencial
  Alfonso Herrera García

- Control jurisdiccional y protección de los derechos humanos en México
  Rodrigo Brito Melgarejo

- El derecho de las víctimas de violaciones a derechos humanos a una reparación integral desde la perspectiva de la reforma constitucional en materia de derechos humanos
  Alejandra Negrete Morayta
  Arturo Guerrero Zazueta

- De las garantías individuales a los derechos humanos: ¿existe un cambio de paradigma?
  Ximena Medellín Urquiaga
  Ana Elena Fierro Ferráez

- El artículo 29 constitucional: una aproximación general
  Eber Omar Betanzos Torres

- Asilo y condición de refugiado en México
  Abigayl Islas López

- La armonización legislativa del Derecho Internacional Humanitario en México
  Armando Meneses

- ¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad
  Arturo Guerrero Zazueta

- El reconocimiento constitucional del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres en Latinoamérica
  Diana Lara Espinosa

- ¿Sólo palabras? El discurso de odio y las expresiones discriminatorias en México
  Karla Pérez Portilla

- El derecho a ser diferente: dignidad y libertad
  María Martín Sánchez

- La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos (una aproximación desde el análisis de las controversias electorales en comunidades indígenas)
  Mauricio Iván del Toro Huerta
  Rodrigo Santiago Juárez

- Libertad religiosa en México
  Alonso Lara Bravo

- Los derechos humanos de las personas migrantes extranjeras en México
  Karlos A. Castilla Juárez

- La acción de inconstitucionalidad como mecanismo de protección de los derechos humanos
  Rodrigo Brito Melgarejo

- Control de convencionalidad. Fundamentos y alcance. Especial referencia a México
  Zamir Andrés Fajardo Morales

- Eficacia constitucional y derechos humanos
  Armando Hernández Cruz

- Gobernanza en derechos humanos: hacia una eficacia y eficiencia institucional
  Luis Eduardo Zavala de Alba

Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos. Fascículo 8. La Convención sobre los Derechos del Niño, editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir en noviembre de 2015 en los talleres de GVG Grupo Gráfico, S. A. de C. V., Leandro Valle núm. 14-C, colonia Centro, C. P. 06010, México, D. F. El cuidado de la edición estuvo a cargo de la Dirección de Publicaciones de esta Comisión Nacional. El tiraje consta de 10,000 ejemplares.

Presidente
Luis Raúl González Pérez

Consejo consultivo
Mariclaire Acosta Urquidi
María Ampudia González
Mariano Azuela Güitrón
Jorge Bustamante Fernández
Ninfa Delia Domínguez Leal
Rafael Estrada Michel
Marcos Fastlicht Sackler
Mónica González Contró
Carmen Moreno Toscano
Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

Primer Visitador General
Ismael Eslava Pérez
Segundo Visitador General
Enrique Guadarrama López
Tercera Visitadora General
Ruth Villanueva Castilleja
Cuarta Visitadora General
Norma Inés Aguilar León
Quinto Visitador General
Edgar Corzo Sosa
Sexto Visitador General
Jorge Ulises Carmona Tinoco
Secretario Ejecutivo
Héctor Daniel Dávalos Martínez
Secretario Técnico del Consejo Consultivo
Joaquín Narro Lobo
Oficial Mayor
Manuel Martínez Beltrán
Directora General del Centro Nacional de Derechos Humanos
Julieta Morales Sánchez

25 Años
CNDH
MÉXICO

Ana Belem García Chavarría

Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Laboró en la asesoría jurídica especializada en materia laboral y de la seguridad social, ejerciendo la representación legal de particulares y organizaciones de trabajadores ante diversas autoridades administrativas y jurisdiccionales del trabajo en México. Actualmente es abogada en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

ISBN: 978-607-8211-62-3

9 786078 211623

ISBN: 978-607-8211-52-4

9 786078 211524