Aviso legal

Capítulo del libro:	El principio de no discriminación en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Una mirada desde la noción del niño como sujeto de derechos
Autor del capítulo:	Jorge Méndez, Lisy Alina
Forma parte del libro:	*Derechos humanos y grupos vulnerables en Centroamérica y el Caribe. Tomo I*
Autores del libro:	Guerrero Chacón, Viviana; Arguedas Ramírez, Gabriela; Mejía Rivera, Joaquín A.; Sáez Nieto, Belquis Cecilia; Samayoa Sosa, Héctor Oswaldo; Vásquez Girón, Angélica Yolanda; Andrade-Abularach, Larry; García, Juan José; Brioso, Larissa; Zetino, Mario; Gaborit, Mauricio; Nieto Villar, Deika; Sandoval García, Carlos; Thomas-Hope, Elizabeth; Jorge Méndez, Lisy Alina; Orellana Sibrián, Rafael; Orellana, Carlos Iván; Henry-Lee, Aldrie; Molina Castro, Fernando
Colaboradores del libro:	Díaz-Tendero Bollain, Aída (editor); Brutus H., Marie-Nicole (diseño de cubierta)
ISBN del libro:	978-607-30-3976-5
	Trabajo realizado con el apoyo del Programa UNAM-PAPIIT-IA300117
Forma sugerida de citar:	Jorge, L. A. (2020). El principio de no discriminación en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Una mirada desde la noción del niño como sujeto de derechos. En A. Díaz-Tendero (ed.), *Derechos humanos y grupos vulnerables en Centroamérica y el Caribe. Tomo I* (pp. 327-353). Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe. https://rilzea. cialc.unam.mx/jspui/

D.R. © 2020 Universidad Nacional Autónoma de México
Ciudad Universitaria, Alcaldía Coyoacán, C.P. 04510
Ciudad de México, México.

Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe
Piso 8 Torre II de Humanidades, Ciudad Universitaria, Coyoacán, C.P. 04510
Ciudad de México, México.
https://cialc.unam.mx
Correo electrónico: cialc-sibiunam@dgb.unam.mx

Los derechos patrimoniales pertenecen a la Universidad Nacional Autónoma de México. Excepto donde se indique lo contrario, este contenido en su versión digital está bajo una licencia Creative Commons Atribución-No comercial-Sin derivados 4.0 Internacional (CC-BY-NC-SA 4.0 Internacional).
https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/legalcode.es

Usted es libre de:
- Compartir: copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato.
- Adaptar: remezclar, transformar y construir a partir del material.

Bajo los siguientes términos:
- Atribución: usted debe dar crédito de manera adecuada, brindar un enlace a la licencia e indicar si se han realizado cambios. Pueden hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciante.
- No comercial: usted no puede hacer uso del material con propósitos comerciales.
- Compartir igual: si remezcla, transforma o crea a partir del material, debe distribuir su contribución bajo la misma licencia del original.

Esto es un resumen fácilmente legible del texto legal de la licencia completa disponible en:

https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/legalcode.es

En los casos que sea usada la presente obra,
deben respetarse los términos especificados en esta licencia.

11. El principio de no discriminación en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Una mirada desde la noción del niño como sujeto de derechos*

Lisy Alina Jorge Méndez

I. Ideas introductorias

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño supuso importantes cambios de paradigma, al dejar de considerar a las personas menores de edad como seres únicamente merecedores de protección jurídica y de tutela por parte de los adultos y de los poderes públicos, para pasar a ser considerados como verdaderos ciudadanos y como sujetos de derecho. La Convención asume la niñez como merecedora de respeto, dignidad, voz y ciudadanía, lo que implica un reordenamiento de las relaciones de niñas, niños y adolescentes con las instituciones, la familia y la comunidad.

Este tratado internacional dio nacimiento a un nuevo modelo de protección de los derechos de infantes y adolescentes, el para-

* Ponencia presentada en *"Ciencia y Sociedad". Simposio Internacional de Investigadores en Ciencias Sociales*, Conacyt/Universidad Americana, Asunción, Paraguay, mayo de 2018.

digma de la protección integral, modelo que desterraba la vieja doctrina de la situación irregular. De ahí que se pase de un paradigma restringido a uno más abarcador, en el primero, se limitaba la protección para sólo un grupo de infantes vulnerables, aquellos acosados por la pobreza, por el desamparo, la falta de acceso a los estudios o quebrantadores de las normas penales. Hoy la protección se extiende a todos los seres humanos de 0 a 18 años, a los cuales deben ser garantizados cada uno de los derechos reconocidos en este instrumento internacional. Ello ha implicado que la igualdad y la no discriminación se erijan como principios fundamentales en todas las consideraciones jurídicas que se desprenden del nuevo marco, y que deban ser una consideración central en todas las políticas públicas y en el posicionamiento hacia la infancia y la adolescencia.

El presente ensayo está dividido en tres partes. En la primera de ellas se aborda el papel y alcance que posee el principio de no discriminación a la luz de lo regulado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; en la segunda se hace un análisis de la relación existente entre el principio de no discriminación y la noción del niño como sujeto de derechos en tanto elemento medular del paradigma de la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, y en la tercera se resumen los principales escenarios generadores de discriminación para la infancia y la adolescencia y algunas respuestas necesarias en estos ámbitos. Finalmente, se sintetizan las principales conclusiones a las que arribamos después de tratar la temática.

II. Los principios de igualdad, no discriminación y respeto a la dignidad humana

Se considera discriminación cualquier acción y efecto destinado a separar o distinguir unas cosas de otras cuando éstas no requie-

ren de distinción, y en el caso de la persona humana, toda acción directa de diferenciación, omisión, o los efectos de éstos, que supongan una limitación al ejercicio de derechos que se tienen o a la participación. De ahí que el principio de no discriminación tenga como objetivo o finalidad garantizar la igualdad de trato entre los individuos.

Es precisamente la dignidad humana el valor sobre el que se erigen los principios de igualdad y no discriminación, ya que se trata de un valor interno e insustituible que le corresponde al ser humano en razón de ser tal. Al decir de Pérez Hernández *et al.*

> la dignidad tiene profunda significación positiva por lo que representa para el desarrollo individual y social, notemos que constituye un valor relacional que implica la realización plena de la persona como sujeto y es consustancial en la prevención, protección y promoción de los derechos humanos. La dignidad se objetiva, por un lado, a partir de que su esencia satisface la necesidad del ser en cuanto ser libre; por otro, en función de la determinación social de la propia dignidad, o sea, la sociedad —sobre la base de consideraciones objetivas atribuye a la dignidad una significación positiva para la articulación social y en la construcción del yo.[1]

Del respecto a la dignidad humana derivan otros valores como la seguridad-autonomía, la libertad y la igualdad. La igualdad jurídica debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio o privarse de un beneficio de manera injustificada, pues el valor superior que persigue este principio consiste en evitar la existencia de normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho produzcan, por su aplicación, la ruptura

[1] Lissette Pérez Hernández *et al.*, "Contenido sociojurídico y político de la condición de ciudadano", en *Educación cívica y juventud en Cuba. Análisis desde el derecho*, Lissette Pérez Hernández [coord.], libro en proceso actual de edición.

de esa igualdad, al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica.

Como apuntan Prieto Valdés *et al.*:

> La no discriminación como expresión de la realización de la igualdad requiere, además del reconocimiento de la igualdad jurídica, de políticas de inclusión o incorporación, mediante el empleo de fórmulas genéricas, consensuadas, logradas a través de la participación popular directa en la promoción, discusión y aprobación de decisiones políticas o normativas jurídicas; necesita de la aceptación de las diferencias, y del derecho a ser diferente, [y] reclama una educación consecuente con tales valores y principios.[2]

El tema de la igualdad no puede tratarse sólo desde el punto de vista formal, sino que exige además un enfoque sociológico, respecto a las posibilidades de realización de los derechos y facultades y a la existencia de un conjunto de condiciones objetivas, provenientes del medio, que aseguren dicho ejercicio, y que permitan la defensa de los mismos en caso de amenaza o violación.

Asociado especialmente a niños, niñas y adolescentes, el principio de no discriminación adquiere una relevancia particular, teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, tal fragilidad está dada por la edad, su carencia de madurez, ausencia de voz y posibilidades limitadas de defender con fuerza sus propios intereses; de ahí que requiera de los operadores jurídicos una lectura y aplicación más aguda, responsable, comprometida y que disminuya los obstáculos que pueden y de

[2] Marta Prieto Valdés *et al.*, "Aproximación al estudio de algunos principios generales del derecho y de su reconocimiento jurisprudencial", en *Papeles de Doctrina: Derecho Público y Derecho Privado*, *Gaceta Jurídica*, núm. 3, Lima, 2007, p. 14.

hecho limitan el disfrute de algunos de sus derechos. A ello hemos de añadir que algunos niños se encuentran en especiales circunstancias que los colocan en una situación de doble vulnerabilidad, dígase por ejemplo niños migrantes o indígenas, niños de la calle, niños gays, lesbianas, transexuales, bisexuales e intersex, y niños con discapacidad.

III. Papel del principio de no discriminación en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a no ser discriminados, según queda refrendado en la Convención Internacional con efecto vinculante. Con la intención de facilitar el curso de las explicaciones posteriores resulta oportuno reproducir literalmente el precepto objeto de nuestro análisis.

> Artículo 2.
> 1. 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.
> 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Es importante resaltar que la Convención reafirma el principio general de no discriminación y lo proyecta en dos ámbitos: la discriminación entre niños y además a la discriminación entre niños y adultos. Igualmente resulta interesante que el propio artículo no se refiera sólo a la discriminación por cualidades de los menores, sino que incluye aquella que tiene como fundamento a las características de sus padres, tutores u otros familiares.

Del anterior articulado se derivan obligaciones concretas a cargo de los Estados parte, de manera general, la de asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna. Como apunta la Observación General núm. 5 del Comité de Derechos del Niño[3] —en adelante el Comité— esta obligación de no discriminación exige que los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos pueda exigir la adopción de medidas especiales. Por ejemplo, el Comité subraya en particular la necesidad de que los datos que se reúnan se desglosen para poder identificar las discriminaciones existentes o potenciales. La lucha contra la discriminación puede exigir además que se modifique la legislación, que se introduzcan cambios en la administración, que se modifique la asignación de recursos y que se adopten medidas educativas para modificar actitudes y erradicar prejuicios.

Pueden deducirse tres dimensiones de la no discriminación de niños, niñas y adolescentes, tanto de la letra de la Convención como de su posterior interpretación y aplicación, especialmente por el Comité de los Derechos del Niño. Una dimensión lo reconoce como principio rector de la protección de los derechos de la

[3] El Comité de Derechos del Niño, a tenor de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 43 y siguientes, tiene a su cargo la recepción y análisis de informes periódicos, la elaboración de recomendaciones a cada uno de los Estados firmantes y ha iluminado la interpretación de los derechos recogidos en dicha normativa internacional mediante las Observaciones Generales que emite.

infancia y la adolescencia, otra como derecho subjetivo y la tercera como referente en la elaboración y puesta en marcha de políticas públicas asociadas a este grupo etario. Aquí hacemos una analogía con las tres dimensiones ampliamente reconocidas al interés superior del niño, ya que consideramos resultan aplicables en lo pertinente.

1. Principio rector

La no discriminación de niños, niñas y adolescentes se erige en principio de derecho, lo cual ya tiene importantes implicaciones, como apuntan Prieto Valdés *et al.*, "los principios son aquellas normas generales, abstractas y rectoras que se encuentran en la base de la cultura jurídica y en el ordenamiento positivo, o también reglas básicas deducidas de las leyes y de la jurisprudencia".[4] A ello ha de sumarse que el Comité de Derechos del Niño ha reconocido su carácter de principio rector, conjuntamente con el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, el interés superior del niño y el derecho a la participación. En función de ello la no discriminación debe considerarse para interpretar, aplicar y hacer respetartodos los demás derechos de la propia convención.

Se trata de un principio rector ya que sirve de guía a la aplicación e interpretación de las normas jurídicas relativas a menores de edad; guía que se convierte en pauta de actuación ante la existencia de oscuridades o lagunas normativas. Se trata de un estándar que responde a una exigencia de justicia y con un fuerte contenido ontológico en tanto coincide con un derecho humano fundamental. Desde esta visión el principio de no discriminación tendrá eficacia interpretativa, programática y de efectividad inmediata. El principio será un recurso siempre utilizable en defecto de

[4] Prieto Valdés *et al.*, *op. cit.*, p. 11.

normas formuladas, una pauta para la ponderación de derechos en conflicto e, inclusive, efectivo sustento argumentativo de una decisión.

2. Derecho subjetivo

Al principio de no discriminación puede reconocérsele además una dimensión como derecho subjetivo ya que pueden identificarse en él un haz de posibilidades de actuación para su titular, exigibles frente a otros. En tanto, situaciones de poder jurídico, los derechos subjetivos están compuestos por un grupo de facultades unitariamente agrupadas que son reconocidas por el ordenamiento jurídico a un sujeto, dejando a su arbitrio su ejercicio y defensa.[5]

Pueden identificarse en el derecho a la no discriminación la estructura tradicionalmente reconocida a los derechos subjetivos, dígase sujeto, objeto y contenido. El sujeto o titular será el niño, niña o adolescente; el objeto estará constituido por la realidad que puede ser sometida al poder de dicho titular e idóneas para satisfacer intereses suyos, en este caso la conducta o comportamiento de otros sujetos; y el contenido quedará conformado por las facultades, los deberes que las normas imponen a otras personas y los mecanismos de protección jurídica de ese derecho. De esta forma, la no discriminación o el derecho a la igualdad que subyace en el primero puede ser invocado directamente ante los tribunales y debe permitir al niño o su representante pedir la reparación adecuada ante una violación de éste y la ineficacia de cualquier acto jurídico que lo irrespete.

[5] Caridad del C. Valdés Díaz *et al.* [coords.], *Derecho civil. Parte general*, La Habana, Félix Varela, 2002, p. 86.

3. Presupuesto inicial para la construcción de políticas de protección integral

La no discriminación de niños, niñas y adolescentes se convierte además en insumo y punto de partida para asumir prácticas cotidianas de quienes se desempeñan en el campo de los derechos de la infancia y para la proyección de políticas públicas en este ámbito. Ello se encuentra especialmente relacionado con el cambio de paradigma introducido por la Convención y que promueve la protección integral de los derechos.

La integralidad en la protección está dada porque este instrumento jurídico internacional combina todos los derechos: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, con sus características de interdependencia y complementariedad. En este escenario la no discriminación juega un papel trascendental, la protección de los derechos concierne a la totalidad de los niños, niñas y adolescentes y no sólo a un sector desfavorecido, vulnerado y/o en conflicto con la ley. Según lo explica Beloff

> El reconocimiento y promoción de los derechos de esos sujetos se produce en una concepción integral que recupera la universalidad de la categoría de la infancia, antes fragmentada por las leyes de "menores". Los derechos que la Convención garantiza tienen como destinatarios a toda la infancia y no a una parte de ella.[6]

Las políticas públicas han de erigirse sobre la no discriminación, de ahí que han de ser pensadas para todos los niños, niñas y adolescentes. Es importante resaltar que este principio no excluye —e incluso puede exigir— la diferenciación fundada en la diversidad

[6] Mary Ana Beloff, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Del Puerto, 2009, p. 36.

de necesidades de protección, como pueden ser las asociadas a la edad o al género.

Llegar a todos requiere además intersectorialidad, entendida como una visión holística de la protección de la infancia en la que deben integrarse y articularse las diversas políticas e intervenciones institucionales asociadas a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

> La implementación de estas políticas por parte de los Estados se estructura en función de la existencia de distintas áreas en términos administrativos (ministerios, secretarías, consejo federal) y territoriales (estado, provincias, municipios) que se reparten la responsabilidad sobre lo público. Es por ello que resulta crucial la posibilidad de una ajustada articulación en red de los organismos que lo componen.[7]

IV. La noción del niño como sujeto de derechos y su relación con el principio de no discriminación

El modelo paternalista o tutelar asumía a la infancia como objeto de protección, e incluso objeto de control, y partía del reconocimiento de su condición de sujetos incapaces, siendo necesario sustituir su voluntad por la de los adultos a cargo de quienes se encontraban. Se asumía a niños y niñas como un grupo etario extraño al discurso de derechos y al ejercicio de los mismos en igualdad de condiciones que el resto de la sociedad.

La doctrina de la protección integral, por su parte, incorpora el reconocimiento del niño como sujeto de derechos y el desarrollo

[7] G. Cardozo y A. Michalewicz, "El paradigma de la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes: en la búsqueda de la plena implementación", *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 82, noviembre de 2017, p. 8.

autónomo de sus capacidades y competencias. Igualmente comprende el derecho de participación de éstos en cualquier asunto en el que estén involucrados sus intereses, el rol de acompañamiento de los adultos de confianza y la delimitación de un nuevo, amplio y transformador contenido del principio de interés superior del menor. A ello ha de añadirse como parte de esta doctrina, la función del Estado como garante del cumplimiento y la protección de los derechos reconocidos en la Convención.

Como puede apreciarse, el pasaje de la doctrina paternalista al actual sistema de protección integral de derechos implicó dejar de ver a la infancia y la adolescencia como objetos de protección y en cambio, reconocerlos como sujetos de derechos. Desde el punto de vista semántico resulta interesante que el sentido originario de la categoría *sujeto (subjectum)* significaba sometido, sujetado, objeto de, y hoy constituye una categoría que expresa la dignidad de ser portador de, conductor de, merecedor de una consideración y reconocimiento respetuoso, opuesto a cosa y a objeto material.[8]

El proceso histórico de elaboración y positivización de los derechos de la infancia y la adolescencia[9] partió de su identificación como poseedores de necesidades, luego como titulares de derechos y finalmente hacia su consideración como sujetos de derechos. Esta última posee una relación de proporcionalidad directa con el principio de no discriminación. Una sociedad en la que los niños, niñas y adolescentes sean verdaderamente considerados sujetos de derechos, es una sociedad con una tendencia marcada hacia la no discriminación de este grupo etario, así como en la medida en que

[8] Alejandro Cussiánovich, "Participación: un principio que se concreta como un derecho", *Ensayos sobre Infancia II. Sujeto de Derechos y Protagonista*, Lima, Diskcopy SAC, 2009, p. 24.

[9] Para ampliar sobre las concepciones históricas acerca de la niñez, ver Nicolás Corvera, "Participación ciudadana de los niños como sujetos de derechos", *Persona y Sociedad*, vol. XXV, núm. 2, Universidad Alberto Hurtado, 2011, pp. 73-77.

se materialice este cambio de paradigma, se estará allanando el camino hacia una sociedad más justa e inclusiva para la infancia y la adolescencia.

Pero, ¿Qué implica la noción del niño como sujeto de derechos?

Desde el derecho civil ser sujeto de derechos comprende la posibilidad de ser sujeto activo y pasivo de una relación jurídica, pero en el marco de los derechos de la infancia adquiere otras connotaciones. Hemos de partir de desterrar la idea de que infantes y adolescentes son sujetos incapaces y, en cambio, respetar su peculiar condición de persona en desarrollo. De ello deriva el reconocimiento de su autonomía a través de la institución de la capacidad progresiva, "a medida que niños, niñas y adolescentes transitan por las distintas etapas del ciclo vital, evolucionan en su capacidad volitiva e intelectiva, lo cual deviene en autonomía para el ejercicio de sus derechos".[10] Por ello, considerarlos verdaderos sujetos de derechos implica reconocer la posibilidad de que éstos los ejerciten por sí mismos, así como decidir cuándo y cómo ejercitarlos, e incluso renunciar al ejercicio de algunos de ellos.

En el marco de las relaciones familiares esta noción comprende el deber de los padres u otros adultos de impartir al niño la dirección u orientación adecuadas para que el niño ejerza sus derechos. Esta dirección va variando y disminuyendo en intensidad a medida que el niño o niña adquiere madurez y es capaz de comprender las circunstancias en las que se desenvuelve. El desarrollo de niños y niñas hace que pasen paulatinamente de un escenario de mayor protección y menos autonomía, hacia un escenario de menor protección y mayor autonomía. En otras palabras, la condición de niño como sujeto de derechos se traduce en un mayor protago-

[10] Jetzabel M. Montejo Rivero, "La capacidad progresiva de adolescentes progenitores solteros para el reconocimiento de hijos y sus efectos. Especial referencia al ejercicio de la patria potestad", La Habana, 2015, p. 22. Tesis.

nismo de niños, niñas y adolescentes en la definición de sus vidas conforme a sus preferencias.

El derecho a la participación de la infancia y la adolescencia

La ratificación casi universal de la Convención no ha implicado que los estados partes hayan modificado mágicamente su visión respecto a la infancia y la adolescencia. Al decir de Krauskopf[11] aún se les considera en determinados contextos como carentes de madurez social e inexpertos, lo que implícitamente les niega el reconocimiento como sujetos sociales, prolonga la dependencia infantil y limita su participación. Señala Cusianovich que "Una piedra de toque para averiguar sobre la vigencia de la no discriminación —en el caso de los niños y niñas [...]— es la vigencia y el alcance concreto del derecho y ejercicio de la participación".[12]

La participación de niños, niñas y adolescentes además de ser un elemento integrante de la noción del niño como sujeto de derechos, se traduce en una herramienta contra la discriminación. Escuchar sus opiniones y que éstas sean tenidas en cuenta implica respetar la dignidad humana de la que son merecedores, reconocer sus individualidades y preferencias y, sobre todo, generar inclusión y proactividad social. Desde la propia autopercepción infantil, el sentirse enmudecidos y poco escuchados les genera una autovaloración de inferioridad y discriminación.

Se entiende por participación infantil "el ejercicio del poder que tienen los niños y las niñas para hacer que sus opiniones sean tomadas en cuenta seriamente y para asumir en forma responsable,

[11] Dina Krauskopf, *Dimensiones críticas en la participación social de las juventudes*, Fondo de Población de Naciones Unidas en San José, Costa Rica, 1998, p. 4.

[12] Cussiánovich, *op. cit.*, p. 24.

según su grado de madurez y desarrollo, decisiones compartidas con otros en asuntos que afectan sus vidas y la de su comunidad".[13]

El derecho a ser escuchado requiere de un intercambio de información y diálogo entre niños y adultos sobre la base del respeto mutuo, en el que los niños puedan aprender la manera en que sus opiniones y las de los adultos son apreciadas, valoradas y determinan el resultado de los procesos en los que ellos están involucrados. Como señala la Observación General núm. 12 del Comité de Derechos del Niño: "El concepto de participación pone de relieve que incluir a los niños no debe ser solamente un acto momentáneo, sino el punto de partida para un intenso intercambio de pareceres entre niños y adultos sobre la elaboración de políticas, programas y medidas en todos los contextos pertinentes de la vida de los niños".

El contenido de este derecho está delimitado por la posibilidad de exigir, ser escuchado y que aquello que diga sea tomado seriamente en consideración, así como la posibilidad de negarse a ser oído cuando así lo crea pertinente. Igualmente comprende el derecho a recibir información sobre el tema y a que la escucha se produzca en condiciones adecuadas. Es importante tener en cuenta no sólo deseos y opiniones formulados en forma discursiva, sino también sentimientos expresados de otras formas, concretamente en aquellos casos de niños con menores competencias lingüísticas que no pueden verbalizar; ello requerirá una especial competencia de quien escucha, para interpretar dibujos, expresiones corporales, juegos, etc. El derecho de participación implica además darle prioridad a lo que el niño entiende como su propio interés teniendo en cuenta la edad y la madurez del niño. Ello no quiere decir que las decisiones dependan exclusivamente de la opinión de los

[13] Blanca y Gina Solari Nomura, *Participación de niños, niñas y adolescentes a los 15 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Lima, Save the Children Suecia, Programa Regional para América Latina y El Caribe, 2005, p. 9.

niños, niñas o adolescentes involucrados, pero sí que ha de ser un elemento de especial importancia para tomarlas.

Paulatinamente se ha reconocido la trascendencia de que infantes y adolescentes intervengan con protagonismo en las decisiones que les afectan directamente, especialmente relacionadas con su vida privada, familiar, escolar y afectiva, no obstante, se les niega la posibilidad de participar en las decisiones que afectan al colectivo y que por tanto inciden en ellos indirectamente. Es en efecto, en el plano comunitario y social donde existen los mayores retos en materia de participación de niños, niñas y adolescentes.

Participar puede significar hacer acto de presencia, tomar decisiones, estar informado de algo, opinar, estar simplemente apuntado a algo, ser miembro de un grupo determinado o implicarse conscientemente. Desde el punto de vista teórico se han distinguido diferentes tipos de participación, desde participaciones simbólicas y aparentes hasta participaciones activas, directas, proactivas, conscientes, informadas y protagónicas. Resulta evidente que son estas últimas las que se traducen en un pleno ejercicio del derecho a ser escuchado y contribuyen a evitar escenarios de discriminación de nuestros niños, niñas y adolescentes.

V. Principales expresiones de discriminación de niños, niñas y adolescentes, la exclusión múltiple e interrelacionada

La marcada intención de la Convención sobre los derechos del niño de eliminar toda forma de discriminación contra infantes y adolescentes no ha resultado un conjuro mágico que logre tal objetivo. Son muchos los escenarios en los cuales se les segrega, se les diferencia de otros y se les discrimina, negándoles u obstaculizando el acceso a servicios esenciales o entorpeciendo el ejercicio y disfrute de sus derechos, lo que atenta contra su dignidad. A

continuación, se refieren sólo algunos de ellos, los cuales en ocasiones concurren simultáneamente en un mismo niño y le coloca en una situación de exclusión múltiple y, por tanto, de profunda vulnerabilidad. Algunos supuestos de discriminación se encuentran además interrelacionados, como expresión del carácter interdependiente de los derechos humanos en general y de los derechos de niños, niñas y adolescentes en particular.

La primera infancia puede ser objeto frecuente de discriminación, ya que se encuentran en una posición de relativa impotencia y dependen de otros para la realización de sus derechos. La discriminación puede consistir en una peor nutrición, en una atención y cuidado insuficientes, en menores oportunidades de juego, aprendizaje y educación, o en la inhibición de la libre expresión de sentimientos y opiniones. La discriminación puede también expresarse mediante un trato rudo y expectativas poco razonables, que pueden llegar a la explotación o el abuso.[14]

Igualmente haber nacido fuera del matrimonio o en otras circunstancias que no se ajustan a los valores tradicionales, o si sus padres son refugiados o demandantes de asilo, puede ser fuente de discriminación para niños y niñas.

En el ámbito de la educación la discriminación basada en cualquiera de los motivos que figuran en el artículo 2 de la Convención, bien sea de forma manifiesta o disimulada, puede debilitar, e incluso destruir, la capacidad de niños, niñas y adolescentes de beneficiarse de las oportunidades de la enseñanza. La Observación General núm. 1 del Comité de Derechos del Niño resume de la manera siguiente las expresiones de discriminación en el ámbito educativo:

- la discriminación por motivo de género reforzada por un programa de estudios incompatible con los principios de la

[14] Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2006.

igualdad de género, por disposiciones que limiten las ventajas que pueden obtener las niñas de las oportunidades de educación ofrecidas y por un medio peligroso u hostil que desaliente la participación de las niñas.

- La discriminación de los niños, niñas o adolescentes con discapacidad.
- La discriminación de niños, niñas o adolescentes con VIH/SIDA.
- La discriminación racial y sus derivados medran donde imperan la ignorancia, los temores infundados a las diferencias raciales, étnicas, religiosas, culturales y lingüísticas o de otro tipo, la explotación de los prejuicios o la enseñanza o divulgación de valores distorsionados.

La discriminación contra las niñas es también particularmente notable en algunos países, las que pueden ser víctimas de mutilación genital, negligencia e infanticidio, de abortos selectivos, donde se les niega el acceso a la educación o se les relega a la vida doméstica y a los quehaceres del hogar. Esta discriminación está marcada por los estereotipos, prácticas y normas de comportamiento nocivas basadas en el género y que están arraigadas en las tradiciones y costumbres, la que generan diferencias en el disfrute de sus derechos. La discriminación contra niños con discapacidades reduce sus perspectivas de supervivencia y su calidad de vida. Estos niños siguen experimentando graves dificultades y tropezando con obstáculos sociales, culturales, de actitud y físicos en el pleno disfrute de los derechos consagrados en la Convención. Tienen derecho a la atención, la nutrición, el cuidado y el aliento ofrecidos a otros niños. También pueden necesitar asistencia adicional o especial a fin de garantizar su integración y la realización de sus derechos.

Considerados como unos de los grupos de niños más vulnerables, los niños con discapacidad son víctimas de discriminación

social y el estigma que conducen a su marginación y exclusión, e incluso pueden amenazar su supervivencia y desarrollo si llegan hasta la violencia física o mental contra ellos. La discriminación en la prestación de servicios los excluye de la educación y les niega el acceso a los servicios de salud y sociales de calidad. La falta de una educación y formación profesional apropiadas los discrimina negándoles oportunidades de trabajo en el futuro.[15]

La discriminación relacionada con el origen étnico, la clase/casta, las circunstancias personales y el estilo de vida, o las creencias políticas y religiosas (de los niños o de sus padres) impide a los niños participar plenamente en sociedad. Afecta a la capacidad de los padres para asumir sus responsabilidades para con sus hijos. También afecta a las oportunidades de los niños y a su autoestima, a la vez que alienta el resentimiento y el conflicto entre niños y adultos.[16]

Los niños indígenas, por su parte, en muchas ocasiones no pueden acceder a servicios culturalmente apropiados en los ámbitos de la salud, la nutrición, la educación, las actividades recreativas, los deportes, los servicios sociales, la vivienda, el saneamiento y la justicia juvenil.

La reciente Observación General núm. 20 del ya aludido Comité centra su mirada en la adolescencia y pone de relieve que esta etapa de la vida en sí misma puede ser motivo de discriminación. Durante este periodo, los adolescentes pueden ser tratados como personas peligrosas u hostiles, y ser encarcelados, explotados o expuestos a la violencia como consecuencia directa de su condición. Paradójicamente, se los suele tratar también como si fueran incompetentes e incapaces de tomar decisiones sobre sus vidas.

[15] Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 9. Los derechos de los niños con discapacidad, 2006.

[16] Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 7 Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2006.

El propio Comité ha interpretado que la frase "cualquier otra condición" del artículo 2 de la Convención también abarca la situación de los niños o la de sus progenitores y otros familiares en relación con la calle. En este escenario la discriminación puede ser directa o indirecta. La discriminación directa incluye enfoques políticos desproporcionados para "hacer frente a la falta de vivienda" por los que se realiza una labor represiva para impedir la mendicidad, el merodeo, el vagabundeo, etc. La discriminación directa por su parte puede incluir: la negativa de la policía a tomar en serio las denuncias de robo o actos de violencia presentadas por niños de la calle; el trato discriminatorio en los sistemas de justicia juvenil; la negativa de los trabajadores sociales, maestros o profesionales de la atención de la salud a trabajar con niños de la calle; el acoso, la humillación y la intimidación por parte de compañeros y docentes en las escuelas y la exclusión de los servicios básicos, como la salud y la educación.[17]

Los escenarios discriminatorios anteriormente analizados demuestran la existencia de grupos de infantes y adolescentes que experimentan graves obstáculos para disfrutar, ejercer y exigir de manera efectiva sus derechos. Estos supuestos requieren de un marco normativo de protección especial que incluya garantías reforzadas para ellos, y promueva el desarrollo de acciones positivas que disminuyan su situación de vulnerabilidad.

1. Acciones positivas y garantías reforzadas

Lo reflejado en el epígrafe anterior son sólo algunas de las principales expresiones de discriminación que pueden sufrir niños, niñas y adolescentes. Es importante destacar la especial situación de vul-

[17] Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 21 Sobre los niños de la calle, 2017.

nerabilidad que genera el hecho de que algunas de ellas confluyan de manera simultánea sobre un infante o un adolescente, así como el papel que han de jugar los Estados, en tanto garantes de una protección efectiva de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Sobre este último particular, ha sido pródigo el Comité de los Derechos del Niño, el cual a través de las observaciones finales que hace a cada Estado parte tras el examen periódico a que son sujetos con arreglo a los postulados de la Convención y las Observaciones Generales que emite, ha propuesto el camino para combatir la discriminación contra niños, niñas y adolescentes mediante acciones concretas, políticas públicas y sugerencias de buenas prácticas. Éstas pueden resumirse de la siguiente manera:

- Vigilar la disponibilidad y el acceso a servicios de calidad que contribuyan a la supervivencia y desarrollo de los niños pequeños, en particular mediante una recopilación sistemática de datos, desglosados según las principales variables que presenten los antecedentes familiares y las circunstancias del niño.
- Llevar adelante iniciativas que garanticen que todos los niños tengan igualdad de oportunidades para beneficiarse de los servicios disponibles.
- Sensibilizar acerca de la discriminación contra los niños, niñas y adolescentes en general, y contra los grupos vulnerables en particular.
- Hacer que el principio de no discriminación se refleje en toda la legislación nacional y pueda ser directamente aplicado y debidamente supervisado e impuesto por los órganos judiciales y administrativos.
- Introducir cambios en la legislación, en la administración y en la asignación de recursos, así como adoptar medidas educativas para cambiar las actitudes discriminatorias.

- Garantizar a niños, niñas y adolescentes y sus familiares acceso en el momento oportuno a recursos efectivos contra las decisiones judiciales y/o administrativas que sean expresión de discriminación.
- Identificar activamente a los niños y grupos de niños en relación con los cuales puede ser necesario adoptar medidas especiales para el reconocimiento y la realización de sus derechos.
- Detectar las lagunas y barreras que impiden que los niños indígenas gocen de sus derechos, a fin de aplicar las medidas positivas apropiadas mediante la legislación, la asignación de recursos, las políticas y los programas.
- Velar por que se tomen medidas educativas y de información pública para hacer frente a la discriminación de los niños indígenas.
- Desarrollar campañas de información pública y preparar material de divulgación y programas de estudios tanto para escolares como para profesionales, centrados en los derechos de los niños indígenas y en la eliminación de las actitudes y prácticas discriminatorias, en particular el racismo.
- Brindar a los niños indígenas y no indígenas oportunidades reales de entender y respetar distintas culturas, religiones e idiomas.
- Desarrollar políticas públicas que promuevan la igualdad de género y que garanticen la plena participación política de la niña y la mujer; su empoderamiento social y económico; el reconocimiento de la igualdad de derechos en el ámbito de la salud sexual y reproductiva; y la igualdad en el acceso a la información, la educación, la justicia y la seguridad, incluida la eliminación de todas las formas de violencia sexual y basada en el género.
- Realizar campañas de divulgación, sensibilización y concientización que se proyecten contra la violencia escolar especial-

mente sustentada en la orientación e identidad sexual real o percibida de los niños, niñas o adolescentes o de sus padres.

- Difundir guías de educación y capacitación del personal de las escuelas para tratar a gays, lesbianas, transexuales, bisexuales e intersex (LGTBI) de una forma respetuosa de su identidad de género.
- Promulgar normas jurídicas sobre identidad de género que reconozcan y faciliten el ejercicio de su derecho a la identidad civil o registral, conforme a criterios de autoidentificación.
- Conferir prioridad a la protección de los niños migrantes o hijos de migrantes por sobre las políticas migratorias; garantizarles acceso a la educación y a otros beneficios sociales y promover interpretaciones de las regulaciones legales y reglamentarias de extranjería en el sentido que sean más beneficiosas para éstos, así como aplicarlas con menos rigurosidad en relación con sus padres cuando la defensa de los derechos de los niños así lo recomiende.
- Garantizar los acomodos para el acceso al espacio físico que les permita disfrutar a los niños con capacidades especiales del derecho a la educación en igualdad de condiciones, así como preferir, como regla general, su inclusión en establecimientos educacionales generales, postergando la enseñanza especial sólo para casos que la hagan ineludible.
- Tener en cuenta a los niños con capacidades especiales en las políticas públicas de carácter general y promulgar normas jurídicas que les permitan acceder y permanecer, en condiciones de igualdad e inclusión, en el sistema educacional y gozar de su pleno derecho a la salud física y mental, incluida su salud sexual y reproductiva.
- Prever recursos eficaces en caso de violaciones de los derechos de los niños con discapacidad, y garantizar que esos recursos sean fácilmente accesibles a dichos niños y a sus padres y/o a otras personas que los tienen a su cargo.

- Organizar campañas de concienciación y de educación dirigidas al público en general y a grupos concretos de profesionales con el fin de impedir y eliminar la discriminación de hecho de los niños con discapacidad.
- Sensibilizar a los profesionales, al sector privado y al público en general sobre las experiencias y los derechos de los niños de la calle, con el fin de transformar las actitudes de manera positiva.
- Apoyar los programas creativos, artísticos, culturales y/o deportivos, encabezados por niños de la calle o que cuenten con su participación y que ayuden a hacer frente a los conceptos erróneos y a romper las barreras con los profesionales, las comunidades —incluidos otros niños— y la sociedad en general mediante un diálogo y una interacción visibles.

Como puede apreciarse resultan disímiles las obligaciones de los Estados para erradicar la discriminación contra niños, niñas y adolescentes e impone importantes retos, utilización de recursos y especialmente acciones formativas y educativas que modifiquen prácticas cotidianas y destierren prejuicios excluyentes y segregadores.

VI. Conclusiones

Vivimos en un mundo diverso donde la desigualdad está propiciada por condiciones sociales, culturales, económicas, familiares e individuales. Acercarnos cada día a una sociedad menos discriminatoria requiere que reconozcamos que en los seres humanos existe diversidad de cuerpos, deseos, emociones e identidades, lo que no hace legítimo que algunas personas puedan gozar de sus derechos y otras no, ni que sean consideradas como diferentes a la mayoría, y mucho menos que por ello sean excluidas. La discriminación que padecen niños, niñas y adolescentes se traduce en

una situación de desventaja y subordinación originada en causas diversas e implica desigualdad, falta de oportunidades, una menor calidad de vida e insuficiente participación.

El derecho a la no discriminación regulado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño se sustenta en el principio de igualdad y el respecto a la dignidad humana como valor fundamental. Dicha regulación posee además como elemento novedoso y relevante en materia de derechos humanos, que se proyecta más allá de la propia condición del niño, al prohibir no sólo la discriminación en razón de las condiciones inherentes a su propia persona, sino que además abarca la discriminación en razón de alguna condición de sus padres o representantes legales.

De la letra de la Convención, así como de su posterior interpretación y aplicación, especialmente por el Comité de los Derechos del Niño, pueden derivarse tres dimensiones de la no discriminación de niños, niñas y adolescentes: una dimensión que lo reconoce como principio rector de la protección de los derechos de la infancia y la adolescencia, otra como derecho subjetivo en tanto situación jurídica de poder, y la tercera como presupuesto para la elaboración de políticas públicas de protección integral.

El principio de no discriminación posee una relación de proporcionalidad directa con la noción del niño como sujeto de derechos en el sentido de que mientras más se avance en el reconocimiento de esa noción en un Estado concreto, más se habrá de lograr con vistas a erradicar situaciones de discriminación de niños, niñas y adolescentes. En este ámbito juega un papel trascendental el ejercicio del derecho a la participación como expresión de la noción del niño como sujeto de derechos y a la vez, herramienta efectiva contra la discriminación.

Los principales escenarios de discriminación de niños, niñas y adolescentes se encuentran asociados al género, la discapacidad, la condición de migrantes, el origen étnico, el color de la piel y la situación de pobreza. Los niños que son objeto de discriminación

son más vulnerables a la violencia, el maltrato, la explotación, las infecciones de transmisión sexual, y su vida, su supervivencia y su desarrollo se encuentran en serio peligro. Los niños pueden sufrir además discriminación múltiple e interrelacionada, lo que los coloca en una situación de especial riesgo.

La aplicación del principio de no discriminación no significa que haya que dar un trato idéntico a cada niño, niña o adolescente, ya que en muchas ocasiones resulta pertinente tomar medidas especiales en relación con niños o grupos de niños concretos, para reducir o eliminar las condiciones que llevan a la discriminación. De ahí que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que persiguen es alcanzar un propósito legítimo en virtud de la Convención.

Garantizar el derecho a la no discriminación no es sólo una obligación pasiva de prohibir todas las formas de discriminación, sino que también exige a los Estados tomar medidas para garantizar la eficacia de la igualdad de oportunidades para todos los niños a fin de que disfruten de los derechos que les reconoce la Convención. Ello requiere la adopción de medidas positivas encaminadas a corregir una situación de desigualdad sustantiva, ya sea jurídica o de hecho.

Nadie pone en duda cuánto merece la pena dedicar esfuerzos, recursos y capacidades en función de los niños y las niñas. Generar para ellos sociedades no discriminatorias, inclusivas y respetuosas de la diversidad se convierte en un requisito indispensable para el adecuado disfrute de sus derechos. Las ideas de Eduardo Galeano dirigen entonces nuestras miradas hacia el papel que pueden jugar los derechos en este empeño, y por su claridad, las considero un valioso colofón para las valoraciones aquí ofrecidas. Dice este intelectual latinoamericano que "Los derechos humanos son cosas chiquiticas, no acaban con la pobreza, no nos sacan del subdesarrollo [...] pero quizás desencadenen la alegría de hacer y la traduzcan en actos. Y al fin y al cabo, actuar sobre la realidad y

cambiarla, aunque sea un poquito, es la única manera de probar que la realidad es transformable".

VII. Referencias bibliográficas

Beloff, Mary Ana, *Los derechos del niño en el sistema Interamericano*, Buenos Aires, Del Puerto, 2009.

Cardozo, G. y A. Michalewicz, "El paradigma de la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes: en la búsqueda de la plena implementación", en *Derecho de Familia, Revista lnterdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 82, noviembre 2017.

Corvera, Nicolás, "Participación ciudadana de los niños como sujetos de derechos", Persona y Sociedad, vol. XXV, núm. 2, Universidad Alberto Hurtado, 2011.

Cussiánovich, Alejandro, "Participación: un principio que se concreta como un derecho", *Ensayos sobre Infancia II. Sujeto de derechos y protagonista*, Lima, Diskcopy SAC, 2009.

Krauskopf, Dina, *Dimensiones críticas en la participación social de las juventudes*, San José, Costa Rica, Fondo de Población de Naciones Unidas, 1998.

Montejo Rivero, Jetzabel M., "La capacidad progresiva de adolescentes progenitores solteros para el reconocimiento de hijos y sus efectos. Especial referencia al ejercicio de la patria potestad", La Habana, 2015. Tesis.

Nomura, Blanca y Gina Solari, *Participación de niños, niñas y adolescentes a los 15 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Lima, Save the Children Suecia, Programa Regional para América Latina y El Caribe, 2005.

Pérez Hernández, Lissette *et al.*, "Contenido sociojurídico y político de la condición de ciudadano" en *Educación cívica y juventud en*

Cuba. Análisis desde el derecho, Lissette Pérez Hernández [coord.], libro en proceso de edición.

Prieto Valdés, Marta *et al.*, "Aproximación al estudio de algunos principios generales del derecho y de su reconocimiento jurisprudencial", en *Papeles de Doctrina: Derecho Público y Derecho Privado*, *Gaceta Jurídica,* núm. 3, Lima, 2007.

Valdés Díaz, Caridad del C. [coord.] *et al.*, *Derecho civil. Parte general*, La Habana, Félix Varela, 2002.

Observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño

Observación General núm. 1. Propósitos de la educación, 2001.

Observación General núm. 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44).

Observación General núm. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2006.

Observación General núm. 9. Los derechos de los niños con discapacidad, 2006.

Observación General núm. 12. El derecho del niño a ser escuchado, 2009.

Observación General núm. 21. Sobre los niños de la calle, 2017.

Fuentes legales

Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en vigencia desde 1990. Disponible en http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf, consultada el 12 de enero de 2016.