

¿REALIDAD O EUFEMISMO?

EL DERECHO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER OÍDOS Y A QUE SU OPINIÓN SEA TENIDA EN CUENTA EN EL MARCO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Agustina PEREZ*

I. Presentación

Muchos son los temas que afectan los derechos de niños, niñas y adolescentes (NNyA) en la actualidad. Las violencias contra NNyA (incluyendo, particularmente la violencia sexual y de género contra niñas y adolescentes mujeres); la necesidad imperiosa y urgente de contar con un sistema penal juvenil respetuoso de los derechos de NNyA y de las recomendaciones internacionales en la materia; y por supuesto la necesidad de fortalecer el sistema de protección. Este último abarca un extenso listado de problemáticas que incluye, de manera no exhaustiva, la ausencia de sistemas de información confiables; la falta de recursos humanos, materiales y económicos; la falta de profesionalización de los/as trabajadores/as del sistema; la institucionalización como práctica y la prolongada permanencia de NNyA sin cuidados parentales en hogares y centros de acogida (donde muchas veces vuelven a ser re-victimizados/as); la falta de una estrategia para el egreso de esos NNyA que brinde alternativas para una vida independiente y digna una vez que alcanzan la mayoría de edad; la importancia de fortalecer a la sociedad civil para que pueda asumir un rol activo en el sistema de protección; las intervenciones fragmentadas; la descentralización del sistema sin un sustento real para operar en terreno; etc.¹

* Abogada por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Máster en Derecho por UC Berkeley. Maestranda en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la UBA. Ha sido consultora de distintos organismos internacionales, entre ellos UNICEF Argentina.

¹ Muchas de estas fueron identificadas por la CIDH (2017).

Sin embargo, poco se dice aún acerca del derecho de NNyA a la jurisdicción internacional (PEREZ, 2016), entendido como tal el acceso de manera directa y en primera persona de NNyA a fueros tales como el Comité de Derechos del Niño (CRC o Comité), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o Comisión o IACHR) y/o la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o I/A Court), entre otros, y a que su opinión sea oída y tenida en cuenta en dichos espacios.

En 2009 el CRC emitió la Observación General N° 12 (OG12 o GC12, por sus siglas en inglés) *sobre el derecho del niño a ser escuchado*. Allí el Comité estableció el alcance del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), que desde hace tres décadas establece:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Esta OG12 en conjunto con la Observación General N° 14 (OG14) de 2013 *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, se convirtieron en las herramientas básicas de lucha para muchos de quienes se autoproclaman defensores de los derechos de NNyA, puesto que tanto el art. 12 como el art. 3.1. de la CDN son considerados pilares fundamentales de la CDN (CRC, OG N° 5/2003: arts. 4 y 42 y párr. 6 del art. 44) a la vez que son principios interpretativos y derechos en sí mismos.

No obstante, hasta hace poco tiempo el propio CRC carecía de un mecanismo de comunicaciones individuales. En 2011, dos años más tarde de la OG12, fue aprobado el Tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a un procedimiento de Comunicaciones Individuales (en adelante 3OP, por sus siglas en inglés), que entró en vigor en 2014. El CRC cuenta también con un Reglamento que establece lineamientos generales acerca de cómo debe ser la escucha y participación de NNyA en el marco del 3OP (CRC, 2013).

Pese a su relevancia, a la fecha de la redacción de esta columna (12 de abril de 2019), solo 43 Estados lo han ratificado.² A su vez, de entre los 16 casos presentados ante el Comité en virtud del 3OP, 12 fueron declarados inadmisibles o archivados. Si bien este análisis cuantitativo en abstracto no es muy halagüeño, lo cierto es que los desafíos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH o I/A system) también son muchos.

A nivel regional, y de acuerdo al Reglamento de la CIDH, desde el nacimiento mismo del SIDH no existe ningún tipo de impedimento formal para que un NNyA pueda acceder de manera directa a la Comisión y formular una petición en su nombre (art. 28, Reglamento CIDH). Tampoco existe impedimento formal para actuar por sí ante la Corte IDH cuyo Reglamento establece que “las presuntas víctimas o sus representantes podrán presentar de forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y continuarán actuando de esa forma durante todo el proceso” (art. 25.1, Reglamento Corte IDH), aunque “de existir pluralidad de presuntas víctimas o representantes, deberán designar un interviniente común” (art. 25.2 Reglamento Corte IDH), cuestión que podría poner en jaque la independencia y protagonismo de los NNyA.

El SIDH sostiene que la participación “cumple un papel central en la vida democrática al canalizar y expresar algunas de las demandas sociales y al vigilar la aplicación de los derechos” (CIDH, 2017: párr. 445). Considera también que los mecanismos de quejas y denuncias deben “ser simples, ampliamente conocidos y estar diseñados pensando en los [NNyA]”, y que además éstos deben ser ágiles y accesibles. Afirma también que en tanto los NNyA enfrentan obstáculos adicionales, éstos deben ser removidos para que puedan ejercer su derecho a participar y ser oídos (CIDH, 2017: párrs. 194, 467, y concordantes). Más aún, la CIDH destaca que “no debe tratarse de cualquier tipo de participación, sino de una participación *significativa y protagónica*” (CIDH, 2017: párr. 310) (énfasis añadido): “ser oído es fundamental para determinar si hay una alternativa más apropiada a su interés superior” (Corte IDH, OC 21/2014, párr. 282). El listado de recomendaciones hacia cómo los Estados deben escuchar a NNyA sigue, y puede consultarse tanto en la jurisprudencia como en informes temáticos del SIDH.³

Ahora bien, ¿hasta qué punto la CIDH y la Corte IDH han tomado sus recomendaciones y estándares sobre el derecho de NNyA a participar y ser oídos, y a que su opinión sea tenida en cuenta como propia, y las han implementado en su labor diaria?

² De acuerdo a [<http://indicators.ohchr.org>] consultado el 12/04/2019.

³ Ver por ejemplo Corte IDH (2017), CIDH (2017).

Para responder objetivamente a esta pregunta se revisaron todos los videos disponibles online de audiencias celebradas desde 2011 a la fecha agrupadas bajo “Derechos de la Niñez”⁴ así como las últimas decisiones de soluciones amistosas, informes de fondo y casos enviados a la Corte de 2010 a la fecha, disponibles dentro de la sección de “peticiones y casos” de la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez.⁵ De 55 audiencias celebradas, solo en 1 participaron NNYA de manera directa. De las 38 decisiones, en 0. Esa única audiencia fue celebrada el 27 de marzo de 2014, durante el 150 Periodo de Sesiones, bajo el nombre “Justicia penal y derechos humanos de niños y adolescentes en las Américas”.⁶

En relación a los informes temáticos de la CIDH que abordan específicamente temas de NNYA, se observa que de 6 informes,⁷ solo en 3 se señaló de manera expresa haber mantenido reuniones con NNYA durante visitas *in loco* como forma de contribución para la elaboración del informe y sus recomendaciones. Los tres informes fueron elaborados con posterioridad a la audiencia de 2014. Uno de los 3 informes en los cuales no consta de manera expresa que se haya oído a NNYA es el atinente a la *Situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en los Estados Unidos de América* (2015) donde se indica que se celebraron múltiples visitas y reuniones, pero no se observa de manera clara que en tales espacios hayan participado NNYA. Aun así, la CIDH no ha indicado en tales informes cómo han sido esos intercambios, es decir: cuántos NNYA participaron, de qué edad, sexo, nivel educativo, condición socioeconómica, cuál fue la metodología utilizada, qué información se brindó, en qué espacios y contextos se realizaron esos encuentros, etc.

⁴ Consultado en [<http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/TopicsList.aspx?Lang=es&Topic=16>] el 12 de abril de 2019. Nótese que no todas las audiencias tienen registro multimedia disponible y varios de los hipervínculos de las audiencias del año 2011 no funcionan.

⁵ Consultado en [<http://www.oas.org/es/cidh/infancia/decisiones/cidh.asp>] el 12 de abril de 2019. Nótese que en ciertas oportunidades los hechos no permiten la participación activa y directa de NNYA en tanto han fallecido o han alcanzado la mayoría de edad.

⁶ Consultado en [<https://www.youtube.com/watch?v=KioEvROcoVg>] el 12 de abril de 2019.

⁷ Ellos incluyen los informes titulados: Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas (2011); Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas (2013); Situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en los Estados Unidos de América (2015); Violencia, niñez y crimen organizado (2015); Hacia la garantía efectiva de derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección (2017) y La situación de niños y niñas y adolescentes en el sistema penal de justicia para adultos en Estados Unidos (2018)

En el caso de la Corte IDH, el único caso parece ser el de Atala Riffo, especialmente a través de la solicitud realizada por medio de la Resolución de fecha 29 de noviembre de 2011 denominada “Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile. Participación de las Niñas”, donde se solicitó citar y escuchar de manera directa a las hijas de Karen Atala de 12, 13 y 17 años de edad.⁸ Sin embargo, a tal actuación sólo le fueron dedicados dos párrafos generales en la sentencia (párrs. 68 y 69), donde no se retoma ni se deja constancia de los relatos de las niñas, pero sí constan condiciones mínimas de esa escucha. Entre las consideraciones realizadas por la Corte IDH en relación al derecho a ser oído, es posible concluir la necesidad de asegurar los siguientes elementos:

- Consentimiento informado (proveer información “sobre su derecho a ser oídas, los efectos o consecuencias que podían producir sus opiniones dentro del proceso contencioso en el presente caso, la posición y los alegatos de las partes en el presente caso, y se les consultó si querían continuar participando en la diligencia”).
- Espacio amigable y confiable (“en lugar de desarrollar un examen unilateral, se sostuvo una conversación con cada niña por separado, con el objetivo de brindar un ambiente propicio y de confianza a las niñas”).
- Asegurarse de que NNYA no están siendo presionados ni inducidos por quienes actúan en su representación (“durante la diligencia no estuvieron presentes ninguno de los padres y ninguna de las partes”).
- Privacidad (las audiencias deben realizarse en privado).
- Protección de su identidad (a pedido de la CIDH, los progenitores, y el Estado se ordenó “proteger el interés superior de las niñas y su derecho a la intimidad”).
- Confidencialidad de la conversación (“las niñas solicitaron expresamente que se mantuviera absoluta reserva de todo lo que manifestaran en la reunión”).
- Reconocimiento de los diferentes puntos de vista e independencia de la opinión de cada una de las niñas.
- Presencia de un psiquiatra (¿o psicólogo?).

Indudablemente, este caso, en conjunto con la audiencia temática del 2014, constituyen precedentes fundamentales para el ejercicio del derecho de NNYA a participar, ser oídos y asegurarse que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

Sin embargo, esto no es suficiente. La Corte IDH y la CIDH deben establecer pautas claras en sus propios reglamentos, que identifiquen cómo defenderán y, en última instancia, entenderán y aplicarán el derecho a ser oído, garantizando que en todos los casos donde

⁸ Nótese una de ellas no pudo participar de la audiencia, “por motivos de fuerza mayor”, aunque la Corte IDH sí indica que estaba en condiciones de hacerlo.

haya NNyA involucrados sus voces sean escuchadas por y a través de ellos/as, así como establecer de antemano cómo se les dará la debida consideración.

Para ello, la Corte IDH y la CIDH deben basarse en su propia jurisprudencia, en la OG12 del CRC y su reglamento interno para establecer un conjunto integral de requisitos para cumplir con este derecho. De esta manera, basándose en el caso de Atala Riffo, el sistema podría incluir:

- Respetar el alcance fijado por el CRC y la Corte IDH, así como el CRC sobre el interés superior del niño/a y el derecho a ser oído.
- Respetar a todos los demás derechos potencialmente involucrados, en todo momento.
- Respetar en todo momento las opiniones de NNyA, que deberán considerarse según su edad y grado de madurez.
- Solicitar el consentimiento de NNyA para revelar su nombre públicamente y abstenerse de hacerlo si no se proporciona el consentimiento.
- Llevar a cabo audiencias en privado para evitar conflictos de intereses.
- Garantizar procedimientos que sean amigables para NNyA.

Además, la Corte IDH y la CIDH deberían velar por que los procedimientos sean lo más simples posible; abogar por que los Estados de la región ratifiquen el 3OP; rendir cuentas sobre cómo reconocen y defienden el derecho del niño/a a ser oído en su trabajo diario y ser transparentes acerca de qué voces, de qué NNyA, son escuchadas y cuáles no; involucrar NNyA a la hora de redactar sus reglas de procedimiento y/o directrices internas que los conciernan; tomar todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad de NNyA y evitar represalias; proporcionar roles relevantes y de liderazgo y espacios seguros para NNyA; establecer reglas claras sobre cómo se considerarán las opiniones de los niños/as y cómo se sopesarán frente a otros temas y voces relevantes, e informarlos acerca del resultado; garantizar la no discriminación y respetar la autonomía progresiva de NNyA y su interés superior; ser creativos y flexibles. Los/as niños/as pequeños/as, con discapacidad, con diferentes edades, etc. necesitarán expresarse de manera diferente; y, sobre todo, hacer efectiva y significativa la participación. La participación de NNyA debe ser considerada siempre como un punto de partida, un piso mínimo.

Como ha dicho el CRC “el objetivo de lograr oportunidades de aplicar verdaderamente el artículo 12 hace necesario dismantelar las barreras jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales que actualmente inhiben la oportunidad de que los niños sean escuchados y el acceso de los niños a la participación en todos los asuntos que los afecten. Ese objetivo exige preparación para hacer frente a los prejuicios acerca de la capacidad de los niños y estimular la creación de entornos en que los niños puedan potenciar y demostrar

su capacidad. Exige además un compromiso para destinar recursos e impartir capacitación” (GC12, párr. 135).

Sin lugar a dudas, garantizar el derecho de NNYA a ser oídos es un desafío, al igual que los/as propios/as NNYA. Requiere un verdadero compromiso con los Derechos Humanos. “Las reglas del debate, del diálogo, no sólo dicen el orden de la palabra sino también el reparto, quién participa, quién habla y quién escucha, quién decide, quién revisa, quién controla, y quién tiene la última palabra. Esto define a nuestro proceso judicial, a nuestra Justicia como institución, a nuestra profesión, al modo de administrar justicia, pero también define a nuestra sociedad, a nuestro Estado de Derecho”(ROBLEDO, 2013:278).⁹ Creo en un SIDH que quiere hacer realidad las voces de NNYA, y por lo tanto estoy comprometida a apoyar el sistema tanto como lo estoy con los derechos de NNYA.

Bibliografía

AITKEN, M. y LYLE, J. (2015) “Patient Adoption of mHealth: Use, Evidence and Remaining Barriers to Mainstream Acceptance”, IMS Institute for Healthcare Informatics, septiembre 2015. Consultado en [<https://www.iqvia.com/-/media/iqvia/pdfs/institute-reports/patient-adoption-of-mhealth.pdf?la=en&hash=B3ACFA8ADDB143F29EAC0C33D533BC5D7AABD689>] el 07/08/2018.

FEDERAL TRADE COMMISSION LAW SERVICES (2015) “A Cancer Detecting Mobile App? FTC Says No There’s Not an App for That”, FTC Law, 23 de Abril 2015. Consultado en [<http://www.ftclaw.com/2015/04/ftc-vs-mole-detective-and-melapp/>] el 07/08/2018.

KREBS, P. y DUNCAN, D. T. (2015) “mHealth App Use Among US Mobile Phone Owners: A National Survey”, JMIR Mhealth Uhealth, N°4, Vol. 3, e101. Consultado en [<http://mhealth.jmir.org/2015/4/e101/>] el 07/08/2018.

MCDONALD A. M. y CRANOR L. F. (2008) “The Cost of Reading Privacy Policies”, I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society, N° 3, Vol. 4, pp. 543-568. Consultado en [<http://lorrie.cranor.org/pubs/readingPolicyCost-authorDraft.pdf>] el 07/08/2018.

⁹ La traducción me pertenece.

PEREZ A. (2016) “Ser niño, niña o adolescente ante la jurisdicción internacional y local ¿Más derechos o más burocracia?”, *Revista En Letra Civil y Comercial*, año 1, N° 1, pp. 53-73.

P&S MARKET RESEARCH (2018) “Health Market Growing with the Increasing Demand for Patient-Centric Healthcare: P&S Market Research”, *Global Newswire*, 30 de mayo 2018. Consultado en [<https://globenewswire.com/news-release/2018/05/30/1514212/0/en/mHealth-Market-Growing-with-the-Increasing-Demand-for-Patient-Centric-Healthcare-P-S-Market-Research.html>] el 16/07/2018.

ROBLEDO, D. (2013) “Abogados/as de los niños, niñas y adolescentes: reflexiones desde el derecho procesal”, *Revista de la Facultad*, vol. IV, N° 1, Nueva Serie II, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, pp. 259-283.

WIECZNER, J. (2013) “How the Insurer Knows You Just Stocked Up on Ice Cream and Beer”, *The Wall Street Journal*, 25 de febrero, 2013. Consultado en [<https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887323384604578326151014237898>] el 07/08/2018.