

2

DOCUMENTO DE TRABAJO

El derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos

¿De qué se trata este documento de trabajo?

El presente documento de trabajo tiene por objeto desarrollar, acorde a los estándares de la Convención sobre los Derechos del Niño, el derecho humano de niños, niñas y adolescentes a ser oídos y a participar en los procesos de tomas de decisiones, el cual no sólo representa un derecho en sí mismo, sino también un principio que debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.

¿Por qué es importante esta temática en la nueva Constitución?

Reconocer constitucionalmente el derecho a ser oído, en conformidad a la Convención sobre los Derechos del Niño, implica garantizar la participación de niños, niñas y adolescentes en las decisiones que les afectan y representa una transformación al reconocerlos como sujetos activos de derecho, es decir, no son simplemente receptores pasivos de la protección de las personas adultas, sino más bien, se les reconoce el derecho, la capacidad, la titularidad y la agencia para influir en temas relevantes para sus vidas acorde a su dignidad.

En este documento encontrarás...

- Una contextualización sobre el derecho a ser oído, incluyendo un análisis del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Observación General N°12 del Comité de los Derechos del Niño.
- Las ventajas y oportunidades asociadas al cumplimiento de este derecho.
- Cómo otras constituciones han regulado este derecho de niños, niñas y adolescentes.
- Recomendaciones para la inclusión del derecho a ser oído en la propuesta de nueva Constitución.

I. Introducción

El derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos es uno de los pilares de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en cuanto permite fijar las estructuras necesarias para garantizar el pleno ejercicio de un conjunto de derechos y es un componente esencial para el adecuado reconocimiento de este grupo de la sociedad como sujetos de derechos en la Constitución.

Si bien la aprobación de la CDN por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989 –y ratificada por el Estado de Chile en 1990– ha permitido generar avances normativos en la importancia y reconocimiento del derecho a ser oído, aún existe una brecha en la capacidad para captar los resultados asociados con el ejercicio de este derecho, o para desarrollar enfoques sostenibles que responsabilicen a los Estados por sus obligaciones en torno al ejercicio de la participación de niños, niñas y adolescentes. En tal sentido, la ausencia de un marco que articule los posibles resultados de la participación representa un obstáculo para su ejercicio efectivo.

Tanto a nivel del Estado, la sociedad o en las mismas familias, existen procesos de toma de decisión que tienen efectos directos en los derechos de niños, niñas y adolescentes. El derecho a ser oído constituye un mandato para que, en dichos procesos, se integre la participación de este grupo y que su opinión sea debidamente considerada, como una forma de garantizar su interés superior. Por lo mismo, el alcance de este derecho no se agota en la mera expresión de la opinión, sino que abarca también cómo esa opinión incide en la decisión que se adopte.

Por lo mismo, para que los niños y niñas hagan efectivo su derecho a participar en las decisiones que los afectan, el ejercicio debe entenderse en conjunto con otros derechos incorporados en la CDN, entre ellos, la libertad de expresión; la libertad de pensamiento, conciencia y religión; libertad de asociación; y acceso a la información (artículos 13, 14, 15 y 17, respectivamente). Estos derechos son condiciones para que ellos puedan efectivamente expresar opiniones, hacer que se tomen en serio sus perspectivas e influir en los asuntos que les conciernen.

En conjunto, representan una transformación en la forma de entender a la infancia y la adolescencia, ya que su debido ejercicio es una expresión práctica de su calidad de sujetos activos de derecho o, en otras palabras, que no son simplemente receptores pasivos de la protección de los adultos, sino que tienen el derecho, la capacidad, la titularidad y la agencia para influir en temas relevantes para sus vidas. Este enfoque permite alejarse de las lógicas *adultocéntricas* existentes en la sociedad y en el discurso público, que limita el acceso y las oportunidades para la participación significativa de niños, niñas y adolescentes en distintos espacios en los que deben ser escuchados y tratados con respeto por parte de las personas adultas, perpetuando una visión tutelar de los mismos como objetos de protección y propiedad de los adultos que les rodean.

En tal sentido, este documento de trabajo constituye una reflexión en torno a la relevancia del reconocimiento constitucional de este derecho, y sus características principales acorde a la CDN y cómo esta ha sido entendida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente por parte del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (en adelante, el “Comité” o el “CRC” indistintamente).

II. El derecho a ser oído en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La CDN, en el artículo 12.1, señala que “los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de la edad y madurez”. Recae así sobre los Estados Partes¹ (aquellos que han ratificado el tratado internacional), la obligación jurídica de reconocer el derecho y garantizar su observancia, escuchando las opiniones y tomándolas en consideración, para que niños, niñas y adolescentes puedan ejercer plenamente su derecho.

Analizando el alcance de este derecho, el Comité, en su Observación General N°5, plantea que “este principio pone de relieve la función del niño como participante activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos, y que se aplica igualmente a todas las medidas adoptadas por los Estados para aplicar la Convención”². Asimismo, en la Observación General N° 12, dicho Comité señala expresamente que el ejercicio del derecho del niño o los niños a ser escuchados es un elemento fundamental de procesos más amplios entendidos como *participación*. El concepto de participación, acorde a esta Observación General, pone de relieve que involucrar a los niños, niñas y adolescentes implica el desarrollo de procesos permanentes, de intercambio de información y diálogo entre niños y adultos sobre la base del respeto mutuo, en donde los niños puedan aprender la manera en que sus opiniones y las de los adultos se tienen en cuenta y determinan el resultado de los procesos³. Por lo mismo, para que la participación sea efectiva y genuina es necesario que no se perciba solamente como un acontecimiento singular y aislado, sino como procesos dinámicos e intergeneracionales, en el que niños, niñas y adolescentes forman y expresan sus opiniones e influyen en los asuntos que les conciernen directa e indirectamente³. Para el Comité, “los Estados parte deben evitar los

1 Acorde al artículo 2 letra g) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “parte” es “el Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor”.

2 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, 2009, párrafos 3 y 13.

3 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, 2009, párrafo 133.

enfoques simbólicos que limitan la expresión de las opiniones de los niños o que permiten que se les escuche, pero no se tengan debidamente en cuenta sus opiniones”⁴.

Con base en la CDN, el Comité ha señalado que los Estados Partes tienen la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente este derecho para todos los niños. Así, esta obligación “se compone de dos elementos destinados a asegurar que existan mecanismos para recabar las opiniones del niño sobre todos los asuntos que lo afectan y tener debidamente en cuenta esas opiniones”⁵. Al establecerse, en el artículo 12 de la CDN, la obligación de participar a todo niño “que esté en condiciones de formarse un juicio propio”, no se hace alusión a una limitación, sino a una “obligación para los Estados Partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados Partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados Partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad”⁶.

El artículo 12 de la CDN no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión, al punto que el CRC “desaconseja a los Estados Partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan”⁷. En tal sentido, “la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias”⁸. Por ejemplo, los niños con discapacidades deben tener disponibles y poder utilizar los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. También, debe hacerse un esfuerzo por observar el derecho a la expresión de opiniones de los niños pertenecientes a minorías, niños indígenas y migrantes y otros que no hablen el idioma mayoritario del país.

Ahora bien, como todo derecho, no es una obligación su ejercicio, por lo que niños, niñas y adolescentes pueden libremente decidir no expresarse⁹. Lo relevante es que hayan contado con toda la información necesaria para adoptar una decisión. Con todo, acorde al CRC, los Estados Partes deben garantizar las condiciones adecuadas para que el niño pueda expresar sus opiniones libremente en entornos en los que se sienta respetado y seguro, teniendo en

4 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, 2009, párrafo 132.

5 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, 2009, párrafo 19. Ver más en UNICEF, Participación inclusiva de niños, niñas y adolescentes en el proceso constituyente.

6 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, 2009, párrafo 20.

7 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, 2009, párrafo 21.

8 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, 2009, párrafo 21.

9 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, 2009, párrafo 16.

cuenta su situación individual y social¹⁰. Adicionalmente, el derecho al acceso a la información adecuada es fundamental, y es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño¹¹.

El niño, sin embargo, tiene derecho a no ejercer ese derecho, es decir, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación¹². Los Estados Partes deben crear las condiciones para que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior, como también garantizar las condiciones adecuadas para que el niño pueda expresar sus opiniones libremente en entornos en los que se sienta respetado y seguro, teniendo en cuenta su situación individual y social. Adicionalmente, los niños también deben estar informados sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones.

En consecuencia, la participación debe ser robusta y sustantiva, de modo que no consista en un mero ejercicio para cumplir con una obligación internacional, sino que debe apuntar a que tenga incidencia.

III. El derecho a ser oído como principio

La participación de los niños no solo es un derecho, sino también un principio general de la CDN para la realización de todos los demás derechos. Ello implica que es un componente necesario para garantizar su autonomía progresiva, su debida protección, el resguardo de su interés superior y todos los otros derechos consagrados en la CDN, y que no puede lograrse a menos que efectivamente los niños, niñas y adolescentes se involucren directamente en las materias que les afectan.

- a. **Interés superior:** el artículo 3 de la CDN señala que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”¹³. Para el CRC, “no existe tensión entre el interés superior y derecho a ser oído, sino complementariedad entre ambos principios generales: uno establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y el otro ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño o a los niños. En realidad, no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la

10 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, 2009, párrafo 23.

11 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, 2009, párrafo 25.

12 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, 2009, párrafo 16.

13 Para un análisis en detalle de este principio ver Documento de Trabajo N°1 de esta serie sobre “Principios de relevancia constitucional”.

funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a sus vidas”¹⁴.

- b. Igualdad y no discriminación:** en relación al artículo 2 de la CDN que consagra el derecho a la igualdad y no discriminación¹⁵, el CRC ha recalcado que “los Estados Parte deben adoptar las medidas adecuadas para garantizar a todos los niños el derecho a expresar libremente sus opiniones y a que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición. Los Estados Parte deben abordar la discriminación, en particular contra grupos de niños vulnerables o marginados, para asegurar que los niños tengan garantizado su derecho a ser escuchados y puedan participar en todos los asuntos que los afecten en pie de igualdad con los demás niños”¹⁶.
- c. Autonomía progresiva:** a medida que los niños y niñas crecen, la base de sus habilidades y conocimientos se expande; adquieren la capacidad de escuchar a otros, recolectar información, expresar opiniones y negociar decisiones cada vez más complejas. El concepto de autonomía progresiva, plasmado en el artículo 5 de la CDN, reafirma el derecho y la responsabilidad de padres, madres y cuidadores en general de proveer dirección y orientación apropiadas para que los niños y niñas desarrollen sus capacidades y progresivamente adquieran la autonomía necesaria para el pleno ejercicio de sus derechos. En otras palabras, la CDN reconoce la importancia de que las personas adultas transfieran el sentido de responsabilidad, en la toma de decisiones, a los niños y niñas a medida que éstos adquieren mayores niveles de competencia, de forma que sean cada vez menos dependientes de los adultos. Lo anterior implica que las familias y la sociedad tienen la responsabilidad de involucrar a los niños, niñas y adolescentes en el ejercicio participativo para el desarrollo de su autonomía en preparación para la vida adulta.
- d. Vida, supervivencia y desarrollo:** El artículo 6 de la CDN reconoce que cada niño tiene el derecho intrínseco a la vida y que los Estados Partes deben garantizar, en la máxima medida posible, la supervivencia y el desarrollo del niño. El Comité señala “la importancia de promover las oportunidades en favor del derecho del niño a ser escuchado, habida cuenta de que la participación del niño es un instrumento para estimular el futuro desarrollo de la personalidad y la evolución de las facultades del niño, conforme con

14 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, 2009, párrafo 74.

15 Señala el artículo 2, párrafo 1 de la CDN: “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, 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 condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

16 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, 2009, párrafo 75.

el artículo 6 y con los objetivos en materia de educación que se enuncian en el artículo 29¹⁷. Tener la posibilidad de ser escuchado y tomado en consideración promueve el sentido de eficacia personal de los niños, niñas y adolescentes, apoya el desarrollo de sus potencialidades y la construcción de proyectos de vida.

- e. Protección:** pese a que el derecho a la participación aplica a todo niño y niña capaz de formarse un punto de vista, la naturaleza y el enfoque de la participación inevitablemente cambia en la segunda década de vida. La adolescencia está caracterizada por el surgimiento de un sentido de identidad, la adquisición de nuevas responsabilidades y la exposición a mayores oportunidades y riesgos emergentes¹⁸. Es central para este proceso la renuncia gradual a muchas estructuras de protección propias de la primera infancia y un mayor nivel de agencia por parte de los adolescentes para hacerse cargo de nuevas responsabilidades. Lo anterior no quita el derecho de los niños y niñas a la protección hasta que alcancen los 18 años, sino que implica la obligación de continuar promoviendo su interés superior, involucrando a los adolescentes en entornos participativos que les permitan, por ejemplo, identificar potenciales riesgos y medidas para mitigarlos, guiándolos y dotándolos de herramientas más efectivas de protección. No es una tarea fácil encontrar el correcto balance entre el nivel de protección y la autonomía progresiva de los adolescentes en su desarrollo de experiencias y competencias para la toma de decisiones. Los adolescentes excluidos, ya sea por situaciones de vulnerabilidad, violencia o abuso, adolescentes diversos sexualmente y discapacitados, o aquellos en conflicto con la ley, son a menudo los que más necesitan oportunidades para ejercer el derecho a la participación como herramienta para fortalecer su protección y autonomía.

IV. La importancia de involucrar a niños, niñas y adolescentes

Al incorporar de manera transversal la responsabilidad de respetar, proteger y brindar las oportunidades para garantizar la participación de niños, niñas y adolescentes, se apoya el trabajo gubernamental a través de:

- a. Mejora de políticas y servicios:** los niños, niñas y adolescentes tienen conocimientos relevantes sobre sus vidas, necesidades y preocupaciones, junto con ideas y opiniones que surgen de sus experiencias directas en torno a éstas. Considerar sus puntos de vista puede llevar a tomar decisiones más efectivas, relevantes y sostenibles para

¹⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, 2009, párrafo 79.

¹⁸ Ver Observación General N° 20 del Comité de los Derechos del Niño, sobre la implementación de los derechos del niño durante la adolescencia.

este segmento de la población y, en consecuencia, a mejorar la provisión de servicios públicos y el cumplimiento de sus derechos.

- b. Mayor rendición de cuentas:** si los niños, niñas y adolescentes tienen acceso a la justicia, a los mecanismos de protección y reparación, así como acceso directo a los responsables de formular políticas, están en mejores condiciones de impugnar violaciones a sus derechos en su calidad de sujetos de derecho. Incluirlos como colaboradores impacta positivamente el ciclo de políticas públicas, siendo agentes relevantes al momento de retroalimentar el trabajo institucional y fortalecer la rendición de cuentas.
- c. Protección optimizada:** el derecho y el espacio para ser escuchados de forma segura, representa un medio poderoso a través del que se pueden desafiar las situaciones de violencia, abuso, amenaza, injusticia o discriminación. En diversos contextos, los niños y niñas no tienen vías para denunciar el abuso o temen que, si lo hacen, no se les creará o no se tomarán las medidas adecuada para subsanarlo. Este silenciamiento implica con frecuencia, que los abusadores pueden continuar cometiendo delitos impunemente. Construir una cultura de escucha los habilita para hablar y buscar ayuda cuando se les están vulnerando sus derechos. Los adultos solo pueden actuar para proteger a los niños y niñas si saben lo que les está sucediendo y, generalmente, solo ellos pueden proporcionar esa información.
- d. Desarrollo de capacidades:** la participación significativa permite que los niños, niñas y adolescentes adquieran habilidades, desarrollen competencias y fortalezcan su autonomía. La participación promueve sus las capacidades para desarrollar compromiso con la ciudadanía, tolerancia y respeto por los demás. Las sociedades requieren ciudadanos con formación, habilidades y compromiso para promover la responsabilidad social y la buena gobernanza. La participación permite desarrollar esas capacidades, comenzando con negociaciones sobre la toma de decisiones dentro de la familia, a través de la resolución de conflictos en la escuela, contribuyendo al desarrollo de políticas a nivel local o nacional, y desarrollando asociatividad e incidencia en la toma de decisiones.
- e. Contribución a las comunidades:** los niños, niñas y adolescentes tienen un aporte importante que hacer en las comunidades en las que viven. Sus energías, habilidades, aspiraciones, creatividad y pasión pueden ser aprovechadas para fortalecer el discurso democrático, desafiar la injusticia, fortalecer la sociedad civil, participar en la consolidación de la paz y la resolución no violenta de conflictos, o explorar desafíos locales a través de soluciones innovadoras.

VI. El derecho a ser oído en el Derecho Comparado Constitucional

Al mirar el Derecho Comparado en relación con el derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos, es posible identificar un mayor reconocimiento de este derecho en las constituciones europeas. El artículo 104 de la Constitución de Noruega, establece que “tienen derecho a ser escuchados en las cuestiones que los involucran, y debe dársele peso a su opinión de acuerdo con su edad y madurez”. Por su parte, el artículo 22 bis de la Constitución de Bélgica garantiza que “todo niño tiene derecho a expresar sus opiniones en todos los asuntos que le afecten, teniendo debidamente en cuenta las opiniones del niño de acuerdo con su edad y madurez”. Resulta interesante el artículo 6 de la Constitución de Finlandia, a partir de la cual a niños, niñas y adolescentes “debe permitírseles, de acuerdo con su madurez, influir en los asuntos que les afectan”. Como se observa, no hace una mención expresa a que deban ser oídos, sino que más bien pone el énfasis en la consecuencia de ese proceso de escucha, al señalar que deben influir en los asuntos que les afectan.

En la región de América Latina, la Constitución de Ecuador, en su artículo 45, señala entre los derechos de niños, niñas y adolescentes “a la participación social” y “a ser consultados en los asuntos que les afecten”. Por su parte, la Constitución de Bolivia, en su artículo 59, establece que “El Estado y la sociedad garantizarán la protección, promoción y activa participación de las jóvenes y los jóvenes en el desarrollo productivo, político, social, económico y cultural, sin discriminación alguna, de acuerdo con la ley”. Utilizando una técnica constitucional diversa al remitirse a la regulación internacional, la Constitución de Colombia no hace mención específica a este derecho, sino que establece que niños, niñas y adolescentes “gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia” (artículo 44), por lo que se entiende incluido el derecho a ser oído al estar contenido en el artículo 12 de la CDN, tratado ratificado por dicho Estado.

VII. Conclusiones y recomendaciones

En virtud de la CDN, tratado internacional ratificado por el Estado de Chile y que consagra expresamente en su artículo 12 el derecho a ser oído de toda niña, niño y adolescente, y considerando además los estándares internacionales de derechos humanos mencionados en el presente documento de trabajo, es que UNICEF plantea las siguientes recomendaciones:

- 1.** Reconocer en la propuesta de nueva Constitución a niños, niñas y adolescentes como titulares del derecho a ser oído y a influir en los asuntos que les afectan. Esta consagración debe darse de manera coherente con el artículo 12 de la CDN y con los estándares internacionales de derechos humanos y considerar, además, los siguientes elementos normativos:
 - a.** Reforzar la aplicación de este derecho, en todo ámbito donde los procesos de toma de decisión puedan tener un impacto en los derechos de niños, niñas y adolescentes.
 - b.** Que su ejercicio no puede estar sujeto a discriminación de ningún tipo, tal como lo prohíbe el artículo 2 de la CDN.
 - c.** La fuerte vinculación que existe entre este derecho y la obligación del Estado de resguardar el interés superior de niños, niñas y adolescentes, tal como lo ha planteado el Comité.
 - d.** Que el ejercicio de este derecho debe comprenderse a la luz de la autonomía progresiva de cada niño, niña y adolescente.
 - e.** Que, conforme a los estándares internacionales, su reconocimiento constitucional esté dirigido a que su ejercicio debe tener incidencia real, debiendo las autoridades estatales dar cuenta respecto a cómo integró la opinión de niños, niñas y adolescentes en los procesos de toma de decisión.