EL DERECHO A SER ESCUCHADO: EL CASO DE LA INFANCIA EN CONFLICTO CON LA NORMA

THE RIGHT TO BE LISTENED TO CHILDREN IN CONFLICT WITH THE LAW

MARÍA JOSÉ BERNUZ BENEITEZ
Universidad de Zaragoza

Fecha de recepción: 28-7-14

Fecha de aceptación: 29-11-15

Resumen: *La Convención sobre los Derechos del Niño transforma la imagen del niño y promueve el cambio del modelo paternalista de intervenir con la infancia. El niño se define como un sujeto de derecho y de derechos cuya opinión deberá ser escuchada y tenida en cuenta cuando sus condiciones de madurez así lo aconsejen. De hecho, el derecho del niño a ser escuchado se extiende a cualquier intervención que le pueda afectar, incluida la que procede desde la justicia de menores. No obstante, si este derecho resulta de fácil enunciado, su puesta en práctica es muy compleja y las consecuencias de una mala praxis pueden resultar dramáticas. Por ello, en este trabajo se analizará el sentido del derecho a la luz de la normativa internacional, la complejidad que supone su correcta implementación en general, así como sus especificidades en el marco de la justicia de menores. Asimismo se subrayará la importancia que tiene su correcta implementación, por su vinculación con cuestiones de justicia procedimental y de justicia interpersonal y, principalmente, por el sentimiento de justicia o injusticia que puede alentar en la infancia y la juventud.*

Abstract: *The Convention on the Rights of the Child transforms the child's image thus changing the paternalistic intervention pattern. A child is defined as a subject of law and rights whose opinion should be heard and taken into account when his/her maturity conditions so require. In fact, the child's right to be heard extends to any intervention that may affect him/her, including those actions imposed by juvenile justice. However, although the child's right to be heard is easily stated, its implementation is very complex and any form of malpractice can have dramatic consequences. Therefore, this paper is discussing the meaning*

of this right in the light of international standards, the broad complexity of its successful implementation, and their specificities in the context of juvenile justice. It will also underline the importance of a proper implementation, for it is linked to some issues of procedural and interpersonal justice, and especially for the sense of justice or injustice that young people can be encouraged with.

Palabras clave: derecho a ser escuchado, derechos de la infancia, justicia de menores, justicia procedimental.

Keywords: right to be listened, children's rights, juvenile justice, procedural justice.

“hablan sobre ti, pero no contigo ... es como si no estuvieras en la habitación”

“Todo el rato hablando, hablando sobre ti y tú estás sentado ahí”¹

1. PRESENTACIÓN

La infancia siempre ha formado parte de los colectivos sociales silenciados, a los que ni se oye, ni se escucha². Unas veces porque se entiende que no tiene la madurez o la capacidad suficientes para participar en las decisiones que, individualmente o como colectivo, les puedan afectar. Otras veces porque se asume que la infancia no tiene nada de interés que decir frente a la opinión más experta y experimentada de los adultos de todo tipo y condición que le rodean. De alguna manera, la infancia forma parte de esos colectivos sobre los que se considera justificada una intervención paternalista³. No obstante, la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño* (en adelante CDN) resulta revolucionaria en su apuesta por cambiar radicalmente el concepto de infancia para convertir a niños y niñas en sujetos de derecho y de derechos⁴, así como por reconocer expresamente su derecho a ser oídos

¹ Cita extraída de J. BOYLAN e I. PAULINE, “‘Seen but not heard’ –young people’s experience of advocacy”, *International Journal of Social Welfare*, núm. 14, 2005, p. 5.

² Se ha optado por hacer referencia al derecho del niño a ser escuchado recogido por las normativas internacionales, frente al derecho del niño a ser oído que tiene más presencia en la LO 5/2000, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores*.

³ Sobre una historia y fundamentación de los derechos de la infancia considero esencial la consulta del libro de I. CAMPOY, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid, 2006.

⁴ Por razones de economía de redacción, en ocasiones sólo me refiero a los ‘niños’, siendo preciso aclarar que la alusión al derecho del niño a ser escuchado integra, debe inte-

y escuchados en todas las decisiones que les puedan afectar. Pero además, el mensaje de la CDN va un paso más allá, asumiendo que no sólo es importante que se le escuche, sino reclamando que se tome en serio su palabra y opiniones⁵. Podríamos afirmar con Pazè que, de esta forma, la escucha se ubica entre las necesidades primarias de la infancia⁶.

El 25º aniversario de la promulgación de la CDN puede ser una buena ocasión para repensar lo que ha dado de sí la propia Convención, esto es, tanto su extensión, como la intensidad en la realización de sus derechos y principios. Y no sólo de los derechos más clásicos de protección de la infancia y promoción de sus necesidades básicas, sino también de los más ‘transgresores’, como es el caso de los derechos que fomentan la participación del menor, o los que previenen la violación de los derechos de niños y niñas favoreciendo su ejercicio⁷. Sería tiempo ya de que las legislaciones nacionales se hubieran ido adaptando progresivamente a los postulados de la Convención y de comprobar, no sólo su presencia en los textos normativos que regulan la vida de la infancia, sino la calidad de los procesos de implementación de los derechos de los niños y la percepción por parte de sus destinatarios.

gar, el derecho de las niñas a ser escuchadas. Especialmente atendiendo a que su condición femenina puede hacer que en ocasiones, en culturas patriarcales, su derecho a ser escuchada sea menospreciado y se imponga un prejuicio de género.

⁵ La propia Convención distingue claramente el derecho de todo niño a ser escuchado al margen de su edad, de la obligación de que se tenga en cuenta esa opinión en función, en este caso sí, de su madurez y de su edad; vid. U. KILKELLY, *Listening to children about justice: Report of the Council of Europe consultation with children on child-friendly justice*, Council of Europe, Strasbourg, 2010, p. 15.

⁶ Vid. P. PAZÈ, “L’ascolto del minore”, *Associazione italiana Magistrati per i Minorenni e per la Famiglia*, 27.01.2004, p. 5. Ochaíta y Espinosa se refieren al “reconocimiento, aprecio y atención positiva dentro de un marco de normas claras” como uno de los satisfactores primarios de autonomía en la infancia según un estudio de la OMS de 1982; al tiempo que se refieren a una clasificación de las necesidades de la infancia de López que incluye la participación y autonomía progresivas entre las necesidades emocionales y sociales de la infancia; vid. E. OCHAÍTA y M.A. ESPINOSA, *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes. Necesidades y derechos en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño*, McGraw-Hill, Madrid, 2004, pp. 249 y 250.

⁷ Vid. en ese sentido A. REIS MONTEIRO, *La revolución de los derechos del niño*, Editorial Popular, Madrid, 2008, p. 104. E. OCHAÍTA Y M.A. ESPINOSA, *Hacia una teoría de las necesidades infantiles, cit.*, hacen referencia a la forma de satisfacer la necesidad de participación del menor en sus distintas etapas vitales. Así, en las etapas que nos interesan, por entrar en la edad contemplada en la LO 5/2000, se puede ver, la edad escolar, pp. 301-302, o la adolescencia, pp. 324-325.

Hay que tener presente que el peso de las rutinas y de determinados esquemas de pensamiento dominantes durante siglos puede estar pesando mucho a la hora de modificar efectivamente determinadas prácticas. De un lado, Ronfani asegura que sigue vigente en la práctica la tensión subyacente en la propia idea de los derechos de la infancia de que hay que proteger a los niños y niñas por su condición de especial vulnerabilidad, al tiempo que es preciso promover su autonomía presente y futura⁸. De otro lado, algunos autores anteponen la aparente contradicción que supone apostar por la igualdad de derechos de niños y adultos, cuando la razón de ser de los derechos de la infancia es su diferencia con la edad adulta⁹. Pazè asegura que las resistencias a escuchar al menor en el ámbito judicial se producen por razones de lo más variopintas, por entender que el juez no está formado para escucharle, porque exponer la opinión puede generar un problema para el menor, porque supone imponerle una responsabilidad demasiado grande, o porque se considera que su opinión no es válida por fantasiosa o condicionada por la de los adultos que le rodean¹⁰. Quizás porque tenemos la impresión de que esa tensión teórica no se ha resuelto y las dudas sobre cómo ponerlo en práctica siguen vigentes, tiene especial interés ahondar en uno de los derechos más transformadores y revolucionarios de la Convención: el derecho del niño a ser escuchado.

En concreto, antes avanzaba la intención de centrar la reflexión sobre uno de los derechos esenciales de la CDN, el derecho a ser escuchado, en un colectivo cuyos derechos son cuestionados constantemente, el de los menores en conflicto con la norma. Se trata de un sector de la población infantojuvenil a la que se cuestiona un rasgo definitorio de la infancia, esto es, su incapacidad para comprender el delito cometido y la respuesta al mismo en

⁸ Vid. P. RONFANI, "I diritti dei bambini: vecchie e nuove questioni", *Sociologia del diritto*, núm. 2, 2013, pp. 107-130.

⁹ K. HOLLINGSWORTH, "Theorizing Children's Rights in Youth Justice: The significance of autonomy and foundational rights", *The Modern Law Review*, núm. 76 vol. 6, 2013, p. 1048, considera que existe una brecha entre la teoría y la práctica de los derechos de los niños debido a que no se ha resuelto la cuestión filosófica de cómo conceder derechos iguales sobre la base de su diferencia con los adultos. Sobre todo si asumimos que por debajo de una edad los menores no son responsables desde el punto de vista del derecho penal y que antes de llegar a la mayoría de edad penal tienen una responsabilidad penal limitada atendiendo a que se trata de menores con una capacidad volitiva y de control reducidas en relación con los adultos. Para la autora, la autonomía –que integra la capacidad y libertad para actuar– es esencial para poder hablar de derechos y de responsabilidad penal (*ibid.*, p. 1051).

¹⁰ Vid. P. PAZÈ, "L'ascolto del minore", *cit.*, p. 4.

función de su edad o madurez. Obviando esta diferenciación entre diferentes infancias realizada a nivel social, la CDN se refiere a sus derechos sin hacer distinciones. Tampoco se hace esta distinción desde el Consejo de Europa. De hecho, el propio Comité de Ministros del Consejo de Europa se refiere a una '*child-friendly justice*' para hablar de un sistema de justicia que garantice el respeto y la implementación efectiva de todos los derechos de los niños a su mayor nivel alcanzable, teniendo adecuadamente en cuenta el nivel de madurez y de comprensión del niño, así como las circunstancias del caso y adaptándose a una serie de principios. En concreto, se refiere a la necesidad de implementar una justicia que sea "accesible, apropiada a la edad, rápida, diligente, adaptada y enfocada a las necesidades y derechos del niño, respetuosa de sus derechos incluyendo el derecho al proceso, a participar y comprender el proceso, al respeto hacia su vida personal y familiar, a la integridad y a la dignidad"¹¹.

En torno a ese tema del derecho del niño a ser escuchado, es preciso analizar varias cuestiones. De entrada, parece esencial indagar en el sentido que tuvo la introducción de ese derecho en la Convención de cara a transformar radicalmente el concepto del menor. Si hasta entonces el niño era entendido como objeto de protección, sobre el que se toman una serie de decisiones por su bien, la Convención exige empezar a pensar en este como sujeto de derecho que tiene algo que decir sobre su presente y su futuro. Además, centrándonos en el ámbito de la justicia penal de menores, se tratará de profundizar en la importancia que tiene la forma en que se realiza el propio derecho a ser escuchado, por su trascendencia en la percepción de la justicia por los menores y por la influencia en la obediencia espontánea de las normas y decisiones judiciales. Finalmente, se apuntarán los momentos e instituciones que deben realizar este derecho del niño y la importancia de una especialización y formación de los profesionales que les permita escuchar al menor efectivamente.

2. EL DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL: SU RAZÓN DE SER

Antes avancé que la CDN introduce un planteamiento revolucionario en la concepción del niño y las políticas de infancia existentes hasta el momento.

¹¹ Vid. COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice*, Council of Europe, Strasbourg, 2011, p. 17.

De hecho, el niño deja de ser un objeto sobre el que se proyectan medidas por su bien, para pasar a ser sujeto de derecho y de derechos. En esa transformación juega un papel esencial la incorporación del derecho a ser escuchado, recogido de forma rotunda en su artículo 12:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

También la normativa europea se suma a la tendencia de la CDN, y el artículo 3 del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos del Niño de 1996 establece el:

“Derecho a ser informado y a expresar su opinión en los procedimientos.

Cuando según el derecho interno se considere que un niño tiene el suficiente discernimiento se le reconocerán, en los procedimientos que le afecten ante una autoridad judicial, los siguientes derechos cuyo ejercicio podrá exigir por sí mismo:

- a. recibir toda la información pertinente;
- b. ser consultado y expresar su opinión;
- c. ser informado de las posibles consecuencias de actuar conforme a esa opinión y de las posibles consecuencias de cualquier resolución”.

De entrada, como ya avanzaba, el propósito claro es el de acabar con una forma de entender la infancia vigente en la mayoría de los modelos tutelares de protección y de justicia de menores del siglo XX, a los que importaba poco la opinión del menor sobre lo ocurrido, o sobre su situación¹². La Convención

¹² Destaca acertadamente Axat que en el modelo tutelar no se considera la palabra del menor porque interesa poco saber si el menor es inocente o no, “la imputación penal (es) ... una forma de constatar la ‘anormalidad’ y ‘peligrosidad’ del sujeto en cuestión”, “la voz de los ‘me-

apuesta por cambiar el concepto de niño y por considerarlo como sujeto de derecho y de derechos. Como aclara el propio Comité de los Derechos del Niño en la Observación número 12 (2009), el artículo 12 “apunta la condición jurídica y social del niño que, por un lado, carece de la plena autonomía del adulto pero, por otro, es sujeto de derechos”¹³. En esa nueva visión de la infancia, el derecho del niño a ser escuchado constituye un derecho fundamental –que no una obligación– porque la forma esencial de considerar a la persona como sujeto que importa al Derecho y de respetar su personalidad es escucharle cuando esté en condiciones de formarse un juicio propio y tener en cuenta sus opiniones siempre que cuente con la suficiente madurez¹⁴.

Hay que añadir que la integración del derecho a ser escuchado entre los derechos de la infancia avanza en la consolidación de los derechos de participación y supone un paso más en la integración social presente y futura de los niños y las niñas. Principalmente porque aceptar el derecho a ser escuchado implica asumir que el menor tiene algo que decir, que las instituciones están dispuestas a escucharle y, en su caso, a tener en cuenta sus intereses según son entendidos por el propio menor¹⁵. Más precisamente, el Comité de los Derechos del Niño ha destacado que “los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y

nones’ era utilizada no para dar con la verdad de lo ocurrido, sino para confeccionar los informes médicos”; cfr. J. AXAT, “Una voz no tan menor: Apunte sobre jóvenes infractores, performances y estrategias defensivas”, *Prisma Jurídico*, núm. 9 vol. 2, 2010, p. 264.

¹³ Vid. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación general número 12 (2009), *El derecho del niño a ser escuchado*, p. 5.

¹⁴ Vid. F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 130. Archard hace alusión a dos condiciones para realizar el derecho del niño a ser escuchado: la capacidad para formarse una opinión (concluyendo que no se puede conceder a todos los niños) y la importancia que se conceda a la misma según su madurez; cfr. D. ARCHARD, *Children. Rights and childhood*, Routledge, London, 1993, p. 96. En ese sentido, también Rivero destaca que “para que pueda hablarse de verdadera relevancia de la opinión o voluntad de un menor, antes de entrar a valorarla hay que pensar en si por razón de su edad y madurez pueden aquéllas ser consideradas efectivamente como opinión (manifestación de conocimiento) y voluntad (exteriorización de un querer consciente y libre) (...) sólo cuando se dan en la persona unos mínimos intelectivos y volitivos pueden tener trascendencia y ser considerados jurídicamente”; cfr. F. RIVERO, *El interés del menor*, cit., p. 99.

¹⁵ Si bien es cierto que el COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice*, cit., epígrafe 28, destaca que hay que explicar al menor que el hecho de escucharle no tiene por qué condicionar la decisión final que se tomará atendiendo al interés superior del niño. Vid. también sobre la distancia entre los deseos del menor y su interés superior F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, cit., pp. 127-130.

reconocer que tiene derecho a expresarlas” y por ello habrá que analizar caso por caso para verificar si eso es así o no¹⁶. En definitiva, asegura el Comité que el derecho del niño a ser escuchado supone asumir que “las opiniones expresadas por niños pueden aportar perspectivas y experiencias útiles”¹⁷.

En ese sentido, se podría asegurar que el término participación captura la esencia de la Convención, que apuesta por considerar al niño “como ser humano, que tiene derecho a que el resto de las personas, el estado y sus instituciones le respeten como un ser individual y único con su propia perspectiva e intenciones”¹⁸. Ello es indicativo de que al Derecho no sólo le importa el niño que es (con sus capacidades actuales), sino también su potencial¹⁹. Y por ello se trata de maximizar ese potencial que le permita llegar a ser algo más y aportar algo a la colectividad. Bosisio apunta que “el derecho del niño a la participación (...) es considerado un derecho fundamental de la ciudadanía. El niño aprenderá sobre sus derechos y obligaciones y el respeto a las decisiones sólo a través de la oportunidad de formar parte del proceso de toma de decisiones en la familia, la escuela o la comunidad local. También aprenderá que su libertad está limitada por los derechos y la libertad de los demás y que sus acciones pueden invadir los derechos de los otros”²⁰.

¹⁶ De hecho, el Comité de los Derechos del Niño rechaza el establecimiento de edades mínimas para hacer realidad ese derecho del niño a ser escuchado. Considera que el niño tiene capacidad para formarse opiniones desde muy temprana edad y que el hecho de que no pueda expresarlas verbalmente no significa que no haya que tenerlas en cuenta. Se trata simplemente de buscar mecanismos para comprender el significado de gestos, reacciones corporales o gritos. Asegura que la capacidad del niño para formarse una opinión va a depender de “la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo”, y ahí el Estado tiene mucho que aportar; cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación general número 12 (2009), *El derecho del niño a ser escuchado*, cit., epígrafe 29. En esa misma línea puede verse las *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice*, cit., epígrafe 73. También R. BOSISIO, “Children’s Right to be Heard: What Children Think”, *International Journal of Children’s Rights*, núm. 20, 2012, p. 142, asegura que la participación del menor en los acontecimientos y en la realidad que le rodean es independiente de la voluntad de los adultos de permitirles participar en los mismos.

¹⁷ Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación general número 12 (2009), *El derecho del niño a ser escuchado*, cit., epígrafe 12.

¹⁸ Cfr. L. KRAPPMANN, “The weight of the child’s view (article 12 of the Convention on the Rights of the Child)”, *International Journal of Children’s Rights*, núm. 18, 2010, p. 502.

¹⁹ Cfr. K. HOLLINGSWORTH, “Theorizing Children’s Rights”, cit., p. 1060.

²⁰ Cfr. R. BOSISIO, “Children’s Right to be Heard”, cit., p. 144.

Asimismo se podría decir que el fomento de la integración social de niños y niñas tiene que ver con el respeto como valor social esencial. En esa línea, indica Bosisio que la escucha “presupone el respeto y el aprecio del otro como persona cuya opinión y posiciones son valoradas”²¹. Se trata de un gesto que puede colaborar activamente a conformar futuros ciudadanos responsables y activos que participen –en la medida de sus posibilidades– en la construcción de la comunidad en que se integran²². Es más, la puesta en práctica del derecho a ser escuchado trabaja para conformar ciudadanos activos que se “involucran de manera activa en la sociedad” y que no sean “meros receptores (pasivos) de determinadas prestaciones del Estado”²³. Cuando se les da la opción de dar su versión y opinión sobre las cosas, no se presentan como simples receptores de políticas de bienestar, sino que participan en la definición misma del bienestar y, de alguna manera, contribuyen a su evaluación²⁴. Sin embargo, para considerarlos como actores que pueden representar un papel importante en su propio desarrollo y a los que se respeta previamente, los adultos tienen que estar dispuestos a cambiar una decisión en función de la opinión del menor.

En todo caso, y aunque prácticos y teóricos parecen estar de acuerdo en la necesidad de que la voz de los niños se escuche y sea debidamente tenida en cuenta atendiendo a su madurez y capacidad para formarse una opinión, lo cierto es que se siguen escuchando todo tipo de versiones sobre el sentido y significado de este derecho de la infancia. Algunos insisten en que la incorporación del derecho del niño a ser escuchado en la Convención debe ser interpretada como un mecanismo de liberación del modelo paternalista vigente en todas las intervenciones con menores, que decidían por su bien pero sin contar con su opinión²⁵. Otros aseguran que la concesión de derechos y sus

²¹ Cfr. R. BOSISIO, “Children’s Right to be Heard”, cit., p. 143.

²² EL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *El derecho del niño a ser escuchado*, cit., epígrafe 3, asegura que el término participación “ha evolucionado y actualmente se utiliza por lo general para describir procesos permanentes, como intercambios de información y diálogos entre niños y adultos sobre la base del respeto mutuo, en que los niños puedan aprender la manera en que sus opiniones y las de los adultos se tienen en cuenta y determinan el resultado de esos procesos”.

²³ Cfr. M. LIEBEL, “Ciudadanía desde abajo. Derechos de la niñez y movimientos sociales”, en C. VILLAGRASA ALCAIDE e I. RAVETLLAT BALLESTÉ (coords.), *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 487.

²⁴ Cfr. R. BOSISIO, “Children’s Right to be Heard”, cit., pp. 142 y 143.

²⁵ Dufresne considera que, pese a todo, la práctica de la justicia de menores ha mantenido algunas de sus rutinas paternalistas; vid. M. DUFRESNE, R. MACLURE y K. CAMPBELL,

correlativos deberes a los menores aboca a su prematura *adultización*²⁶. De manera que cuando ese menor comete un delito, se puede imponer la tentación de considerarlo como un sujeto totalmente libre y consciente del alcance de sus actos²⁷. En ocasiones, se considera que la extensión de las garantías judiciales al proceso ante el juez de menores suaviza la intervención judicial, frena los esfuerzos por reprimir la delincuencia juvenil, interviniendo con mayor moderación²⁸, echa por tierra la pretensión de encontrar la verdad que se esconde tras el delito (sobre todo si tenemos en cuenta el derecho a guardar silencio del menor), o limita las posibilidades de proteger los intereses de otros implicados en el delito, como es el caso de las víctimas.

Quizás por todo lo que implica el derecho a ser escuchado, el Comité de los Derechos del Niño defiende que es uno de los cuatro derechos esenciales de la Convención junto con el derecho a no ser discriminado, el derecho a la vida y al desarrollo y la consideración del interés superior del niño como prevalente²⁹. Algo que “pone de relieve que este artículo no sólo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos”³⁰. Más precisamente, se indica que la escucha del niño es esencial en la tarea de concretar su interés superior porque él es el principal interesado³¹. En ese sentido, apunta Rivero

“Le mineur sujet de droit et la justice pénale: du ‘meilleur intérêt’ à l’aliénation”, *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 2007, pp. 206-207.

²⁶ Cfr. P. RONFANI, “I diritti dei bambini”, cit., p. 112.

²⁷ Cfr. M. DUFRESNE, R. MACLURE y K. CAMPBELL, “Le mineur sujet de droit”, cit., p. 209.

²⁸ No obstante, los propios autores dudan de que más derechos y garantías supongan necesariamente una menor represión; cfr. M. DUFRESNE, R. MACLURE y K. CAMPBELL, “Le mineur sujet de droit”, cit., p. 214. En el mismo sentido se podría decir que tampoco está claro que el modelo tutelar y paternalista esté relacionado directamente con la represión en sentido positivo o negativo, ya que los modelos tutelares pueden ser más o menos represivos dependiendo de los operadores que lo aplican.

²⁹ Si bien me gustaría apuntar la opinión de Cillero Buñol que defiende que “el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos”; vid. M. CILLERO BUÑOL, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 1, 1999, p. 54.

³⁰ Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *El derecho del niño a ser escuchado*, cit., epígrafe 2.

³¹ De hecho, el propio Comité de los Derechos del Niño ha interpretado el derecho a ser escuchado como el método adecuado para hacer que las decisiones que se tomen tengan en cuenta su interés superior; cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *El derecho del niño a ser escuchado*, cit., epígrafe 74. Vid. también COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación general número 14 (2013), *El derecho del niño a que su interés superior sea una consi-*

que “la respuesta a la pregunta de dónde está o en qué consiste el interés del menor reside en él mismo, principal protagonista de la situación afectada: no puede ser dada sin contar con él”³². Ahora bien, los Estados partes deberán poner todos los medios necesarios para que se haga realidad ese derecho, para que el menor reciba toda la información necesaria para que pueda tomar una decisión que vaya en –o coincida con– su interés³³, o para que los derechos que figuran en la Convención se interpreten teniendo en cuenta la palabra del niño.

3. LA COMPLEJIDAD DEL DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO: SOBRE SUS CONDICIONES

El derecho del niño a ser escuchado es un derecho de fácil enunciado y compleja ejecución. Sobre todo porque para que el derecho se realice efectivamente es necesario un previo, esto es, una preparación tanto de las instituciones que escuchan, como del propio menor que tiene que ser informado y debe comprender las implicaciones del ejercicio de ese derecho. Evidentemente, hay que ser cuidadoso durante ese momento en que se escucha al menor. Y también es preciso un después, que tiene que ver con el uso efectivo que se hace de la opinión del menor en determinados asuntos y con la explicación al menor de la distancia entre sus deseos y sus intereses, asumidos o no, total o parcialmente, en la decisión final. En todo momento será preciso tener presente las exigencias especiales de traductor o intérprete que

deración primordial, epígrafe 43. Asegura en el párrafo 44 de la misma, que conforme madura el niño “sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior”. Con ello se evita el riesgo de que “los adultos que deciden por y para él introduzcan en la concreción de ese interés, sus personales prejuicios, convicciones y criterios de valoración”; cfr. F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, cit., p. 119. Archard destaca el carácter paternalista del art. 3.1, que establece que finalmente son los adultos quienes deciden cuál es el interés superior del niño, frente al carácter antipaternalista del art. 12, que establece que el menor es el mejor juez en cuestiones que le puedan afectar: “no se puede forzar a una persona a llevar una vida mejor (según tú), porque si para esa persona no es mejor, no verá sentido a llevarla”; cfr. D. ARCHARD, *Children*, cit., pp. 67 y 68.

³² Cfr. F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, cit., p. 129.

³³ EL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *El derecho del niño a ser escuchado*, cit., epígrafe 82, destaca que “el cumplimiento del derecho del niño a la información de manera coherente con el artículo 17 es, en gran medida, condición necesaria para la realización efectiva del derecho a expresar opiniones”.

pueda tener un menor que no posea un conocimiento suficiente de la lengua o costumbres del país en que se encuentra.

En ese momento previo a la escucha y en relación con la propia preparación del niño, la mayoría de los autores hacen referencia a la importancia de que los menores reciban información sobre los derechos que les asisten, las consecuencias de las decisiones que tomen, o relativa al propio funcionamiento del sistema judicial. Sobre la importancia de la información previa al ejercicio del derecho, se asegura, de un lado, que desde una perspectiva general “es preferible ayudar al menor a desarrollar su propia valoración de intereses y una razonable perspectiva de lo que le conviene, que restringir o excluir su posibilidad de participar en la determinación de su interés”³⁴. De otro lado, en el ámbito más preciso de la justicia de menores, Goodwin-De Faria y Marinos aseguran que esa información es fundamental porque “ayuda a conformar percepciones sobre el sistema de justicia penal más significativas y quizás más razonables”³⁵. No obstante, es preciso ser conscientes de que, en ocasiones, la simple información sobre los derechos no implica, ni que los menores comprendan su significado, ni que puedan ejercerlos libremente, por su condición de menores o por los condicionamientos del proceso judicial que, en general, no permite la espontaneidad en la expresión de opiniones³⁶.

Por ello, se podría afirmar que para que el derecho del niño a ser escuchado sea significativo para él y para la propia justicia de menores, es preciso asegurarse de que el menor comprende qué significan y qué implicaciones tienen los derechos que les corresponden legalmente. De hecho, algunos estudios muestran que si en situaciones normales los jóvenes tienen un limitado conocimiento sobre el significado de los derechos procesales³⁷, con más

³⁴ Cfr. F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, cit., p. 129.

³⁵ Cfr. Ch. GOODWIN-DE FARIA y V. MARINOS, “Youth understanding and assertion of legal rights: examining the roles of age and power”, *International Journal of Children's Rights*, núm. 20, 2012, p. 362.

³⁶ Siendo conscientes de que tampoco los adultos acceden al sistema de justicia teniendo un conocimiento previo sobre los derechos que les asisten y el significado e implicaciones de los mismos.

³⁷ Resulta curioso saber que los menores no conocen su derecho a que el abogado mantenga en secreto las conversaciones que ha tenido con él, que no tienen claro la diferencia entre ser declarado culpable o no culpable, o que consideran que el abogado es importante cuando realmente son culpables, pero no cuando son inocentes; vid. M. PETERSON-BADALI y M. ROHAN, “Young people’s understanding and assertion of their rights to silence and legal counsel”, *Canadian Journal of Criminology*, 1995; o M. PETERSON-BADALI y

razón, en una situación de estrés, como es el haber cometido presuntamente un delito y estar ante instituciones policiales o judiciales, su capacidad para comprender qué está pasando será mucho menor. Algo que, por otro lado, contradiría la idea generalizada de que los menores conocen y manipulan el sistema para favorecer sus propios intereses³⁸. A ello hay que añadir otros estudios que muestran que los menores que tienen más riesgo de delinquir y de entrar en contacto con la justicia penal de menores tienen un menor conocimiento del sistema que sus colegas sin riesgo. Algo que tiene que ver con que esos menores proceden de entornos familiares con menos recursos, un menor nivel educativo y peores competencias sociales³⁹.

Además, destaca el Comité de los Derechos del Niño que ese derecho a expresar su opinión debe ejercerse –directa o indirectamente, a través de representantes– de forma libre y voluntaria. Hay que apuntar que hablar de libertad cuando nos referimos a la infancia resulta especialmente problemático. Sobre todo porque los menores son más fácilmente manipulables que los adultos, en ocasiones no comprenden las consecuencias reales de las decisiones que toman de forma presuntamente ‘voluntaria’, a veces confunden sus intereses y deseos con los de los adultos de quienes dependen –aunque a veces apuestan por defender una posición contraria a la del adulto como muestra de rebeldía contra el mundo adulto⁴⁰, confían en el criterio de quienes les asesoran, o no comprenden –ni se les explica– que el derecho a ser escuchado supone una opción y no una obligación⁴¹. Apunta Rivero que “la opción o decisión del menor está muy influida por su edad, por prejuicios, apetencias (a veces, fuertes por insatisfechas), deseos frustrados, por cómo cree que puede ser recibida o interpretada aquélla, por las promesas hechas

R. ABRAMOVITCH, “Children’s knowledge of the legal system: are they competent to instruct legal counsel?”, *Canadian Journal of Criminology*, 1992.

³⁸ Cfr. M. PETERSON-BADALI y R. ABRAMOVITCH, “Children’s knowledge of the legal system”, *cit.*, pp. 158-159.

³⁹ Cfr. M. PETERSON-BADALI, R. ABRAMOVITCH y J. DUDA, “Young children’s legal knowledge and reasoning ability”, *Canadian Journal of Criminology*, 1997, p. 164.

⁴⁰ En ese sentido, se puede consultar el trabajo de Th. GRISSO, L. STEINBERG, J. WOOLARD, E. CAUFFMAN, E. SCOTT, S. GRAHAM, F. LEXCEN, D. REPPUCCI y R. SCHWARTZ, “Juveniles’ competence to Stand Trial: A comparison of adolescents’ and adults’ capacities as trial defendants”, *Law and Human Behaviour*, núm. 27 vol. 4, 2013.

⁴¹ En ese sentido, destaca el Comité de los Derechos del Niño que habrá que apreciar la oportunidad de entrevistar al menor teniendo en cuenta que “el proceso de escuchar a un niño es difícil y puede causar efectos traumáticos en el niño”; COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *El derecho del niño a ser escuchado*, epígrafe 24.

o expectativas con las que contaba (...) todo lo cual haría, por ese lado, también más arriesgado el dejarle decidir a él mismo sobre lo que (supuestamente) le interesa"⁴². Además, hay que cuidar de que el ambiente en que el menor es escuchado sea protector y le ofrezca seguridad para hablar con libertad⁴³. Resulta por ello comprensible que sea más problemático aún hablar de libertad cuando el derecho a ser escuchado se desarrolla en un contexto poco amistoso, como es el caso de la justicia de menores⁴⁴.

Esa compleja ejecución del derecho ha hecho que el Comité de los Derechos del Niño haga referencia a cinco medidas para su efectiva implementación⁴⁵. En primer lugar, se refiere a la necesidad de informar al menor sobre el derecho que le asiste, los efectos de las opiniones que manifieste, de las consecuencias de sus elecciones, así como sobre el proceso de escucha del menor o el derecho a no ejercerlo por las razones que considere oportunas. En segundo lugar, sobre el desarrollo de la audiencia, apuesta preferiblemente por una conversación confidencial, en un entorno seguro y

⁴² Cfr. F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, cit., p. 126.

⁴³ La referencia que hace el Comité de Ministros del Consejo de Europa a la necesidad de que la sesión sea a puerta cerrada tiene que ver con la exigencia de crear un ambiente que permita que el menor se exprese libremente. Sobre el ambiente y las condiciones para desarrollar el derecho del niño a ser escuchado se pueden consultar *in extenso* las *Guidelines on child-friendly justice*, apartados 106-117. En todo caso, también recuerda St. RAP, *The participation of juvenile defendants in the youth courts*, Utrecht University, Utrecht, 2013, p. 124, que el ambiente de los juzgados penales de menores es deliberadamente severo para indicar al menor y sus padres que lo que ha ocurrido no es un juego. Vid., sobre el ambiente en que se escuchará al menor, *ibid.*, pp. 125-ss.

⁴⁴ De hecho, aunque el Comité de los Derechos del Niño prefiere que se escuche directamente al menor, se ha hecho referencia a que en según qué contextos, los menores prefieren que alguien hable en su nombre; cfr. St. RAP, *The participation of juvenile defendants*, cit., pp. 73-74. Por eso es importante contar con miembros de la familia que apoyen al menor; cfr. J. BOYLAN y I. PAULINE, "'Seen but not heard' -young people's experience of advocacy", *International Journal of Social Welfare*, núm. 14, 2005, p. 7. Otros autores no están de acuerdo con esta idea de que siempre sean los padres los mejores apoyos del menor, porque en ocasiones se sienten avergonzados, asustados o enfadados; cfr. C. HOYLE y St. NOGUERA, "Supporting young offenders through restorative justice: parents as (in) appropriate adults", *British Journal of Community Justice*, núm. 6, 2008. En todo caso, P. PAZÈ, "L'ascolto del minore", cit., p. 25, apunta la importancia de que el juez sea consciente de que el entorno judicial puede generar angustia y estrés en el menor, que puede provocar reacciones (de arrogancia, encerramiento,...) que pueden ser malinterpretadas.

⁴⁵ Vid., aparte y para más detalle, el punto 134 de las *Guidelines* del COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA sobre las medidas a tomar después del proceso judicial.

ante un adulto responsable “dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que el niño haya decidido comunicar”⁴⁶. Para ello resulta especialmente importante la formación y capacitación de los profesionales que tienen que escuchar a los menores⁴⁷, la adaptación del lenguaje técnico para que el menor pueda comprender efectivamente lo que se le explica, o la adecuación de los espacios y tiempos en que se escuchará al menor⁴⁸. En tercer lugar, se hace referencia a la necesidad de tener en cuenta la opinión del niño atendiendo a su capacidad para formarse un juicio propio. En relación con ello está la importancia de informar posteriormente al menor sobre cómo se tuvieron en cuenta sus opiniones, porque “la comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio”⁴⁹. Finalmente, se destaca que en todas las instituciones que trabajen con la infancia debe haber alguien encargado de, en su caso, recibir quejas y los niños deben conocer quién es y cómo dirigirse a esa persona o institución. Resume el Comité de Ministros del Consejo de Europa indicando que los procesos de escucha de los niños deberían ser “transparentes e informativos, voluntarios, respetuosos, oportunos, adecuados a la infancia, inclu-

⁴⁶ Vid. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *El derecho del niño a ser escuchado*, cit., epígrafe 42.

⁴⁷ El Comité abre mucho el abanico de profesionales que deben tener una formación específica en relación con los ámbitos en que se considera oportuno escuchar al menor. Así, hace referencia a abogados, jueces, policías, trabajadores sociales, psicólogos, cuidadores, oficiales de centros de internamiento, profesores en todos los niveles educativos, médicos y profesionales de la salud, funcionarios y empleados públicos, entre otros.

⁴⁸ Vid. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *El derecho del niño a ser escuchado*, cit., epígrafe 34. Considero especialmente importante esta cuestión de revisar y adaptar el lenguaje al público destinatario en el caso de operadores jurídicos y judiciales que, en ocasiones, no son conscientes de la complejidad del mismo. Complejidad que convierte al derecho en opaco e incomprensible para los adultos y con más razón para los niños y niñas. La propia Comisión de Expertos sobre modernización del lenguaje jurídico del Ministerio de Justicia, COMISIÓN DE EXPERTOS SOBRE MODERNIZACIÓN DEL LENGUAJE JURÍDICO, *Informe de la Comisión de Modernización del lenguaje jurídico*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2011, p. 2, indica que “una justicia moderna es una justicia que la ciudadanía es capaz de comprender”. Sin embargo, resulta curioso que no hay ninguna referencia específica a la adaptación del lenguaje jurídico cuando el público son niños o niñas.

⁴⁹ Asegura que “la información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia”; COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *El derecho del niño a ser escuchado*, cit., epígrafe 45.

sivos, desarrollados por profesionales formados, seguros y sensibles a los posibles riesgos y responsables”⁵⁰.

De entre todas las condiciones indicadas por el Comité de Ministros, considero especialmente importante ese momento posterior a la escucha: el *feed back* al niño sobre cuál es la decisión final y cómo se ha tenido en cuenta su opinión en la misma. Como asegura el Comité de Ministros, respecto a la conformación de una “child-friendly justice”, para que el menor respete y confíe en la decisión se le debe explicar qué peso tuvo su opinión, o por qué no se ha tenido en cuenta la misma en la decisión final (punto 111). Resulta fundamental que al menor se le explique la distancia entre sus deseos y su interés, que vea que su palabra ha sido respetada, o al menos que se le han dado las razones por las que no se ha tenido total o parcialmente en cuenta⁵¹. En caso contrario el menor tendrá la sensación de que su derecho a ser escuchado es un simple trámite, que no contribuye a legitimar la justicia de menores ni sus decisiones, sino todo lo contrario; algo que hace que los menores se sientan desilusionados ante un sistema que les carga con la responsabilidad de hablar o declarar y luego sienten que no se les respeta porque no se les tiene en cuenta⁵².

Razones adicionales para cuidar esta explicación de la decisión posterior a la escucha del niño nos las ofrece Dufresne cuando indica que los menores no se sienten responsables ante una justicia que no se interesa por ellos y que no muestra un interés real por sus opiniones y versiones⁵³. Como destaca muy gráficamente Fernández Molina, “si cuando un menor entra en el sistema de justicia juvenil no comprende lo que está pasando, no comprende por qué está ahí y qué se espera de él, es difícil que éste saque una lectura provechosa de su paso por el mismo y su colaboración para el cumplimiento de la medida, a buen seguro, se

⁵⁰ Cfr. COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice*, cit., punto 117.

⁵¹ Se puede consultar la investigación de N. THOMAS y Cl. O’KANE, “When children’s wishes and feelings clash with their ‘best interest’”, *The International Journal of Children’s Rights*, núm. 6, 1998, sobre las situaciones de conflicto entre los deseos del menor y su interés superior, según lo perciben los adultos. Aseguran estos autores que los menores tienden a aceptar el criterio de los adultos cuando se trata de la salvaguarda de su integridad física, pero no tanto cuando se apoya en un concepto más impreciso de su interés superior.

⁵² Cfr. J. BOYLAN y I. PAULINE, “‘Seen but not heard’”, cit., p. 6.

⁵³ Cfr. M. DUFRESNE, R. MACLURE y K. CAMPBELL, “Le mineur sujet de droit”, cit., p. 223.

va a ver comprometida”⁵⁴. Así pues, esa percepción de ilegitimidad de la justicia por sus usuarios puede traducirse en una consideración de que sus decisiones son igualmente ilegítimas y que no merece la pena obedecerlas. En ese sentido, ya es clásico el planteamiento de Tyler, que asegura –mediante estudios empíricos– que se tenderá a obedecer más espontáneamente las decisiones que proceden de instituciones que percibimos como legítimas y justas⁵⁵. Algo que tiene que ver con la justicia distributiva, pero también con la justicia procedimental y con la justicia interpersonal. En concreto, el derecho del niño a ser escuchado es uno de los derechos en los que se ve más claramente la importancia de tener en cuenta tanto cuestiones de justicia procedimental, como de justicia interpersonal.

Más de dos décadas después de que la CDN introdujera el derecho del niño a ser escuchado, se podría decir que todas las instancias implicadas en el trabajo con menores parecen tener claro que es preciso escucharles antes de tomar una decisión que les pueda afectar. En todo caso, también es fundamental tener claro el objetivo y el sentido del derecho y conocer cómo lo percibe el menor para comprender que no sólo es importante ofrecer un espacio y un tiempo para que el menor pueda escuchar y ser escuchado (justicia procedimental), sino que resulta esencial comprobar cómo se realiza ese derecho y si el menor tiene la sensación de que se le ha tratado de forma digna y respetuosa por los profesionales que le escuchan (justicia interpersonal)⁵⁶. Así, la justicia procedimental viene a asegurar –de forma muy simplificada– que una decisión es justa cuando el proceso que se ha seguido para llegar a ella lo es también. En esa línea, se podría decir que el proceso de toma de decisiones es y será percibido como más justo por el menor cuando se le escucha, cuando se asume que aquél al que entendemos como sujeto de derecho tiene algo que decir en las decisiones que le afecten. Ahora bien, somos conscientes de que en ocasiones una mala praxis en la escucha del menor (con prisas, sin prestar atención, asumiendo visiblemente que el menor no tiene nada que aportar, con la decisión previamente tomada, utilizando un lenguaje

⁵⁴ Cfr. E. FERNÁNDEZ MOLINA, “Repensando la justicia de menores”, en F. MIRO, J.R. AGUSTINA, J.E. MEDINA y L. SUMMERS (eds.), *Crimen, oportunidad y vida diaria. Libro Homenaje al Profesor Dr. Marcus Felson*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 624.

⁵⁵ Se puede ver uno de sus primeros trabajos, T. TYLER, *Why people obey the law?*, Yale University Press, Chelsea, 1990, aunque su bibliografía es extensísima.

⁵⁶ Sobre la cuestión de las implicaciones de la justicia procedimental en la justicia de menores se puede ver M.J. BERNUZ BENEITEZ, “La legitimidad de la justicia de menores: entre la justicia procedimental y la justicia social”, *InDret*, núm. 1, 2014.

técnico⁵⁷...) puede hacer que el menor piense que se le ha escuchado pero no se le ha tratado con respeto, esto es, que no ha habido justicia interpersonal⁵⁸. Algo que puede hacer que finalmente se perciba la institución como injusta y sus decisiones como poco legítimas e injustificadas.

Por eso Bosisio destaca que el debate sobre el derecho del niño a ser escuchado ha dejado de girar en torno a si hay que escucharle o no, para convertirse en una discusión en torno a cómo hay que escucharle⁵⁹. De hecho, una de las críticas fundamentales que surgen de los estudios empíricos sobre este derecho tiene que ver con su incorrecta implementación que, en ocasiones, se produce por no verificar lo que los menores comprenden o no, o cómo viven su derecho a ser escuchados⁶⁰. Algunos apuntan que, efectivamente, este derecho del niño supone algo más que ofrecerle un espacio y un tiempo para la escucha. Para Dufresne sólo se hará justicia “si se coloca al menor en el centro del proceso, se le respetan las garantías procesales y se le ofrece la posibilidad de ser escuchado y de decidir la marcha a seguir en algunas decisiones (...) asegurándose de que tenga un nivel de conocimiento suficiente como para apreciar las elecciones que puede realizar y de tomar decisiones adecuadas”⁶¹. Esto exige tener y tomar en cuenta lo que dice, que las expectativas e intereses del niño sean efectivamente incorporados a las decisiones que les afecten⁶². En

⁵⁷ Nussbaum destaca la importancia de un lenguaje emocional, que dé cuenta de que el juez comprende la situación y a la persona que hay detrás de los hechos. Es preciso, indica, “un lenguaje expresivo de ese tipo de imaginación capaz de percibir la humanidad individual de las personas y de sus circunstancias; reconociendo que cada una tiene una historia compleja con factores que la hacen distinta de las demás”; M. NUSSBAUM, “Emotion in the language of judging”, *St. John’s Law Review*, núm. 70 vol. 1, 1996, p. 24.

⁵⁸ Es muy interesante, en ese sentido, el estudio doctoral realizado por Françoise, mediante una observación no participante en Tribunales de Menores belgas y entrevistas a jueces, menores y familias, en el que se muestra la importancia de cuidar la forma de impartir justicia y cómo los menores perciben ese trato; vid. Cl. FRANÇOISE, *Comparaitre devant le juge de la jeunesse*, Thèse de doctorat, VUB, Bruxelles, 2012.

⁵⁹ Cfr. R. BOSISIO, “Children’s Right to be Heard”, cit., p. 142.

⁶⁰ Se ha destacado que en los procesos judiciales en los que se discuten cuestiones de interés para los niños sólo se les da la voz a los de mayor edad, y depende de la discrecionalidad de los operadores jurídicos o sociales la escucha a los niños de menor edad. Algo parecido ocurre con el derecho a ser escuchado de niños procedentes de entornos marginados, pobres, zonas rurales, con discapacidades o niñas; cfr. L. KRAPPMANN, “The weight of the child’s view”, cit., p. 511.

⁶¹ Cfr. M. DUFRESNE, R. MACLURE y K. CAMPBELL, “Le mineur sujet de droit”, cit., p. 216.

⁶² Cfr. L. KRAPPMANN, “The weight of the child’s view”, cit., pp. 502 y 513.

todo caso, se trata de evitar esas prácticas inadecuadas que pueden hacer que el menor tenga la sensación de que todo es puro teatro, que se sienta 'alienado', o simplemente un objeto de la justicia de menores, a la que percibe desde la confusión, la incomprensión y el sentimiento de injusticia.

Es preciso insistir en que el derecho a ser escuchado y el sentimiento de serlo efectivamente son mecanismos fundamentales para que el menor se sienta sujeto de derecho y de derechos, incluso cuando ha cometido un delito y llega ante la justicia de menores. En estas situaciones es más importante, si cabe, que los menores perciban que la justicia es justa y que también lo son sus decisiones. Dufresne destaca que el sentimiento que tienen los menores que pasan por la jurisdicción de menores es fundamentalmente de confusión y de no ser realmente escuchados, sino simplemente oídos⁶³. En relación con esa idea, se apunta que el menor se siente como un número, un expediente judicial. Algo que podríamos identificar como consustancial a un modelo burocrático que confunde la eficacia administrativa con la asepsia en las relaciones personales. Pero que hace que, en la práctica, los menores tengan la impresión de que a nadie le importa su opinión o su versión sobre los hechos y que se acabe imponiendo la tendencia a hacer lo que los expertos consideran mejor para los menores. Algo que no difiere esencialmente de cuanto proponía el modelo tutelar. Así, sí es evidente que las habilidades del menor para hacer valer sus derechos no son ni adecuadas ni suficientes, ni por edad, ni por la situación por la que llegan ante las instituciones⁶⁴, por ello parece esencial el rol que puedan desempeñar los profesionales que trabajan con la infancia y la juventud, especialmente aquella en conflicto con la norma.

En ese sentido, los propios menores tienen claro que media una distancia entre quienes cumplen con el requisito legal y formal de escucharles y quienes les escuchan efectivamente. Éstos contribuyen así a que los menores tengan la sensación de que se les ha tratado dignamente y de que se ha hecho justicia. Los niños y niñas distinguen claramente las implicaciones de la justicia procedimental y la justicia interpersonal. Por ello, insisto en la idea de que, en el caso concreto del derecho del niño a ser escuchado, para que el derecho se realice efectivamente, es necesario no sólo abrir un espacio y un

⁶³ Cfr. M. DUFRESNE, R. MACLURE y K. CAMPBELL, "Le mineur sujet de droit", cit., pp. 218-222.

⁶⁴ Destaca Axat que el menor "tiende a carecer del capital simbólico suficiente para oponerse ante el sistema normalizado y burocrático de respuestas/expectativas de las autoridades que los juzgan"; J. AXAT, "Una voz no tan menor", cit., p. 257.

tiempo para la escucha, sino hacer que niños y niñas sientan que se les ha tenido en consideración y han sido tratados con respeto⁶⁵. Caso contrario, cuando les oímos sin escucharles, la sensación del menor es la de estar ante una justicia teatralizada, en la que él es un simple medio que contribuye a su legitimación.

4. EL SENTIDO DEL DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO EN EL MARCO DE LA JUSTICIA DE MENORES

Ya avanzaba que la CDN hace referencia al derecho del niño a ser escuchado sin hacer distinciones entre las situaciones en las que puede tener sentido hacerlo. Sin embargo, es claro que este derecho adquiere unos tintes especiales en el contexto de la justicia de menores. Primero, por las razones por las que el menor llega ante las instituciones judiciales, la comisión de un delito. Por ello, en la línea de cuanto plantea Dufresne y otros, se le exige al menor que se responsabilice por los actos cometidos, se le pide que sea actor participando en el procedimiento judicial, pero también que sea un actor reflexivo, esto es, “capaz de comprender su comportamiento, capaz de una voz significativa para la justicia, capaz de tomar decisiones”⁶⁶. Para este autor, la idea de sujeto de derecho, en el marco de la justicia de menores, en ocasiones parece reducirse a la exigencia de responsabilidad por el delito cometido⁶⁷. En segundo lugar, ese derecho es especialmente cuestionado porque parece entrar en conflicto con el *ius puniendi*, que sólo corresponde al Estado y que parecería imposibilitar o neutralizar cualquier otra voz acorde o disonante con la de las instituciones judiciales de menores. A ello hay que sumar la tendencia del mundo adulto a considerar que su opinión (la del adulto, sea padre, juez, abogado o experto social) es la del ‘experto’ y la que debe de tener más peso que la del menor⁶⁸. Finalmente, porque, como indican Peterson-Badali

⁶⁵ De hecho, algunos estudios muestran que el sentimiento de vulnerabilidad en relación con los profesionales de la justicia de menores tiene más influencia en el ejercicio de los derechos que la edad del menor; cfr. Ch. GOODWIN-DE FARIA y V. MARINOS, “Youth understanding and assertion of legal rights”, cit., p. 358.

⁶⁶ Cfr. M. DUFRESNE, R. MACLURE y K. CAMPBELL, “Le mineur sujet de droit”, cit., p. 211.

⁶⁷ Cfr. *ibíd.* 225.

⁶⁸ Cfr. U. KILKELLY, *Listening to children about justice*, cit., p. 14. Thomas y O’Kane sintetizan perfectamente esta idea cuando aseguran que “los niños tienen derechos, pero los adultos tienen mejor conocimiento”; N. THOMAS y Cl. O’KANE, “When children’s wishes and feelings”, cit., p. 138.

y Rohan, “para hacer un uso significativo de los derechos se requiere que las personas se sientan libres para hacer elecciones, más que obligadas a asumir una decisión”⁶⁹. Y eso no es frecuente en un contexto punitivo como es el de la justicia de menores, en el que el menor puede actuar sin ser totalmente consciente de los derechos que le asisten, o al menos no ser consciente de su significado e implicaciones.

Pese a las dificultades de ubicar este derecho en la justicia de menores, si la Convención se refiere al derecho del niño a ser escuchado en todas las cuestiones que le puedan afectar, tenemos que entender que también incluye al niño en conflicto con la norma. Si cabe, con más razón y más razones que en otros contextos. Una de las buenas razones para realizar este derecho en la jurisdicción de menores nos la ofrece, de un lado, el hecho constatable de que contar con la opinión y comprensión del menor (y de su familia) sobre las decisiones judiciales es una condición *sine qua non* para lograr más eficazmente sus objetivos educativos y responsabilizadores. El propio Comité de los Derechos del Niño asegura que “las investigaciones demuestran que la participación activa del niño en la ejecución de las medidas contribuirá, la mayoría de las veces, a un resultado positivo”⁷⁰. De otro lado, ya veíamos que los defensores de la justicia procedimental aseguran que conocer la percepción subjetiva de los derechos por los menores que han cometido delitos es importante, porque condiciona efectivamente sus actitudes ante la justicia y ante sus decisiones y porque es fundamental en la legitimación de la justicia de menores⁷¹. En definitiva, porque cuanto más importante es la decisión que se toma, más trascendencia tiene escuchar la opinión del menor al respecto⁷².

Es preciso apuntar que son muchos y con distintos significados los momentos en que será preciso escuchar al menor, y diferentes los profesionales que deberán proceder a hacer realidad ese derecho. Más precisamente, el menor tendrá que ser escuchado tanto en la etapa previa al proceso judicial, en que el niño tiene derecho a guardar silencio, como durante el mismo, en

⁶⁹ M. PETERSON-BADALI y M. ROHAN, “Young people’s understanding”, cit., p. 3.

⁷⁰ Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación general número 10 (2007), *Los derechos del niño en la justicia de menores*, epígrafe 45. También afirma Krappmann que cuando la actividad sólo puede ser realizada si se respeta el interés del menor habrá que ser especialmente cuidadoso en que el menor sea escuchado y participe en la decisión; cfr. L. KRAPPMANN, “The weight of the child’s view”, cit., p. 508.

⁷¹ Cfr. Ch. GOODWIN-DE FARIA y V. MARINOS, “Youth understanding”, cit., p. 357.

⁷² Cfr. St. RAP, *The participation of juvenile defendants*, cit., p. 76.

el que menor tiene el derecho a ser escuchado por la policía, el fiscal y el juez instructor. Además, será preciso abrir espacios y tiempos para la escucha, con carácter previo a la decisión judicial, pero también en la fase de ejecución de las medidas. Al tiempo que parece evidente que será preciso escuchar al menor que ha cometido un delito cuando se resuelve el caso mediante proceso judicial y también cuando se apuesta por la solución extrajudicial del mismo, más proclive, si cabe, a escuchar a las partes implicadas en el delito cometido⁷³. Todos los profesionales que trabajen con el menor a lo largo del procedimiento deberán tener presente la importancia del derecho para el menor y para la propia justicia de menores.

4.1. Los momentos previstos para la escucha del menor en la LO 5/2000: justicia procedimental

La LO 5/2000, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, organiza la justicia de menores española conforme a los principios y normas establecidos en la CDN. De hecho, abre varios espacios a la escucha del niño a lo largo de todo el procedimiento, empezando por el momento decisivo de la detención del menor. Así, el artículo 17.1 destaca que en el momento de la detención, los funcionarios que intervengan en la misma “estarán obligados a informarle, en un lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten, especialmente los reconocidos en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como a garantizar el respeto de los mismos”. En la línea de cuanto comentábamos antes, habría que añadir que los funcionarios de policía deberían asumir que no basta con cumplir el requisito de la información sobre los derechos, y tendrían que asegurarse de que los menores han comprendido lo que se les cuenta. Y el artículo 17.2 especifica, además, que “toda declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de su letrado y de aquéllos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor”, quienes, a su vez, deberán ofrecerle información sobre el proceso, las razones por las que se le imputa un delito y asesorarle sobre las consecuencias del mismo.

⁷³ Sobre la sintonía entre los principios de justicia restaurativa y los propios de una justicia *friendly* para los menores, vid. M.J. BERNUZ BENEITEZ, “La legitimidad de la justicia de menores”, cit. pp. 12-16.

En el momento de la incoación del expediente, el artículo 22 destaca que el menor tendrá derecho a: “a) ser informado por el Juez, el Ministerio Fiscal, o agente de policía de los derechos que le asisten; b) designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración; c) intervenir en las diligencias que se practiquen durante la investigación preliminar y en el proceso judicial, y a proponer y solicitar, respectivamente, la práctica de diligencias; d) ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente”. Actuaciones, todas ellas, que tienen que ver con el derecho del niño a ser escuchado, previamente informado y contando con el asesoramiento legal preciso. En los momentos procesales indicados, todas las instancias tendrán que tener en cuenta tanto la dimensión procedimental del derecho como la interpersonal, para que el menor considere realizado el derecho y para que éste sea significativo para él.

Antes de pasar a la audiencia ante el juez, es posible, y muy frecuente, que se pida la conformidad del menor y de su letrado con la decisión (art. 32). Más precisamente, el art. 36 destaca que “1. El secretario judicial informará al menor expedientado, en un lenguaje comprensible y adaptado a su edad, de las medidas y responsabilidad civil solicitadas por el Ministerio Fiscal y, en su caso, la acusación particular y el actor civil, en sus escritos de alegaciones, así como de los hechos y de la causa en que se funden. 2. El juez seguidamente preguntará al menor si se declara autor de los hechos y si está de acuerdo con las medidas solicitadas y con la responsabilidad civil”. Parece claro que para que la conformidad sea legítima y real no sólo será preciso asegurarse de que el menor ha sido informado adecuadamente de las cuestiones señaladas, sino que resulta esencial verificar que el menor ha comprendido las implicaciones de su conformidad con los hechos y las medidas solicitadas; algo que, según los propios abogados, no siempre está claro. Durante la celebración de la audiencia, en último lugar, y después de haber escuchado al resto de las partes, “el Juez oír al menor, dejando el expediente visto para sentencia” (art. 37.2). Se asume así que el derecho del niño a ser escuchado es incompatible con una justicia ‘decidida de antemano’, sin que se haya abierto un espacio para su escucha⁷⁴.

⁷⁴ Vid. M. DUFRESNE, R. MACLURE y K. CAMPBELL, “Le mineur sujet de droit”, cit., p. 224. Es interesante la llamada de atención de la ley sobre quién es el sujeto a quien se dirige la sentencia: el menor. En ese sentido, destaca la LO 5/2000 que “el Juez, al redactar la sentencia, procurará expresar sus razonamientos en un lenguaje claro y comprensible para la edad del menor” (art. 39.2).

Cuando se resuelve el delito a través de una solución extrajudicial, la exigencia de que se realice el derecho del niño a ser escuchado se hace más evidente. Sobre todo porque en la base de las medidas extrajudiciales propuestas por la LO 5/2000 está la filosofía de la justicia restaurativa⁷⁵. Se trata de una forma de entender la justicia más en sintonía con una justicia *friendly* para los menores, que asume como esencial el diálogo respetuoso entre las partes sobre lo ocurrido y sobre las vías para reparar el daño causado, y que considera elemental la responsabilización del menor por el daño cometido a través de una reparación significativa para el mismo y también para la víctima. Se trata de una forma de entender la justicia y sus consecuencias que sólo podrá producirse cuando se haya desarrollado formal y materialmente el derecho del niño a ser escuchado.

Una vez dictada sentencia, son destacables algunas actuaciones que también podríamos incluir en el derecho a ser escuchado. De un lado, está la posibilidad de recurrir tanto las decisiones judiciales como las resoluciones que se tomen durante la ejecución de las medidas⁷⁶. Y es que entre los principios inspiradores de la ejecución de las medidas está “la información de los derechos que les corresponden en cada momento y la asistencia necesaria para poder ejercerlos” (art. 6.c RD 1774/2004). De otro lado, resulta especialmente interesante el consentimiento real del menor para ejecutar medidas que sin el mismo carecerían de sentido y quedarían vacías de su contenido educativo. Así, se requiere el consentimiento del menor para iniciar un tratamiento ambulatorio (art. 16 RD 1774/2004); para elaborar el programa individualizado de ejecución de la medida de libertad vigilada, el profesional encargado se entrevistará previamente con el menor (art. 18 RD 1774/2004); “se escuchará necesariamente al menor” cuando se imponga una medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo; cuando la medida sea una prestación de servicios en beneficio de la comunidad o tareas socioeducativas, el

⁷⁵ Sobre las luces y sombras de la justicia restaurativa en la justicia de menores se puede ver M.J. BERNUZ BENEITEZ, “Las posibilidades de la justicia restaurativa en la justicia de menores (española)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y de Criminología*, núm. 16, 2014.

⁷⁶ De hecho, la normativa indica que en el momento de ingresar en el centro, los menores recibirán información escrita sobre sus derechos, en un idioma que comprendan y facilitándoles la comprensión de los mismos; incluyendo entre esa información “los medios para formular peticiones, quejas o recursos” (art. 58). Igualmente, el RD 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, hace referencia, aunque de pasada, a que el menor puede, durante la ejecución de la medida judicial, “manifestar su voluntad de conciliarse con la víctima o perjudicado, o de repararles por el daño causado” (art. 15).

profesional designado “se entrevistará con el menor” para conocer sus características personales, sus capacidades, sus obligaciones escolares o laborales y su entorno social, personal o familiar, con la finalidad de determinar la medida más adecuada (art. 20.7 y 21 RD 1774/2004, respectivamente). E igualmente se escuchará al menor cuando se abra un procedimiento disciplinario durante el cumplimiento de la medida (art. 73 RD 1774/2004)⁷⁷.

4.2. Los profesionales y la escucha del menor: justicia interpersonal

Así pues, parece que la LO 5/2000 ha integrado, a lo largo del procedimiento judicial o de la solución extrajudicial para resolver los conflictos, este derecho proclamado por la CDN. Y lo hace fundamentalmente porque entiende que el proceso será percibido como más justo cuando se incorpore al mismo ese derecho, pero también porque la realización del contenido educativo de algunas medidas exige contar con su consentimiento y su colaboración. Ahora bien, ni la Ley Orgánica ni su Reglamento de desarrollo dan muchas pistas sobre cómo realizar el derecho. Si antes hice referencia a la importancia de tener en cuenta algunos aspectos de la justicia interpersonal es porque entiendo que la realización efectiva del derecho del niño a ser escuchado exige un *plus* y depende en gran medida de las habilidades, competencias, sensibilidad, así como de la preparación y formación de los profesionales encargados de desarrollar esta tarea⁷⁸. Y ello al margen de que se trate del agente de policía, el fiscal, el juez, el abogado o el experto social. Porque cada uno de ellos resulta esencial en la tarea de consolidar el sentimiento de justicia en la jurisdicción de menores⁷⁹.

En primer lugar, los profesionales que tratan con el menor son los responsables de informarle sobre sus derechos, hacer que aquél los comprenda y pueda ejercerlos de forma adecuada y próxima a sus intereses reales.

⁷⁷ Llama la atención el hecho de que una vez impuesta la medida ya no vuelva a aparecer la exigencia de la opinión del menor. Al margen de que hay decisiones que sí que pueden afectar a su interés, como la que tiene que ver con la sustitución de las medidas o el traslado a un centro penitenciario.

⁷⁸ Sobre competencias conversacionales y de escucha de los jueces es interesante el apunte de St. RAP, *The participation of juvenile defendants, cit.*, pp. 129-133.

⁷⁹ Sobre la importancia de la actuación de los profesionales a lo largo del procedimiento judicial se puede ver una buena síntesis en E. FERNÁNDEZ MOLINA, “Repensando la justicia de menores”, *cit.*, pp. 635-639. En relación con la tarea del abogado, es muy claro y oportuno el trabajo de E. FERNÁNDEZ MOLINA, “Una aproximación a la figura del abogado en la justicia de menores”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 109, 2013.

Se trata de cuidar los aspectos de la justicia procedimental. En ese sentido, Goodwin-De Faria y Marinos llegan a la conclusión de que el hecho de que los profesionales de la justicia y la policía les ‘lean’ sus derechos no implica, ni que se los expliquen, ni que los menores comprendan su significado o su alcance⁸⁰. Como descubren quienes han apostado por hacer investigación empírica, “la complejidad del proceso judicial es tal que no está claro que los menores comprendan suficientemente sus derechos”⁸¹. En esa línea, Peterson-Badali y Abramovitch insisten en que es preciso explicar en detalle y en un lenguaje asequible a los menores los derechos que les corresponden. Al tiempo que habrá que evaluar la real comprensión que tienen los menores de esos derechos a través de un lenguaje “iterativo e interactivo”⁸². Para ello, asegura Rap que será preciso dar explicaciones, evitar tecnicismos o frases complejas⁸³. Juegan un rol especial, en esta tarea de explicación de los derechos, las instituciones que reciben a los menores, esto es, tanto la policía o el fiscal de menores, como el abogado, en tanto que asesor legal, o el juez que debe velar por la legalidad y el respeto por los derechos procesales a lo largo de todo el procedimiento. Todos ellos deberán cuidar especialmente de que el lenguaje utilizado y las maneras de relacionarse con el niño sean adaptados a la capacidad de comprensión de la infancia.

En segundo lugar, es preciso poner en práctica el derecho y hay que escucharle. En este momento es especialmente importante cuidar los aspectos de justicia interpersonal, esto es, habrá que hacer que el menor sienta que se le trata de forma digna y que se respeta efectivamente su opinión. Para ello es necesario, de un lado, que los profesionales tengan una formación específica y especializada en la escucha en general y en la de niños y adolescentes en particular, aparte de una serie de habilidades que mejoren el trato al menor de forma digna y respetuosa. De otro lado, habrá que cuidar el tiempo y el espacio que se dedican a la escucha, para alentar que la misma se produzca de forma espontánea y sea lo más legítima y sincera posible. Aquí tendrá un rol especial la policía, cuando tome declaración al menor; el juez de menores, cuando le escuche para conocer su versión de los hechos y antes de tomar una decisión judicial definitiva; el abogado, que debe orientar al

⁸⁰ Ch. GOODWIN-DE FARIA y V. MARINOS, “Youth understanding”, cit., pp. 356-357.

⁸¹ Cfr. M.S. DENO, “Children’s rights or rhetoric? Assessing Canada’s YCJA and its compliance with the UN Convention on the Rights of the Child”, *The International Journal of Children’s Rights*, núm. 12, 2004, p. 16.

⁸² M. PETERSON-BADALI y R. ABRAMOVITCH, “Children’s knowledge”, cit., p. 17.

⁸³ Cfr. St. RAP, *The participation of juvenile defendants*, cit., pp. 136-139.

menor sobre las formas y maneras judiciales y resolver sus posibles dudas⁸⁴; así como los operadores sociales, que escucharán al menor antes de elaborar el informe psico-social que orientará al fiscal en la tarea de proponer una medida judicial adaptada al delito y a las circunstancias del menor.

Tras la escucha del menor, es preciso darle un *feed back* sobre qué ha ocurrido, cómo se ha desarrollado la audiencia, cuál ha sido la medida judicial y el peso que ha tenido la opinión del niño en la misma. Este momento posterior a la escucha es fundamental, porque el menor comprende que el derecho a ser escuchado ha tenido unas implicaciones reales y entiende las razones de la decisión final. Además, se ha destacado que aclarar la decisión judicial tiene un interés pedagógico para el menor, porque comprende lo que se le impone y porque cuando comprende es más fácil que acepte y cumpla con lo establecido⁸⁵. Son figuras esenciales en esta tarea, tanto el juez, que debe redactar la decisión en un lenguaje comprensible al niño; como su abogado, que deberá ‘traducirle’ la decisión y explicársela; así como el técnico que se encargue de ejecutar la medida, que le explicará el sentido y el contenido de la misma para que éste la comprenda y la asuma más fácilmente.

Algunos autores apuntan cuestiones que pueden estar dificultando la realización efectiva de este derecho. Unos aseguran que, en ocasiones, el derecho a ser escuchado puede convertirse o se utiliza como un diálogo moral sobre el delito cometido y el cumplimiento de las normas⁸⁶. Es cierto que la escucha puede ser un momento óptimo para discutir sobre el sentido de las normas y las consecuencias que ha tenido el delito, pero que puede acabar incomodando al menor, fomentando su cerrazón cuando éste lo percibe como

⁸⁴ St. RAP, *The participation of juvenile defendants*, cit., p. 77, destaca que el Comité de los Derechos del Niño, contra la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asegura que no tiene por qué ser el abogado quien oriente al menor, sino que puede ser quien tome efectivamente la decisión.

⁸⁵ Cfr. St. RAP, *The participation of juvenile defendants*, cit., pp. 139-141.

⁸⁶ Así, por ejemplo, Weijers apunta que la experiencia holandesa se caracteriza por un diálogo moral mediante el que el juez de menores discute con el menor sobre las consecuencias de su delito, en un intento de estimular sentimientos de empatía hacia la víctima y reflexionar sobre el impacto de la infracción; a diferencia del sistema adversarial, en el que los protagonistas del juicio son el fiscal y el abogado, dejando menos espacio para ese diálogo moral con el menor sobre lo que ha hecho. Esa es la razón, establece Weijers, por la que el sistema adversarial busca mecanismos de diálogo moral fuera del proceso judicial, a través de vías de solución extrajudicial de los conflictos; vid. I. WEIJERS, “The Moral Dialogue: A Pedagogical Perspective on Juvenile Justice”, en I. WEIJERS y A. DUFF, *Punishing Juveniles. Principle and Critique*, Hart Publishing, Oxford, 2002, pp. 146-147.

el único objetivo. Algunos destacan que, en ocasiones, por rutina, el espacio para la escucha se transforma en un monólogo en el que el experto habla y el menor escucha, en lugar de un espacio en el que es el menor quien habla y el experto escucha⁸⁷. Otros desvelan “formas de violencia simbólica y *habitus* de sus operadores, donde el sujeto seleccionado ha sido (es y será) más objeto de confesión, observación, control y silencio, que sujeto portador de una voz, historia o punto de vista a ser tenido en cuenta a la hora de decidir su destino”⁸⁸. Rap apunta a una distancia socio-cultural entre los menores y sus familias y el resto de los intervinientes en el proceso, que puede dificultar la participación efectiva del menor en el mismo⁸⁹. También se ha destacado que una justicia que escuche realmente al menor y tenga en cuenta sus opiniones sería una justicia más lenta, porque supone abrir espacios (sin prisas) para la escucha efectiva de niños y niñas, menos rutinizada, porque debe incorporar la opinión del menor y dejar de lado decisiones estereotipadas, y más cara, porque requiere profesionales especializados en la escucha del menor⁹⁰.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES

La *Convención sobre los Derechos del Niño* resulta trasgresora por muchas cuestiones, pero fundamentalmente por haber modificado la forma de entender la infancia. Desde su aparición, parece haber quedado aparcada la idea de que la infancia es un colectivo sobre el que se toman decisiones y los niños empiezan a ser considerados como sujetos de derecho y de derechos. La mejor forma de demostrarlo es proclamar alto y claro la centralidad de su interés superior y su derecho a ser escuchados en todas las decisiones que les puedan afectar. Sin embargo, este derecho, aunque de fácil enunciado, resulta de ejecución compleja, por las habilidades y competencias que exige y también por las transformaciones institucionales que conlleva su puesta en marcha efectiva. De hecho, si nos centramos en uno de esos ámbitos en que el niño debe ser escuchado, la justicia de menores, vemos cómo se ha conseguido más o menos fácilmente integrar el derecho en el proceso judi-

⁸⁷ Vid. *in extenso* P. PAZÈ, “L’ascolto del minore”, cit., pp. 21-26, en el que se hacen algunas sugerencias sobre estrategias relacionales y emocionales que permitan dar sentido a ese momento de la escucha del menor.

⁸⁸ Cfr. J. AXAT, “Una voz no tan menor”, cit., p. 256.

⁸⁹ Cfr. St. RAP, *The participation of juvenile defendants*, cit., p. 128.

⁹⁰ Vid. N. NAFFINE, “Children in the children’s court: can there be rights without a remedy?”, *International Journal of Law and the Family*, núm. 6, 1992, p. 96.

cial, se han abierto espacios y tiempos para la escucha del menor, pero no se ha reflexionado en profundidad sobre lo que supone para el menor o sobre las consecuencias de ese derecho, ni se ha formado a los profesionales en el 'arte' de la escucha de la infancia.

Así pues, escuchar al menor supone un paso adelante en ese proceso de definirlo como sujeto de derecho y de derechos. Sin embargo, cuando esa escucha se produce en el contexto de la justicia de menores, adquiere tintes especiales. Aparte de lo antedicho, la importancia del derecho del niño a ser escuchado en el marco de la justicia de menores reside en su contribución efectiva a la legitimidad de la justicia de menores y sus decisiones. Son muchos los estudios que muestran que los ciudadanos consideran que una justicia que da la palabra a las partes es percibida como más justa, sus decisiones serán asumidas como legítimas y, en consecuencia, obedecidas más espontáneamente. Esa obediencia 'espontánea' es especialmente importante cuando hablamos de decisiones que se imponen por la comisión de un delito, que aspiran a la responsabilización del menor por el mismo y que tienen un fuerte componente educativo. Pretensiones que sólo se lograrán cuando el menor tenga un espacio para dar su opinión sobre lo ocurrido y cuando comprenda el sentido y objetivo de las decisiones impuestas por el juez de menores.

Ahora bien, para que el menor se sienta escuchado realmente es preciso no sólo que se abra un espacio para la escucha, sino que también sienta que se le está escuchando, esto es, que comprenda el proceso y se perciba como parte del mismo, que entienda las decisiones que se toman y sus razones, y asuma que sus opiniones tienen unas consecuencias. Es decir, se trata de un derecho que exige desarrollar tanto cuestiones de justicia procedimental, como de justicia interpersonal. Parece por tanto evidente que el derecho del niño a ser escuchado no es otro derecho procesal más, sino que su ejecución exige unas concretas competencias y habilidades. Algo que debería incorporarse a los programas de formación de todos los profesionales que trabajan con la infancia. No obstante, quizás se podría avanzar que lo más importante para escuchar correctamente al niño y darle un sentido a su palabra es creer de forma genuina que el niño es una persona que tiene algo que decir y que, en ocasiones, puede ser un juez adecuado sobre las decisiones en las que él resulta el principal afectado. Quizás no es tan importante hablar, como tener alguien que sepa y quiera escuchar⁹¹.

⁹¹ D. ARCHARD, *Children*, cit., p. 66, destaca más precisamente: "Lo que es importante no es que uno pueda hablar (más que quedar en silencio), sino que uno sea escuchado (más

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARCHARD, D., *Children. Rights and childhood*, Routledge, London, 1993.
- AXAT, J., "Una voz no tan menor: Apunte sobre jóvenes infractores, performances y estrategias defensivas", *Prisma Jurídico*, núm. 9, vol. 2, 2010, pp. 255-289.
- BERNUZ BENEITEZ, M.J., "Las posibilidades de la justicia restaurativa en la justicia de menores (española)", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y de Criminología*, núm. 16, 2014.
- BERNUZ BENEITEZ, M.J., "La legitimidad de la justicia de menores: entre la justicia procedimental y la justicia social", *InDret*, núm. 1, 2014, 25 pp.
- BOSISIO, R., "Children's Right to be Heard: What Children Think", *International Journal of Children's Rights*, núm. 20, 2012, pp. 141-154.
- BOYLAN, J. y PAULINE, I., "'Seen but not heard' -young people's experience of advocacy", *International Journal of Social Welfare*, núm. 14, 2005, pp. 2-12.
- CAMPOY, I. *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid, 2006.
- CILLERO BUÑOL, M., "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 1, 1999, p. 45-62.
- COMISIÓN DE EXPERTOS SOBRE MODERNIZACIÓN DEL LENGUAJE JURÍDICO, *Informe de la Comisión de Modernización del lenguaje jurídico*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2011.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación general número 10 (2007), *Los derechos del niño en la justicia de menores*.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación general número 12 (2009), *El derecho del niño a ser escuchado*.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación general número 14 (2013), *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*.
- COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice*, Council of Europe, Strasbourg, 2011.
- DENOV, M.S., "Children's rights or rhetoric? Assessing Canada's YCJA and its compliance with the UN Convention on the Rights of the Child", *The International Journal of Children's Rights*, núm. 12, 2004, pp. 1-20.
- DUFRESNE, M., MACLURE, R. y CAMPBELL, K., "Le mineur sujet de droit et la justice pénale: du 'meilleur intérêt' à l'aliénation", *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 2007, pp. 205-230.
- FERNÁNDEZ MOLINA, E., "Repensando la justicia de menores", en F. MIRO, J.R. AGUSTINA, J.E. MEDINA y L. SUMMERS (eds.), *Crimen, oportunidad y vida*

que ser ignorado)".

- diaria. Libro Homenaje al Profesor Dr. Marcus Felson, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 613-647.
- FERNÁNDEZ MOLINA, E., "Una aproximación a la figura del abogado en la justicia de menores", *Cuadernos de política criminal*, núm. 109, 2013, pp. 217-242.
- FRANÇOISE, Cl., *Comparaitre devant le juge de la jeunesse*, Thèse de doctorat, VUB, Bruxelles, 2012.
- GOODWIN-DE FARIA, Ch. y MARINOS, V., "Youth understanding and assertion of legal rights: examining the roles of age and power", *International Journal of Children's Rights*, núm. 20, 2012, pp. 343-364.
- GRISO, Th., STEINBERG, L., WOOLARD, J., CAUFFMAN, E., SCOTT, E., GRAHAM, S., LEXCEN, F., REPUCCI, D. y SCHWARTZ, R., "Juveniles' competence to Stand Trial: A comparison of adolescents' and adults' capacities as trial defendants", *Law and Human Behaviour*, núm. 27 vol. 4, 2013, pp. 333-363.
- HOLLINGSWORTH, K., "Theorizing Children's Rights in Youth Justice: The significance of autonomy and foundational rights", *The Modern Law Review*, núm. 76 vol. 6, 2013, pp. 1046-1069.
- HOYLE, C. y NOGUERA, St., "Supporting young offenders through restorative justice: parents as (in) appropriate adults", *British Journal of Community Justice*, núm. 6, 2008, pp. 67-85.
- KILKELLY, U., *Listening to children about justice: Report of the Council of Europe consultation with children on child-friendly justice*, Council of Europe, Strasbourg, 2010.
- KRAPPMANN, L., "The weight of the child's view (article 12 of the Convention on the Rights of the Child)", *International Journal of Children's Rights*, núm. 18, 2010, pp. 501-513.
- LIEBEL, M., "Ciudadanía desde abajo. Derechos de la niñez y movimientos sociales", en C. VILLAGRASA ALCAIDE e I. RAVETLLAT BALLESTÉ (coords.), *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 485-500.
- NAFFINE, N., "Children in the children's court: can there be rights without a remedy?", *International Journal of Law and the Family*, núm. 6, 1992, pp. 76-97.
- NUSSBAUM, M., "Emotion in the language of judging", *St. John's Law Review*, núm. 70 vol. 1, 1996, pp. 23-30.
- OCHAÍTA, E. y ESPINOSA, M.A., *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes. Necesidades y derechos en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño*, McGrawHill, Madrid, 2004.
- PAZÈ, P., "L'ascolto del minore", *Associazione italiana Magistrati per i Minorenni e per la Famiglia*, núm. 27.01, 2004, 29 pp. Disponible en: <http://www.minoriefamiglia.it/download/pazè-ascolto.PDF> (consultado el 25/06/2014).
- PETERSON-BADALI, M., ABRAMOVITCH, R. y DUDA, J., "Young children's legal knowledge and reasoning ability", *Canadian Journal of Criminology*, 1997, pp. 145-170.

- PETERSON-BADALI, M. y ROHAN, M., "Young people's understanding and assertion of their rights to silence and legal counsel", *Canadian Journal of Criminology*, 1995, pp. 1-18.
- PETERSON-BADALI, M. y ABRAMOVITCH, R., "Children's knowledge of the legal system: are they competent to instruct legal counsel?", *Canadian Journal of Criminology* 1992, pp. 139-160.
- RAP, St., *The participation of juvenile defendants in the youth courts*, Utrecht University, Utrecht, 2013.
- REIS MONTEIRO, A., *La revolución de los derechos del niño*, Editorial Popular, Madrid, 2008.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000.
- RONFANI, P., "I diritti dei bambini: vecchie e nuove questioni", *Sociologia del diritto*, núm. 2, 2013, pp. 107-130.
- THOMAS, N. y O'KANE, Cl., "When children's wishes and feelings clash with their 'best interest'", *The International Journal of Children's Rights*, núm. 6, 1998, pp. 137-154.
- TYLER, T., *Why people obey the law?*, Yale University Press, Chelsea, 1990.
- WEIJERS, I., "The Moral Dialogue: A Pedagogical Perspective on Juvenile Justice", en I. WEIJERS y A. DUFF, *Punishing Juveniles. Principle and Critique*, Hart Publishing, Oxford, 2002, pp. 135-154.

MARÍA JOSÉ BERNUZ BENEITEZ
Area de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza
Calle Pedro Cerbuna, s/n
E-50009-Zaragoza
e-mail: mbernuz@unizar.es