

## El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño\*

Anabella J. Del Moral Ferrer\*\*

### *Resumen*

El derecho a opinar y ser oído de niños y adolescentes se introduce en la Convención sobre los Derechos del Niño como un principio novedoso que apareja cambios en la interrelación con éstos como sujetos de derecho. Las observaciones realizadas parten de una investigación documental en la cual se hizo una revisión de la regulación legal existente en el país y de la principal doctrina nacional y extranjera, en virtud de lo cual se puede afirmar que el derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes es un derecho novedoso que tiene como principales límites la edad y la madurez que éstos hayan alcanzado para formarse un juicio propio.

*Palabras claves:* Niños, Opinión, Convención

*The right to give the opinion that children and adolescents have about the Convention on the Rights of the Child*

### *Abstract*

The right to give opinion and to be heard that the children and adolescents have it is introduced in the Convention on the Rights of the Chile, as a new principle that prepares the changes of the interrelation with these as subjects of law.- The observations made come from the document investiga-

---

\* Recibido: 21/05/2007      Aceptado: 03/09/2007

\*\*Abogada. *Magíster Scientiarum* en Derecho Procesal Civil. Diplomada en Estudios Avanzados de Derecho de Familia y del Niño. Profesora Ordinaria Universidad Rafael Urdaneta. Profesora Agregada Universidad del Zulia de Personas y Familia, Derecho de Infancia y Adolescencia.

tion in which a revision was carried out from the legal regulation existing in the country and of the main national and foreign doctrine, in virtue of which they can affirm that the right that the children and adolescents have to give opinions, is a new right that has the main limits the age and maturity that they have reached in order to have their own judgment.

*Key words:* Children, opinion, convention

## **1. Introducción**

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989 en el seno de las Naciones Unidas, marcó hito en la historia de la humanidad y aunque suene reiterativo, representa uno de los mayores esfuerzos que a nivel internacional se ha logrado en materia de niños; es necesario mantenerla vigente, conocerla, interpretarla, aplicarla, criticarla, y perfeccionarla, creando instrumentos jurídicos que sean dignos representantes de la Doctrina de la Protección Integral. La Convención introduce dentro de la amplia gama de derechos que reconoce a título enunciativo a favor de todos los niños el grupo de derechos que proporcionan las bases para su participación en su condición de ciudadano, y que les permite ser protagonistas de su historia. En este sentido, dicho instrumento jurídico refiere a ellos particularmente de los artículos 12 al 17, consagrando el derecho a expresar libremente su opinión (12); el derecho a la libertad de expresión (13); el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (14); el derecho a la libertad de asociación y de celebrar reuniones pacíficas (15); el derecho a la protección de la vida privada (16) y el derecho a la información (17), pero de cuyo seno surge el respeto a las opiniones de los niños como un derecho fundamental para garantizar el ejercicio de otros.

Con estas facultades se abre el camino hacia un redimensionamiento de los espacios de interacción familiar, comunitaria, escolar, estatal, por sólo mencionar algunos de los planos donde el niño se desenvuelve desde su nacimiento y que supone la democratización de sus relaciones con los adultos, que no pueden ser vistas más como relaciones de subordinación sino de equilibrio basadas en el diálogo abierto y comprensivo.

Dentro del amplio espectro de posibilidades que presenta la participación como fenómeno de múltiples facetas, el derecho a opinar, se concibe como la vía a la cual todo niño debe tener acceso para que los adultos conozcan de diferentes maneras su interior y comprendan que están frente

a un pequeño individuo capaz de pensar y de actuar para producir cambios favorables en su entorno.

Es indispensable aprender que no hay peor error que pensar que nada hay que aprender de los niños y que la mejor decisión es la que siempre se consulta con ellos. Por ello, ningún país puede dejar de regular legalmente este derecho a la par de esta nueva concepción

## **2. Naturaleza: El derecho a opinar es un principio**

Con el advenimiento de la Doctrina de la Protección Integral, cuyo fundamento jurídico-filosófico surge de un conjunto de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y que tiene como máximo exponente la Convención sobre los Derechos del Niño, se abre paso a una revolución pacífica que lucha por el reconocimiento de los derechos de niños y adolescentes, sobre la premisa fundamental de la confirmación de su estatus jurídico como sujetos de derecho. En esta nueva visión surge el derecho a opinar y a ser oído como un principio general de la Convención, y así lo afirmó el Comité de los Derechos del Niño en su primer periodo de sesiones en 1991 al establecer que cuatro eran los principios generales de la Convención: La no discriminación (artículo 2), el interés superior del niño (artículo 3), el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo (artículo 6) y el respeto a la opinión del niño (artículo 12).

Elevar el derecho a opinar a la categoría de principio tiene claras y precisas implicaciones. Cuando se habla de principios en un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede afirmarse que los principios son derechos que permiten a su vez ejercer otros y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos (Cillero, 1999). En este orden, para que el niño pueda ejercerlos efectivamente, debe necesariamente respetarse su opinión en todas las circunstancias que puedan afectarlo.

En consecuencia, la opinión del niño debe tomarse en cuenta al momento de interpretar y aplicar en forma práctica cada uno de los derechos que en ella se enuncian, convirtiéndose así en un imperativo para los Estados Partes adoptarlo en sus legislaciones internas, pues no es posible concebir una ley en materia de niños, que pretenda acoger la Doctrina de la Protección Integral y no consagre este derecho en toda su extensión.

### 3. Contenido y alcance

Antes de entrar al análisis del derecho objeto del presente estudio es necesario realizar un breve recorrido por los principales instrumentos internacionales que en materia de derechos humanos lo consagran, a los fines de conocer las disposiciones que funcionaron como antecedentes inmediatos y mediatos de su regulación por parte de la Convención.

Así el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, estipula: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 19 dispone:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa, artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
  - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.
  - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Dentro del Sistema Interamericano, la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre también pauta en su artículo 4: “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión, de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio”.

Si bien es cierto que sobre estas bases se reconoce como derecho humano el derecho que tiene todo ser humano, toda persona a emitir sus opiniones, su consagración y regulación en la Convención sobre los Derechos del Niño debía responder a las particulares condiciones de crecimiento de los niños para ser cónsonos así con los criterios de desarrollo humano que ha establecido la psicología evolutiva, y según la cual el individuo en cada una de las grandes etapas de su desarrollo antes de llegar a la vida adulta

presenta características propias e individuales que merecen ser abordadas de manera diferente.

Aunado a lo anterior, la transformación de los niños en verdaderos sujetos de derecho trae consigo no sólo que sean reconocidos como titulares de derechos y deberes, sino que de acuerdo con su desarrollo evolutivo se les otorgue la capacidad para ejercer personal y directamente sus derechos en forma progresiva y asuman bajo este mismo criterio deberes y responsabilidades por sus actos, asegurándose de esta manera su desarrollo integral (Cornieles, 2000), estimulando así la formación de adultos útiles, participativos e integrados a la sociedad pero por sobre todas las cosas un individuo capaz de tomar sus propias decisiones en forma conciente y responsable. En definitiva el niño debe ser concebido como un sujeto activo de derechos.

Conjugando estos aspectos, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño regula el derecho a opinar de los niños en los siguientes términos:

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 la 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.

Consta el dispositivo de dos partes que requieren ser analizadas separadamente. En primer lugar, el párrafo número uno (1) alude propiamente al contenido y alcance del derecho en estudio, el cual se proyecta hacia tres elementos claramente definidos en la norma, a saber: El derecho a expresar su opinión, el derecho a ser oído y el derecho a que tales opiniones sean debidamente tomadas en cuenta en razón de la edad y madurez del niño. Y el párrafo número dos (2) especifica que el ejercicio de tal derecho debe extenderse a todo procedimiento administrativo o judicial donde se ventile algún asunto relacionado con el niño.

### **3.1. La tridimensionalidad del derecho a opinar**

El derecho a expresar su opinión, el derecho a ser oído y el derecho a que tales opiniones sean debidamente tomadas en cuenta en razón de la edad y madurez del niño, son aspectos que se encuentran estrechamente vincula-

dos entre sí, dando origen a una interdependencia indisoluble, pues los tres deben concurrir a objeto de garantizar efectivamente el derecho a opinar. La ausencia de uno atenta contra su ejercicio efectivo, configurándose una situación violatoria, pues qué sentido tendría solicitar su opinión pero que la misma no fuese escuchada, en el entendido que muchas veces se oye y no se escucha; aunque parezca un juego de palabras escuchar supone oír con atención; o que lo escuchásemos pero su opinión no fuese tomada en cuenta y en el peor de los casos se le negase la posibilidad de expresarse.

### **3.1.1. El derecho a opinar**

Se muestra este primer aspecto, como el presupuesto necesario para la participación de todo niño en todo ámbito y en todo asunto que le concierna, esto es, que de alguna manera incida sobre algún espacio de su vida; a través de él se le proporciona la oportunidad necesaria para que haga uso de la facultad que tiene de expresar, de manifestar su querer, su pensamiento, su inquietud y si fuese el caso su decisión.

El Manual de preparación de informes sobre los derechos humanos de 1998 ha expresado en esta dirección que los Estados Partes tienen la obligación de asegurar a todo niño la posibilidad de decir lo que piensa acerca de las situaciones que puedan afectarlos (Hodgkin *et al*, 2001).

Se le debe otorgar al niño la facultad para intervenir, pues no puede ser considerado más un sujeto pasivo o alguien a quien se puede privar de este derecho, salvo que sea incapaz de tener opiniones propias, como podría ser el caso de niños con escasos días de nacidos y aun así un recién nacido se manifiesta y genera conductas externas.

Aun cuando el texto del artículo supedita dicho derecho a que el niño esté en condiciones de formarse un juicio propio, pueden presentarse situaciones concretas en las cuales el éste cuente con tales condiciones pero no pueda comunicar su sentir, o no haya alcanzado la madurez necesaria o una determinada edad, sin embargo tal posibilidad no puede verse limitada, pues aun en tales casos los más pequeños si bien no tendrán el derecho a opinar en su sentido más estricto si deberán tener el derecho a ser escuchados. Esto conlleva a plantear el derecho a opinar desde una visión restringida, o en su significado estricto, según el cual el mismo supone emitir un juicio valorativo sobre un determinado tema o asunto, y desde una visión más amplia, como la posibilidad que tiene el individuo de expresarse. Sobre la base de esta última idea el derecho a opinar debe garantizarse independientemente de la edad.

No obstante, no puede obviarse que en el mismo párrafo se establece que el niño tiene derecho a expresar su opinión libremente, esto comprende: En primer lugar, de acuerdo al Manual de Aplicación de la Convención, no existe un sector reservado a la autoridad de los padres o de cualquier adulto donde no tenga cabida la opinión del niño; y en segundo lugar, que el niño no puede ser obligado o constreñido a opinar sino quiere, esto es, no puede ser coaccionado, objeto de presión, o influencia, pues se desvirtuaría la esencia misma del derecho que es ofrecer al niño la posibilidad de elegir si opina o no (Hodgkin *et al*, 2001).

Como consecuencia de lo anterior, el niño puede entonces adoptar dos posturas: opinar o no opinar. No obstante, la negativa de un niño a emitir opinión debe ser observada con atención, por cuanto es posible que existan sobre él presiones para que asuma dicho comportamiento. Esto lleva a establecer una diferencia con relación al ejercicio de este mismo derecho por parte de un adulto, pues si este no quiere hacer uso del mismo, en razón de que se presume un ser autónomo totalmente, no existiría la posibilidad de ahondar en dicho proceder. Pero diferente debe ser cuando se trate de sujetos en pleno proceso de desarrollo, donde las influencias externas pueden manipular su decisión hacia uno u otro lado. En todo caso, no debe estar presente ninguna circunstancia fuera de él que le impida o le obligue a expresar su opinión.

Es imperativo aclarar, que como plataforma necesaria y anterior a la opinión del niño, éste debe ser informado oportunamente con relación al asunto en cual se le requiere, así como de las diferentes circunstancias, consecuencias y opciones, pues la idea es que emita una opinión informada, es decir bajo el asesoramiento pertinente y adecuado a su edad.

### ***3.1.2. El Derecho a ser escuchado***

Este comporta la obligación activa, el deber que tiene el sujeto receptor de la opinión de escuchar aquello que el niño tiene que decir y escuchar significa que aquella persona, generalmente un adulto, debe prestar atención significativa a lo expresado.

Mientras el sujeto activo del derecho a opinar es el propio niño, el sujeto sobre el cual recae la acción del derecho a ser escuchado es aquel individuo en cuyas manos está tomar una decisión que pueda afectarlo. Este deber de todo adulto surge en razón del derecho que tiene el niño de opinar y por ende de participar en diferentes procesos, que varían según su edad y desarrollo, abarcando diversas posibilidades, tales como: formarse puntos

de vistas, expresar ideas, ser informado y consultado, hacer propuestas, analizar situaciones, entre otras que implican finalmente la toma de decisiones que incidan sobre su vida en cualquiera de los campos hacia los cuales él desarrolla su personalidad como sujeto de derecho.

Este derecho requiere de una conducta amplia que le permita al niño sentirse tomado en cuenta, pero sobretodo obliga a disponer del tiempo, de la capacidad necesaria para atenderlo y de una actitud respetuosa hacia su condición particular de individuo en crecimiento. Exige del adulto, por tanto, un cambio radical en la forma de pensar y en su manera de actuar.

Igualmente, el ser escuchado debe dar origen al establecimiento de fórmulas y mecanismos que estimulen, permitan y fortalezcan la participación del niño a todo nivel.

### ***3.1.3. El Derecho a que sus opiniones sean debidamente tomadas en cuenta en función de su edad y madurez***

Este constituye el último de los tres componentes de lo que se ha denominado la tridimensionalidad del derecho a opinar y constituye en sí el fin último, la meta a lograr, sin lo cual el derecho a opinar carecería de su contenido más elemental, pues cabe preguntarse de qué valdría reconocerle y permitirle a un niño que opine, escucharlo, si su opinión no va a ser sopesada al momento de tomar una determinación con relación a su vida. Cuando todo ser humano opina es porque quiere, porque persigue que de alguna forma lo que ha manifestado sea considerado.

Empero, aquí es donde resulta indispensable adecuar el ejercicio de tal derecho a las especificidades de los niños, apreciando para ello necesariamente la progresividad que debe reconocérseles en dicho ejercicio y que conduce a tomar en cuenta la evolución de sus facultades (noción esta que introduce la Convención en su artículo 5).

Al igual, que en el derecho anterior, el deber correlativo que encierra este derecho recae precisamente sobre la persona que va a tomar una decisión, la cual comporta la elección de una entre varias alternativas, y en cuya valoración de los factores en juego, uno que deberá ser estimado sin excusas y seriamente será la opinión del niño, incluso dependiendo de las circunstancias podrá ser el más importante.

Aun cuando la Convención no establece en líneas generales parámetros de edad en cuanto al ejercicio de los derechos, ciertamente la fuerza de lo expresado por el niño en la convicción de quien tengan la responsabilidad de

decidir, dependerá de dos criterios: uno objetivo (la edad) y otro subjetivo (la madurez), los cuales serán analizados más ampliamente en el punto que refiere a las limitaciones.

### **3.2. La opinión de los niños en procedimientos judiciales y administrativos**

Cuando la Convención propugna la intervención del niño dentro de un procedimiento judicial, bien sea civil, penal, o dentro de un procedimiento administrativo, amplía el espectro de posibilidades hacia las decisiones que órganos de carácter administrativo o judicial puedan adoptar en materias donde tradicionalmente los niños no eran consultados, tales como divorcios, visitas, colocación, guarda, educación, salud, recreación, ambiente, etc. En todo caso, la condición indispensable, es que en el mismo esté siendo tratada una situación fáctica estrechamente vinculada con el niño.

La Convención deja a cada legislación la forma de regular dicha participación procesal, señalando de antemano que la misma puede ser bien directamente o a través de un representante u órgano apropiado.

En este orden de ideas el Manual de Preparación de Informes sobre Derecho Humanos de 1998 comenta:

Cada una de estas formas es una alternativa posible destinada a dar al niño la mejor posibilidad para que exprese sus opiniones libremente y con conocimiento de causa. Un representante puede ser una persona responsable del niño, en particular los padres o los tutores, pero también puede designarse específicamente a alguien para un determinado asunto que concierna al niño: este será el caso cuando los procedimientos apunten a conflictos de intereses entre el niño y los padres. Un órgano apropiado significa cualquier persona o institución, incluso de índole no gubernamental, que pueda intervenir en nombre del niño y esté guiada por su interés superior. (Hodgkin *et al*, 2001)

La extensión del radio de acción del derecho a opinar se erige como un aspecto sumamente novedoso y que representa un desafío para aquellas legislaciones que tímidamente establecían casos muy concretos de participación judicial o extrajudicial, como era el caso de la legislación venezolana.

No obstante, la referencia a “las normas de procedimiento de la ley nacional”, encierra la obligación para los Estado de establecer procedimientos que no sólo se adecuen a dicho artículo sino además al carácter integral de la Convención y reconozcan sinceramente, y no eufemísticamente la condición del niño como sujeto pleno de derecho.

#### **4. Ámbitos donde se requiere la opinión del niño**

La Convención es sumamente amplia al enunciar que el niño tendrá el derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten; esto se traduce definitivamente en cualquier ámbito donde éste se desenvuelva. La redacción es favorable, pues obviamente hubiese constituido una seria restricción establecer una lista de aspectos sobre los cuales los Estados Partes debían al niño permitir o no expresar sus opiniones. Por tanto, deberá solicitarse su opinión en todos los asuntos, aún en aquellos no expresamente establecidos en la Convención.

A su vez es posible establecer claramente las responsabilidades, en el sentido de las personas obligadas a respetar este derecho. Dentro del conjunto de principios que informan la Doctrina de la Protección Integral, se señala el Principio de Corresponsabilidad, Coparticipación o simplemente Participación, a través del cual la Convención distribuye responsabilidades concurrentes y específicas en tres actores: Familia, Estado y Sociedad, lo cual permite visualizar claramente los ámbitos en los cuales debe ser garantizado el derecho a opinar de todos los niños, para concluir que realmente no se concibe un campo donde no deba materializarse el ejercicio de este derecho.

Ahora bien, todo asunto que se plantee a nivel familiar, estatal o social afecta al niño bien directamente o indirectamente, y es menester hacer esta aclaratoria por cuanto el texto de la disposición no distingue.

Al respecto la doctrina señala:

El derecho del niño de hacerse un juicio propio y de expresarse conlleva el deber simétrico de los adultos (de todos, no solamente de los que tienen alguna responsabilidad con el niño) a escucharlo. La superación de la letra del artículo, necesaria para establecer esta relación de simetría entre el derecho del niño y el deber de los adultos, se alcanza dando una extensión correctamente amplia del concepto de “los asuntos que afectan al niño”. Todos los asuntos sobre los que intervienen los adultos con decisiones y actuaciones afectan e interesan a los niños, ya sea de manera directa e inmediata, sea de manera indirecta. Y en realidad, ¿cuáles serían los asuntos que no les afectan? (Baratta, 1999: 53)

En virtud de las acertadas observaciones del autor mal podría un Estado establecer en forma puntual las áreas en las cuales debe escucharse a un niño, pues englobar los asuntos bajo el criterio estricto de sólo aquellos aspectos de su interés directo sería un atentado al derecho a opinar.

El niño como todo individuo es un ser relacional que interactúa permanentemente con otras personas en diferentes momentos de su vida y en distintos espacios: familiar, escolar, comunitario, entre otros, y dependiendo de la etapa de desarrollo en que se encuentre unos cobrarán mayor importancia. No obstante, existe un ámbito personalísimo, individual, que incumbe sólo al niño en sí mismo, y es por ejemplo, lo que se refiere a su propio cuerpo, a su pensamiento, conciencia, a lo que en definitiva quiere ser o llegar a ser, y donde su elección por alguna opción no deberá ser sustituida por la decisión de otra persona, salvo en casos excepcionales que le imposibiliten hacerlo, verbigracia enfermedad, no haber alcanzado la madurez suficiente, etc.

Es menester aclarar, que al hacer referencia a los actores de la protección integral deben hacerse ciertos señalamientos.

En primer lugar, la obligación principal de los Estados es regular legalmente y con suficiente amplitud el ejercicio de este derecho en todos los ámbitos, a todo nivel y en todo momento o circunstancia, regulando especialmente lo atinente a los procedimientos judiciales y administrativos en cuanto a la forma, condiciones y sujetos idóneos para llevar a cabo la audición del niño o adolescente.

En segundo lugar, muy diferente y de mayor trascendencia para el efectivo y progresivo ejercicio de este derecho es el respeto que la familia debe brindar a los niños, con lo cual se apunta así a otro de los principios de la Doctrina de la Protección Integral: El rol Fundamental de la Familia; pues esta constituye el grupo de socialización primaria, que se encuentra en contacto directo y permanente con el niño durante el crecimiento hasta llegar a la vida adulta, incluso después, y donde se comienza a tener conciencia de los derechos y que constituye el espacio en el cual se toma las decisiones que pueden afectar determinadamente la vida de un niño.

Es claro que en la medida que el niño avanza hacia la adolescencia va tornándose más independiente, más autónomo en sus actuaciones y decisiones, y en consecuencia el papel de los padres debe ajustarse a estos cambios progresivos, ofreciéndoles un espacio mayor para desplegar su individualidad y elegir por sí solo pero bajo su orientación las opciones que en diferentes campos (social, cultural, recreativo, educativo, personal, sexual, entre otros) se le presentan. Por tanto el camino hacia la madurez debe pasar por un mayor ejercicio de la autonomía.

La familia, es el lugar por excelencia donde deben efectivizarse en primer lugar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes cuyas opiniones deben ser priorizadas para la toma de decisiones familiares.

Es aquí precisamente donde la doble función de la familia que se desprende del artículo 5 de la Convención<sup>1</sup> alcanza toda su importancia, pues los padres deben: Impartir orientación y dirección en consonancia con la evolución de las facultades del niño (Función Orientadora) y permitirle a los hijos que ejerzan sus derechos (Función Permisiva). (O'Donnell, 1996) Asumiendo que el niño tiene derecho a ser diferente y a discrepar en su valoración de la realidad.

Y finalmente, el ambiente comunitario hacia el cual el niño despliega su actuación, y que puede adoptar diferentes formas: escolar, recreativo, cultural, deportivo, artístico, y en los cuales se deben proporcionar los espacios necesarios para la participación del niño por medio de su opinión, tomando en consideración que esta no sólo se ciñe al plano oral, sino a cualquier forma que el niño tenga de comunicarse y expresar su interior.

Resalta por el papel preponderante que desempeña en la formación de los niños y adolescentes, la escuela en todos sus niveles y modalidades. El artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “ la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales...”, y estas mismas palabras fueron tomadas por el artículo 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la siguiente forma: “ Los Estados Partes convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre...”. Y el artículo 29.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su literal “a” indica que la educación deberá estar encaminada

---

<sup>1</sup> El artículo 5 de la Convención expresa: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, **en consonancia con la evolución de sus facultades**, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención “. (subrayado nuestro).

al desarrollo de su personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta su máximo potencial.

La educación abarca un proceso de formación permanente, donde convergen las diferentes etapas de la escolaridad formal con experiencias vitales, tales como culturales, religiosas, deportivas, laborales, entre otras; y en lo cual los estudiantes (niños, niñas y adolescentes) deben participar activamente, pues es un proceso donde ellos constituyen sujetos activos y pasivos del mismo. De aquí, que los educadores, tengan el supremo deber de fomentar, apoyar y estimular, bajo esquemas de respeto a la condición humana y trato acorde y no discriminatorio, el desarrollo de ciudadanos libres, dinámicos, participativos y con un sentido crítico de su entorno.

## **5. Límites del derecho**

Cuando se hizo referencia al derecho que tiene todo niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, de que sus opiniones sean debidamente tomadas en cuenta en función de su edad y madurez, se dejaron por sentado los límites que la propia Convención señala. Sin embargo no puede obviarse, que aún cuando la Convención ya arriba a los dieciséis (16) años desde su aprobación el 20 de noviembre de 1.989, el cambio que ella aparejó, apareja y se proyecta a futuro, remueve profundamente las estructuras sociales, culturales y jurídicas que se habían erigido sobre la consideración del niño como objeto de protección, sujeto pasivo, recipiente de las decisiones que las demás personas tomarán con relación a ellos.

En este sentido se ha expresado:

Al margen de que nos preguntemos si debe existir algún límite al derecho introducido, no podemos sino subrayar hasta qué punto restan fuerza a la idea de que la opinión del menor debe ser escuchada expresiones tales como “que este en condiciones de formarse un juicio propio” o “en función de la edad y madurez del niño” o el hecho de que tal opinión pueda ser escuchada “directamente o por medio de un representante o de un órgano adecuado.

Tales giros del lenguaje no deben relativizar ni atenuar el vigor de un postulado que supone aceptar que el niño no es un objeto de amparo o compasión, sino un sujeto de protección con derecho a la debida intervención y a ser oído en todos los asuntos en que sea parte o en los que sin revestir tal carácter se refiera a materias que lo afecten. (Risolia, 1998: 258)

Una de las principales transformaciones de la Doctrina de la Protección Integral es lo relativo al equilibrio que debe existir en la relación libertad-autoridad, pues bajo el paradigma de la situación irregular el ejercicio de

la autoridad por parte del Estado y de los adultos (sociedad y familia) era ilimitada sobre la tesis de la incapacidad-compasión-represión respecto a los “menores”, lo cual les permitía tomar todas las decisiones sobre la vida de los niños, planteándose entonces una relación de subordinación, en virtud de la cual les era negada toda posibilidad de expresarse por aquella idea de que el niño “no sabe lo que quiere”. Ante esto, el objetivo de la nueva doctrina es crear un equilibrio entre la libertad de éstos y la autoridad de aquellos, pues el ejercicio de la libertad por parte de estos pequeños ciudadanos no puede ser ilimitada, pero tampoco los límites que ese establezcan pueden ser tan restrictivos de su libertad que anulen su condición de sujeto de derecho, en todo caso siempre deben estar acordes a su nivel de desarrollo. Evidentemente, el derecho opinar se presenta como una manifestación de la libertad que debe reconocerse a los niños.

En consideración entonces de que tales enunciados contemplados en la Convención no pueden ser entendidos como negación de su condición sino como la adecuación y especificación, que de los derechos en general esta hace, para las particulares circunstancias de vida de la infancia-adolescencia (Cillero, 1999), es posible hablar de límites internos y límites externos.

### **5.1. Límites internos**

Con relación a los límites internos dos son los contemplados en el artículo 12: la edad y la madurez, que en conjunto deben determinar las condiciones necesarias para que el niño pueda formarse un juicio propio.

La edad constituye un criterio objetivo, pues siempre es posible conocerla aun cuando no existan documentos de identidad del niño que permitan su establecimiento, pues incluso a través de un examen físico esta se puede conocer con cierto grado de certeza.

Con respecto a este factor limitante es indispensable hacer referencia al artículo 1 de la Convención, el cual consagra los sujetos que recibirán la protección especial de dicho instrumento internacional: “...se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría”. Ciertamente, no se concretan en todo el cuerpo de la Convención salvo ciertas excepciones (artículo 37 y 38)<sup>1</sup>, orientaciones definidas sobre la

---

<sup>1</sup> El artículo 37.a. expresa que los Estados Partes velarán porque ningún niño sea sometido a torturas ni otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de **18 años de edad**. Y el ar-

edad, y en esta disposición en especial no se marca nítidamente cuando comienza y cuando finaliza la infancia, pues se buscó una redacción que fuese lo suficientemente amplia y flexible que no permitiese colisión con los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado. Tal imprecisión llevó al Comité de los Derechos del Niño a solicitar información acerca de las edades mínimas establecidas legalmente y en lo que respecta a la definición de niño en cada país.

En consecuencia, el artículo 12 al igual que muchos otros no indica la edad a partir de la cual el niño tiene derecho a opinar, en virtud de que no sólo es la edad lo determinante sino también la madurez.

La madurez, es el otro factor que goza más bien de una naturaleza subjetiva, pues es aquí donde de acuerdo a la edad surgen las condiciones para formarse un juicio propio. La madurez psicológica del niño no siempre es directamente proporcional a la edad, aun cuando existen estándares suministrados por la psicología evolutiva que permiten conocer con cierta exactitud si el niño se encuentra en las condiciones físicas y mentales para ejercitar sus derechos.

Con la madurez se alcanza el discernimiento, es decir, la posibilidad de distinguir lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto y de valorar los aspectos involucrados en una situación, considerando las consecuencias favorables y desfavorables. Pero esta facultad se va adquiriendo evolutivamente.

Sin ánimos de desviar la atención del lector, se ha considerado conveniente indagar sobre los cambios que experimenta el ser humano en la transición de la infancia a la adolescencia, entendiendo esta última como la etapa del desarrollo entre la infancia y la edad adulta.

De acuerdo a estudios suficientemente comprobados, la madurez física se alcanza entre los 12 y 14 años, resultando aceptables edades menores o mayores, y es precisamente en estos rangos de edad que el niño entra a la adolescencia.

Diversas investigaciones, entre las cuales destacan las de Jean Piaget y Lawrence Kohlberg, han demostrado que la madurez cognitiva, entendiendo esta como la capacidad para pensar de forma abstracta se alcanza en la adolescencia y permite al adolescente pensar no sólo en función de lo que

---

tículo 38.2. indica que los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los **15 años de edad** no participen directamente en las hostilidades.

observa en una situación concreta, sino que además puede imaginar una variedad infinita de posibilidades, puede pensar en situaciones hipotéticas, considerar todos los aspectos de una situación y plantearse un problema intelectual de forma sistemática. (Papalia *et al*, 2001)

En cuanto al desarrollo moral, entendiendo por este el desarrollo de un sentido individual de la justicia, según Kohlberg, las personas pasan por una serie de etapas en la evolución de su sentido de la justicia. Señala en este sentido, que los preadolescentes tienden a pensar en función de reglas concretas e invariables, pero los adolescentes, sin embargo son capaces de razonar en un plano superior, entienden principios morales más amplios, pueden comprender que la moral no siempre es blanca o negra y que pueden haber conflictos entre dos tipos de normas socialmente aceptables. (Feldman, 2001)

Cabe hacer mención aquí por lo innovador de su regulación en este tema a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en Venezuela, pues en ella se estableció en su artículo 2, la creación - división en dos grandes grupos de todos aquellos sujetos que no hayan alcanzado la mayoría (la cual se alcanza a los 18 años según el Código Civil vigente): niños, toda persona con menos de doce años, y adolescentes, toda persona con doce años o más. En concordancia con lo dispuesto, el artículo 13 del mismo cuerpo legal señala: “Se reconoce a todos los niños y adolescentes el ejercicio personal de sus derechos y garantías de manera progresiva y conforme a su capacidad evolutiva. De la misma forma se le exigirá el cumplimiento de sus deberes”.

Con ello, el derecho venezolano no fija tampoco fronteras rígidas de edad, lo cual resulta lo más conveniente, pero la desventaja es que dejan siempre la definición acerca de cuándo el niño ha adquirido suficientemente entendimiento en la valoración que realicen personas adultas, quienes en algunas situaciones puede desestimar el concepto de evolución de las facultades del niño, según el cual el niño adquiere el derecho de tomar decisiones (y por ende de opinar) por sí mismo en relación con ciertas cuestiones una vez que ha adquirido suficiente entendimiento.

Si se analiza en conjunto lo concluido por los estudios realizados en el área de la psicología y lo dispuesto normativamente, podemos afirmar, que mientras más cerca de la adolescencia se encuentre un niño en edad, sus posibilidades de formarse un juicio propio acerca de asuntos de su interés, que le permitan emitir una opinión, serán mayores que cuando esté más próximo a la infancia. Pero, la edad no puede levantarse como un

muro frente al derecho que tiene el niño de menor edad de expresarse y ser escuchado, sólo que en todo caso el abordaje deberá ser distinto y deberá estar en manos de personas especializadas que sepan darle lectura a otras formas de comunicación distintas del lenguaje oral. Pero, en todo caso, el establecimiento de la madurez de un niño siempre dependerá de criterios subjetivos de otras personas.

Hay otro elemento al cual hacer referencia cuando el artículo en examen enuncia "...teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño...". Cabe preguntarse hasta qué punto la opinión del niño debe ser acatada por el sujeto receptor de la misma a quien le corresponde tomar una decisión y decidir finalmente conforme a lo expresado por él. La Convención deja abierta la posibilidad de que cada Estado Parte estipule internamente lo que considere conveniente, sin embargo hay que separar la opinión del consentimiento, pues el consentimiento puede verse como una opinión que encierra una decisión de carácter vinculante, obligatorio.

No obstante, aún cuando legalmente en muchos casos no se le confiera el carácter de vinculante a la opinión del niño, la misma progresividad en el ejercicio de los derechos le imprime a su opinión una fuerza natural de la cual resulta a veces difícil de apartarse. Todo ello, partiendo de que opinar no significa decidir y que respetar la opinión consiste en escucharla pero no forzosamente aprobarla, pero si tomarla seriamente en cuenta a la hora de estimar los otros elementos que se conjuga en una decisión. Así por ejemplo, en materia de revisión y modificación de guarda la legislación venezolana estipula que deberá escucharse la opinión del hijo cuando la solicitud no haya sido presentada por él<sup>1</sup>; si fuese un adolescente y manifestase no querer vivir con la madre por razones válidas desde su condición, la ley no señala el carácter de vinculante, pero ¿podría un juez imponerle a ese adolescente vivir con su madre ante su negativa expresa?. Resultaría sumamente difícil.

## **5.2. Límites externos**

Hablar de límites externos exige, hacer mención a los factores que fuera del niño constituyen un obstáculo para emitir su opinión. Quizás el más importante se encuentre en el adulto que va a sopesar lo expresado por el niño para resolver algún asunto que de manera directa o indirecta lo toca.

---

<sup>1</sup> Artículo 361 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. (1998)

Es la persona, que puede representar a su vez una actitud social tradicional que niega el concepto del niño como sujeto activo de derechos y que desde una visión conservadora consideran que su consagración puede dar origen al desorden, socavar la autoridad dentro de la familia o en otros espacios donde los niños se desenvuelven, tales como los referidos al ámbito escolar.

Ha sido, es y será la mayor barrera, por ello el derecho a opinar se presenta como un reto, pues no es posible seguir pensando que sólo los adultos representan los intereses de los niños. Esto conlleva a un cambio de actitud de los padres, de la comunidad, de la escuela, de las autoridades judiciales y administrativas, y en general de todo aquel que labore para los niños y que va a requerir obviamente de una capacitación y sensibilización en este sentido.

En este orden de ideas se ha expresado:

El deber de aprender de los niños para orientar y modificar actitudes o acciones lo tienen los adultos tanto con respecto a su uso público como a su uso privado de la libertad, entendiéndose por libertad el desarrollo mismo del niño, que requiere al mismo tiempo remoción de obstáculos y condiciones positivas de todo tipo, materiales, afectivas, sociales y culturales. El derecho a ser escuchado, a la luz de los principios de la Convención, lo tiene también el niño prematuro, para que el especialista percha con el estetoscopio los signos de sus problemas vegetativos y sus necesidades, así como el adolescente que pretende hacer sentir su voz en la escuela, a la hora de establecerse los contenidos y metodología de la enseñanza. Y finalmente, el derecho del niño a ser escuchado significa también el derecho a ser respetado en su capacidad de orientación autónoma de comenzar con la esfera vegetativa para llegar a la esfera intelectual y moral. No se trata ciertamente de negar el deber de los padres y los educadores de favorecer y acompañar el desarrollo físico, afectivo, intelectual y moral del niño, sino de reconocer los límites del cuidado y la función educativa encuentran allí donde se conviertan o puedan convertirse en procesos de manipulación y en la represión de las capacidades del niño y especialmente del niño pequeño. (Baratta, 1999: 55)

Ante esto se debe tener claro que la nueva doctrina no fomenta el desacato a la autoridad, cualquiera que sea la forma que adopte, ni tampoco la defensa de los derechos de los niños debe ser concebida como un conflicto con lo derechos de las demás personas y en especial de los padres, lo que se persigue en este último caso es reforzar los derechos de toda la familia y demostrar que los derechos del niño y de la familia, en particular de sus padres van de la mano.

Se busca que los niños se conviertan en interlocutores activos en lugar de un reflejo pasivo de los deseos de los adultos y de los padres.

Esto conlleva a la instauración de esquemas de participación democrática a todos los niveles y en todas las áreas, pero particularmente dentro de la familia, donde es indispensable que la comunicación y la comprensión rijan las relaciones entre padres e hijos para lograr así el equilibrio del binomio autoridad-libertad.

El Manual de preparación de informes sobre derechos humanos haciendo una interpretación concordada de los artículos 12 y 5 (Orientación de los Padres y Evolución de las facultades del Niño) expresa: A la luz del artículo 12, deberá prevalecer un sistema de diálogo responsable, positivo y compartido. De hecho, los padres están en una posición muy favorable para ayudar al desarrollo de la capacidad del niño de intervenir de manera progresiva en las diferentes etapas de la toma de decisiones, para prepararlo a una vida responsable en una sociedad libre, dándoles la información necesaria, así como la debida orientación y dirección, garantizando al niño al mismo tiempo, el derecho de expresar libremente sus opiniones y de que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta. (Hodgkin *et al*, 2001)

Los padres no tienen, en función de este derecho de los hijos, que respaldar siempre sus opiniones decidiendo conforme a lo querido por ello, pues como se señaló en líneas arriba opinar no es decidir, pero en caso que la decisión adoptada por los padres sea diferente nacerá para ellos la obligación de explicarles los motivos por los cuales se apartaron de la misma.

Podría incluirse también como una limitante a este derecho el asunto en sí objeto de análisis, como tema que deba necesariamente afectar al niño, situación con respecto a la cual he dejado clara mi posición en líneas atrás. La razón de esta aclaratoria estriba en la observación que al respecto se realiza en el Manual de Preparación de Informes sobre los Derechos Humanos (1998), al afirmar que el artículo en cuestión deberá aplicarse a todas las situaciones, incluso las que no estén específicamente reglamentadas por la Convención, siempre que tengan un interés particular para el niño o puedan afectar su vida. Existirán circunstancias donde no haya lugar a dudas, pero cuando la respuesta no se presente tan transparente, cabe preguntarse quién será el que determine si el asunto en cuestión guarda o no interés particular para el niño, o afecta su vida. Existirán circunstancias donde no haya lugar a dudas, pero cuando la respuesta no se presente en forma clara, cabe preguntarse quién será el que determine si el asunto en cuestión guarda o no interés particular para el niño, o afecta su vida. El

criterio de la relevancia universal de los asuntos para el niño no corresponde solamente a los asuntos definidos estrictamente como de sus intereses, sino a los intereses de todos los adultos, de manera que asumiendo en su mayor radio de acción su deber de tomar en cuenta la opinión, conseguirían un criterio evaluativo y un método de decisión, que ha sido desestimado con desventaja para todos. (Baratta, 1999)

## **6. El Derecho a Opinar y el Interés Superior.**

Ambos, el respeto a las opiniones del niño y el interés superior, son principios fundamentales que introduce la Convención desde la óptica del nuevo paradigma de la Protección Integral, y cuyo fin primordial es proporcionar pautas interpretativas para sus disposiciones.

El párrafo 1 del artículo 3 de la Convención estatuye: “1. 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”.

Este principio que de alguna forma ha liderizado y ha sido una de las principales banderas de la Doctrina de la Protección Integral, enfrenta un gran problema y es lo que respecta a su definición, pues muchas veces se presenta como una noción ambigua, maleable ante las diferentes circunstancias que encierran conflictos de derechos con niños y cuya precisión puede entrar en el campo de discrecionalidad de los adultos. Pero, la misma no constituye una debilidad insalvable si asumimos responsablemente, desde el punto de vista social y jurídico, que su contenido debe resultar de la interpretación holística de la Convención y del substrato ético sobre el cual ella descansa y que tiene como base fundamental la consideración del niño como sujeto de derecho y de derechos.

El interés superior del niño debe ser entendido, como la plena satisfacción de sus derechos, que sólo encuentra respaldo dentro un marco normativo y social basado en el respeto a los derechos humanos de todas las personas y en especial de los niños. (Cillero, 1999)

En consonancia con lo anterior, el interés del niño se encuentra necesariamente ligado al ejercicio de sus derechos fundamentales, en razón de lo cual se impone el deber correlativo de respetar las diferentes etapas evolutivas de la niñez con sus propias demandas y expectativas.<sup>1</sup>

Este pilar de la nueva doctrina emerge del propio niño y se proyecta hacia las demás personas (cualquiera que sea su condición: padres, jueces, autoridades administrativas, gobernantes, directores de escuelas, entre otros) que por diversas razones, tienen la posibilidad de decidir sobre cualquier punto que pueda incidir sobre él directa o indirectamente, para transformarse en un límite a su actuación. Si esto es así, lo primero que se debe conocer es la opinión de ese niño, y es aquí donde el interés superior y su opinión se unen estratégicamente, pues sólo conociendo su pensar, su sentir, su querer será más fácil determinar el contenido del interés superior y por consiguiente adoptar una alternativa mas adecuada y con menos riesgo de error o falla.

Algunos autores refiriéndose al caso específico del juez han expresado: “Escuchar al niño no es simplemente oírlo, es considerarlo y pensarlo como una persona. Cuando un juez quiere evaluar cuál es la decisión que mejor lo favorece, se imagina una mejor calidad de vida, física y psíquica, un desarrollo más favorable, menores riesgos, etc. Indudablemente uno de los elementos esenciales para dicha valoración es conocer al niño, su personalidad, sus necesidades, sus inclinaciones o dificultades”. Añadiendo: “Si bien la palabra del menor no define la decisión judicial, sus pensar y sus sentimientos constituyen un ingrediente esencial de la determinación del juez”. (Grossman, 1998: 62)

Pero a la par, el interés superior puede surgir como un límite impeditivo de la facultad del niño de opinar pero con el fin de resguardarlo, cuando expresarse pueda ser motivo de vulneración de sus propios derechos, como sería el caso de que atentara contra su honor, reputación, vida privada integridad psíquica o moral.(Morales *et al*, 2005)

## **7. El Derecho a opinar y ser oído en la legislación venezolana. Especial referencia a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente**

Aun cuando la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente<sup>1</sup> fue aprobada con antelación a la actual Constitución, su indubitable jerarquía obliga a hacer mención en primer lugar a su contenido.

Constitucionalmente se ha establecido:

“Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas y sus opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra

---

<sup>1</sup> En lo adelante Lopna

forma de expresión y de hacer para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado...” (Artículo 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Este derecho que se reconoce a favor de toda persona y por ende de niños y adolescentes encuentra su adecuación a las particulares características de estos innegables ciudadanos en los términos que a continuación se exponen.

En su exposición de motivos la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente señala lo siguiente:

Tal vez el derecho más novedoso de todo el Capítulo es el Derecho a Opinar. Este derecho garantiza a todos los niños y adolescentes la facultad de opinar en todos los asuntos que les conciernan y, adicionalmente, obliga a todas las personas a tomar en cuenta sus opiniones, de acuerdo a su desarrollo. Por tanto, tiene derecho a expresar su forma de ver las cosas en todos los ámbitos de la vida y, a que las opiniones que han expresado sean consideradas por las demás personas, nunca desechadas de antemano. Este derecho no intenta de modo alguno establecer que sus opiniones sean de obligatorio acatamiento o imperativas para las demás personas, si no más bien asegurar que los niños y adolescentes sean respetados como sujetos en desarrollo y que como tales tienen algo que decir y un lugar en nuestra sociedad. Este derecho se considera un medio idóneo para la formación de personas con capacidad y responsabilidad para ejercer sus derechos y cumplir con sus deberes.

Sobre este conjunto de razones y observaciones se reguló el Derecho a Opinar y ser Oído en el artículo 80 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de la forma que sigue:

“Artículo 80. Derecho a Opinar y ser Oído.

Todos los niños y adolescentes tienen derecho a:

- a) Expresar libremente su opinión en los asuntos en que tenga interés;
- b) que sus opiniones sean tomadas en cuenta en función de su desarrollo.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven los niños y adolescentes, entre ellos: al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreacional.

Parágrafo Primero: Se garantiza a todos los niños y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, especialmente en todo procedimiento administrativo o judicial que conduzca a una decisión que afecte sus derechos, garantías e intereses, sin más límites que los derivados de su interés superior.

Parágrafo Segundo: En los procedimientos administrativos o judiciales, la comparecencia del niño o adolescente se realizará de la forma más adecuada a su situación personal y desarrollo. En los casos de niños y adolescentes con necesidades especiales se debe garantizar la asistencia de personas que, por su profesión o relación especial de confianza, puedan transmitir objetivamente su opinión.

Parágrafo Tercero: Cuando el ejercicio personal de este derecho no resulte conveniente al Interés Superior del Niño, este se ejercerá por medio de sus padres, representantes o responsables, siempre que nos sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del niño o adolescente, o a través de otras personas que, por su profesión o relación especial de confianza puedan transmitir objetivamente su opinión.

Parágrafo Cuarto: La opinión del niño o adolescente sólo será vinculante cuando la ley así lo establezca. Nadie puede constreñir a los niños y adolescentes a expresar su opinión, especialmente en los procedimientos administrativos y judiciales.

Inclusive la propia ley contempla una sanción de carácter no penal cuando se viole el derecho a opinar en el curso de un procedimiento administrativo o judicial será sancionado con multa de uno (1) a tres (3) meses de ingreso, sin perjuicio de la declaratoria de nulidad del proceso, en los casos en que esto último proceda. (Artículo 221)

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, establece al inicio los dos puntos focales que constituyen el contenido del artículo: El derecho a expresar libremente sus opiniones y que las mismas sean tomadas en cuenta en función de su desarrollo evolutivo.

Es mucho más amplia que la propia Convención cuando extiende el derecho hacia diversos escenarios, que le dan al niño y al adolescente una presencia protagónica en la cotidianidad de nuestras vidas. (Morales *et al*, 2005)

El parágrafo primero recoge lo establecido en el número 2 del artículo 12 de la Convención al pautar también la posibilidad del niño o adolescente de participar en un procedimiento judicial o administrativo donde se analice y discuta un asunto que pueda afectarlo, porque ciertamente al tratarse de un procedimiento, cualquiera que sea su naturaleza, la inmediatez con aquel es mucho mayor, pues siempre se ventila un aspecto que lo involucra y afecta directamente.

En ese mismo parágrafo el legislador venezolano presenta el interés superior como un límite a dicha facultad, lo cual supone la existencia de razones que impidan al niño o adolescente expresarse por implicar la vul-

neración o amenaza a sus otros derechos. Tal situación guarda al mismo tiempo estrecha relación con el parágrafo tercero, cuando presenta nuevamente al interés superior como una restricción pero esta vez para el ejercicio personal y directo de este derecho, caso en el cual será ejercido por medio de sus padres, representantes o responsables, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del niño o adolescente, o través de otras personas que, por su profesión o relación de confianza puedan transmitir objetivamente su opinión.

De acuerdo con lo anterior, el interés superior del propio niño o adolescente es un límite a su derecho a opinar en dos sentidos: Para no hacer uso del derecho bajo ninguna modalidad o para su ejercicio mediato, es decir, no personalmente sino a través de otra persona, lo cual también es contemplado por la Convención.

El parágrafo segundo alude también a las necesarias condiciones que deben existir para la audición del niño o adolescente en el curso de un procedimiento. La autora venezolana, Georgina Morales, señala que el dispositivo en cuestión conduce a considerar el cumplimiento de ciertas garantías a fin de preservar principalmente al niño desde el punto de vista emocional, entre las cuales figuran:

- La presencia del juez es indispensable.
- La presencia de otras personas dependerá de las especiales circunstancias del caso concreto, pues puede resultar conveniente la presencia del Fiscal del Ministerio Público o alguno de los integrantes del equipo multidisciplinario. Lo que si no considera recomendable la autora es la presencia de los padres o abogados pueden coartar la libre expresión del niño.
- La confidencialidad de lo tratado, asegurándole a niño o adolescente que sólo en caso de ser necesario utilizará lo dicho por él pero de una manera muy discreta y transmitirle seguridad en el sentido de que la decisión no dependerá de lo que haya manifestado.
- Recoger en acta lo expresado en términos claros y objetivos, la cual deberá firmar el niño o adolescente previa explicación de lo que allí consta y de lo que se trata. (Morales *et al*, 2005)

Sin embargo, hay otras condiciones necesarias que deben ser analizadas y que la autora no menciona, y son aquellas que se refieren a las características que debe presentar el espacio físico donde se produzca la audición del niño o adolescente, pues por lo general toda institución pública y en especial los

juzgados generan cierta intranquilidad y nerviosismo, aun en la personas mayores. Esto conduce al acondicionamiento de lugares específicos dentro de los propios tribunales para tal fin, lo cual no debe ser interpretado de una forma extrema que lleve a la transformación de un tribunal en una sala de juegos para niños, pues no puede obviarse la solemnidad y formalidad que debe tener el despacho de un juez, sino que dentro del mismo tribunal se dispongan de las áreas adecuadas para tal fin y se atenúe la rigidez propia de estos establecimientos.

No se regula en dichos párrafos la oportunidad de intervención del niño o adolescente, por lo que se infiere que podrá llevarse a cabo en cualquier estado y grado de la causa, cuando el niño o adolescente así lo decida, pues no puede ser constreñido a asistir en una fase determinada del procedimiento.

La ley, haciendo uso de aquellas medidas positivas que puede tomar a favor de grupos que se encuentre en situación de vulnerabilidad manifiesta (discriminación positiva) garantiza una protección especial a niños y adolescentes con necesidades especiales al pautar que podrán estar asistidos de personas que por su profesión o relación de confianza puedan transmitir objetivamente su opinión. La asistencia aquí debe ser entendida como la compañía que requiere el niño o adolescente de otra persona que en nada tiene que ver con la asistencia o representación legal. Es de suponer, que aquella condición que afecta a estos pequeños ciudadanos no anula su posibilidad de opinar, pues entonces mal podríamos llevarlos a participar a un procedimiento si carece totalmente de las condiciones necesarias para formarse un juicio propio. Diferente es la situación que plantea el párrafo tercero, pues estamos frente a un niño o adolescente en plenas condiciones físicas y mentales sólo que no puede ejercer directamente su derecho.

Con relación al párrafo cuarto es menester acotar el carácter vinculante que tendrá la opinión del niño o adolescente sólo en los casos expresamente establecidos en la ley, transformando la opinión en un consentimiento requerido legalmente y que no afecta el carácter general que se le otorga a la opinión en todo asunto que le concierna. En otras palabras el niño siempre tendrá la posibilidad de opinar, sólo que no siempre gozará de carácter obligatorio.

Finalmente, la ley blindó el derecho del niño o adolescente a opinar dentro de un procedimiento administrativo o judicial, cuando sanciona a la persona que menoscaba o vulnera su ejercicio, lo cual resguarda el cumplimiento efectivo del mismo.

## 8. Conclusiones

El derecho a opinar encuentra en la Convención sobre los Derechos del Niño el medio idóneo para su materialización, sólo resta la voluntad y el cambio de paradigma mental, que dé cabida a la participación auténtica de los niños, niñas y adolescentes en todos los campos, pues sólo así se logrará fomentar la verdadera democracia, que no se aprehende mentalmente de la noche a la mañana cuando se alcanza la mayoría de edad, sino que por el contrario se obtiene de un proceso paulatino que los niños aprenden en su transitar de la infancia a la adolescencia y que debe ser estimulado en todos los ámbitos.

El derecho a opinar como emblema del resto de derechos que abren el espacio de participación implica un replanteamiento del mundo adulto, el establecimiento de relaciones entre niños, adolescentes y adultos apoyadas en la comunicación, en el respeto, en el diálogo orientador y no impositivo, asumiendo que son personas diferentes, que deben recorrer su propio camino a la vida adulta como actores y no como espectadores, para lograr desarrollar plenamente su personalidad como sujetos de derecho; permitiéndoles tomar decisiones, proponer ideas, hacer proyectos, buscar y recibir información, intervenir en actividades y procesos, ser consultados, en fin el derecho a opinar sólo es la punta de lanza que abre el camino para la participación.

Es necesario tomar conciencia desde el punto de vista social y jurídico de su importancia pues sólo así se pondrá en marcha el verdadero cambio.

## Referencias Bibliográficas

CALVO, Manuel y FERNÁNDEZ, Natividad. (2000) *Los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*. Primeras Jornadas sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Mira Editores, S.A. Zaragoza, España.

BARATTA, Alessandro. "Infancia y Democracia". En: GARCÍA, Emilio y BELOFF, Mary. (comp.). 1999. *Infancia, Ley y Democracia*. Segunda Edición. Temis. Santa Fé de Bogotá, Colombia.

CILLERO, Miguel. (1999) "El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño". En: GARCÍA, Emilio y BELOFF, Mary. (comp.). 1999. *Infancia, Ley y Democracia*. Segunda Edición. Temis. Santa Fé de Bogotá, Colombia.

CORNIELES, Cristóbal. (2000) “Los principios de la Doctrina de la Protección Integral y las Disposiciones Directivas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente”. En: MORAIS, María Gracia (coord.). 2000. *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Caracas, Venezuela. Publicaciones UCAB.

FELDMAN, Robert. (2001). *Psicología*. 4ª. Edición. Editorial McGRAW-HILL. México.

GONZÁLEZ, Enrique - CECODAP. (2003). *Pequeño Gran Salto*. Editorial Italgáfica. Caracas, Venezuela.

GROSSMAN, Cecilia. “El Interés Superior del Niño”. (1998). En: GROSSMAN, Cecilia. (dir.). (1998). *Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y Realidad*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Universidad.

HODGKIN, Rachel y NEWELL, Peter. (2001). *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Ginebra, Suiza.

MORALES, Georgina y SAN JUAN, Miriam. (2005). *Familia Intervenciones Protectoras y Mediación Familiar*. Caracas, Venezuela. Vadell Hermanos Editores.

PAPALIA, Diane y WENDKOS, Sally. (2001). *Psicología*. México. Editorial McGRAW-HILL.

RISOLIA DE ALCARO, María.(1998) “La Opinión del Niño y la Defensa de sus derechos”. En: GROSSMAN, Cecilia. (dir.). (1998). *Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y Realidad*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Universidad.

UNICEF (coord.). (1996). *Derechos del Niño (Textos Básicos)*. Caracas, Venezuela. Editorial La Primera Prueba, C.A.