

Dirigida a
profesionales del
ámbito jurídico y
social.

**GUÍA PARA EL BUEN TRATO A LA INFANCIA
Y LA ADOLESCENCIA EN PROCEDIMIENTOS
JUDICIALES Y ADMINISTRATIVOS**



**Kit de
herramientas de
comunicación**

ÍNDICE

1. Abreviaturas	3
2. Introducción	4
2.1. ¿Qué es Justice Youthopia?	4
2.2. ¿Qué es este kit?	7
2.3. La comunicación con la infancia y adolescencia en los procedimientos judiciales, en relación con sus derechos	8
3. Derechos	10
3.1. Derecho a la información	11
3.2. Derecho a ser oído/a y escuchado/a	18
3.3. Derecho al buen trato	30
3.4. Derecho a la asistencia jurídica	40
3.5. Derecho al interés superior	46
Claves	58
Agradecimientos	59
Reconocimientos	60



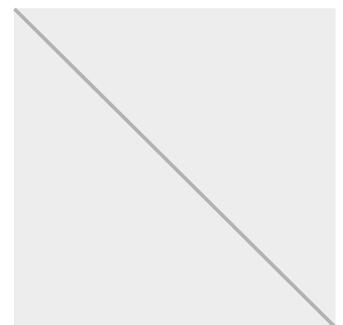
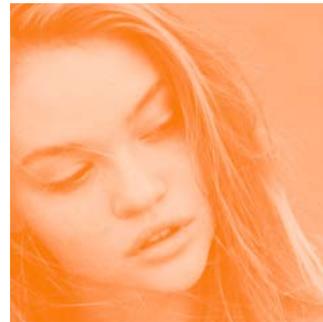
ABREVIATURAS

CC:	Código Civil
CEDH:	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CDFUE:	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDN:	Convención de los Derechos del Niño
CE:	Constitución Española
CEEDN:	Convenio de Estrasburgo para el ejercicio de los derechos de los niños.
FFJJ:	Fundamentos jurídicos
LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim:	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPIVI:	Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia
LOPJM:	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
LORPM:	Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores
NNA:	Niños, niñas y adolescentes
SAP:	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo

2. INTRODUCCIÓN

2.1. ¿Qué es Justice Youthtopia?

Justice Youthtopia es un proyecto internacional que pretende la implementación concreta del principio de participación de la infancia en los procedimientos judiciales en Italia, España, Portugal y Rumanía. Está financiado por la Unión Europea y coordinado por Save The Children Italia. En Portugal participa el Instituto de Apoio à Criança (IAC), en Rumanía Organizatia Salvati Copiii (Save the Children Rumanía) y en España la Fundación La Merced Migraciones.



Entre sus objetivos se encuentran:

Prestar orientación, información, asesoramiento y acompañamiento a infancia con el fin de minimizar su situación de vulnerabilidad ante el sistema legal y judicial en España y conseguir el pleno disfrute de sus derechos.

Desarrollar materiales adaptados a la infancia que hagan comprensible el acceso a la justicia y sus derechos.

Para ello, se ha elaborado la campaña www.sihayderecho.org en la que han participado niños, niñas y adolescentes en el proceso.

Elaborar materiales dirigidos a agentes clave (magistrados/as, profesionales de la abogacía, etc.) orientados a adecuar la comunicación, el trato y el marco de derechos, desde un enfoque de infancia. Promover y fortalecer el intercambio de buenas prácticas e información relevantes en relación a los derechos de la infancia, a través de eventos, jornadas y espacios de trabajo.





2.2. ¿Qué es este kit?

Este kit, dirigido a profesionales del Derecho, está concebido como una herramienta que pretende mejorar la comunicación entre todas las partes involucradas en los procedimientos judiciales o administrativos, proporcionando ejemplos de materiales y técnicas adaptadas a la infancia y a la adolescencia. Esta herramienta está basada en el buen trato y el efectivo respeto de sus derechos a lo largo de su contacto con la Administración de Justicia.

Se estructura en capítulos equivalentes a los principales derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA) que pueden verse afectados a lo largo de un procedimiento judicial o administrativo: derecho a la información, a ser oído/a, al buen trato, a la asistencia jurídica y una referencia específica al interés superior. Cada capítulo contiene, por un lado, una breve explicación de lo que implica ese derecho, así como referencias legales en distintos niveles y jurisprudenciales. Por otro lado, ofrece elementos relativos a la comunicación a tener en cuenta a la hora de relacionarnos con NNA. Y, por último, aportaciones y citas de NNA que han participado en la realización de la campaña “Sí hay derecho”, así como claves aportadas por profesionales y personas expertas a quienes hemos consultado para la realización de este kit.

En definitiva, este kit pretende ser una guía que, aportando referencias legales y jurisprudenciales, y recomendaciones para una correcta comunicación, pueda ser consultada cada vez que en un procedimiento judicial o administrativo sea necesario dirigirse a NNA, garantizando en el proceso su buen trato, así como la comprensión del procedimiento y de sus profesionales.

2.3. La comunicación con la infancia y adolescencia en los procedimientos judiciales, en relación con sus derechos



A través de la comunicación –verbal, no verbal y paraverbal¹ – se transmiten actitudes, opiniones y prejuicios. Si bien en el desarrollo de nuestro trabajo se busca la más exquisita objetividad, el estilo comunicativo empleado puede estar influido por opiniones, ideas preconcebidas, prejuicios o estereotipos. De hecho, la comunicación puede verse distorsionada por el deseo de quien comunica de obtener un determinado resultado o reacción en el niño o niña, aunque su intención sea beneficiarlo.

Ante esto, es fundamental cuidar la elección de las palabras, cómo se entonan y los gestos que se realizan, así como los mensajes implícitos. Este cuidado se vuelve más primoroso aún al dirigirse a NNA que se hallan inmersos en un procedimiento judicial que, por su propia naturaleza, puede resultar desde el principio una experiencia traumática. La comunicación se convierte entonces en una herramienta clave para evitar la victimización secundaria de la infancia y la adolescencia.

¹ La comunicación verbal es la relativa al uso de palabras, tanto de forma oral como escrita. La comunicación no verbal es la relativa a los gestos y movimientos. La comunicación paraverbal es la relativa al tono de voz empleado.



Mi historia se la he tenido que contar a mi abogada, a los jueces, fiscales, cuando tuve que declarar, también en comisaría. Me hizo sentir mal, porque a mí no me gusta hablar de mi familia a extraños. Lo de contar mi infancia, la vida de mis padres... no me gustó nada”.

La victimización secundaria se define como “la victimización que se produce no como resultado directo del hecho delictivo, sino por la respuesta de las instituciones y los particulares a la víctima”.²

En el derecho interno no encontramos una definición del concepto de victimización, si bien el Tribunal Supremo lo ha definido como “el daño (no deliberado pero efectivo) causado por la relación que se ha establecido entre ella y el resto de los operadores sociales – especialmente los de la Administración de Justicia - que han intervenido en su proceso de atención y recuperación de la agresión sexual sufrida”.³

A través de las interacciones en los procedimientos judiciales y administrativos, se puede tanto perjudicar como garantizar los derechos de la infancia. Por ello, es fundamental incorporar en la práctica profesional y judicial herramientas que favorezcan el buen trato a la infancia y la adolescencia a través de la comunicación.

² Art.1.3 de la Recomendación n.º R (2006) 8 del de junio de 2006 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la asistencia a las víctimas de delitos.

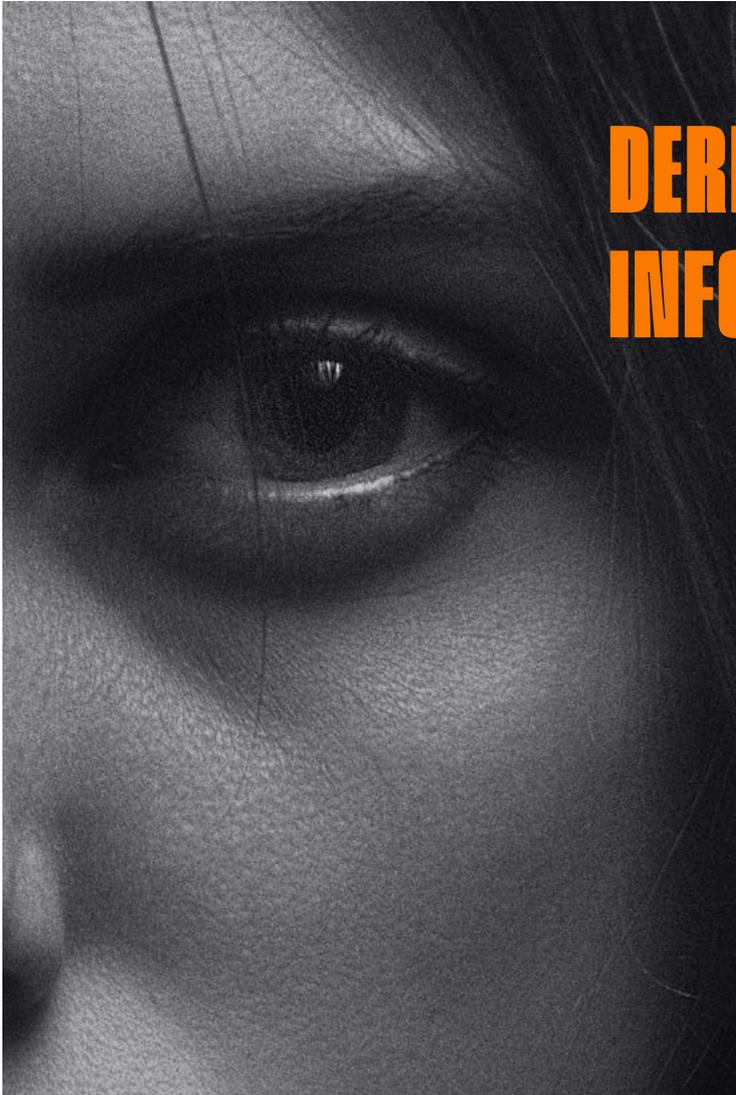
³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda n.º 711/2020 de 18 de diciembre de 2020.

3. DERECHOS



En el ámbito internacional de los Derechos Humanos, se han ido reconociendo de modo específico derechos procedimentales específicos para niños, niñas y adolescentes en los procedimientos judiciales y/o administrativos que les afectan. Dichos derechos procesales tienen como finalidad inmediata garantizar el acceso de NNA a la administración de justicia y al ejercicio de sus derechos, sin discriminación por el hecho de ser menores de edad. La finalidad última es garantizar la adopción de resoluciones respetuosas con el interés superior del menor concernido por dicho procedimiento.

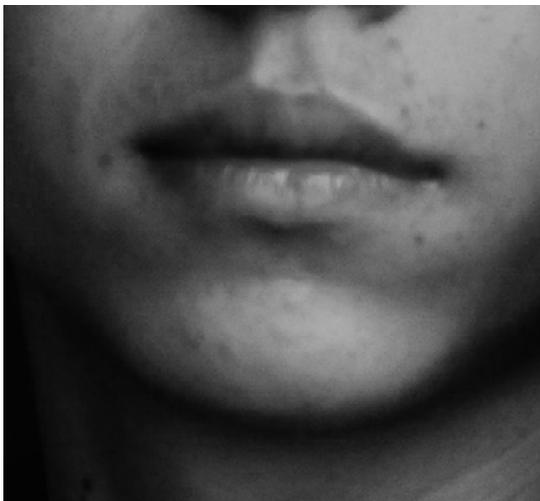
Las Directrices de una Justicia Accesible a la Infancia del Consejo de Europa, el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños -Estrasburgo 1996- o el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual -Lanzarote 2006- constituyen claros exponentes de esa preocupación e interés por garantizar los derechos de la infancia.



DERECHO A LA INFORMACIÓN

¿CÓMO LE EXPLICO A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES QUÉ IMPLICA ESTE DERECHO?

- Buscar, recibir y utilizar la información adecuada a tu desarrollo: para esto puedes preguntar todas las dudas y cuestiones que te preocupen. Por ejemplo, qué personas van a participar en tu proceso, el nombre y su cargo, qué puede pasar al final del proceso, cuánto puede durar, etc.
- Que esa información sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales: la información para que sea útil tiene que ser verdadera y auténtica, debes evitar los bulos y acudir a fuentes de información acreditadas como webs de instituciones u organizaciones especializadas. Si ves información anónima, que no está firmada por nadie, debes dudar de su contenido.
- Acceder a materiales informativos dirigidos a ellos/as: busca información que puedas entender, es decir, que esté adaptada a tu edad.



REFERENCIAS LEGALES

El derecho de niños, niñas y adolescentes a recibir información sobre el procedimiento aparece reconocido de modo expreso en los siguientes textos legales

Supranacional

En el **artículo 17 CDN** los Estados Partes se comprometen a velar «*porque el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental*». Para ello:

- a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;
- b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;
- c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños;
- d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;
- e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

También cobra importancia la **Observación General N° 6, sobre el trato a los menores no acompañados separados de su familia fuera de su país de origen, párrafo 25°**: «*De acuerdo con el artículo 12 de la Convención, al determinar las disposiciones que han de adoptarse respecto de los menores no acompañados o separados, se recabarán y tendrán debidamente en cuenta los deseos y las opiniones del menor (párrafo 1 del artículo 12). De cara a la expresión informada de tales deseos y opiniones, es imperativo que los menores dispongan de toda la información pertinente acerca de, por ejemplo, sus derechos, servicios existentes, en especial medios de comunicación, el procedimiento para solicitar el asilo, la localización de la familia y la situación*

en el país de origen (artículos 13, 17 y párrafo 2 del artículo 22). [...]».

Regional

Los **artículos 11 CDFUE** y **10.1 CEDH** tienen una redacción idéntica. Si bien no hacen una mención explícita de la infancia y la adolescencia, estas normas, se aplican también a ellas. Para ambas, el derecho comprende «*la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras*».

Por su parte, en el Capítulo II, relativo a los derechos procesales de NNA, el **artículo 3 CEEDN** recoge dos derechos: derecho a ser informado/a y a expresar su opinión en los procedimientos. El ejercicio de estos derechos reconocidos a NNA podrá ser exigido por ellos/as mismos/as, «*en los procedimientos que le afecten ante una autoridad judicial*», cuando «*según el derecho interno se considere que un niño tiene el suficiente discernimiento*». En relación con el derecho a la información, destacamos los derechos recogidos en los **apartados a) y c)** de este artículo: «*a. recibir toda la información pertinente*» y «*c. ser informado de las posibles consecuencias de actuar conforme a esa opinión y de las posibles consecuencias de cualquier resolución*».

El **artículo 6 apartado b) CEEDN** añade que la Autoridad Judicial, además, tiene la obligación de «*asegurarse de que el niño ha recibido toda la información pertinente*».

En cuanto a las funciones de los representantes de NNA en los procedimientos, el **artículo 10.1 CEEDN, apartados a) y b)**, se indica que tienen la obligación de «*a) proporcionar toda la información pertinente al niño, si el derecho interno considera que éste posee el discernimiento suficiente*» así como «*b) facilitar explicaciones al niño, si el derecho interno considera que éste posee el discernimiento suficiente, sobre las posibles consecuencias de actuar conforme a su opinión y las posibles consecuencias de cualquier acción del representante*».

Artículo 20 CE

Se reconoce el derecho a recibir información veraz.

Nacional

En el **artículo 20 CE** se reconoce y protege, entre otros, el derecho «d) a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión».

Los **artículos 5 y 9 LOPJM** reconocen este mismo derecho y el **10.1. LOPJM** habla específicamente de él: «1. Los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones Públicas, o a través de sus entidades colaboradoras, la información en formato accesible y asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos, así como a que se garantice su respeto».

Se reitera este derecho en el caso de NNA víctimas de violencia en el **artículo 10.1 LOPIVI**. En su apartado 2, se recuerda que serán «derivados a la Oficina de Asistencia a las Víctimas correspondiente, donde recibirán la información, el asesoramiento y el apoyo que sea necesario en cada caso, de conformidad con lo previsto en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito».

Art 5. LOPJM: 1. Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo. Se prestará especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores actuar en línea con seguridad y responsabilidad y, en particular, identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación así como las herramientas y estrate-

gias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos.

2. Los padres o tutores y los poderes públicos velarán porque la información que reciban los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales.

3. Las Administraciones Públicas incentivarán la producción y difusión de materiales informativos y otros destinados a los menores, que respeten los criterios enunciados, al mismo tiempo que facilitarán el acceso de los menores a los servicios de información, documentación, bibliotecas y demás servicios culturales incluyendo una adecuada sensibilización sobre la oferta legal de ocio y cultura en Internet y sobre la defensa de los derechos de propiedad intelectual.

En particular, velarán porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores promuevan los valores de igualdad, solidaridad, diversidad y respeto a los demás, eviten imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales, o que reflejen un trato degradante o sexista, o un trato discriminatorio hacia las personas con discapacidad. En el ámbito de la autorregulación, las autoridades y organismos competentes impulsarán entre los medios de comunicación, la generación y supervisión del cumplimiento de códigos de conducta destinados a salvaguardar la promoción de los valores anteriormente descritos, limitando el acceso a imágenes y contenidos

digitales lesivos para los menores, a tenor de lo contemplado en los códigos de autorregulación de contenidos aprobados. Se garantizará la accesibilidad, con los ajustes razonables precisos, de dichos materiales y servicios, incluidos los de tipo tecnológico, para los menores con discapacidad.

Los poderes públicos y los prestadores fomentarán el disfrute pleno de la comunicación audiovisual para los menores con discapacidad y el uso de buenas prácticas que evite cualquier discriminación o repercusión negativa hacia dichas personas.

4. Para garantizar que la publicidad o mensajes dirigidos a menores o emitidos en la programación dirigida a éstos, no les perjudique moral o físicamente, podrá ser regulada por normas especiales.

5. Sin perjuicio de otros sujetos legitimados, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal y a las Administraciones públicas competentes en materia de protección de menores el ejercicio de las acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita.

Dentro del **artículo 9 LOPJM**, relativo al derecho a ser oído y escuchado se expresa que «[...] Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.»

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Dado que el derecho a la información está profundamente conectado con el derecho a ser oído, *vid.* las referencias jurisprudenciales relativas a este derecho. Asimismo, *vid.* la referencia contenida en el capítulo 4 «Derecho a ser oído/a y escuchado/a».

“Realmente no sabía que tenía derechos. Para ser sincera no lo sabía”.

CLAVE 1: LENGUAJE ADAPTADO A LA EDAD Y MADUREZ

El lenguaje debe estar adaptado a la edad y madurez cuando nos dirigimos oralmente a la infancia y adolescencia, pero también por escrito. Esta tarea corresponde a cualquier profesional del derecho que intervenga en el procedimiento.

EN LA CITACIÓN

La citación es, habitualmente, el primer contacto que va a tener el NNA con el procedimiento judicial o administrativo. Asegurarse de que entienda el contenido garantiza su derecho a la información.

“Tenían que habérmelo explicado mejor. Vale que tenía 13 años, pues que me lo expliquen para tontos, no con palabras que no entiendo”.

>> TIPS

- La citación es un acto multifuncional: no sirve únicamente para convocar a una persona, sino que debe funcionar como un mecanismo de presentación para NNA, donde pueda conocer desde el principio qué va a vivir, qué va a ver, a quién va a ver y qué se va a hacer.
- Tener en cuenta quién es la persona destinataria del procedimiento: si se está citando a un NNA, la citación debe ser comprensible para él o ella.
- En el Juzgado de Instrucción nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria, se está trabajando en un formato de citación multimedia. En vez de una carta, recibirá una notificación en un formato visual, explicando qué va a ocurrir, con quién va a hablar y dónde.

EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

El niño, niña o adolescente debe conocer el contenido del procedimiento y de las decisiones que se adoptan. Esto es, qué consecuencias tiene la decisión adoptada, tanto si se comunica mediante la notificación de la resolución judicial, como si se comunica verbalmente.

>> TIPS

- Abandonar la creencia de que los NNA no tienen capacidad de comprensión. Es la persona adulta quien tiene que adaptar el lenguaje y estructura de comunicación a las capacidades del NNA.
- Repasar los escritos ¿Lo que acabo de escribir lo entenderá el niño o la niña afectada?
- No improvisar la adaptación del lenguaje o contenido que se va a comunicar. Se debe preparar previamente y apoyarse en materiales que ayuden a que sea comprensible.

En el ámbito del acceso a la información de personas adultas con discapacidad intelectual, hay desarrolladas técnicas de lectura fácil con una redacción sencilla y accesible. La lectura fácil permite que las personas con dificultades de comprensión puedan acceder a textos escritos. En algunas ocasiones estas dificultades son transitorias: personas con escolarización deficiente, personas extranjeras que no dominan el idioma, etc; Y en otras son permanentes: discapacidad intelectual, trastornos neuropsicológicos, dislexia o afasia. Según refiere la organización Plena Inclusión, la lectura fácil beneficia a una de cada tres personas.

La Fiscalía General del Estado, ha firmado un acuerdo para garantizar el acceso igualitario a las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo, o personas con dificultades de comprensión a la justicia.

Dicho acuerdo publicado por Decreto de 20 de septiembre de 2021, establece en su Cláusula Segunda, 1c) “Promoción de acciones que permitan que las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo puedan comprender los actos de trámite, diligencias, resoluciones y escritos del Ministerio Fiscal que afectan a sus derechos a través de la utilización de versiones en lectura fácil”.⁴

Sería deseable que estas propuestas puedan ser implementadas en el ámbito de la jurisdicción de menores y otros procedimientos que afectan a la infancia. De hecho, en la medida en que el objeto del convenio contempla de modo genérico “las personas con dificultades de comprensión” se podría interpretar que incluye a las personas menores de edad.

“Me informaron de que iba a ir a un hogar hasta que se hiciese el juicio. Pero no hubo juicio. No entendí muy bien qué pasó [...], parece que ya está cerrado y a mí nadie me dijo nada. He sentido que me ignoraban”.

⁴BOE 232 de 28 de septiembre de 2021 Sec. III. Pág 1019320.

CLAVE 2:

PRESENTACIONES Y EXPLICACIONES...

TODAS LAS QUE HAGA FALTA

“Del señor que llegó no me enteré muy bien de quién era, pero me trató muy bien”.

Ante cualquier entrevista personal con el NNA -en el despacho, en una comisaría, o en sede judicial o administrativa- conviene asegurarse de que está comprendiendo no solo lo que se le dice, sino también lo que está ocurriendo. Del mismo modo, es importante asegurarse de que estamos comprendiendo adecuadamente lo que el NNA nos está queriendo decir.

El alto grado de estrés asociado al lugar, a la trascendencia del acto, a la información o falta de información que tiene el NNA puede estar dificultando la comprensión del procedimiento, sus fases y sus partes.

“No sé qué tuve, si un representante o un portavoz. La primera vez no tuve a nadie solo con mi educadora. La segunda vez que testifiqué vino un señor que se quedó conmigo, pero no sé quién era y yo le tuve que decir las cosas, mis educadoras dijeron que era un portavoz o algo así”.

>> TIPS

- Establecer un clima de confianza: presentarse, explicar por qué estamos allí, nuestro papel y cuál es nuestro trabajo las veces que sean necesarias.
- Preguntar al NNA qué es lo que sabe del procedimiento y del motivo de su comparecencia o exploración, esto nos permite conocer de qué modo se expresa, qué información ha recibido ya, y sobre todo la posible existencia de factores que están influyendo en él o ella.
- Solicitar *feedback* al NNA, ¿qué ha entendido del procedimiento? Que explique que ha entendido facilitará valorar su capacidad de comprensión.
- Definir previamente quién da la información: en cada uno de los procedimientos es importante definir a quien corresponde la responsabilidad de informar. Esto permite no solo que la persona desarrolle las competencias específicas sobre cómo informar a NNA, sino también evitar la duplicidad de información o informaciones contradictorias.

“No sé exactamente lo que era. Yo estaba en una silla con un micrófono y me estaban grabando y había gente delante”.

CLAVE 3:

ACOMPañAR LAS EXPECTATIVAS

“Yo sé lo que me pasó. Me ha hecho sufrir mucho. Pero ahora veo que todo el mundo está agobiado por el juicio. Y no se lo que va a pasar. No sé si va a ir a la cárcel. Si voy a tener que verle. Sé que habrá un juicio, pero no quiero que mi padre vaya a la cárcel. Solo quiero que se vaya de casa”.

Los procedimientos judiciales tienen impacto en la vida de niños, niñas y adolescentes involucrados. Este impacto sucede tanto en las jurisdicciones o procedimientos que tienen por objeto discernir de modo directo sobre la vida de los NNA -como la jurisdicción de menores o familia-, como en aquellos que impactan indirectamente, por ejemplo, en procedimientos de la jurisdicción contenciosa en materia de extranjería, de derechos sociales, o aquellos procedimientos penales en que la víctima es un menor de edad.

El resultado del proceso configurará la idea que la persona menor de edad tiene sobre el concepto de justicia, y su experiencia puede llegar a ser sanadora o educativa, si se hace de modo respetuoso con sus derechos y necesidades. No obstante, las posibilidades del mismo son infinitas. Hipotecar el bienestar de la víctima, o del menor infractor/a, al resultado de la sentencia puede resultar muy dañino y generar desafección en relación a la Justicia, si no se ha explicado adecuadamente las consecuencias del proceso y sobre todo si no se ha acompañado las expectativas con las que NNA se ha enfrentado al procedimiento oficial. Saber qué esperan, a qué tienen miedo, qué no desean que ocurra facilitará a los y las profesionales dar respuesta a sus expectativas, mitigar el temor, y apoyar en las experiencias desfavorables que son inevitables.

>> TIPS

- No desplazar la responsabilidad del procedimiento judicial a los NNA. Explicar que en un procedimiento judicial las decisiones las adoptan las personas adultas.
- Explicar a NNA que son muchas las opciones y muchas las circunstancias que ponderar en un procedimiento. Es importante aclarar el objeto del procedimiento, y que es lo que pueden esperar de éste. Por ejemplo, en un procedimiento de la jurisdicción de menores, el letrado o letrada del adolescente debe ayudarlo a distinguir entre responsabilidad extrínseca, es decir la obligación que le puede exigir el juzgado de menores en función de lo que se pueda llegar a probar, y la responsabilidad intrínseca, la importancia y consecuencias del comportamiento o actos del NNA sobre su propia vida, la comunidad y su trascendencia legal.
- Si el NNA fuese víctima en el procedimiento, es importante explicar qué cuestiones valora el tribunal a la hora de adoptar una decisión, de modo que permita entender al NNA la diferencia entre la verdad real y la verdad judicial.



DERECHO A SER OÍDO/A Y ESCUCHADO/A

¿CÓMO LE EXPLICO
A NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES
QUÉ IMPLICA ESTE
DERECHO?



Tienes derecho a que te oigamos y escuchemos:

- Con carácter preferente.
- De forma adecuada a tu situación y desarrollo evolutivo.
- Con la asistencia, si fuera necesario, de personas cualificadas o expertas.
- Preservando tu intimidad.
- Utilizando un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a tus circunstancias.
- Si eres mayor de 12 años tienes derecho a que te escuchen directamente las personas que van a tomar una decisión.
- Si eres menor de 12 años, tu opinión, deseos e intereses se pueden transmitir a través de informes que elaboren psicólogos/as, educadores/as, etc. o a través de tu padre, madre o persona que te cuida.
- Con intérprete, si es necesario.
- Expresando tu opinión verbalmente o a través de otras formas de expresión.

Antes de tomar una decisión, la persona que va a participar en la toma de esa decisión debe oírte, y darte la oportunidad de explicar cuál es tu opinión al respecto. Para que puedas dar tu opinión, se pueden utilizar la ayuda de algunos profesionales especialistas, por ejemplo, intérpretes de tu lengua materna o psicólogos/as, trabajadores/as y educadores/as sociales.

Para escucharte, te citarán para que vayas al juzgado, pero es posible que la entrevista no se haga en la sala de juicios, sino que se haga en un despacho o sala especialmente prevista para ese fin. Puedes preguntar dónde va a ser e incluso solicitar ir a ver el juzgado días antes para tener más tranquilidad.

En la entrevista (comparecencia) puedes preguntar qué personas están presentes, si se va a grabar o no, y para qué va a servir tu opinión.

Si en un procedimiento judicial o administrativo se deniega la comparecencia o audiencia de menores, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión.

REFERENCIAS LEGALES

El derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oído/a en el procedimiento aparece reconocido de modo expreso en los siguientes textos legales:

Supranacional

En el **artículo 12.1 CDN** los Estados Partes se comprometen a garantizar a los menores «en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que [les] afectan, teniéndose debidamente en cuenta [sus] opiniones, en función de la edad y madurez [...]». 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».

Como herramienta interpretativa de este artículo tenemos la **Observación N° 12 (2009) del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a ser escuchado**, de la cual destacamos los siguientes párrafos:

Introducción apartado 2: «2. El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño («el Comité») ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos».

Párrafo 1º: «El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño («la Convención») es una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos; apunta a la condición jurídica y social del niño, que, por un lado, carece de la plena autonomía del adulto, pero por el otro, es sujeto de derechos. En el párrafo 1 se garantiza a todo 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. El párrafo 2 afirma, en particular, que debe otorgarse al niño el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte».

Párrafo 15º: «El artículo 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente».

Párrafo 34º: «[...] Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas del tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas».

Por último, respecto a este derecho, destacamos el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas Para Los Derechos Humanos sobre el Acceso de los Niños a la Justicia (A/HRC/25/35), 16 de diciembre de 2013. En su párrafo 40º: «Como los niños se encuentran normalmente en desventaja para interactuar con el sistema jurídico, ya sea debido a su inexperiencia o a la falta de recursos para obtener asesoramiento y representación, necesitan tener acceso a una asistencia jurídica u otra asistencia adecuada gratuita o subvencionada para poder hacerlo eficazmente. Sin esa asistencia, los niños no pueden generalmente tener acceso a los complejos sistemas jurídicos, que suelen estar concebidos para los adultos. (...)».

artículo 9 LOPJM

El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia

Regional

El **artículo 24.1 CDFUE**, sobre los «Derechos del niño» indica que «1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez».

Volviendo de nuevo al **artículo 3 CEEDN**, todo NNA tiene derecho a «*b. ser consultado y expresar su opinión*». Recordamos que «*cuando según el derecho interno se considere que un niño tiene el suficiente discernimiento*» se le reconocerá «*en los procedimientos que le afecten ante una autoridad judicial*» este derecho, «*cuyo ejercicio podrá exigirse por sí mismo*».

Asimismo, el **artículo 6 apartado b) CEEDN** continúa añadiendo que la Autoridad Judicial tiene la obligación de «*consultar personalmente al niño en los casos oportunos, si es necesario en privado, directamente o por mediación de otras personas u organismos, de una forma apropiada a su discernimiento, a menos que ello sea manifiestamente contrario a los intereses superiores del niño*», así como «*permitir al niño expresar su opinión*». El **apartado c)** de este mismo artículo concluye que la opinión expresada por NNA deberá ser tenida «*debidamente en cuenta*» por la Autoridad Judicial.

De nuevo, el **artículo 10.1 CEEDN, apartado c)** indica que otra función de los representantes de NNA en los procedimientos es la de «*Determinar la opinión del niño y ponerla en conocimiento de la autoridad judicial*».

Nacional

Los **artículos 92.6 CC y 777.5 LEC** tienen redacciones similares, regulando la audiencia de los menores por el juez en los casos de separación y divorcio, cuando tengan suficiente juicio y el juez lo estime necesario.

Artículo 92.6 CC: *En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo*

Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

Artículo 777.5 LEC: *Si hubiera hijos menores o hijos mayores con discapacidad y medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y serán oídos cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio hijo. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si este no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días.*

El **artículo 770.1.4ª LEC** concreta que se oír a los menores «*en todo caso, si fueren mayores de 12 años*».

El **artículo 9 LOPJM** establece:

«1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

Reitera que serán oídos y escuchados con todas las garantías y sin límite de edad, asegurando que este procedimiento sea universalmente accesible.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración».

Por otro lado, el artículo 21.bis.1 LOPJM, párrafo a), relacionando el derecho a la información y a ser oído señala que todo NNA acogido, «con independencia de la modalidad de acogimiento en que se encuentre, tendrá

derecho a: a) Ser oído en los términos del artículo 9 y, en su caso, ser parte en el proceso de oposición a las medidas de protección y declaración en situación de desamparo de acuerdo con la normativa aplicable, y en función de su edad y madurez. Para ello tiene derecho a ser informado y notificado de todas las resoluciones de formalización y cese del acogimiento».

En relación a NNA víctimas de delitos, el artículo 11 LOPIVI, reitera en su apartado 1 que serán «oídos y escuchados con todas las garantías y sin límite de edad, asegurando, en todo caso, que este proceso sea universalmente accesible en todos los procedimientos administrativos, judiciales o de otra índole relacionados con la acreditación de la violencia y la reparación de las víctimas». Es un derecho que sólo podrá verse restringido «de manera motivada, cuando sea contrario a su interés superior». Los siguientes apartados hacen referencia a la formación de todos aquellos profesionales que estén en contacto con NNA víctimas de delito y a la utilización de conceptos o teorías que traten de justificar la omisión de la escucha de los/as menores:

«2. Se asegurará la adecuada preparación y especialización de profesionales, metodologías y espacios para garantizar que la obtención del testimonio de las víctimas menores de edad sea realizada con rigor, tacto y respeto. Se prestará especial atención a la formación profesional, las metodologías y la adaptación del entorno para la escucha a las víctimas en edad temprana.

3. Los poderes públicos tomarán las medidas necesarias para impedir que planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presuman interferencia o manipulación adulta, como el llamado síndrome de alienación parental, puedan ser tomados en consideración».

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

El deber de proporcionar asistencia jurídica, intérprete y oír a NNA extranjeros/as: Dictamen de 01/02/2019 del Comité de Derechos del Niño (Comunicación 4/2016)

«14.7 El Comité considera que, a la luz de las circunstancias del caso, el no haber sometido al autor, en su condición de niño no acompañado, a un proceso de identificación y evaluación de su situación previo a su deportación, y no haberle dado oportunidad de presentar objeciones a su eventual deportación, viola sus derechos contemplados en los artículos 3 y 20 de la Convención.
14.8 Por último, el Comité considera que la forma en que se llevó a cabo la deportación del autor, en su condición de niño no acompañado privado de su medio familiar, en un contexto de migración internacional, habiendo sido detenido y esposado, sin haber sido escuchado, recibido asistencia legal o de un intérprete o tenido en cuenta sus necesidades, constituye tratos prohibidos por el artículo 37 de la Convención».

La necesidad de oír a NNA en procedimientos de familia para establecer visitas: Sentencia TEDH, Sección 3ª, de 11/10/2016 (asunto Iglesias Casarrubios y Cantalapedra Iglesias c. España)

En esta sentencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condena al Estado español por vulnerar el derecho de los hijos menores a ser oídos en un procedimiento de divorcio. Señala, no obstante, que «...En lo que respecta particularmente al trámite de audiencia de las niñas por parte de un Tribunal, el TEDH ha estimado que **sería ir demasiado lejos decir que los Tribunales internos están siempre obligados a oír a un niño en audiencia cuando está en juego el derecho de visita de un padre que no ejerce la guarda**. En efecto, esto depende de las circunstancias particulares de cada caso y teniendo debida cuenta de la edad y de la madurez del niño afectado (Sahin c. Alemania [GC], no 30943/96, § 73, CEDH 2003-VIII).

Observa, sin embargo, que en Derecho español (apartados 18 y 19 anterior-

res) en caso de procedimiento contencioso de divorcio, y si se estima necesario, los hijos menores, si son capaces de discernimiento, deben ser oídos por el Juez y, en todo caso, los menores con edades de 12 y más años. En cualquier caso, **cuando el menor solicita ser oído, la denegación del trámite de audiencia deberá ser motivada.**».

La necesidad de oír a a NNA en procedimientos de familia para establecer medidas: STS 413/2014, de 20 de Octubre de 2014, FFJJ 5 y 6:

«La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005.

Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada.

En función de lo expuesto procede acordar la nulidad de oficio de la sentencia recurrida, retro trayendo las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que antes de resolver sobre la guarda y custodia de los menores, se oiga a los mismos **de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo**, cuidando de preservar su intimidad».

Contradicciones respecto a la celebración de la audiencia en ausencia del menor. SAP de Lérida, Sec 1ª, nº 81/2016, de 3-3-2016 y SAP La Coruña, Sec. 2ª, nº 45/2016, de 28-1-2016 frente a la AP Guipúzcoa, sec. 1ª, S 10-10- 2014, nº 246/2014

En la **SAP de Lérida, Sec 1ª, nº 81/2016, de 3-3-2016** así como en

la **SAP de La Coruña, Sec. 2ª, nº 45/2016, de 28-1-2016** se admitió de la celebración de la audiencia en ausencia del menor por aplicación supletoria de la LECrim.

Tal es el criterio expresado en la Circular 1/2007 de la Fiscalía General del Estado, que admite el enjuiciamiento en ausencia del menor, considerando aplicable supletoriamente la LECrim, al no estar prohibido ni regulado en la LORPM el juicio *in absentia*. No obstante, la propia Circular previene que «los Sres. Fiscales serán especialmente prudentes a la hora de interesar tal enjuiciamiento en ausencia cuando la medida que se interese sea privativa de libertad».

Así siendo, en la **SAP de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 10-10- 2014, nº 246/2014**, se declara la nulidad de la audiencia y sentencia ulterior por celebrarse el juicio en ausencia del menor, a pesar de que existiese citación en legal forma y que la medida solicitada e impuesta fue de permanencias de fin de semana en centro por un delito de resistencia.

«...la Ley dispone la necesaria presencia del menor, sin excepción alguna. Incluso, la reforma efectuada en la redacción original de la LORPM 5/2000 por la LO 8/2006 introdujo la referida posibilidad de celebración del juicio en ausencia injustificada de la persona a quien se exija responsabilidad civil, pero nada exceptuó sobre la necesaria presencia del menor. Esta regulación es distinta de la existente en el Procedimiento Abreviado, para el que el artículo 786.1 LECrim fija, en su primer párrafo, como regla general que la celebración del juicio oral requiere preceptivamente la asistencia del acusado. En su segundo párrafo dispone en qué supuestos cabrá celebrar juicio en ausencia del acusado. Y en su tercer párrafo establece que la ausencia injustificada del tercero responsable civil citado en debida forma no será por sí misma causa de suspensión del juicio. Son regulaciones ambas completas y distintas entre sí.



Se trata de una opción del legislador, que en unos procedimientos, como el Ordinario, o el de la Ley del Jurado, establece la presencia obligatoria de la persona acusada y que, en otros, como el Procedimiento Abreviado, permite en determinados supuestos la celebración del juicio en ausencia del acusado. Pero no se trata de una cuestión no regulada en la LORPM que permitiría la aplicación de la normativa supletoria. La presencia del menor es, por tanto, necesaria para celebrar la audiencia, no pudiéndose celebrar ésta en su ausencia.

Así nos pronunciamos ya en nuestra sentencia n° 108/2009, de 30-3 y así se viene estableciendo en distintas sentencias de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que tiene atribuido por reparto el conocimiento de los recursos de apelación que se interpongan contra sentencias de los Juzgados de Menores de dicha ciudad: Ss 55/2003, de 23-6; 93/2004, de 10-5; 229/2004, de 21-12...; de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como la n° 40/2010, de 4-1; SAP Málaga, Sec. 8ª, n° 15/2007, de 4-1; SAP Bizkaia, Sec. 1ª n° 47/2005, de 8-9, etc. Consideran estas sentencias que la presencia del menor se exige taxativamente en el referido artículo 35 LORPM y que la misma se impone por su propio interés -base de toda la normativa en materia de menores- de manera acorde con la finalidad educativa-sancionadora del proceso penal de menores, obligándole a intervenir en su propio proceso, aceptando sus reglas y sometiéndose a ellas, de manera educativa para el mismo.

No se olvide que el Tribunal Constitucional, ya en su muy relevante sentencia 36/1991, de 14-2, proclamó, en relación al procedimiento seguido contra menores acusados de cometer un ilícito penal que "... Tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño resulta inequívocamente que ese procedimiento no es otra cosa que una variante del proceso penal, cuyos principios básicos debe respetar". Dicho Tribunal Constitucional ha sido constante en el sentido de considerar que el derecho fundamental a la defensa incluye el aspecto de autodefensa, junto al de defensa letrada, enmarcando aquel en el derecho a ser oído en juicio, consagrado también en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y tal derecho ha sido regulado en los procesos de menores por el legislador orgánico del modo que hemos indicado. En consecuencia, la celebración de juicios (audiencias) contra menores en ausencia de éstos, es contraria al modo en que el legislador ha regulado el derecho fundamental de los menores a su autodefensa en juicio.

Al haberse celebrado en el presente caso la audiencia sin la presencia del menor expedientado, se vulneró con ello una norma esencial del procedimiento, pudiéndose haber producido indefensión a dicho menor. En consecuencia, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debemos estimar la solicitud formulada y acordar la nulidad de la sentencia dictada y del propio acto de la audiencia, en la que se cometió la actuación que ocasiona la nulidad».

CLAVE 1: AMBIENTE DE SEGURIDAD Y CONFIANZA

Tanto en exploraciones como en otras situaciones en las que se haya de interactuar con NNA, es fundamental el lenguaje (verbal, no verbal y para-verbal), pues determinará en gran medida el ambiente que se cree y éste, a su vez, condicionará el relato que pueda llegar a ofrecer.

“Con el juez fueron preguntas de sí o no. Me preguntó que si mi comportamiento era porque estaba muy enfadada o porque realmente lo estaba sufriendo. Sentí que dudaban de mí, y eso me molestó”.

>> TIPS

- Usar frases que demuestren que NNA están en un espacio seguro y que pueden confiar en la persona que les explora: «si necesitas algo puedes decirlo»; «estoy interesado/a en escucharte»; «tengo ganas de saber qué te ha pasado».
- Confidencialidad: explicar al NNA qué personas van a tener acceso a su identidad y su relato, y preguntarle si esto le supone miedo, temor o problemas.
- Cuidar el lenguaje corporal o comentarios: Evitar comentarios o gestos que lleven implícito una valoración, positiva o negativa, respecto del NNA o de los hechos que cuenta. Podrían disminuir su capacidad referencial, llegando incluso a vivir situaciones de bloqueo.
- Por ejemplo, ante el NNA con conductas aquiescentes o con alto grado de deseabilidad social (deseo de agradar a la persona adulta) las referencias negativas pueden provocar que se retracte como mecanismo de aprobación. En el caso de comentarios positivos, puede llegar a distorsionar el relato acomodándolo a aquello que piensa que va a resultar aceptable para la persona adulta.
- Es frecuente que el NNA piense que la persona adulta dispone de mayor cantidad de información, y por lo tanto conoce determinados aspectos que le llevan a hacer esos comentarios o gestos de aprobación o desaprobación. Por todo ello, la persona que entrevista debe mantener una actitud de neutralidad empática.
- Escucha activa: al terminar, recoger la información que el NNA haya ido aportando a lo largo de su declaración y hacer una devolución. De esta manera, se demostrará que el NNA ha sido escuchado/a, y le generará un vínculo positivo con la Justicia. Por ejemplo, si el NNA ha expresado alguna afición o sueño futuro, un buen recurso es mencionarlo al concluir la sesión. «Ya me contarás que tal te ha ido el examen», «Con lo valiente que has demostrado ser contando esto, no tengo dudas de que serás una buena bombera»

“La primera vez no me sentí escuchado porque sentí que no me creían”.

“Me he sentido muy presionado, demasiado. Era muy pequeño en una sociedad de adulto donde te juzgan como un adulto”.

CLAVE 2:

ADECUAR RITMOS EN LA EXPLORACIÓN

Es importante tener en cuenta que los NNA podrían no facilitar información o narraciones de la misma forma que personas adultas. Puede suceder que introduzcan elementos inconexos con el relato principal, que tengan dificultades para explicar el contexto, duración, o detalles de forma precisa.

“Los jueces dudaban de lo que yo decía. Me preguntaban cosas de hace 3 años. Yo me ponía a pensar, y ellos ponían cara de no fiarse. Tenía que pensar. Era un niño pequeño y tenía que recordar ese hecho traumático”.

>> TIPS

“La primera vez que fui, no fue claro, no me preguntaban lo que yo quería decir”.

- Facilitar la expresión del NNA sin introducir elementos que puedan alterar o contaminar su relato
- Si hay necesidad de interrumpir, ser cuidadosos con la formulación de las preguntas, evitando que el NNA se sienta cuestionado/a, cuidando el lenguaje verbal y no verbal.
- Evitar cualquier otro tipo de distracciones: móvil en silencio, personas entrando en la sala, etc.
- Utilizar otros lenguajes además del verbal para obtener información (por ejemplo, dibujos). Muchos NNA pueden expresar mejor pensamientos, hechos y emociones, para esto, se debe recurrir al auxilio de expertos/as en testimonio infantil o psicología de la memoria.
- Terminar la exploración preguntando al niño, niña o adolescente si quiere decir algo más o si tiene alguna pregunta que hacer. Es definitiva, abrir la posibilidad a que pueda expresarse.

CLAVE 3:

COMPETENCIAS INTERCULTURALES

“No me explicaba bien porque no hablaba bien español, y no me tenía en cuenta el juez”.

En el caso de NNA que su idioma materno no sea el español, habrá que tener en cuenta si dispone de suficientes conocimientos para expresarse en español. Además, es fundamental tener en cuenta las claves culturales de comunicación no verbal, ya que algunos gestos tienen un significado diferente a los utilizados en el país de acogida.

Forzar a un/a NNA a hablar, mirar o comportarse de una determinada manera en relación a una persona adulta, puede generar una situación ansiógena, que podría ser evitable si se tienen en cuenta o conocen los matices y significados de determinados gestos, miradas, etc. del lugar del que procede o educación familiar que ha recibido. Por ejemplo, en algunas culturas los NNA no miran a las personas adultas a los ojos como señal de respeto generacional, lo que puede ser interpretado como desconfianza, falta de sinceridad o actitud evitativa.

>> TIPS

- Formación y capacitación sobre aspectos culturales específicos.
- Garantizar intérpretes teniendo en cuenta los casos de NNA en especial riesgo psicosocial. Es importante considerar el origen y género de las personas que realizan la interpretación.
- En caso de escuchar a un NNA de un entorno cultural distinto, si existen dudas acerca de cómo interpretar algún aspecto de su exploración, resulta adecuado contrastar la información o percepciones con profesionales de la mediación social intercultural.
- Identificar nuestros propios sesgos o prejuicios culturales que de manera consciente o inconsciente influyen en nuestra percepción y toma de decisiones.

CLAVE 4:

LA MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN

El derecho a ser oído/a y escuchado/a pasa también por vincular la participación del NNA al resultado del mismo. Esto significa no sólo escuchar al NNA en la exploración o al tomarle declaración, sino tomar realmente en consideración lo expresado, incluirlo y explicarlo en la motivación de la decisión.

“Me gustaría que hubiesen tenido más en cuenta lo que yo quería con el paso del tiempo”.

“Si tiene que ver conmigo me gusta que tengan en cuenta mi opinión”.

>> TIPS

- En la resolución que se adopte debe reflejarse que se ha tenido en consideración la opinión del NNA y en caso de apartarse de lo expresado, motivar reforzadamente por qué razón se ha adoptado otra decisión.
- En el ámbito de la justicia accesible a la infancia, y con relación a la motivación de las resoluciones judiciales, en Reino Unido se han desarrollado en los últimos años iniciativas académicas y decisiones judiciales que apuestan por redactar las sentencias de modo que puedan ser directamente entendibles por los NNA afectados/as por la decisión.⁵



⁵ Para saber más de esa iniciativa: *Rewriting Children's Rights Judgments: From Academic Vision to New Practice (Book)* Stalford, H. E., Hollingsworth, K., & Gilmore, S. (Eds.) (2017). Hart. *"This case is about you and your future": Towards Judgments for Children*. Helen Stalford & Kathryn Hollingsworth. Universidad de Liverpool y Universidad de Newcastle respectivamente.

CLAVE 5:

LA GRABACION DEL ACTO

La documentación de los actos y comparencias del menor constituye una garantía de preservación de la exploración. En este sentido la LOPIVI presta especial atención, por mor de la modificación de los artículos 449 bis y ter de la LECr. a la grabación de las diligencias que se practican con la cualidad de prueba preconstituida. Igualmente modifica el artículo 18.2 4 de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria señalando las obligaciones específicas en materia de documentación, mediante acta, del resultado de la exploración de los menores. Dicha obligación de documentar mediante acta no excluye la posibilidad de grabación.

>> TIPS

- Garantizar que toda actuación, en todos los procedimientos, quede grabada en soporte de audio y video para su reproducción o análisis.





DERECHO AL BUEN TRATO

¿CÓMO LE EXPLICO A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES QUÉ IMPLICA ESTE DERECHO?

Queremos que durante el procedimiento te sientas respetado/a, cuentes con apoyo profesional y tengamos en cuenta tus necesidades específicas. Si algo no te hace sentir bien, o no entiendes por qué ocurre, tienes la oportunidad de decirlo.

“La Justicia tiene el deber de hacer cumplir esos derechos: que a todos los niños y niñas se les respete, se les escuche, que tengan las mismas oportunidades y las leyes les protejan. A todo esto, lo llamamos “buen trato”.

Consejería de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias. 2022. Hoy vamos al juzgado.





REFERENCIAS LEGALES

El derecho de niños, niñas y adolescentes a recibir un buen trato aparece reconocido de modo expreso en los siguientes textos legales:

Supranacional

El **artículo 19 CDN** contempla únicamente el derecho a no sufrir malos tratos: *«1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.*

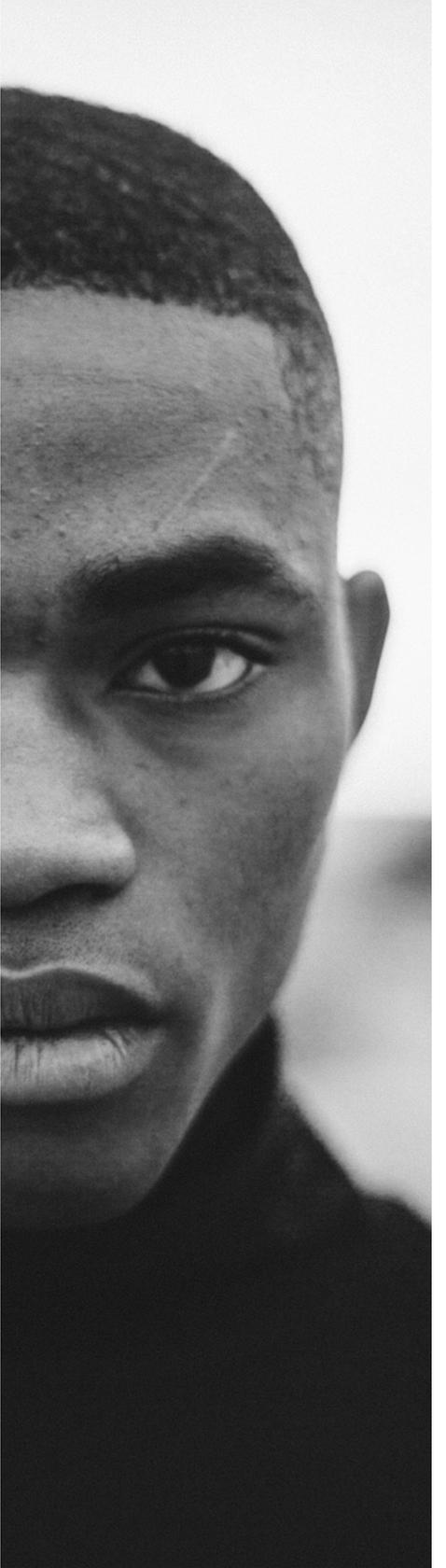
2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial». Como herramienta interpretativa de este artículo tenemos la **Observación N° 13 (2011) del Comité de Derechos del Niño sobre el Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (CRC/C/GC/13)**.

Regional

En relación con este derecho, el **artículo 7 CEEDN** establece la *«obligación de actuar con prontitud»*. Concretamente indica que en aquellos procedimientos que afecten a NNA, *«la autoridad judicial deberá actuar con prontitud para evitar toda demora inútil y deberán existir procedimientos encaminados a asegurar una rápida ejecución de las decisiones. En los casos urgentes, la autoridad judicial estará facultada, cuando proceda, para tomar decisiones que sean inmediatamente ejecutivas»*.

Nacional

Con el **artículo 1.3 LOPIVI** se avanza hacia el buen trato, contemplándolo como algo más que la ausencia de maltrato al introducir una definición del mismo: *«se entiende por buen trato a los efectos de la presente ley aquel que, respetando los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, promueve activamente los principios de respeto mutuo, dignidad del ser humano, convivencia democrática, solución pacífica de conflictos, derecho a igual protección de la ley, igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación de los niños, niñas y adolescentes»*.



El derecho al buen trato, se garantiza mediante un conjunto de prácticas que aseguran el bienestar físico y emocional de NNA a lo largo de todo el procedimiento. Hay que tener en cuenta que el procedimiento podrá marcar de por vida a NNA. Dependerá de la actuación de los/as profesionales que intervengan que este impacto sea en forma de daño o no.

CLAVES PRÁCTICAS PARA HACER EFECTIVO ESTE DERECHO EN UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL O ADMINISTRATIVO

CLAVE 1:

SEÑALAMIENTOS Y COMPARENCIAS



>> TIPS

- Citar a primera hora. Esta práctica permite que el NNA tenga el resto del día para descompresión del estrés. En el caso de que sea una preconstituida única, es posible que el NNA no tenga que volver a comparecer, reduciendo el riesgo de victimización secundaria.
- En el caso de NNA testigos/as o víctimas, no citar a la persona investigada el mismo día, o asegurar accesos independientes para evitar que coincidan. En el supuesto en que no sea posible, el NNA debe conocer de antemano que la persona victimaria estará presente y las salvaguardas que se van a adoptar para su bienestar: acompañamiento continuo, separación física e incluso presencia policial.

CLAVE 2: SALAS AMABLES

>> TIPS

- En el caso de que se trate de un despacho, habrá que cuidar la disposición de la habitación: favorecer la neutralidad de la sala y, si se realiza en la sala de vistas, explicar la función de los símbolos institucionales que pudiera haber.

“Cuando llegué al juicio, a la sala, me sentí muy agobiado... porque era muy pequeño y había muchas personas en esa sala. No tenía miedo, sino que quería que se acabase lo antes posible”.

“Fui a un despacho donde solo estaba la jueza y otra persona que apuntaba. Creo que esa es la forma más cómoda”.

“Cuando me tomaron declaración, te dan una banqueta de madera pequeña en una pared lisa. Me sentí observado”.

>> TIPS

- En el caso de una Sala Gesell o cualquier otra sala destinada específicamente a infancia, habrá que cuidar su propia ubicación dentro del Juzgado —que no se encuentre al lado de ninguna dependencia de calabozos, evitando que vean personas esposadas—, así como su disposición —. Así mismo se deben diseñar conforme a los criterios científicos de psicología del testimonio y reducción de la ansiedad: elegir los colores más apropiados para la situación, mobiliario o decoración que no induzca el testimonio, etc.
- En ambos casos, se debe permitir que el/la menor testigo/víctima pueda pasear sí así lo desea, y que conozca de antemano la ubicación de los aseos.
- Comprobar con antelación que la conexión de la videoconferencia así como el resto de la tecnología de grabación funciona con normalidad. Como una buena práctica que favorece el buen trato, en el Juzgado de Instrucción nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria ya no se oculta la cámara de grabación en su Sala Gesell. Cada elemento presente en la sala tiene una finalidad y no existe espejo, es una dependencia individual. La luz es natural.

CLAVE 3: TIEMPO DE ESPERA



>> TIPS

- En materia de dependencias amigables, resulta de interés conocer la metodología *Barnahus*⁶: un modelo de atención integral donde todos los departamentos que intervienen en un caso de abuso sexual infantil se coordinan y trabajan bajo el mismo techo para atender al niño o niña víctima. Se trata de una casa, lejos de comisarías y hospitales, que cuenta con un entorno amigable para la infancia: decoración adaptada a su edad y profesionales especializados en victimología infantil.

“Fui al juicio, y había un cuadro del rey y encima una cámara. Estuve muy nervioso todo el rato porque pensaba que el rey estaba viendo mi juicio. Cuando salí se lo dije a mi educador, y resulta que era una cámara para grabar el juicio. ¡¡Uf, menos mal!!”.

>> TIPS

- Recepción inmediata: sin esperas, pero sin prisas.
- Evitar salas de espera. En el Juzgado de Instrucción nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria y dentro del programa piloto «Vía libre a la infancia», se minimizan las esperas mediante una labor de coordinación intrajudicial, se recibe y se acompaña al NNA citado directamente a una sala de espera amigable, donde recibe un kit de bienvenida y un libro. Permanece acompañado hasta que se celebra la comparecencia.

⁶ Para saber más, visitar el Cuadriptico-Barnahus en web de Save the Children.

CLAVE 4:

EL DAÑO

“En el juzgado finalmente me dieron la razón, pero ese dolor, esas semanas, esos meses que estuve... no me los va a quitar nadie”.

“Tardó un año y medio. Es demasiado tiempo, porque todo este tiempo estás inseguro de lo que va a pasar, inestable, sin saber que te va a ocurrir”.

El trato que reciban NNA podrá añadir aún más daños emocionales a los que traen por causa del delito del que hayan podido ser víctimas.

>> TIPS

- Mantener la paciencia mientras declara el/la menor. El trauma es, científicamente, una situación que puede afectar las capacidades sensoriales. Puede provocar la disminución de la capacidad de atención.
- Proporcionar y asegurar un trato respetuoso y cercano para que el NNA pueda confiar en su interlocutor/a y no causar más daño. La mejor forma de obtener información de buena calidad es tratando bien al niño, niña o adolescente explorado. Hacerlo no menoscaba las oportunidades de las partes en el procedimiento; el éxito no está reñido con tratar bien y evitar hacer daño.
- Evitar comentarios o expresiones que puedan culpabilizar a la víctima.
- Distintas iniciativas han incorporado el uso de animales para facilitar el relato de NNA víctimas. En la Comunidad de Madrid, desde el año 2014, se desarrolla un programa específico junto a Dogtor Animal que permite que el NNA preste declaración, como prueba preconstituida, acompañado de un perro adiestrado. En Galicia, la Fundación María José Jove y APICO, han firmado un convenio de colaboración para llevar a cabo una iniciativa de acompañamiento en los juzgados de Betanzos con perros de terapia para menores víctimas de violencia de género. La iniciativa se completa con un programa más amplio de terapia asistida con animales. El 24 de noviembre de 2020 se han sumado a ella los ayuntamientos de Cambre y Miño. Así mismo, en el Juzgado de Instrucción nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria, antes de la crisis sociosanitaria derivada de la COVID19, se estaba implementando el Programa «Vente con tu mascota». Se han comprobado efectos muy positivos en la calidad del relato, pues la presencia de la mascota del/la menor puede suponer una reducción considerable del estrés.

CLAVE 5: LA RETRACCIÓN

Que NNA se desdigan, o cambien parte de su testimonio, no quiere decir que hayan mentido. Puede haber muchos factores que influyen: que sienta ambivalencia al tratarse de un familiar o una persona de confianza, que haya perdonado al agresor, que el recuerdo se modifique por estar reviviendo continuamente la experiencia, o el miedo a las consecuencias judiciales al constatar los cambios que el procedimiento judicial ha provocado en su sistema familiar o cotidianidad.

“Nadie me decía cuanto tiempo iba a durar todo. Yo pensé, pues si ya no cuento más cosas se acabará todo, piensas que se acaba el juicio y se acaba el problema. Pero luego no es así”.

>> TIPS

- Comprender la ambivalencia que puede sentir la víctima con su victimario, especialmente cuando existe relación previa de afectividad, convivencia o implicación emocional.
- Explorar las circunstancias del NNA con preguntas específicas sobre su situación personal o como está viviendo el procedimiento judicial.
- La STS nº 861/2015 se pronuncia sobre la credibilidad del testimonio de la víctima: “Las declaraciones de un testigo a efectos de valoración son divisibles, en el sentido de que pueden considerarse totalmente fiables o convincentes en algunos extremos y no tanto en otros puntos por motivos varios perfectamente razonables.”



CLAVE 6:

PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA

En los procedimientos verbales el momento de la proposición de la prueba o de formular las preguntas algunas personas expertas alertan de que se puede dar una situación de riesgo para la menor víctima, especialmente cuando la prueba o la pregunta puedan resultar inadmitidas o declaradas impertinentes, ya que pueden condicionar el relato o constituir un daño innecesario.

>> TIPS

- Trasladar la pregunta al/a la juez por escrito antes de que la admita o inadmita, evitando así que la víctima la escuche.
- El uso de salas de exploración que permitan suprimir el sonido de aquellas actuaciones procesales que sea innecesario que el NNA las escuche.

CLAVE 7: SOLIDARIDAD DE RESPONSABILIDADES

La coordinación y contacto entre profesionales implicados para dar la mejor respuesta posible a los NNA es fundamental. Entender nuestras competencias y responsabilidades y las del resto mejora la intervención socio-jurídica con los niños, niñas y adolescentes involucrados en procedimientos judiciales, permite una mayor identificación de las necesidades, un abordaje integral y garantiza mejor sus derechos. Frente a la división de las competencias, solidaridad en el ejercicio de las responsabilidades profesionales.⁷



>> TIPS

- Mantener contacto con los demás profesionales.
- Evaluar el trabajo y mejorar las estrategias de coordinación para asegurar el trabajo interdisciplinar.

CLAVE 8: PRUEBA PRECONSTITUIDA

Si bien es positivo que la LOPIVI haya introducido la obligatoriedad de la prueba preconstituida para cualquier menor de catorce años, quedan excluidos de la misma bastante supuestos en función del tipo penal y de la edad del menor. Del mismo modo, la ley no ha previsto la práctica de la prueba preconstituida en el ámbito del procedimiento penal de menores previsto en la LORPM.

⁷ Para más información, visitar la web de la fundación La Merced Migraciones y su proyecto Solidaridad de Responsabilidades.



DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA

¿CÓMO LE EXPLICO A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES QUÉ IMPLICA ESTE DERECHO?

Hay ciertos procedimientos en los que las personas deben ir acompañadas por abogado/a y procurador/a. En otros, no es obligatorio, pero puede ser recomendable. Si quieres solicitar un abogado/a que te asesore y acompañe, puede ser de tu confianza si conoces a alguno. Si no, puedes solicitar un abogado/a del turno de oficio que será especialista en el procedimiento que te afecta.



REFERENCIAS LEGALES

El carácter fundamental del Derecho a la asistencia letrada está ampliamente reconocido y no suscita discusión alguna en el ámbito del derecho penal y sancionador, pero adquiere especial relevancia en el ámbito de los derechos de la infancia como un mecanismo de garantizar el acceso a la justicia.

Supranacional

Habiendo sido ya mencionado en el derecho a ser oído/a, el **artículo 12.2 CDN** es relevante de nuevo en este capítulo: «[...] 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».

Regional

El artículo 47 CDFUE indica que «Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia».

Según el artículo 4 CEEDN, apartado 1, NNA tienen derecho «a solicitar, personalmente o a través de otras personas u organismos, la designación de un representante especial en los procedimientos que le[s] afecten ante una autoridad judicial, cuando el derecho interno prive a los titulares de las responsabilidades parentales de la facultad de representar al niño como consecuencia de un conflicto de intereses con éste», si bien es cierto que el apartado 2 permite que los Estados limiten este derecho aplicán-

dolo únicamente a NNA «a quienes el derecho interno considere que tienen el discernimiento suficiente». Asimismo, NNA tienen, según el artículo 5 CEEDN, otros derechos procesales complementarios que pueden ser: «a. solicitar la asistencia de una persona apropiada de su elección con el fin de que les ayude a expresar su opinión»; «b. [...] solicitar por sí mismos o a través de otras personas u organismos la designación de un representante distinto y, en los casos oportunos, de un abogado» y «c. [...] nombrar su propio representante».

En virtud del Derecho primario de la UE, la Directiva 2013/48/UE sobre el d 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, alude directamente a los niños en los considerandos 52 y 55 del preámbulo, así como en el artículo 5, apartados 2 a 4.

El TEDH establece que el acceso a asistencia letrada constituye uno de los elementos fundamentales del derecho a un proceso equitativo *Asunto Panovits c. Chipre*.⁸

⁸ <https://hudoc.echr.coe.int/eng>

Se informará sin demora al niño, niña o adolescente de su derecho a la asistencia jurídica gratuita

Nacional

Por un lado, el **artículo 10 LOPJM** en sus **apartados 1. y 2.e)**: «1. Los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones Públicas, o a través de sus entidades colaboradoras, la información en formato accesible y asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos, así como a que se garantice su respeto.

2. Para la defensa y garantía de sus derechos el menor puede: [...] e) Solicitar asistencia legal y el nombramiento de un defensor judicial, en su caso, para emprender las acciones judiciales y administrativas necesarias encaminadas a la protección y defensa de sus derechos e intereses. En todo caso el Ministerio Fiscal podrá actuar en defensa de los derechos de los menores».

De nuevo, el **artículo 21.bis.1 LOPJM, párrafo b)**, indica que todo NNA acogido, «con independencia de la modalidad de acogimiento en que se encuentre, tendrá derecho a: [...] b) Ser reconocido beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita cuando se encuentre en situación de desamparo».

El **artículo 14 LOPIVI** reconoce el derecho de las personas menores de edad víctimas de violencia tienen «a la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita». Tras la reforma del **artículo 2.g) LAJG**, éste tiene la siguiente redacción: «g) Con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita, que se les prestará de inmediato, a las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, así como a las personas menores de edad y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección cuando sean víctimas de delitos de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150, en el delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, en los delitos contra la libertad, en los delitos contra la libertad e indem-

nidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos.

Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fueran partícipes en los hechos.

A los efectos de la concesión del beneficio de justicia gratuita, la condición de víctima se adquirirá cuando se formule denuncia o querrela, o se inicie un procedimiento penal, por alguno de los delitos a que se refiere esta letra, y se mantendrá mientras permanezca en vigor el procedimiento penal o cuando, tras su finalización, se hubiere dictado sentencia condenatoria. El beneficio de justicia gratuita se perderá tras la firmeza de la sentencia absolutoria, o del sobreseimiento definitivo o provisional por no resultar acreditados los hechos delictivos, sin la obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento. En los distintos procesos que puedan iniciarse como consecuencia de la condición de víctima de los delitos a que se refiere esta letra y, en especial, en los de violencia de género, deberá ser el mismo abogado el que asista a aquella, siempre que con ello se garantice debidamente su derecho de defensa».

Es relevante también el **artículo 2.e) LAJG**, por el cual «En el orden contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en España, a su devolución o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo».

También, el **artículo 50.f) LOPIVI** indica que «Se informará sin demora al niño, niña o adolescente de su derecho a la asistencia jurídica gratuita y, si así lo desea, se requerirá al Colegio de Abogados competente la designación inmediata de abogado o abogada del turno de oficio específico para su personación en dependencias policiales».

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Capacidad judicial del menor para actuar en su propio nombre y derecho en el ejercicio de derechos personalísimos: Sentencias 183/2008 y 184/2008, de 22 de diciembre del Tribunal Constitucional⁹

Contra la resolución por la que se acordaba la repatriación de un menor extranjero no acompañado tutelado por la Comunidad de Madrid, éste recurre, designando un abogado de la asociación Coordinadora de Barrios para su representación, el cual fue posteriormente designado como defensor judicial por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid, al que correspondió el conocimiento del asunto y que acordó incoar el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales y formar pieza separada de suspensión cautelarísima. Este Juzgado declaró la nulidad de la resolución de repatriación.

En apelación, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid estima el recurso declarando que concurría la causa de inadmisión de falta de representación y capacidad procesal del menor y falta de legitimación activa de la asociación, indicando asimismo que el Juzgado de instancia carecía de competencia para suplir esta falta de capacidad mediante el nombramiento de un defensor judicial.

Finalmente, el Tribunal Constitucional entiende que la decisión impugnada contraviene el derecho del menor a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia, como alegan en amparo tanto el menor como la asociación. Indica que quedó acreditado que el menor, habiendo cumplido 17 años en el momento de los hechos (2006), había impugnado judicialmente la decisión a través de su abogado, ratificando en presencia judicial su voluntad tanto de oponerse a la resolución como de ser representado por dicho abogado. La negativa judicial de reconocerle capacidad procesal, interpretando de forma rigorista el artículo 18 LJCA, e imposibilitar además que supliera ese defecto mediante el nombramiento de un defensor judicial, le impidió de manera definitiva instar el control judicial de una decisión administrativa que afectaba de modo directo a su vida y esfera personal.

El hecho de que el entonces menor hubiese alcanzado ya la mayoría de edad, por otro lado, no implicaba la pérdida sobrevenida del objeto del amparo, no habiéndose puesto de manifiesto la existencia de ninguna actuación posterior a la interposición de la demanda a partir de la cual se pudiese sostener que se había producido una reparación del derecho alegadamente vulnerado.

Así siendo, el Tribunal Constitucional otorga el amparo, declarando la nulidad de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al de dictarse sentencia.

El Tribunal Constitucional, que no se había pronunciado aún sobre la capacidad procesal de los menores de edad para impugnar judicialmente decisiones que afecten a su esfera personal (aunque sí había estimado la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los menores en supuestos de procesos judiciales en los que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal)¹⁰ indicó así que la repatriación de un menor es uno de los supuestos en los que queda afectada la esfera personal y familiar de éste.¹¹

Asistencia letrada preceptiva de los NNA no acompañados solicitantes de protección internacional: STS 3186/2013, 17 de Junio de 2013, Sala de lo Contencioso, Sección 3ª, Recurso nº 4353/2012¹²

⁹ ECLI:ES:TC:2008:183 y ECLI:ES:TC:2008:184

¹⁰ SSTC 221/2002, de 25 de noviembre y 17/2006, de 30 de enero.

¹¹ Tal y como se indicó también en el ATC 372/2007, de 17 de septiembre.

¹² ECLI:ES:TS:2013:3186

CLAVE 1: LA DEFENSA DEL INTERÉS DEL MENOR: EL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE COMO CLIENTE.

El derecho de NNA a designar letrado/a aparece reconocido en la LORPM respecto del menor detenido o expedientado. No obstante, no se restringe solo a los procedimientos penales. Cada vez son más los procedimientos judiciales donde los profesionales de la abogacía deben ostentar la defensa directa de los intereses de los niños, niñas y adolescentes directamente, sin la intermediación de sus representantes legales: procedimientos de oposición a medidas de protección de menores, procedimientos de internamiento en centro específico para menores con trastorno de conducta, o procedimientos de repatriación de menores entre otros.

“Me he sentido arropado por mi abogada, porque ya de primeras me transmitía confianza y me decía lo bueno y lo malo”.

>> TIPS

- El abogado o abogada designada debe identificar las necesidades del NNA en el procedimiento y atender a sus derechos de modo prioritario.
- Promover el nombramiento de defensor judicial en los supuestos en que se detecte la existencia de un conflicto de intereses entre menor de edad y tutelado.
- En los procedimientos de la LOPRM promover el nombramiento de profesionales distintos para el o la menor y la persona responsable civil subsidiaria, en caso de conflicto de interés entre ambos.
- Hacer accesible a NNA los servicios de asesoramiento jurídico para garantizar el derecho a la información, a la participación en el procedimiento y prevención de la discriminación.

CLAVE 2:

AMPLIAR LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA POR MINORÍA DE EDAD

“Hablar con una abogada me ayudó, porque preparamos un poco cómo iba a ser la vista. Y yo iba más tranquilo porque sabía lo que me iban a decir y hacer”.

Siendo cierto que la LOPIVI ha ampliado los supuestos por los que el artículo 2.g) LAJG reconoce la asistencia jurídica gratuita a NNA, en la redacción actual de este artículo no se contemplan todos los tipos de violencia –acoso escolar, entre otras.



>> TIPS

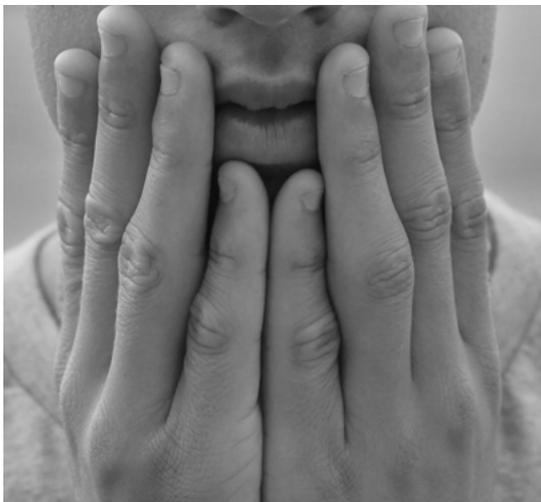
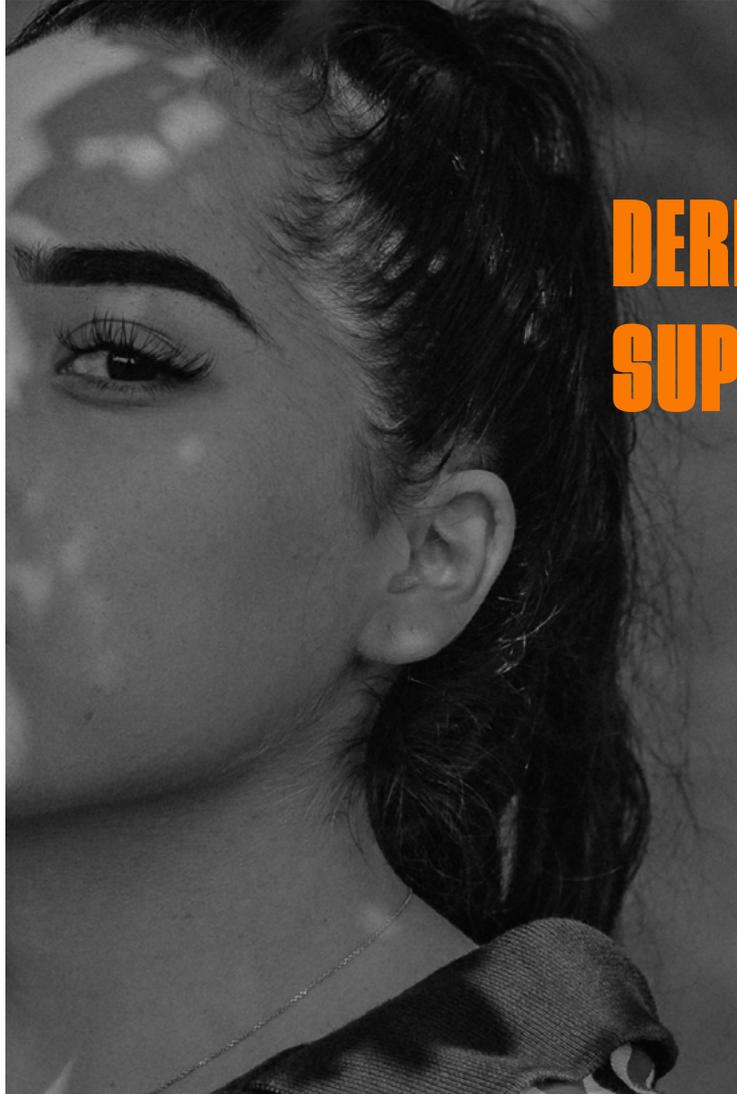
- Hacer incidencia para una nueva reforma de este artículo, pasando a contemplar la asistencia jurídica gratuita por ser víctima menor de edad.

DERECHO AL INTERÉS SUPERIOR

UNA REFERENCIA ESPECÍFICA AL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO PRINCIPIO RECTOR

El interés superior del niño tiene una triple dimensión: es un derecho, un principio y una norma de procedimiento basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios NNA en una situación concreta. El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño.¹³

En su vertiente como derecho, significa que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como privado.



¹³ Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño (CRC/C/GC 14, artículo 3, párrafo 1).

REFERENCIAS LEGALES

Supranacional

Artículo 3 CDN: 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 del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Como herramienta interpretativa de este artículo tenemos la **Observación General N° 14 (2013) del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)** de la cual destacamos el **párrafo 96º**: «*El niño necesitará representación letrada adecuada cuando los tribunales y órganos equivalentes hayan de evaluar y determinar oficialmente su interés superior. En particular, cuando se someta a un niño a un procedimiento judicial o administrativo que conlleve la determinación de su interés superior, el niño debe disponer de representación letrada, además de un curador o representante de su opinión, cuando pueda haber un conflicto entre las partes en la decisión*».

Regional

El **artículo 24.2 CDFUE**, relativo a los «Derechos del niño» indica que «*En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial*».

El **artículo 6. a) CEEDN** indica, además, que la autoridad judicial tiene, antes de tomar cualquier decisión sobre un NNA, la obligación de «*examinar si dispone de información suficiente con el fin de tomar una decisión en el interés superior de aquél y, en su caso, recabar información complementaria, en particular de los titulares de las responsabilidades parentales*».

El **artículo 8 CEEDN** contempla la posibilidad de que la autoridad judicial actúe de oficio «*en los casos determinados por el derecho interno en que se encuentre en peligro grave el bienestar de un niño*».

Por otro lado, en el **artículo 9 CEEDN** se indica que la autoridad judicial podrá «*designar un representante especial para el niño en [aquellos] procedimientos*» en los que «*se prive a los titulares de las responsabilidades parentales de la facultad de representar al niño como consecuencia de un conflicto de intereses entre aquéllos y éste*». Este artículo continúa estableciendo que los Estados «*examinarán la posibilidad de disponer que, en los procedimientos que afecten a un niño, la autoridad judicial esté facultada para designar a un representante distinto, un abogado cuando proceda, para representar al niño*».

En relación a procedimientos de expulsión, debemos tener en cuenta el **artículo 10 de la Directiva 2008/115/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. «*1. Antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, se concederá la asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño. 2. Antes de expulsar del territorio de un Estado miembro a un menor no acompañado, las autoridades de ese Estado miembro se cerciorarán de que será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno*».

Se tendrá en cuenta la preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor.

Nacional

El artículo 2 LOPJM regula el interés superior del menor:

«1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

- a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.
- b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.
- c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones

familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

- a) La edad y madurez del menor.
- b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.
- c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.
- d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.
- e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

En caso de que no puedan respetarse los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés del menor.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

5. Toda resolución de cualquier orden jurisdiccional y toda medida en el interés superior de la persona menor de edad deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:

a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.

b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.

c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto de interés o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses. Se presumirá que existe un conflicto de interés cuando la opinión de la persona menor de edad sea contraria a la medida que se adopte sobre ella o suponga una restricción de sus derechos.

d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados a ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.

e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos.»



REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Dictámenes 16/2017 A.L. c. España y 22/2017 J.A.B. c. España del Comité de Derechos del Niño

Con estos Dictámenes, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones condena a España por violar los derechos de dos niños que llegaron solos a España (artículos 3, 8, 12, 20 y 24 CDN: interés superior, preservación de la identidad, ser oído y escuchado, obligación del Estado de proteger y asistir al menor y el reconocimiento del derecho del niño a disfrutar de los servicios para el tratamiento de las enfermedades, respectivamente).

En el primer caso, J.A.B, es un niño de Camerún, que a los 10 años comenzó a vivir en la calle, habiendo intentado sobrevivir en distintos países de su África natal, hasta que con 15 años llegó a Marruecos pasando por Argelia hasta llegar a España con 16 años. Desde su llegada a España, el menor de edad fue tratado como un adulto, al no tener con él, documentación que acreditase su minoría de edad, pero a los pocos meses un familiar suyo le envió su acta de nacimiento que constataba que tenía 16 años y con ella se dirigió a su Embajada en Madrid para tramitar su Certificado de Inscripción Consular, su Pasaporte y su Carta Nacional de Identidad. Con el resguardo de estar en trámite la expedición de su pasaporte y originales y copias de todo lo demás, el menor llegó a Fundación Raíces, ONG que al constatar que era un niño, documentado y en situación de desamparo, lo puso inmediatamente a disposición de los servicios de Protección de Menores de la Comunidad de Madrid, donde fue acogido. Desde allí, J.A.B,

acudió al Hospital de la Paz, donde se le diagnosticaron varias enfermedades, entre ellas, tuberculosis y malaria, por las que debía recibir tratamiento médico. A los 15 días, La Fiscalía de Menores le citó a una comparecencia, sin permitirle acudir con un abogado de Fundación Raíces, a quien el menor había designado para ello y sin asistencia letrada, ni tutor que le representase y, tan solo por negarse a que le hicieran radiografías para averiguar su edad, puesto que el menor tenía ya acreditada su menor edad, la Fiscalía le Decretó "Mayor de edad" y con ello la Comunidad de Madrid le expulsó a vivir a la calle. Posteriormente al obtener su pasaporte biométrico, expedido por su Oficina Consular, el menor, con ayuda de Fundación Raíces, solicitó a la Fiscalía la revisión del Decreto que le había hecho mayor de edad y la Fiscalía mantuvo su decisión.

El Comité considera que el procedimiento de determinación de la edad al que fue sometido, quien alegaba ser un niño, no contó con las garantías necesarias para proteger sus derechos reconocidos en la Convención y por tanto España violó el art 3 y el artículo 12 de la Convención al no tomar como consideración primordial el interés superior del niño durante el procedimiento y ante la falta de consideración de los documentos de identidad oficiales y originales del niño emitidos por un país soberano, al declararle mayor de edad, tan sólo por su negativa de someterse a pruebas y no habiendo sido asistido por ningún tutor ni representante tal y como el niño había designado para defender sus intereses.



El Comité ha constatado que a pesar de que la revisión del decreto de determinación de la edad dictado por la Fiscalía procede cuando se aportan nuevos elementos de prueba, la realidad es que la Fiscalía no revisó el Decreto de mayoría de edad que había emitido, a pesar de que el menor disponía de pasaporte biométrico, original del Certificado de Inscripción Consular y su Carta Nacional de identidad, por lo que Naciones Unidas ha dictaminado que el Estado Español no respetó la identidad del niño al negarle valor probatorio a todos los documentos oficiales aportados que acreditaban su minoría de edad, sin analizar su validez y sin cotejar los datos con las autoridades de su país de origen. Atribuyéndole una fecha de nacimiento distinta a la suya y propia de su pasaporte y en consecuencia, violando así también el artículo 8 de la Convención (interferir en su identidad).

El Comité condena a España también por la violación del art 20 de la Convención (la obligación del Estado de proteger y asistir al menor) y el art 24 de la Convención (el reconocimiento del derecho del niño a disfrutar de los servicios para el tratamiento de las enfermedades), pues padecía de tuberculosis, malaria, etc. y la ausencia de protección del Estado y su situación de desamparo, al haberlo dejado en la calle, aumentó su grado de vulnerabilidad, el cual era ya muy elevado (siendo menor, migrante, no acompañado y enfermo), habiéndose producido esta falta de protección, incluso después de que el menor presentara a las autoridades españolas documentos de identidad que confirmaban que era un niño.

-
El segundo caso llevado también por Fundación Raíces, es el de A.L., un niño argelino que en 2017 llegó a España y, tras manifestar que era menor de edad, se le realizó la prueba radiográfica determinando que su edad ósea era "mayor de 19 años" dictándose una orden de devolución y ordenando el ingreso del niño en el CIE de Aluche. Todo ello se realizó, sin ser escuchado ni informado de sus derechos ni poniendo a su disposición un abogado en el procedimiento para determinar su edad. En este

caso además el niño contó como había sido golpeado en el CIE con un palo. En este caso, el Decreto de Fiscalía tampoco se revisó, cuando el menor acreditó su menor edad con su partida de nacimiento. Por tanto, en el Dictamen de Naciones Unidas en el caso de A.L. (representado también por la ONG Fundación Raíces) España ha sido condenada por las violaciones de los artículos 3, 8 y 12 de la Convención.

El Comité recuerda también que los documentos disponibles deben considerarse auténticos salvo prueba contraria, y deben tenerse en debida consideración las declaraciones de los niños. Asimismo, es de vital importancia conceder el beneficio de la duda a la persona que se está evaluando. Los Estados deben abstenerse de basarse en métodos médicos basados, en el análisis de los huesos y el examen de los dientes, que pueden ser imprecisos, y tener amplios márgenes de error, y también pueden ser traumáticos y dar origen a procedimientos judiciales innecesarios"

El Comité considera que, en ambos casos, España también incumplió la medida provisional que, en el transcurso del examen, solicitó Naciones Unidas al Estado Español de trasladar a ambos niños a un centro de protección de menores (artículo 6 del Protocolo Facultativo) pues se negó a cumplir con esta medida sugiriendo que proteger a estos dos menores supondría un riesgo para el resto de los niños de esos centros. Sin embargo, el Comité denota que ese argumento descansa sobre la premisa de que ambos son mayores de edad, pero, más allá de que ambos eran menores, ante la presunción de mayoría de edad junto con un documento que acredita su minoría, debería primar siempre su condición de menor y, por tanto, ser amparado.

El Comité en su dictamen recuerda al Estado Español que "los documentos de identidad deben de considerarse auténticos salvo que se pruebe lo contrario" y no se debe declarar la mayoría de edad, con base en la negativa de la persona a someterse a pruebas. Constatando así, que todo menor no acompañado será considerado documentado si se encuentra en posesión de un pasaporte o similar.

Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Cualquier decisión que afecte a la infancia debe estar regida por su interés superior.



Por último, el Comité obliga a España a evitar que se cometan violaciones similares en el futuro y a asegurar que se designe rápidamente una representación gratuita durante el procedimiento de determinación de la edad. El Comité recuerda que el Estado ha reconocido la competencia del Comité y otorga a España un plazo de 180 días para informar al Comité de las medidas adoptadas para aplicar este dictamen. Así mismo, Naciones Unidas dictamina que el Estado Español debe proporcionar a los niños una reparación efectiva por las violaciones sufridas, incluso ofreciéndole la oportunidad de que regularicen la situación administrativa en España.

Interés superior del menor debe ser siempre tenido en cuenta: Sentencias TEDH K.A.B. c. España, de 10 de abril de 2012; Rahimi c. Grecia, de 5 de abril de 2011

En estas sentencias el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que cualquier decisión que afecte a los menores debe estar regida por su interés superior, tal y como dispone el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño.

El interés superior del menor como derecho sustantivo: Sentencia 141/2000, de 29 de mayo, del Tribunal Constitucional, FJ 5¹⁴

«5. Desde la perspectiva del artículo 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya

incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC o el artículo 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el “superior” del niño (SSTC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo; 134/1999, de 15 de julio; STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann).

En resumen, frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el interés superior de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el artículo 39 CE).

¹⁴ ECLI:ES:TC:2000:141

Tratándose, como se trata en el caso de autos, de la supuesta afectación de dos menores de edad por las prácticas de su padre de conformidad con sus creencias, no deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia, que son de aplicación en España. Y, entre ellas, muy en particular, la Convención de la Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990) y la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño (Resolución A 3-0172/92 de 8 de julio), que conforman junto con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, vigente al tiempo de la Sentencia de apelación, el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 39 CE, y muy en particular, en su apartado 4. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, que constituye un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores.

Así, el artículo 14 de la Convención de Derechos del Niño dispone que “los Estados Partes respetarán el derecho

del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”. Añadiendo en sus apartados 2 y 3 que “los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades” y “la libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás” (apartados 25 y 27 del § 8 de la Resolución relativa a la Carta Europea).

Por lo tanto, ha de concluirse que el sacrificio de su libertad de creencias impuesto al recurrente por la Sentencia de la Audiencia Provincial que aquí se impugna, obedeció a una finalidad constitucionalmente legítima. Estamos ante una limitación de la libertad de creencias de un padre, consistente en una restricción adicional del régimen de visitas que, al hallarse dirigida a tutelar un interés que constitucionalmente le está supraordenado no resulta, desde la perspectiva de su finalidad, discriminatoria.»





El interés superior del menor como derecho sustantivo: Sentencia 127/2013, de 3 de junio, del Tribunal Constitucional, FJ 6¹⁵

«6. Abunda en favor de la adecuación constitucional de la motivación y fundamentación en Derecho controvertida un análisis de la misma en términos de razonabilidad de los resultados desde la perspectiva del interés superior del menor, principio que, como ha recordado este Tribunal, con carácter general proclama la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, al disponer que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (artículo 3.1). Y que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales (SSTC 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4, y 47/2009, de febrero, FJ, 3 entre otras). Pues bien, el caso de autos ha desembocado en una situación patológica, escapada de todas las prevenciones legales, en perjuicio de la menor cuyo interés demanda un régimen de relaciones paternofiliales estable, lo que implica que sea eficaz tanto en España como en Bélgica, como marco imprescindible para el desarrollo de los derechos de la menor y de los padres y como medida mínima para prevenir el riesgo de sustracción internacional. En orden a procurar este objetivo es significativo que la resolución de la Audiencia sobre la guarda y custodia incorpore materialmente la motivación de la Sentencia de apela-

ción belga, haciéndola nuestra. Con la misma lógica, al fundamentar la competencia del Tribunal español en la necesidad la Sentencia exterioriza un criterio jurídico ajeno a la cuestión que está en el origen de la incompatibilidad de resoluciones judiciales, esto es, la consideración del traslado de la menor como lícito o ilícito, y los foros de competencia deudores de ese presupuesto.

Por último, la razonabilidad del resultado se aprecia no sólo desde la óptica del interés superior del menor sino de los derechos del padre ahora recurrente (expresamente en la motivación de la Sentencia “el derecho de padre a mantener relaciones con su hija menor”) pues la situación claudicante también condicionaba severamente sus derechos. De esta suerte, la resolución judicial controvertida, en los términos en que se fundamenta, coadyuva a la garantía y ejercicio de los derechos del recurrente y entronca con el artículo 39 CE y con el derecho al respeto a la vida privada y familiar previsto en el artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Además, no puede ignorarse que, en cuanto al fondo, el Tribunal español reproduce la motivación y reitera el fallo de la decisión belga sobre la guarda y custodia y acoge íntegramente el régimen de visitas solicitado por el recurrente, de lo que resulta que ha obtenido la solución más favorable posible, a la luz del interés del menor en la actualidad, siendo legal y constitucionalmente inviable, como parece reclamarse, una motivación y fundamentación en Derecho de la competencia judicial internacional en materia de relaciones paternofiliales ajena a este criterio.»

¹⁵ ECLI:ES:TC:2013:127



El interés superior del menor como norma de procedimiento: Sentencia 138/2014 de 8 de Septiembre, del Tribunal Constitucional¹⁶

2. Como hemos recordado en la STC 64/2010 de 18 de octubre, FJ 3, “el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, pero sí comprende, entre otras dimensiones, el derecho a obtener una resolución judicial motivada que, a su vez, según la doctrina constitucional, presenta varias manifestaciones. Supone, en primer lugar, que la resolución ha de estar suficientemente motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, ni resulte manifiestamente irrazonable, incurra en un error patente o en una evidente contradicción entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 223/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; y 276/2006, de 25 de septiembre, FJ 2, entre otras muchas)”.

Asimismo, hemos venido afirmando que son los órganos judiciales los

únicos competentes, ex artículo 117.3 CE, para resolver sobre las materias de estricta legalidad ordinaria, si bien también hemos advertido que sus decisiones pueden ser objeto de revisión en vía de amparo si resultan inmotivadas o manifiestamente irrazonables o arbitrarias, pues, en tal caso, vulnerarían el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE (STC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4).

3. En el caso objeto de enjuiciamiento, el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente por cuanto que se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional, al invocarse por el demandante de amparo el principio del interés superior del menor que tiene su proyección constitucional en el artículo 39 CE y que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativas como judiciales (SSTC 141/2000, de 21 de mayo, FJ 5, y 127/2013, de 3 de junio, FJ 6, entre otras).

Además, la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 dispone que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (artículo 3.1), lo que también define nuestra legislación (Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero) y la jurisprudencia de este Tribunal (por todas, STC 124/2002, de 20 de mayo, FJ 6).

¹⁶ ECLI:ES:TC:2014:138



4. La proyección de estos criterios en la cuestión planteada permite analizar si en este caso puede considerarse fundada la decisión de los órganos judiciales que, al amparo de los artículos 94 y 160 del Código civil, atribuyen a los abuelos maternos un régimen de visitas de contenido análogo al de progenitor no custodio.

Lo primero que hay que precisar es que la determinación de la extensión del régimen de visitas y comunicación de los abuelos con los nietos es una cuestión de legalidad, máxime al ostentar el padre la patria potestad sobre sus hijos, cuya concreción corresponde a los Tribunales ordinarios, ponderando el interés superior del menor y valorando las circunstancias concretas del caso, por lo que nuestro canon de enjuiciamiento debe discurrir en la perspectiva del derecho constitucional a obtener una resolución fundada, en los términos expuestos en el anterior fundamento.

Tal como ha quedado expresado en los antecedentes, el Juzgado de Instancia se pronunció sobre dos cuestiones distintas: i) reconoció a los abuelos maternos el derecho a relacionarse con sus nietos, al entender que no existía justa causa impeditiva; y ii) a continuación, aprobó un amplio régimen de visitas, análogo al que es habitual establecer en el caso de progenitor no custodio e incluso, en algunos aspectos, más extenso que el solicitado por los propios abuelos. La Sentencia, si bien razona extensamente la primera de las cuestiones, esto es, que no existe causa impeditiva para que los nietos se relacionen con los abuelos, omite toda motivación en relación a la segunda, puesto que fija el derecho a la comunicación y visita con los abuelos maternos de forma infundada, sin exteriorizar ninguna ponderación sobre la proyección que pudiera tener para el interés de los menores este concreto régi-

men de visitas. Por tanto, el órgano *a quo* prescindió de un examen de las circunstancias concurrentes a la hora de fijar el contenido y la extensión del derecho a las relaciones personales de los abuelos maternos con sus nietos menores de edad.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial se limitó a responder genéricamente al recurso planteado por el demandante en cuanto a la extensión del régimen de visitas, afirmando abstractamente que “no hay motivos para modificar el régimen que la Juez de instancia ha establecido, que nos parece el más adecuado al caso presente atendiendo a la correcta valoración de la prueba”.

Finalmente, el Auto de inadmisión del recurso de casación dictado por el Tribunal Supremo no repara la lesión denunciada al no apreciar interés casacional en el recurso interpuesto apoyándose en la valoración de la prueba realizada por los órganos de instancia que, como hemos expresado, no había resultado exteriorizada a la hora de determinar la extensión y contenido del régimen de visitas.

5. La citada fundamentación de los órganos judiciales, examinada desde el canon de razonabilidad al que se hacía referencia en el fundamento jurídico 3, reforzado por la conexión con el principio de interés del menor del artículo 39 CE, debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional desde el momento en que hay una absoluta falta de ponderación del citado principio a la hora de decidir sobre la extensión del derecho de comunicación y visita de los abuelos con los nietos.

La decisión judicial sobre la conformación del régimen de visitas de los abuelos con los nietos se fundamenta en una genérica traslación del régimen de visitas para progenitores no custodios, sin ningún elemento

de individualización y sin ninguna referencia al interés de los menores. Tanto en la resolución de instancia como en las resoluciones posteriores, y una vez razonada la inexistencia de elemento impeditivo para la comunicación entre abuelos y nietos, se menciona genéricamente la adecuación o conveniencia de este amplio régimen de visitas, sin concretar los elementos del acervo probatorio que determinarían la idoneidad desde la perspectiva del interés de los menores.

En consecuencia, existe una absoluta falta de ponderación del principio del interés superior del menor en este ámbito decisorio, que torna a la resolución dictada en infundada, desde el canon constitucional exigido por el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE en relación con el artículo 39 CE), por lo que debe estimarse la demanda de amparo y restablecer al recurrente en la integridad del derecho fundamental vulnerado, anulando las resoluciones judiciales impugnadas, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictarse la Sentencia de primera instancia para que se dicte nueva resolución judicial respetuosa con el derecho fundamental lesionado.»

El interés superior del menor y la acusación particular como única acusación (en expediente de reforma): Sentencia 23/2016, de 15 de febrero, del Tribunal Constitucional, FJ 4¹⁷

«4. A fin de determinar si el órgano judicial ha realizado una ponderación constitucionalmente correcta de los derechos e intereses constitucionales en conflicto, no puede perderse de vista el marco normativo en el que surge el mismo, que es el del proceso penal de menores, en el que **el principio de “interés superior del menor” modula la intensidad de los derechos que ostenta la acusación particular.** De este modo, el canon de constitu-

cionalidad no puede ser el mismo que el que resultaría aplicable en un proceso penal de adultos, al que respondió el pronunciamiento contenido en la STC 218/2007, de 8 de octubre [...]».

Mantenimiento de una medida cautelarísima (no expulsión del territorio) en virtud del interés superior de un posible menor. Auto 00176/2016 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, FFJJ 5 y 6

«5. [...]Por ello, en aplicación del principio de prudencia, al que también se refiere nuestro Alto Tribunal, máxime cuando están en juego los derechos de unos posibles menores, hemos adoptado la medida impugnada. Por supuesto, sin perjuicio de lo que resulte del pleito principal y, en su caso, de las pruebas que pueda solicitar y aportar la Administración.

6.- Por lo demás si existe “fumus boni iuris” como se desprende de la simple lectura de la STS de 17 de junio de 2013 (Rec. 4353/2012) y sin perjuicio de lo que pueda resultar de los autos. Pues, entre otras cosas, de ser menores de edad los solicitantes, como apuntamos en el Auto de adopción de las medidas cautelarísimas, no se habrían observado en la tramitación de la solicitud las garantías establecidas en la Ley de Asilo cuando el solicitante es menor, debiendo en su momento valorarse dicha inobservancia. La Sala, no quiere en absoluto prejuzgar. Ni tampoco sostiene que los solicitantes sean menores de edad. Simplemente sostiene que por prudencia, dado el riesgo de lesionar la protección de un menor y no generándose perjuicio grave para los intereses públicos o generales, en éste caso, procede adoptar la medida acordada».



¹⁷ ECLI:ES:TC:2016:23

CLAVES

Para asegurar que la determinación del interés superior del niño o niña se haga con criterios objetivos y rigurosos se ha desarrollado una metodología de determinación del interés superior fundada en la Observación general N° 14 (2013), del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial detallada en las siguientes Guías de Determinación del Interés Superior o Guías BIC (Best Interest of Child) que pueden ser de utilidad para profesionales.

1. Martínez García, C.; del Moral Blasco, C. (2017) Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño. Universidad Pontificia Comillas.
2. EASO (2019). Guía práctica de la EASO sobre el interés superior del niño en los procedimientos de asilo.
3. Moreno-Torres Sánchez, J. (2017). Instrumento para la evaluación y determinación del interés superior del menor en la declaración de desamparo. Una Herramienta para profesionales. Save the Children.
4. Santos Morón, M.J. (2019) El interés del menor. Criterios de determinación y aplicación en casos concretos. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid.
5. Becedoniz Vázquez, C.; González-Bueno Uribe, G.; Lázaro González. I.; Martínez García, I. (2015). Guía metodológica para la elaboración de los informes previos de impacto en la infancia y la adolescencia de las disposiciones normativas. Observatorio de la Infancia y la Adolescencia del Principado de Asturias, UNICEF España y la Cátedra Santander de Derecho y Menores, de la Universidad Pontificia Comillas.

AGRADECIMIENTOS

DANKE!
THANK YOU!
MERCI!
GRAZIE!
GRACIAS!
DANK JE WEL!

• • • • •

A los y las profesionales que han aportado su experiencia para la elaboración de esta guía:

Tomás Aller Floreancig.

Psicopedagogo. Experto en violencia contra menores de edad.

Catalina Perazzo.

Directora de incidencia política y social de Save the Children España.

Isabel Lázaro González.

Doctora en Derecho. Profesora de la Universidad Pontificia de Comillas.

Raquel Raposo Ojeda.

Psicóloga experta en la evaluación de menores víctimas de abuso sexual y credibilidad del testimonio infantil.

Tomás Luis Martín Rodríguez.

Magistrado, Titular del Juzgado de Instrucción de Las Palmas de Gran Canaria especializado en violencia contra la infancia.

A los niños, niñas, adolescentes y jóvenes que han compartido su experiencia para la elaboración de esta guía:

Niños y niñas acogidos en centros de acogida del sistema de protección de menores, niños y niñas en situación de calle en la Ciudad de Ceuta, y niños y niñas beneficiarios de la oficina legal especializada en infancia de la Fundación La Merced Migraciones.

RECOMENDACIONES

ISBN: 978-84-09-39624-5

Diseño y maquetación: 21 gramos.

Coordinación: Iraizoz Valido-Viegas, Filipa.

Autoras: Iraizoz Valido-Viegas, Filipa; Fernández Vicens, Patricia; Rodríguez Álvarez, Maribel (Fundación La Merced Migraciones).

Edita: Fundación La Merced Migraciones. www.lamercedmigraciones.org



Fundación la Merced Migraciones



@Inmigraciones



Fundación La Merced Migraciones



@lamercedmigraciones



www.lamercedmigraciones.org



Fundación la Merced Migraciones



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento- No Comercial – Sin Obra Derivada (by-nc-nd) que no permite la generación de obras derivadas ni hacer un uso comercial de la obra original, es decir, solo son posibles los usos y finalidades que no tengan carácter comercial.

Esta publicación ha sido financiada con el apoyo de la Comisión Europea. Los contenidos de esta publicación reflejan exclusivamente los puntos de vista del autor, y la Comisión no se hace responsable del uso que pueda hacerse de la información de este documento.



Financiado por
la Unión Europea