

INFANCIA Y JUSTICIA: UNA CUESTIÓN DE DERECHOS



LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS ANTE
LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN ESPAÑA



Save the Children

INFANCIA Y JUSTICIA: UNA CUESTIÓN DE DERECHOS

LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS ANTE
LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN ESPAÑA

Con la colaboración de:



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

noviembre /2012

Depósito legal: M-39243-2012

Save the Children agradece sus valiosas aportaciones al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM) y a todos los operadores jurídicos, profesionales y organizaciones que desinteresadamente han colaborado en la elaboración de este informe.

Autoras:

Virginia Rodríguez
Yolanda Román
Almudena Escorial

Ilustraciones:

© Íñigo Navarro Dávila

Arte y maquetación:

Óscar Naranjo Galván

Edita:

SAVE THE CHILDREN ESPAÑA
D.L. M-39243-2012



Save the Children

noviembre /2012

www.savethechildren.es

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	15
2. LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS COMO TITULARES DE DERECHOS	23
El “interés superior del menor”	23
El derecho del niño a ser escuchado	26
3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE JUSTICIA ADAPTADA A LOS NIÑOS	33
Directrices del Consejo de Europa sobre justicia adaptada a los niños	36
Directrices de Naciones Unidas sobre niños y niñas víctimas y testigos	39
Normas y estándares internacionales sobre niños y niñas en conflicto con la ley penal	43
Estándares internacionales sobre niños y niñas extranjeros no acompañados	48

4. LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS ANTE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN ESPAÑA	55
Los niños y las niñas en procesos de la jurisdicción civil	59
Los niños y las niñas ante la jurisdicción penal	75
Los niños y las niñas extranjeros no acompañados en España	89
Los niños y las niñas víctimas de trata de seres humanos	98
5. CONCLUSIONES	107
6. RECOMENDACIONES	113
BIBLIOGRAFÍA	123
ANEXO	
Directrices del Consejo de Europa sobre justicia adaptada a los niños	135

“Mi mayor deseo: que los niños sean escuchados efectivamente y tengan voz en el mundo en el que vivimos. Querría que todos los niños fueran respetados por los adultos como seres únicos e irrepetibles.”

Este informe está dedicado a Nacho de la Mata,
abogado único e irrepetible.



INTRODUCCIÓN



I. INTRODUCCIÓN

Los niños y las niñas necesitan acudir o se enfrentan al sistema de justicia por diferentes razones y circunstancias personales y legales. El acceso a la justicia de los niños y las niñas debería constituir siempre una garantía para el respeto y la realización de sus derechos. Sin embargo, demasiado a menudo en su relación con los sistemas judiciales, niños y niñas experimentan situaciones de desprotección en gran parte debido al desconocimiento de los derechos de la infancia por parte de los operadores jurídicos, así como a la falta de recursos especializados y adecuados para dar respuesta a situaciones judiciales en las que intervienen niños, ya sea en condición de víctimas o testigos de un delito, como infractores de la ley, en casos de crisis matrimoniales o de desamparo o con respecto a las leyes de extranjería, entre otras situaciones.

La violencia institucional es una de las formas de violencia contra la infancia que recoge el Informe mundial sobre la violencia contra los niños y las niñas de Naciones Unidas, conocido como “Informe Pinheiro”. Por violencia debe entenderse todo daño o perjuicio físico, mental o emocional producido a un niño, por acción u omisión, en cualquier ámbito, incluido el judicial. En su Informe Más allá de los golpes – ¿Por qué es necesaria una ley?, Save the Children ya alertaba de que en los procesos judiciales también puede producirse violencia contra los niños y las niñas. En ocasiones se les somete a interrogatorios, declaraciones o exploraciones repetidas e inadecuadas que les exponen a la dolorosa revictimización. Los menores de edad no siempre son tratados de acuerdo a su edad o estado madurativo, lo que puede generar en ellos sentimientos de confusión, temor o incluso de culpabilidad con un impacto negativo en su bienestar y desarrollo. Evitar y prevenir este tipo de situaciones debe ser una prioridad para los sistemas judiciales, que deben velar con el máximo celo

por garantizar el especial cuidado y asistencia al que los niños y las niñas tienen derecho de acuerdo con la Declaración universal de los derechos humanos.

En España, en el marco de su trabajo de investigación e intervención social, Save the Children ha recibido numerosas denuncias y ha detectado prácticas y actuaciones en el ámbito judicial que suponen una negación de los derechos humanos de los niños y las niñas y que en ocasiones pueden considerarse violencia institucional. Es a raíz de esas denuncias y preocupaciones que la organización decide abordar, a la luz de los estándares internacionales sobre justicia adaptada a los niños, este análisis sobre la organización, regulación y prácticas de la Administración de Justicia en España cuando debe dar respuesta a situaciones en las que está involucrado un niño o una niña. El análisis incluye también los procedimientos que se ponen en marcha cuando se localiza en España a un niño o niña extranjero no acompañado, aunque habitualmente estos procesos no alcancen la instancia judicial, ya que el desarrollo y complejidad legal del mismo, así como la decisiva intervención del Ministerio Fiscal, hacen equiparables estos procesos administrativos a los judiciales en cuanto a las garantías exigidas por las normas internacionales para el respeto y realización de los derechos de los niños y las niñas afectados.

A pesar de la variedad de las situaciones analizadas, los diferentes tipos de procedimientos y las diversas jurisdicciones implicadas, existen motivos de preocupación comunes a todos ellos, relacionados con cuatro principios que deberían vertebrar la actuación de la Administración de Justicia en España cuando un niño o niña se encuentra ante alguno de sus órganos y que, sin embargo, no siempre son tenidos en cuenta de una manera adecuada:

- Los niños y las niñas son titulares de derechos.
- La adopción de cualquier decisión que afecte a los niños y las niñas debe estar basada en su interés superior.
- Los niños y las niñas tienen el derecho a ser escuchados y a que su opinión sea tomada en cuenta en la adopción de las decisiones que les afectan.
- La Administración de Justicia del Estado tiene la obligación fundamental de actuar como garante de la realización de los derechos de los niños y las niñas.

Partiendo de esas condiciones que deben imponerse a la Administración de Justicia, se plantean una serie de preguntas fundamentales a las que este informe pretende dar respuesta:

- ¿Existen mecanismos adaptados para el acceso de los niños y las niñas a los tribunales para el ejercicio de sus derechos?
- ¿Cómo se articula la obligación de velar por el interés superior del niño o la niña en los procedimientos?
- ¿Cómo se garantiza el derecho de los niños y de las niñas a ser debidamente informados y a ser escuchados?
- ¿Cómo se valora su testimonio por parte de los tribunales?
- ¿Cómo se garantiza su representación legal y la defensa de sus derechos e intereses en los procedimientos?

Las respuestas a estas preguntas se abordan partiendo de las normas, principios y estándares internacionales de derechos humanos aplicables a la Administración de Justicia. Diversas organizaciones y organismos internacionales, en particular, el Consejo de Europa y el Comité de los derechos del niño de Naciones Unidas, han establecido las pautas para responder a esas preguntas en una variedad de documentos internacionales que

abordan los principales problemas que surgen cuando un niño o una niña entra en contacto con el sistema judicial. Diferentes Observaciones Generales del Comité de los derechos del niño, así como otras resoluciones de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa fijan los criterios interpretativos básicos que deben orientar la actuación judicial en los Estados signatarios de los principales tratados de derechos humanos y de derechos del niño.

El reconocimiento de la condición de titulares de derechos a los niños y las niñas en los términos establecidos en la **Convención sobre los derechos del niño** plantea un reto fundamental para los Estados en dos sentidos. Por un lado, les impone la obligación de garantizar la protección efectiva de los niños y las niñas, especialmente cuando sus familias de origen no pueden hacerlo. Por otro, les obliga a poner en marcha todos los mecanismos necesarios para garantizar el pleno ejercicio de los derechos que la Convención consagra, muy particularmente en el ámbito de la Administración de Justicia.

En prácticamente todos los ámbitos y jurisdicciones de la Administración de Justicia puede plantearse un conflicto de derechos e intereses que afecte y tenga consecuencias determinantes en la vida de un niño o una niña. El análisis que aquí se plantea, a partir de la identificación de los principales procesos judiciales en que esto sucede, señala la posición que ocupa el niño o la niña en el mismo y cómo debería ser la respuesta de las autoridades para cumplir plenamente con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

La primera parte de este informe aborda un análisis de las implicaciones que el reconocimiento de la titularidad de derechos a los niños y las niñas tiene para la Administración de Justicia de los Estados. Se plantean los elementos esenciales que supone el reconocimiento de esta titularidad y cómo se conjuga con los dos principios rectores de la Convención sobre los derechos del niño

que resultan fundamentales para el ejercicio pleno de los mismos ante las autoridades judiciales: el principio del interés superior del niño y su derecho a ser escuchado y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

Estos principios de la Convención deben vertebrar la respuesta de los órganos judiciales a los que los niños y las niñas tienen el derecho de acceder en condiciones de igualdad respecto a los adultos y sin que su experiencia ante los tribunales resulte traumática, revictimizadora o de alguna forma lesiva para sus derechos, su bienestar o su desarrollo. Para entender el alcance de las obligaciones que esto impone a los Estados, este informe repasa los principales documentos y estándares internacionales en la materia y en particular las Directrices sobre justicia adaptada a los niños del Consejo de Europa de 2010.

La segunda parte de este informe se centra en la situación concreta de los niños y las niñas ante la Administración de Justicia en España. Se revisa la legislación vigente sobre la situación y la participación de los niños y las niñas en los distintos procesos judiciales. De este análisis, junto con el de la práctica judicial a partir de consultas con operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados, psicólogos forenses) resultan una serie de motivos de preocupación relacionados con la falta de garantías para la realización de los derechos de los niños y las niñas en el ordenamiento jurídico español y la práctica judicial. Estas conclusiones se han contrastado con preocupaciones expresadas por el Defensor del Pueblo y la Fiscalía General del Estado sobre algunos aspectos de la relación de los niños y las niñas con la Administración de Justicia en España.

Save the Children ha alcanzado una serie de conclusiones sobre la situación de los niños y las niñas ante la Administración de Justicia en España y plantea recomendaciones para que se avance en la necesaria y urgente incorporación al ordenamiento jurídico español de los elementos necesarios para cumplir plenamente

con los estándares internacionales sobre los derechos de los niños y las niñas en sus relaciones con la justicia, así como en la adopción de medidas políticas y la adecuada asignación de recursos que garanticen la protección de los derechos de los niños y las niñas por parte de la Administración de Justicia.

2. LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS COMO TITULARES DE DERECHOS

El reconocimiento de la condición de titulares de derechos a todos los niños y las niñas quedó consagrado en 1989 con la aprobación de la Convención sobre los derechos del niño, un reconocimiento prácticamente universal al ser el tratado internacional firmado por un mayor número de Estados en todo el mundo.

La titularidad de los niños y las niñas de los derechos reconocidos en la Convención plantea el reto de cómo conjugar la titularidad de estos derechos con las limitaciones para su ejercicio que derivan de la falta de plena madurez física y mental de los niños y las niñas. La propia Convención solventa esta dificultad estableciendo dos principios rectores que deben orientar la adopción de cualquier decisión sobre la vida del niño o de la niña en cualquier ámbito, en particular el ámbito judicial: la primacía del interés superior del menor y el derecho del niño o la niña a ser escuchado.

EL “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR”

La Convención sobre los derechos del niño ha consagrado el principio del “interés superior del menor” en su artículo 3 al establecer que:

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 parte 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 parte 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.

El texto original de la Convención sobre los derechos del niño, en inglés, consagra el “best interest of the child”, traducido al español como “interés superior del menor”, aunque la traducción literal de la expresión inglesa sería “mejor interés del niño”. Cualquiera de las dos expresiones establecen un concepto jurídico indeterminado. A menudo la expresión “por ser el interés superior del menor” acompaña todo tipo de decisión que se adopte en relación a un niño o una niña en cualquier resolución emitida por una Administración o poder del Estado. La interpretación de este concepto es arbitraria, puesto que es infrecuente encontrar en las resoluciones una motivación de la decisión adoptada que incluya una explicación completa del modo en que la misma contribuye a la realización de este interés “superior” que debe primar.

Es necesario establecer criterios de ponderación que eviten esta arbitrariedad. Erróneamente se equipara la indeterminación del concepto a la falta de indicadores que hagan posible esta tarea. Sin embargo, existen indicadores. Son los principios rectores de

la Convención sobre los derechos del niño y todos y cada uno de los derechos que reconocen a los niños y las niñas, tanto la propia Convención como el resto de documentos internacionales de derechos humanos. La indeterminación del término plantea la exigencia de conocer su situación individualizada de manera exhaustiva. Identificar todos los derechos del niño o de la niña que se encuentran afectados y determinar, en base a la plena protección, promoción y respeto de los mismos, qué solución se ajusta más a su plena realización.

A pesar de que aún no exista una Observación General del Comité de los derechos del niño que defina expresamente el alcance de este principio, diversos órganos y tribunales nacionales e internacionales, así como numerosos expertos y organizaciones, han coincidido en destacar la necesidad de abordar los casos de manera individualizada como elemento esencial de la búsqueda del interés superior del menor.

Entre las referencias internacionales sobre la interpretación de este principio, destaca la que se propone en las **Directrices del Consejo de Europa sobre una justicia adaptada a los niños**.

Garantizar la primacía del interés del niño o la niña debe ser la consideración fundamental en todos los asuntos que les afecten. En su determinación es necesario:

- Tener en cuenta los puntos de vista y opiniones del niño o la niña que deben ser ponderados de manera adecuada en el proceso.
- Respetar siempre todos los demás derechos del niño o la niña afectado, su dignidad, su derecho a la libertad y a la no discriminación.
- Adoptar una aproximación integral por parte de todas las autoridades implicadas para tener debidamente

en cuenta todos los intereses en juego en cada caso, incluyendo en primer lugar la garantía del bienestar físico y psicológico del niño o la niña, así como sus intereses legales, sociales y económicos.

- Si en un mismo proceso hay implicados varios niños o niñas, la determinación del interés de cada uno debe realizarse de manera individual y equilibrada con el objetivo de conciliar posibles conflictos de intereses entre ellos.

Cuando, como se ha anunciado, se disponga de una Observación General del Comité de los derechos del niño al respecto, sin duda resultará mucho más sencillo consensuar procedimientos comunes para la determinación concreta de este principio jurídico indeterminado. Hasta entonces, debe insistirse en la exigencia de conocer en profundidad el caso concreto, así como en la necesidad de motivar las resoluciones adoptadas en lo concerniente a la determinación del interés superior del niño o la niña, garantizando su derecho a ser escuchado.

EL DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO

Un elemento fundamental que debe tenerse en cuenta en la determinación del interés superior del menor es la propia opinión del niño o la niña sobre su situación. Esto es, su derecho a ser escuchado.

El 20 de julio de 2009, el Comité de los derechos del niño hizo pública la **Observación General N°12** sobre el derecho del menor a ser escuchado. Un documento en el que el Comité lleva a cabo un análisis jurídico exhaustivo, fijándose en las obligaciones internacionales contraídas por los Estados al firmar la Convención sobre los derechos del niño, cuyo artículo 12 establece:

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

Cabe destacar dos consideraciones de la Observación General N°12. En primer lugar, la mención expresa a que *“la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias”*. La segunda tiene que ver con el concepto de madurez, que la Observación define como *“la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. (...) En el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración”*. Incluso a los niños más pequeños se les debe permitir esta participación.¹

¹ Observación General N°7 (2005) sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia.

Ambas menciones subrayan la obligación del Estado de ser quien determine el alcance de esta capacidad², teniendo muy presente que no se puede “partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones”, por ser esto una limitación al ejercicio de sus derechos. Lo mismo cabe decir respecto de la otra obligación establecida en el artículo 12 de tener debidamente en cuenta la opinión del niño o la niña, de acuerdo con sus capacidades. Aunque esto no significa que lo expresado por el niño o niña sea lo que más le convenga ni lo que deba determinar la decisión sobre su situación, una decisión contraria a lo expresado por el niño o la niña requiere una motivación particular y ofrecerle una explicación comprensible sobre la decisión o medida adoptada.

La Observación General N° 12 del Comité de los derechos del niño detalla que las medidas que deben adoptarse para garantizar el derecho a ser escuchado deben incluir los mecanismos necesarios para dar acceso a los niños y las niñas a la información que requieran para su preparación de cara al proceso, garantizar su audiencia y el apoyo que requiera cada caso, la evaluación de la capacidad del niño o la niña así como la comunicación al niño o niña de los resultados de la misma y disponer en la legislación de mecanismos y procedimientos de denuncia, recurso o desagravio.

Esto exige de los Estados, entre otras obligaciones (párrafo 49 de la Observación General N° 12):

- Impartir capacitación sobre el artículo 12 y su aplicación en la práctica para todos los profesionales que trabajen con niños y para los niños, como abogados, jueces, policías, trabajadores sociales, trabajadores comunitarios, psicólogos, cuidadores, oficiales de internados y prisiones, profesores de todos los niveles del sistema educativo, médicos,

2 The evolving capacities of the child. Gerison Lansdown. UNICEF Innocenti Research Centre and Save the Children, 2005.

enfermeros y otros profesionales de la salud, funcionarios y empleados públicos, funcionarios encargados de cuestiones de asilo y dirigentes tradicionales.

- Garantizar que se den las condiciones adecuadas para apoyar y estimular a los niños para que expresen sus opiniones y asegurarse de que estas opiniones se tengan debidamente en cuenta mediante normas y dispositivos que estén firmemente cimentados en las leyes y los códigos institucionales y sean evaluados periódicamente respecto de su eficacia.
- Combatir las actitudes negativas que obstaculizan la plena realización del derecho del niño a ser escuchado, mediante campañas públicas que abarquen a los líderes de opinión y los medios de difusión a fin de cambiar concepciones tradicionales muy extendidas en relación con el niño.

La Observación General N°12 concreta el alcance de las obligaciones por parte de los Estados en los diferentes procedimientos en que debe materializarse el derecho del niño o la niña a ser escuchado. Estos procedimientos incluyen: procedimientos judiciales civiles (divorcio y separación, separación de los padres y formas sustitutivas de cuidado y adopción), procedimientos judiciales penales (como infractores o como víctimas y testigos) y procedimientos administrativos (aplicación de los regímenes disciplinarios de diferentes tipos de centros, solicitudes de asilo de niños no acompañados, por ejemplo).

El Comité de los derechos del niño también resume las características que deben reunir los procesos para que los niños y las niñas sean escuchados y tenidos en cuenta al adoptar una decisión que les afecte. Estos procesos deben ser: transparentes e informativos, voluntarios para el niño o la niña, respetuosos, pertinentes, adaptados a los niños, incluyentes, apoyados en

la formación de los adultos implicados, seguros y atentos al riesgo que puede suponer para el niño o la niña y responsables, rindiendo cuentas ante el propio niño o niña.

— 3 —

ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE JUSTICIA ADAPTADA A LOS NIÑOS



3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE JUSTICIA ADAPTADA A LOS NIÑOS

El catálogo de derechos consagrados en la Convención sobre los derechos del niño responde a la voluntad de la comunidad internacional de proteger de manera expresa a los niños y las niñas como seres humanos en desarrollo que requieren de un cuidado y trato especiales y adecuados. Pero el reconocimiento de los niños y las niñas como titulares de derechos no se limita a los derechos reconocidos en esa Convención. A ese catálogo de derechos deben sumarse todos los derechos proclamados y reconocidos en todos los tratados de derechos humanos vigentes, entre ellos, en particular, el derecho de acceder a la justicia sin discriminación de ninguna clase, incluida por razón de su edad.³

Tanto Naciones Unidas como el Consejo de Europa y la Unión Europea⁴ han expresado su preocupación por el modo en que se observan los derechos de los niños y las niñas que, por cualquier razón, tengan que relacionarse con algún órgano de la Administración de Justicia. Las tres organizaciones han definido marcos de acción y han elaborado estrategias para proponer a los Estados directrices, principios, normas mínimas o directivas a partir de las cuales acometer los cambios necesarios en la legislación, instituciones y prácticas de los Estados para cumplir

3 Artículos 6, 7, 8, 10, 11 y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 2 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 6 y 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

4 En el caso de las políticas y normativa que emanan de las instituciones de la Unión Europea, la naturaleza de las obligaciones que establecen sus normas y su exigibilidad hace que más que estándares internacionales, se las deba considerar fundamentalmente parte del ordenamiento jurídico español, así como del resto de la legislación de sus Estados miembro.

con las obligaciones contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos en el ámbito de la justicia.

En el seno de Naciones Unidas se han aprobado una serie de documentos que abordan de manera expresa aspectos concretos sobre las relaciones de los niños y las niñas con la Administración de Justicia.

En 2008, la **Nota Orientativa del Secretario General sobre el enfoque de Naciones Unidas sobre justicia para los niños** proporciona un contexto desde el que entender el trabajo de la organización en este ámbito. Este documento formula los principios rectores para orientar un trabajo cuyo objetivo es *“asegurar que los niños (...) están mejor atendidos y protegidos por los sistemas de justicia, incluyendo los aspectos relacionados con la seguridad y el bienestar social. En concreto tiene por objetivo garantizar la plena aplicación de las normas y estándares internacionales para todos los niños y las niñas que entran en contacto con la justicia y los procedimientos similares como víctimas, testigos o presuntos delincuentes; o por otras razones que requieren la intervención jurisdiccional del Estado, por ejemplo, en cuanto a su cuidado, custodia o protección”*.

Los principios rectores que deben orientar la consecución de estos objetivos son:

1. Asegurar que el interés superior del menor es la principal consideración.
2. Garantizar un trato justo y equitativo para todos los niños y las niñas, libre de cualquier forma de discriminación.
3. Promover el derechos del niño o la niña de expresar sus puntos de vista libremente y a ser escuchado.

4. Proteger a todo niño o niña del abuso, la explotación o la violencia.
5. Tratar a todos los niños y las niñas con dignidad y compasión.
6. Respetar las garantías legales y salvaguardas a lo largo de todo el proceso.
7. Prevenir el conflicto con la ley y considerarlo un elemento crucial de cualquier política de justicia juvenil.
8. Usar la privación de libertad de niños o niñas sólo como último recurso y por el menor tiempo necesario.
9. Incorporar los derechos de los niños y las niñas en todos los esfuerzos que se lleven a cabo para reforzar el Estado de Derecho.

A pesar de no abordar expresamente la posición de los niños y las niñas ante la Administración de Justicia, es fundamental tener en cuenta también la resolución que la Asamblea General aprobó en febrero de 2010 con las **Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de niños**⁵ que orientan la intervención de las autoridades públicas ante situaciones de dificultad o imposibilidad de las familias de hacerse cargo del cuidado de los niños y las niñas. Estas Directrices prescriben una serie de consideraciones sobre el interés superior del menor que deberían ser observadas por los tribunales que eventualmente deban intervenir ante estas situaciones según la ley nacional.

5 Resolución de la Asamblea General (A/RES/64/142) de 24 de febrero de 2010. Ver también Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y a la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1986.

Por su parte, el Consejo de Europa viene trabajando de manera sistemática en la promoción y refuerzo en instituciones, leyes y políticas de sus Estados miembro de este enfoque de derechos de los niños y las niñas. Como hitos fundamentales en esta trayectoria cabe destacar la aprobación en enero de 1996 de la **Convención europea sobre el ejercicio de los derechos de los niños** (Convención aún no ratificada por España); la adopción de las estrategias sobre derechos de infancia (2009-2011 y 2012-2015), donde se señala como objetivo fundamental la adaptación de los sistemas judiciales de los Estados a los derechos y capacidades de los niños y las niñas; y sobre todo, la aprobación en noviembre de 2010 de las **Directrices sobre justicia adaptada a los niños y las niñas**, un documento clave que se analiza a continuación y del que se incluye en anexo una traducción (no oficial) al español.

DIRECTRICES DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE JUSTICIA ADAPTADA A LOS NIÑOS

Estas Directrices aprobadas por el Comité de ministros del Consejo de Europa el 17 de noviembre de 2010 son el documento internacional que sistematiza de una manera integral los estándares aplicables a cualquier relación que un niño o una niña establezca con un órgano de la Administración de Justicia o en un proceso ante una Administración similar.

Este documento no puede entenderse sin hacer mención al trabajo previo desarrollado desde comienzos de los años 90 por parte del Consejo de Europa y que tuvo un primer hito en la aprobación, el 25 de enero de 1996, de la Convención Europea sobre el ejercicio de los derechos del niño y cuyo desarrollo debe enmarcarse en el contexto más general de la estrategia del Consejo de Europa “Construir una Europa para y con los niños” entre cuyos objetivos está el lograr que los derechos de los niños

y las niñas sean plenamente respetados, eficazmente garantizados y auténticamente promovidos en todos los Estados miembro, particularmente en el ámbito de la Administración de Justicia.

Las Directrices ahondan en las obligaciones contraídas por los Estados con el reconocimiento de la titularidad de derechos a los niños y las niñas. Abordan su posición y su papel en procedimientos judiciales o procedimientos administrativos similares, así como el modo de integrar en ellos el punto de vista, derechos y necesidades del niño o la niña implicado. Deberán aplicarse a cualquier tipo de contacto que un niño o una niña pueda tener con cualquier órgano judicial o cualquier otro órgano con autoridad para tomar decisiones que afecten a su vida. El propósito de las Directrices es asegurar que en cualquiera de estos procedimientos todos los derechos de los niños y las niñas, en particular sus derechos a la información, a la representación, a la participación y a la protección, son plenamente respetados, otorgando la debida consideración al grado de madurez y comprensión del niño o la niña afectado y a todas las demás circunstancias del caso.

Consagran como principios fundamentales el de la participación del niño o la niña en el procedimiento y el del interés superior del menor:

“Debe respetarse el derecho del niño o la niña a estar informado sobre sus derechos, disponer de mecanismos adecuados para acceder a la justicia y ser consultado y escuchado en los procedimientos en que estén involucrados o que les afecten. Esto incluye, en particular, otorgar el peso adecuado en el procedimiento al punto de vista del niño o la niña interpretándolo conforme a su nivel de madurez y teniendo en cuenta cualquier tipo de dificultades de comunicación que puedan surgir para hacer que la participación del niño o la niña sea lo más significativa posible”.

Los elementos generales que deben confluir en cualquier procedimiento para ser plenamente respetuoso con los derechos de los niños incluyen según las Directrices:

- La información y asesoramiento al niño o la niña afectado.
- La protección de su intimidad y su vida familiar.
- Garantizar su seguridad, incluso mediante la adopción de medidas preventivas especiales.
- La adecuada y especializada formación interdisciplinar sobre derechos y necesidades de los niños y las niñas.
- En el caso de que se aprueben medidas privativas de libertad en el caso de un menor infractor, deben ser una última medida y durante el menor tiempo posible.

Además, durante los procedimientos se deberá observar que los niños y las niñas:

- Tengan acceso efectivo a los tribunales para poner en marcha, en caso de ser necesario, un proceso judicial.
- Gocen del asesoramiento jurídico y representación legal que mejor convenga a sus intereses.
- El procedimiento no se vea sometido a dilaciones indebidas.
- La organización del procedimiento y el entorno donde deba producirse su participación sean agradables y se emplee un lenguaje adaptado a su nivel de comprensión.
- Se tenga un especial cuidado al efectuar las pruebas que involucren a los niños y las niñas, en especial las declaraciones que les sean tomadas, evitando reiteraciones innecesarias y su revictimización.

Un elemento esencial de todos los procesos judiciales en los que hay implicados niños y niñas es el papel central que ocupan en ellos profesionales de diferentes ámbitos encargados de manera expresa del acompañamiento y la evaluación de las capacidades de los niños y las niñas. Las Directrices establecen la necesidad de formación específica, especializada e interdisciplinaria de todos los profesionales que intervengan en estos procesos, y que abarca no sólo a los profesionales del ámbito de la psicología forense, sino también a los médicos forenses, policías, agentes de inmigración, trabajadores y mediadores sociales y, por supuesto, a abogados, fiscales y jueces. Este enfoque multidisciplinario debe plantearse de manera plenamente garantista con el respeto al derecho a la intimidad del niño o la niña implicado. También las Directrices exigen una supervisión y rendición de cuentas efectiva de todos los profesionales que intervienen.

DIRECTRICES DE NACIONES UNIDAS SOBRE NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS Y TESTIGOS

En 2005, el Consejo económico y social de Naciones Unidas aprobó las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos⁶, mediante las que se ofrece a los Estados la orientación para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en un ámbito en el que confluyen delicados y fundamentales derechos e intereses: la cualificada y debida protección a las víctimas de delitos menores de edad, y los derechos del acusado de la comisión del delito.

Para prevenir la victimización de manera totalmente compatible con los derechos y garantías de los acusados en los procesos penales, las Directrices de 2005 ponen el acento en la

⁶ Ver también Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985.

responsabilidad y el alcance de las obligaciones respecto al trato que los profesionales que intervienen en estos procesos, así como los responsables del bienestar de los niños y las niñas, deben brindarles. Estos profesionales deben contar con una capacitación, educación e información adecuadas a fin de mejorar y mantener métodos, actitudes y enfoques especializados con objeto de proteger a los niños y las niñas víctimas y testigos de delitos y tratarlos con efectividad y sensibilidad.

Las Directrices reconocen y desarrollan los siguientes derechos al niño o la niña víctima o testigo de un delito:

- Derecho a un trato digno y comprensivo. Se debe atender a su situación personal y sus necesidades inmediatas con la mínima injerencia posible en la vida del niño o la niña. Los profesionales que intervengan deben estar plenamente capacitados y actuar con tacto, respeto y rigor; y debe asegurarse un ambiente adecuado a las necesidades y aptitudes del niño o la niña.
- Derecho a la protección contra la discriminación. Lo que supone que en algunos casos deberán instituirse servicios y protección especiales dadas las características del delito que hayan sufrido o presenciado (especialmente los de naturaleza sexual). Por otro lado, la protección frente a la discriminación supone que la edad del niño o la niña no debe ser un obstáculo para que ejerza su derecho a participar plenamente en el proceso de justicia.
- Derecho a ser informado. Desde el primer momento y a lo largo de todo el proceso los niños o las niñas víctimas o testigos, sus padres o tutores y sus representantes legales deberán ser informados debidamente y con prontitud de:
 - La disponibilidad de servicios médicos, psicológicos, sociales y otros que puedan ser de interés, así como

los medios de acceder a ellos; asesoramiento y representación legal o de otro tipo, reparación o apoyo financiero.

- Procedimiento que se va a aplicar al caso, su papel en el mismo, la importancia, momento y manera en que deberá prestar su testimonio y la forma, fecha y lugar en que se realizará durante las fases de investigación y de enjuiciamiento.
 - La existencia de mecanismos de apoyo a las víctimas, disponibilidad de medidas de protección y procedimientos de apelación de las decisiones.
 - La evolución y sustanciación de la causa que les afecte, incluidos datos sobre la captura y detención del acusado, su privación o no de libertad y cualquier dato de interés relacionado durante o después del juicio y resolución de la causa.
- Derecho a ser oído y expresar opiniones y preocupaciones. En particular, sobre cómo prefieren que se lleve a cabo el procedimiento, sus inquietudes acerca de su seguridad en relación con el acusado, sus sentimientos acerca de la conclusión del proceso. La debida consideración de estas opiniones y preocupaciones supone que si no es posible atenderlas, debe explicarse la razón al niño o la niña.
 - Derecho a una asistencia eficaz. Esta debe abarcar todas las etapas del proceso desde su inicio y de forma ininterrumpida, promoviendo paralelamente un esfuerzo de coordinación que limite al máximo el número de intervenciones con los niños o las niñas afectados.
 - Derecho a la intimidad. Debe protegerse toda la información relativa a la participación del niño o la niña en el proceso como asunto de suma importancia. Para ello debe ser posible la exclusión de público y de medios

de información de la sala de audiencia mientras el niño o la niña presta testimonio, mantener la confidencialidad de las actuaciones judiciales que les afecten y restringir la divulgación de información.

- Derecho a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia. Los profesionales deben prestar apoyo y proporcionar certidumbre a los niños y las niñas sobre el proceso, garantizar la mayor celeridad, la idoneidad de los procedimientos para recabar la información necesaria del niño o la niña, en particular de los interrogatorios, que deben ser plenamente respetuosos con el derecho a la defensa del acusado.
- Derecho a la seguridad. Los sistemas judiciales nacionales deben disponer de medidas apropiadas para prevenir situaciones de riesgo para un niño o una niña víctima o testigo de un delito. Los profesionales deben estar capacitados para reconocer y prevenir la intimidación, las amenazas o posibles daños y adoptar las medidas necesarias para que no se produzcan.
- Derecho a la reparación para conseguir su plena indemnización, reinserción y recuperación.
- Derecho a medidas preventivas especiales. Añadidas a las medidas preventivas y aplicables a todos los niños y las niñas para los casos en que se trate de víctimas particularmente vulnerables a reiterados actos de victimización o ultraje (entre este tipo de medidas especiales cabría incluir las medidas a adoptar en los casos en que son los propios padres o tutores los responsables de la victimización del niño o la niña).

NORMAS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE NIÑOS Y NIÑAS EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

Antes de la aprobación de la Convención sobre los derechos del niño, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó en 1985 las **Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores**⁷ (Reglas de Beijing). Reconocen expresamente a los niños y las niñas en conflicto con la ley penal los derechos fundamentales reconocidos internacionalmente en los instrumentos de derechos humanos sobre juicios imparciales y justos.

Las Reglas de Beijing fijan los dos principios esenciales que deben regir las políticas de justicia juvenil en los Estados. Por un lado, se sitúa el núcleo fundamental de las mismas en el ámbito de la prevención. Por otro, en materia de imposición de penas, se establece el principio general de que la privación de libertad debe ser siempre el último recurso y extenderse durante el menor tiempo necesario. Ambos principios se desarrollaron en profundidad en dos documentos posteriores, las **Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil**⁸ (Directrices de Riad) y las **Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad**.⁹

El Comité de Derechos del Niño publicó la **Observación General N° 10** (2007) sobre los derechos del niño en la justicia de menores, donde sistematiza los estándares fijados en los documentos ya señalados y los vincula a los principios vertebradores de la Convención señalando expresamente las

7 Reglas mínimas de Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. Resolución de la Asamblea General 40/33 de 28 de noviembre de 1985.

8 Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil. Resolución de la Asamblea General 42/112 de 14 de diciembre de 1990.

9 Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Resolución de la Asamblea General 45/113 de 14 de diciembre de 1990.

obligaciones de los Estados al abordar las políticas sobre justicia juvenil:

- La obligación de los Estados de garantizar la no discriminación de los niños y que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un niño o una niña; asimismo deben prestar los servicios necesarios para la reintegración del niño o la niña que haya delinquido para que de ningún modo pueda ser objeto de discriminación por ello.
- La protección del interés superior del menor implica que el objetivo central de la justicia penal de menores debe ser la rehabilitación y la justicia restitutiva, objetivo totalmente compatible con una efectiva seguridad pública. Para ello, los sistemas de justicia juvenil deberán disponer de una amplia variedad de alternativas para la imposición de sanciones por la infracción de la ley penal.
- La pena de muerte y la cadena perpetua sin posibilidad de excarcelación están prohibidas (art. 37 de la Convención). Asimismo la privación de libertad (como ya estipularon las Reglas de Beijing) se utilizará sólo como último recurso y por el mínimo tiempo necesario.
- El derecho a ser escuchado y a que la opinión del niño o la niña afectado en estos procedimientos sea tenida en cuenta en cada etapa del proceso, además de ser un derecho básico de toda persona inmersa en un juicio penal, el Comité constata que es una poderosa herramienta de mejora y reforma de los sistemas de justicia juvenil para la plena garantía de los derechos reconocidos en la Convención.

El Comité de los derechos del niño subraya en la Observación General N°10 los aspectos que deben contemplar las políticas de justicia juvenil para cumplir plenamente con las obligaciones internacionales de los Estados. Estas políticas deben abordarse fundamentalmente desde el ámbito de la prevención, lo que, conforme a lo establecido en las Directrices de Riad, debe basarse en un esfuerzo conjunto de familias, sociedad, medios de comunicación y autoridades públicas, cuya actuación debe extenderse a los ámbitos educativo y social, promoviendo actividades de coordinación interinstitucional, adoptando las leyes necesarias para fomentar y proteger los derechos de los niños y las niñas en situaciones de mayor riesgo y fomentando investigaciones y un mayor conocimiento sobre las causas de esta delincuencia y las mejores respuestas que se le pueden dar.

El establecimiento de una edad mínima de responsabilidad penal es una previsión expresa de la Convención sobre los derechos del niño. Se considera que antes de que los niños y las niñas alcancen esta edad no pueden considerarse responsables en un proceso penal, por lo que no podrán ser formalmente acusados.

Se deben prever intervenciones de las autoridades públicas que no necesariamente supongan el recurso a procedimientos judiciales y, cuando estas alternativas no sean posibles, el proceso debe contar con todas las garantías procesales básicas a un proceso imparcial. Todas estas garantías¹⁰ se recogen en el artículo 40 de la Convención sobre los derechos del niño:

- Irretroactividad de las normas penales.
- Presunción de inocencia.
- Derecho a ser escuchado, directamente o por medio de un representante o un órgano apropiado.

¹⁰ Estas garantías son las igualmente consagradas en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que se desarrollan en la Observación General N°13 (1984) de la Comisión de Derechos Humanos sobre Administración de Justicia.

- Derecho a la participación efectiva en los procedimientos para lo que debe garantizarse que comprende las acusaciones y las posibles consecuencias y penas.
- Información sin demora y directa de los cargos.
- Asistencia jurídica u otra asistencia apropiada.
- Decisiones adoptadas sin demora y con la participación de los padres.
- Presencia de testigos y posibilidad de confrontarlos y examinarlos.
- Derecho de apelar a una instancia superior.
- Asistencia gratuita de un intérprete en los casos en que sea necesario.
- Pleno respeto de la vida privada e intimidad del niño o la niña implicado a lo largo del procedimiento.

Si como resultado de un procedimiento que se haya llevado a cabo con la observación de todas estas garantías se resuelve la imposición de una pena a un niño o una niña, esta pena deberá ser proporcionada, no sólo a las circunstancias y gravedad del delito, sino también a la edad, la menor culpabilidad del niño o la niña (en tanto que se trata de un ser humano en desarrollo cuyas capacidades sociales y cognitivas están en evolución) y a las circunstancias y necesidades del niño o la niña en cuestión.

Cuando se deba imponer la privación de libertad a un niño o una niña, la Convención sobre los derechos del niño, en su artículo 37, así como las Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad establecen los principios fundamentales que se deben observar en estas situaciones:

- Obligatoriedad de la separación entre niños y niñas respecto de adultos.
- Derecho de mantener contacto con sus familias por medio de correspondencia y visitas, por lo que para facilitarlas el niño o la niña deberá ser internado en un centro situado lo más cerca posible del lugar de residencia de su familia.
- Las instalaciones, personal y normas de convivencia del centro deben responder a su finalidad rehabilitadora y educativa.
- Debe garantizarse el respeto, la protección y el fomento de los derechos de cualquier niño o niña ingresado a la educación, asistencia sanitaria y libertad religiosa.
- Desde el momento en que se produce el ingreso del niño o la niña en el centro se le debe facilitar el conocimiento del reglamento disciplinario y las normas de convivencia. Toda medida disciplinaria debe ser compatible con el respeto a la dignidad del niño o la niña a quien se aplique la medida. Sólo en situaciones muy excepcionales y previstas en las normas podrá recurrirse a la coerción física mediante el uso de la fuerza. Los procedimientos disciplinarios deben servir de la misma manera al mantenimiento de la seguridad y la vida comunitaria en el centro que a la educación del niño o la niña a quien se le aplique.
- El personal de los centros deberá tener una formación adecuada para el desarrollo de su labor en las áreas de intervención que les corresponda con los niños y las niñas del centro, que debe contar con un número suficiente de profesionales. Todas las actuaciones del personal de los centros deben estar orientadas al respeto, promoción y protección de los derechos de los niños y las niñas a su cargo.

- Deben realizarse evaluaciones periódicas e inspecciones por parte de organismos competentes para evaluar las condiciones y funcionamiento de los centros donde se pueda recabar la opinión de los niños y las niñas internos expresada libremente.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE NIÑOS Y NIÑAS EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

Los menores extranjeros no acompañados son niños y niñas no acompañados por adultos responsables de su cuidado, que se encuentran en países diferentes al de su nacionalidad y cuya protección recae en el Estado en que se encuentran. En el año 2005, el Comité de los derechos del niño abordó su situación en la **Observación General N°6**.

De acuerdo con el principio de no discriminación, siempre debería primar su condición de menor de edad por encima de la de extranjero, lo que supone que cualquier intervención de los Estados debería estar orientada a la búsqueda de una solución duradera de acuerdo con su interés superior. Además, la Observación General N°6 reclama una mayor cautela con los menores no acompañados en necesidad de protección internacional por su especial vulnerabilidad de acuerdo con la Convención de Ginebra reguladora del derecho de asilo.¹¹

La Observación General N°6 repasa las obligaciones comprometidas por los Estados con la firma de la Convención sobre los derechos del niño articulando la respuesta que deben ofrecer a los niños y las niñas extranjeros no acompañados que se encuentren en su territorio: la atención inmediata y la búsqueda de una solución duradera.

11 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 28 de julio de 1951.

Esta respuesta debe partir de una evaluación inicial de la situación concreta del niño o la niña que oriente las medidas de protección necesarias de acuerdo con su interés superior y que incluya:

- La identificación del niño o la niña, incluida la determinación de su edad. Las intervenciones necesarias para ello deben atender a criterios científicos, imparciales y seguros. Además, debe tenerse en cuenta el género y asegurar que no se vulnera o daña su integridad física y su salud. En caso de incertidumbre, se les debe otorgar el beneficio de la duda de manera que, ante la hipótesis de encontrarse ante un menor de edad, debe ser tratado como tal. Esta identificación debe llevarse a cabo por parte de personal cualificado en un idioma que pueda entender el niño o la niña.
- La consignación de las razones por las que se encuentra separado o separada de su familia o no acompañado, una evaluación de los aspectos particulares de vulnerabilidad y necesidades derivadas de su salud física y mental, así como de las necesidades específicas de protección y toda la información de que se disponga para determinar la posible existencia de necesidades de protección internacional.
- La documentación del niño o la niña tan pronto como sea posible y la localización de los miembros de su familia, siempre que esto no le exponga a ningún riesgo.

Los Estados deben prever en su regulación los mecanismos que posibiliten el nombramiento de un tutor, asesor y representante legal que cuiden, acompañen y asesoren al niño o la niña durante su estancia en el territorio.

Corresponde también a las autoridades del Estado la obligación de garantizar la inmediata, adecuada y comprensible información al menor de edad sobre su situación y las disposiciones adoptadas

para su atención teniendo siempre en cuenta las opiniones que manifieste al respecto.

El objetivo fundamental de todas las intervenciones con estos niños y niñas debe ser encontrar una solución duradera que resuelva todas sus necesidades de protección teniendo en cuenta sus opiniones. La propia Observación General N°6 reconoce que la búsqueda de esta solución debe comenzar por un análisis de las posibilidades de reunificación familiar, de modo que la localización de la familia debe gozar de prioridad, salvo cuando esta localización vaya en contra del interés superior del menor de edad afectado o ponga en peligro los derechos fundamentales de las personas a las que se trata de localizar o del propio niño.

Las soluciones a la situación de estos niños y niñas contempladas en la Observación General N°6 son: la reunificación familiar en el país de origen, en el país en que se encuentre el niño o la niña o en un tercer país; el retorno al país de origen una vez descartado que se trate de un niño o una niña en necesidad de protección internacional; la integración en el país de acogida; la adopción internacional respetando plenamente las condiciones estipuladas tanto en la Convención sobre los derechos del niño como en el Convenio de La Haya de 1993¹² relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional; y finalmente, el reasentamiento en un tercer país.

La Observación General N°6 presta una atención especial a la situación de los niños y las niñas en necesidad de protección internacional, remitiendo a las obligaciones comprometidas por los Estados con la firma de la **Convención sobre el estatuto de los refugiados** de 1951. Sin embargo, también deben tenerse en cuenta las **Directrices y recomendaciones del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados** (ACNUR), que son orientaciones concretas para

12 Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993.

los Estados sobre la respuesta que deben dar a personas con necesidades de protección internacional. Entre estas directrices cabe subrayar muy especialmente las **Directrices para la determinación del interés superior del niño** de 2008 y las **Directrices sobre solicitudes de asilo de niños** de 2009.

Con carácter general, las obligaciones del Estado respecto a los niños y las niñas extranjeros en necesidad de protección internacional son:

- Informar a los menores de su derecho a solicitar protección internacional, del procedimiento y de sus derechos y obligaciones durante el transcurso del mismo de forma adaptada a su edad.
- Garantizar el acceso a estos procedimientos con independencia de la edad.
- Establecer un proceso que prevea una serie de garantías mínimas y medidas de apoyo para él o la solicitante (asistencia letrada, intérprete, entrevistas realizadas por personal especializado en materia de asilo y menores, tratamiento prioritario a las solicitudes de asilo presentadas por menores de edad).
- Evaluar de manera individualizada las necesidades de protección del niño o la niña teniendo especialmente en cuenta las formas de persecución dirigidas específicamente contra ellos.
- Garantizar el pleno disfrute de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas que ostentan la condición de refugiados.
- Disponer de formas complementarias de protección en favor de los niños y las niñas que, no cumpliendo con los requisitos para la obtención del estatuto de refugiado o refugiada, presenten unas necesidades especiales de protección.

- Velar por el interés superior del niño o la niña durante todo el procedimiento.

Por último, para brindar a estos niños y niñas la atención que requieren, los Estados deberán tener en cuenta al adoptar las medidas necesarias que no se les debe privar de libertad sino en cumplimiento de una sanción penal; que conforme al principio de unidad familiar se debe mantener juntos a los hermanos; que, salvo que sea contrario a su interés superior, se puede permitir su estancia, en su caso, con el adulto con el que haya llegado al territorio aunque no sea legalmente responsable de su cuidado.

—4—

LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS ANTE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN ESPAÑA



4. LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS ANTE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN ESPAÑA

La vigencia en España de los compromisos internacionales suscritos en materia de derechos humanos está consagrada en los artículos 10.2 y 96 de la Constitución Española de 1978. El acceso a la justicia o derecho a la tutela judicial efectiva está reconocido como un derecho fundamental en el artículo 24, que, puesto en relación con el derecho a la igualdad que establece el artículo 14, no admite ningún tipo de discriminación en el acceso a la Administración de Justicia derivada de una circunstancia personal como puede ser la edad. El artículo 53 al establecer los mecanismos de garantía de los derechos y las libertades fundamentales hace una referencia explícita al papel de los tribunales de justicia en este sentido.

Algunos elementos fundamentales del sistema judicial español son:

- Las normas básicas para la organización del sistema judicial español se encuentran en la Ley orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial.
- El órgano de gobierno de los jueces y magistrados en el desarrollo de sus funciones jurisdiccionales es el Consejo General del Poder Judicial. Se encarga, entre otras cuestiones, de regular la formación de los jueces y del control disciplinario de su actividad.
- Los aspectos no jurisdiccionales del funcionamiento de la Administración de Justicia (en particular la formación y selección del personal, y la asignación de recursos materiales para su funcionamiento) corresponden al Ministerio de Justicia y las

Comunidades Autónomas con competencia en esta materia (Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Cataluña, Galicia, La Rioja, Madrid, Navarra, País Vasco y Valencia).

El ordenamiento jurídico español dispone de dos herramientas fundamentales para garantizar los derechos de los niños y las niñas ante la Administración de Justicia: una **Ley orgánica de protección jurídica del menor** y el **Ministerio Fiscal** para la plena garantía de la observación de los derechos de los niños y las niñas ante la Administración de Justicia.

La Ley orgánica de protección jurídica del menor

En 1996, la aprobación de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor traspone al derecho español los principios de la Convención sobre los derechos del niño. En el preámbulo de la norma se consagra la voluntad del legislador español de reconocer la titularidad de los derechos que ostentan los niños y las niñas que se encuentren en territorio español para a continuación detallar el catálogo de derechos expresamente reconocidos y su definición, previendo una serie de medidas y principios rectores de la acción administrativa para facilitar el ejercicio de los mismos.

El Título Primero de la Ley establece su aplicación a todos los niños y las niñas que se encuentren en territorio español, asienta el principio del interés superior del menor como principio general en la aplicación de la ley y remite de manera expresa a los instrumentos internacionales y, en particular, la Convención sobre los derechos del niño, para su interpretación. Los derechos que expresamente desarrolla la Ley reconociendo la titularidad de los mismos a todos los niños y las niñas en territorio español, incluyen el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (art. 4), a la información (art. 5), a la libertad ideológica (art. 6),

a la participación, asociación y reunión (art. 7), a la libertad de expresión (art. 8) y a ser oído (art. 9).

Entre las medidas para facilitar el ejercicio de los derechos (art. 10), emerge el derecho adicional a *“recibir de las Administraciones públicas la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos”*, lo que supone que el niño o la niña afectado puede:

- Solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente.
- Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas.
- Plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo.
- Solicitar los recursos sociales disponibles de las Administraciones públicas.

En el artículo 11 se identifican como los principios rectores de la actuación de los poderes públicos:

- La supremacía del interés del menor.
- El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés.
- Su integración familiar y social.
- La prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.
- Sensibilizar a la población ante situaciones de indefensión del menor.
- Promover la participación y la solidaridad social.
- La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas.

Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal *“tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”*.¹³ Para el cumplimiento de estas misiones, el artículo 3 del Estatuto Orgánico le atribuye una serie de funciones:

- Intervenir en el proceso penal instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas.
- Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.
- Velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas.
- Ejercer en materia de responsabilidad penal de menores las funciones que le encomiende la legislación específica, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor.

¹³ Artículo 1 de la Ley 50/1981 de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Existen determinadas áreas de especialización de la actividad del Ministerio Fiscal. Los fiscales especialistas más vinculados a los procesos donde participan niños y niñas son los fiscales de menores (competentes en los casos de menores de edad infractores y sobre los que se adopta una medida de protección) y de extranjería (competente en los procesos que afectan a la situación de los menores de edad extranjeros no acompañados).

Conviene recordar, como señalan varios de los fiscales consultados para la elaboración de este informe, que la defensa del interés superior del menor no compete exclusivamente a los fiscales al ser un principio que, como se ha señalado, vincula la actuación de todos los poderes y administraciones públicas, así como, en términos más generales, a la sociedad en su conjunto. El papel de la fiscalía, en cuanto garante de la legalidad vigente y el interés público, es verificar que se observa este principio y orientar el proceso de toma de decisión respecto de la situación de los niños y las niñas ante los tribunales.

LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS EN PROCESOS DE LA JURISDICCIÓN CIVIL

La Constitución española de 1978 reconoce a la familia como el núcleo social básico y más adecuado para el desarrollo de los niños y las niñas. Es en el Código Civil donde se regulan las instituciones jurídicas que articulan las relaciones familiares. La patria potestad es la figura que define la relación de los dos progenitores con sus hijos menores de 18 años no emancipados. Su ejercicio otorga¹⁴, la representación legal de los hijos e hijas por parte de los progenitores.

De manera que, con carácter general, van a ser los padres y madres quienes representen a sus hijos e hijas en la gran mayoría

¹⁴ La representación legal es uno de los derechos y obligaciones para progenitores, hijos e hijas que se regulan en los artículos 154 a 163 del Código Civil.

de los actos jurídicos de carácter privado, ante la Administración y los tribunales que deban realizar los menores de 18 años.

Pero hay ocasiones en que no cabe aplicar las previsiones de esta norma general. Las situaciones que de una manera más habitual van a suponer que un niño o una niña entren en contacto con el sistema judicial son: la crisis matrimonial o cese de la convivencia de sus progenitores y, por otro lado, la ausencia, imposibilidad o falta de voluntad de desempeñar correctamente las funciones y obligaciones parentales.

Los niños y las niñas ante las situaciones de crisis matrimonial o cese de la convivencia de sus progenitores

La mayoría de los procesos judiciales que van a resolver de manera directa sobre la situación de niños y niñas son los relativos a la nulidad, separación o divorcio del matrimonio de sus progenitores. En estos casos, si bien ambos van a seguir siendo titulares de la patria potestad, el cese de la convivencia plantea la necesidad de adoptar una serie de decisiones por parte de una autoridad judicial que, conforme a lo que establecen los artículos 90 a 106 del Código Civil, deben incluir la atribución de la guarda y custodia para uno de los progenitores y el establecimiento del régimen de visitas para los hijos e hijas en común de la pareja del otro progenitor.

Una posibilidad contemplada en el artículo 92.5 del Código Civil es el otorgamiento de un régimen de custodia compartida para ambos progenitores de común acuerdo si así lo solicitan. En este caso el juez debe fundamentar su resolución y adoptar las disposiciones y cautelas necesarias para el cumplimiento eficaz de este régimen. Excepcionalmente, según establece el artículo 92.8 del Código Civil, aún sin acuerdo entre los progenitores cabe adoptar este régimen a instancia de uno de ellos con informe

favorable del Ministerio Fiscal (que debe basarse en el hecho de que sea este régimen el que mejor favorece la realización del interés superior del niño o la niña). El 17 de octubre de 2012, el Tribunal Constitucional declaraba inconstitucional este requisito (el informe favorable del Ministerio Fiscal) para el otorgamiento de este régimen de custodia a instancia de uno solo de los progenitores.

En los últimos años se ha producido la aprobación en diferentes Comunidades Autónomas¹⁵ de leyes de carácter civil que concretan y desarrollan los requisitos para facilitar y favorecer la concesión de regímenes de custodia compartida.¹⁶

La actividad de la Administración en el ámbito de protección de niños y niñas en situaciones de riesgo o desamparo

La Ley orgánica de protección jurídica del menor establece una serie de previsiones básicas que deben regir el funcionamiento básico del sistema de protección de menores en España. Prescribe en sus artículos 17 y 18 en términos muy generales una serie de actuaciones que debe llevar a cabo la Administración ante la situación de riesgo o desamparo respectivamente en que puede encontrarse un niño o una niña debido a diversas causas.

15 Ley 2/2010 de 26 de mayo de las Cortes Aragonesas de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres; Ley 25/2010 de 29 de julio del libro II del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia; Ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalitat Valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos padres no conviven.

16 En el caso de la ley vigente desde el 1 de enero de 2011 en Cataluña, se establece la necesidad de elaborar un "plan de parentalidad" que debe concretar cómo los progenitores proponen el ejercicio de la responsabilidad parental compartida y los compromisos que asumen en relación a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos. Este plan debe ser confirmado o modificado en caso de que sea necesario por parte de la autoridad judicial a la hora de resolver sobre el régimen de custodia a adoptar en cada caso.

La situación de riesgo “de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor” debe dar lugar a una serie de intervenciones (normalmente por parte de los servicios sociales municipales) cuyo objetivo fundamental debe ser preservar al niño o niña en su ámbito familiar:

La situación de desamparo de un niño o una niña, una vez constatada, supone la asunción de su tutela por parte de la entidad pública de protección de menores competente en los términos que se establecen en los artículos 172 a 174 del Código Civil. La Administración autonómica que ejerza la tutela de estos menores de 18 años tiene que adoptar una decisión sobre el modo de llevar a cabo su cuidado, que podrá realizarse mediante un acogimiento familiar, residencial o preadoptivo (ya que, según los casos, la medida de protección a tomar puede suponer el inicio de los trámites para la adopción del niño o la niña).

Dada la generalidad de estos términos, las situaciones de riesgo y desamparo han sido desarrolladas de diferente manera en las regulaciones autonómicas sobre protección de la infancia, al ser las Comunidades Autónomas las Administraciones competentes en materia de protección de menores.¹⁷ Esto da lugar a una gran diversidad normativa para abordar las situaciones de desprotección en función de la comunidad autónoma en que se produzcan. Esta diversidad no sólo se manifiesta en una muy desigual concreción de lo que supone que un niño o una niña se encuentre en una situación de riesgo o desamparo o la actuación que deben llevar a cabo las administraciones cuando se producen. También supone una diferente regulación de los procesos para la declaración de las situaciones de riesgo, desamparo y decretar las medidas de protección que requiera la situación del niño o la niña.¹⁸

17 Competencia que les atribuye la Constitución Española en el artículo 148.1.20º.

18 Para profundizar ver La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español, Julieta Moreno-Torres Sánchez, Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009.

La superior vigilancia de todas las medidas de protección que se adopten por parte de la Administración corresponde, según el artículo 174 del Código Civil, al Ministerio Fiscal, a quien la entidad pública de protección de menores debe remitir toda la información relevante y resoluciones administrativas adoptadas en este sentido. El fiscal deberá comprobar semestralmente, al menos, la situación de estos niños y niñas y promover ante el juez las medidas de protección que estime necesarias.

A pesar de tratarse de procesos y actuaciones administrativas, cuando en estos casos se produce la intervención de una autoridad judicial, es la jurisdicción civil la encargada de adoptar las decisiones correspondientes. Según establece el Código Civil, esta intervención deberá producirse, en todo caso, para autorizar el acogimiento preadoptivo del niño o la niña a propuesta de la entidad pública de protección y con conocimiento del Ministerio Fiscal tal y como establece el artículo 173bis del Código Civil. La propia adopción de un niño o niña debe constituirse por resolución judicial (artículo 176 del Código Civil).

Además de estas intervenciones previstas en el Código Civil, la autoridad judicial puede intervenir para resolver cualquier demanda de oposición a las resoluciones administrativas adoptadas en materia de protección de menores que planteen los progenitores del niño o la niña sobre el que se haya adoptado una medida de protección.

Y finalmente, aunque no se prevé de manera expresa en el ordenamiento jurídico, en la **Circular de la Fiscalía General del Estado 8/2011** de 16 de noviembre sobre criterios para la unidad de acción especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, se establece que el fiscal recabe autorización judicial para el ingreso de los niños y las niñas en un centro terapéutico del sistema de protección (dada la restricción de sus derechos que el carácter de estos centros y su régimen disciplinario pueden conllevar).

Regulación de estos procesos en la Ley de enjuiciamiento civil

Tanto los procesos de separación, divorcio y nulidad matrimonial, como los de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores se regulan como procesos civiles especiales dentro de la Ley de enjuiciamiento civil (procesos regulados en los artículos 748 a 781). La especialidad de estos procedimientos radica, precisamente, en la participación en ellos de niños y niñas, buscando garantizar una atención especializada y una eficaz protección de sus derechos.

Esta especialización se lleva a cabo no sólo estableciendo normas y principios procesales significativamente diferentes a los procesos ordinarios del ámbito civil, también mediante una especialización de los actores que intervienen en el proceso. En la Ley orgánica del poder judicial se prevé la especialización dentro de los juzgados de la jurisdicción civil de los juzgados de familia, tribunales encargados de conocer de estos casos en los principales partidos judiciales, no en todos. Estos juzgados no constituyen una jurisdicción aparte, sino una especialización dentro del ámbito civil. En los partidos judiciales donde no existe esta especialización es el juez civil ordinario quien deberá conocer de estos procesos especiales.

Como característica fundamental de estos juzgados de familia se prevé la adscripción para su asesoramiento de un equipo técnico especializado (formado por un psicólogo y un trabajador social) encargado de la evaluación de los contextos sobre los que la autoridad judicial debe emitir una resolución.

Al contrario de lo que sucede en cualquier otro procedimiento de esta jurisdicción, las partes no pueden disponer libremente de sus pretensiones en el proceso, ni gozan de la posibilidad de alcanzar acuerdos extrajudiciales que, en cualquier caso, deben ser validados por la autoridad judicial.

También se reconoce al juez un muy amplio margen de discrecionalidad que, a diferencia de lo que sucede en otro tipo de procesos civiles, le permite la propuesta y práctica de pruebas, así como la adopción de medidas que no hayan sido solicitadas por ninguna de las partes.

La ley también prevé la tramitación preferente de estos procesos y la exclusión de la publicidad por la implicación en los mismos de menores de edad.

Otra característica esencial de estos procesos es la obligatoria participación en ellos del Ministerio Fiscal en ejercicio de sus funciones de garante máximo del interés superior de los niños y las niñas afectados, así como del resto de sus derechos.

Finalmente, en la propia ley se prevé la posibilidad de que ante un cambio de las circunstancias en base a las cuales se dictaron las resoluciones correspondientes, se pueda promover un proceso para la modificación de las medidas adoptadas.

Tras estos aspectos que comparten ambos procedimientos especiales, cabe destacar una serie de aspectos concretos de cada uno de ellos a tener en cuenta.

En el caso de los procesos donde deba resolverse sobre la atribución de la guarda y custodia y visitas de niños y niñas

En estos procesos de tan importantes consecuencias para la vida familiar de los niños y las niñas, su derecho a ser escuchados para la adopción de las decisiones en los mismos no se encuentra regulada. En ningún caso su participación en el proceso debe equipararse a la de un testigo, y si bien su exploración puede resultar determinante para la adopción de una resolución, no existe en la legislación vigente ninguna pauta u orientación más allá de la previsión general de la asistencia a la autoridad judicial de asesoramiento técnico por parte de los equipos psicosociales.

La **Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2009**

sobre protección de menores víctimas y testigos es el único documento oficial y vinculante para todos los miembros de la carrera fiscal donde se prescriben una serie de indicaciones que deben orientar su intervención en las audiencias de los niños y las niñas en estos procedimientos.

En el caso de la evaluación de los psicólogos de los equipos psicosociales, algunos colegios de psicólogos han elaborado guías para llevar a cabo la valoración sobre la idoneidad del régimen de custodia a conceder y en favor de qué progenitor.¹⁹

Existen propuestas de guías, protocolos y pautas²⁰ para realizar este tipo de exploraciones²¹, pero se trata de materiales no oficiales ni de aplicación obligatoria para los actores judiciales que deben llevarlas a cabo.

Por otro lado, es muy importante señalar que cuando estos procesos concurren con procesos penales (normalmente por situaciones graves de violencia intrafamiliar ejercida por parte de uno de los progenitores) cuya resolución pueda condicionar de manera decisiva la decisión a adoptar, el artículo 40 de la Ley de enjuiciamiento civil establece el principio de prejudicialidad penal, o la suspensión de las actuaciones en el proceso civil en tanto se resuelva el proceso penal.

19 Por ejemplo: Guía de buenas prácticas para la elaboración de informes psicológicos periciales sobre custodia y régimen de visitas de menores, Colegio oficial de psicólogos de Madrid, 2009.

20 Estos materiales han sido desarrollados por profesionales (jueces, abogados especializados, personal técnico).

21 Por ejemplo, Guía práctica de exploración de menores, SEPIN, 2011.

En el caso de los procesos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y del procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción

Es muy importante señalar los plazos que establece la Ley de enjuiciamiento civil para el ejercicio de estas acciones. Se otorga a los progenitores de los niños y las niñas un plazo general de 2 meses desde la adopción de la resolución administrativa de protección para recurrirla ante los tribunales. En el caso de resoluciones que declaren una situación de desamparo, el plazo es de 3 meses desde su notificación. La posibilidad de pedir la revocación de esta resolución si se acredita un cambio en las circunstancias que la motivaron es de 2 años. Una vez transcurridos, se podrán facilitar a la entidad pública competente y/o al Ministerio Fiscal este cambio de circunstancias aunque ya no estarán legitimados para emprender una acción ante los tribunales pidiendo la revocación de la declaración, legitimación que sólo tendrán la propia entidad pública y el Ministerio Fiscal.

Motivos de preocupación

A la luz de los estándares internacionales existentes, de la anterior descripción de la normativa que regula los procesos civiles que en mayor medida van a afectar a niños y niñas, así como de una serie de consultas con profesionales implicados en los mismos, Save the Children ha identificado los siguiente motivos de preocupación.

Con carácter general y a pesar de la especialización prevista en la Ley orgánica del poder judicial para los juzgados de familia:

- Esta especialización de los juzgados civiles no alcanza a todos los partidos judiciales del territorio nacional, siendo los juzgados ordinarios de lo civil quienes en los partidos judiciales donde no existan juzgados de familia

tengan que conocer y resolver estos procedimientos especiales.

- Esta especialización no supone la existencia de unos requisitos sobre la competencia o especialización de los profesionales (jueces, fiscales, secretarios judiciales o personal de los equipos técnicos) para su adscripción a estos órganos.
- No existe una formación continua obligatoria para estos profesionales que desde un enfoque multidisciplinar aumente su competencia de cara a la adopción de resoluciones en estos casos. Muy a menudo esta mayor competencia se adquiere con el ejercicio de sus funciones sin que, por otro lado, existan mecanismos reglados para la supervisión periódica y evaluación de su trabajo.
- A pesar del reconocimiento expreso que contiene la Ley orgánica de protección jurídica del menor del derecho de los niños y las niñas a ser escuchados y a que las decisiones que se adopten respondan a la realización de su interés superior, no existen normas que concreten y desarrollen el modo de ejercerlos de manera efectiva en estos procesos.

Motivos de preocupación en torno a los procesos de nulidad, separación y divorcio y los procedimientos para regular los efectos del cese de la convivencia de las parejas no casadas

- La falta de especialización formativa y práctica para su adscripción a los juzgados de familia es especialmente grave en el caso de los profesionales de los equipos técnicos. En el año 2009, dos recomendaciones del

Defensor del Pueblo²² incidían en la necesidad de requerir la especialización mínima necesaria para el desempeño de sus funciones. Por otro lado, profesionales del ámbito de la psicología han confirmado a Save the Children la inexistencia de criterios para la selección y contratación de los profesionales de estos equipos basados en su formación y desarrollo de la competencia profesional especializada.

- Impresión generalizada de que el juez al adoptar sus decisiones viene a confirmar sin mayores consideraciones la valoración llevada a cabo por el equipo técnico adscrito a su juzgado. Esto supone una grave deficiencia del sistema por varias razones:
 - El ejercicio de la autoridad jurisdiccional corresponde única y exclusivamente al juez. La decisión que se adopte en cada caso debe responder a su convicción personal sobre los extremos del caso tras una ponderación de los intereses en conflicto realizada conforme a la legalidad vigente.
 - En los partidos judiciales donde no existen juzgados de familia estas evaluaciones las llevan a cabo frecuentemente²³ los servicios sociales municipales, profesionales sin especialización en el asesoramiento en el ámbito judicial y que dan lugar a diferencias muy sustanciales en cuanto a la valoración que demanda el juzgado y que, además, en ocasiones, no cuentan con ningún psicólogo que pueda llevar a cabo una valoración técnica en este sentido.

22 Recomendación 131/2009 de 24 de noviembre, sobre la selección del personal integrante de los equipos psicosociales de los juzgados con competencia en materia de familia; Recomendación 60/2009 de 19 de mayo, sobre los equipos psicosociales adscritos a los juzgados con competencias en materia de derechos de familia.

23 En el caso de la Comunidad de Madrid, por ejemplo, existe un equipo de psicólogos adscritos al trabajo en el ámbito de la Administración de Justicia cuya labor es llevar a cabo estas evaluaciones para los juzgados que no tengan equipos psicosociales adscritos.

- En el año 2009 el Tribunal Constitucional inadmitió un recurso de amparo planteado a raíz de que un menor de edad no había sido escuchado por la autoridad judicial admitiendo que para la realización de este derecho era suficiente que hubiera sido valorado por un equipo técnico.
- No hay un desarrollo legislativo adecuado sobre el modo en que debe hacerse efectiva la participación del niño o la niña en la determinación de su interés en estos procesos, que garantice el ejercicio de su derecho a ser escuchado. Esto hace que en ocasiones, incluso cuando niños o niñas mayores de 12 años han manifestado su voluntad de participar en los procesos, el juez haya decidido negarla.
- No existen estándares oficiales ni pautas de actuación protocolizadas para los actores jurídicos que orienten su actuación en la audiencia de un niño o una niña en estos procesos, de manera que se garantice que no generan en el niño conflictos de lealtades, ni la sensación de que la resolución de estos procedimientos depende de él.
- Por otro lado, no existe una previsión legislativa clara sobre cómo se garantiza el derecho del niño o la niña a ser informado de lo que sucede a lo largo de los procesos, todo queda en el ámbito privado (la información que les proporcionen sus progenitores o tutores) con lo que, en ocasiones, la información que se les proporcione podría no tener las condiciones de objetividad necesarias.
- Tampoco existe ninguna regulación sobre cómo compaginar el derecho del niño o la niña a expresar su opinión y el derecho a la confidencialidad de su declaración ante el juez. Por ello tampoco existen pautas sobre el modo de compaginar ambos extremos en la

obligatoria motivación de las resoluciones adoptadas por él.

- La falta de motivación de la determinación del interés superior del niño o la niña afectado por las decisiones que se alcanzan, especialmente en los casos en que la decisión adoptada no coincide con el deseo expresado en la declaración del niño o la niña.
- Los términos del debate actual en torno a la concesión de regímenes de custodia compartida se centran en resolver cuestiones alejadas de lo que debería ser el núcleo fundamental en la adopción de estas decisiones: determinar qué solución se ajusta a la realización del interés superior del niño o la niña afectados.
- Respecto a la intervención del Ministerio Fiscal en estos procesos en defensa del interés superior del menor, en ocasiones no llega a materializarse dado el limitado número de fiscales en el ámbito civil en algunas circunscripciones que hace materialmente imposible el desempeño de su posición de garante de los derechos del niño o la niña afectados.
- A pesar de la previsión expresa que contiene el Código Civil en su artículo 163 sobre la posibilidad de nombrar un defensor judicial del menor afectado por procesos donde los intereses de los progenitores entren en conflicto con los suyos, esta medida es raramente utilizada por los jueces en este tipo de procesos a pesar de colisiones muy evidentes entre los derechos e intereses de los progenitores y los niños y las niñas.

Motivos de preocupación en torno a los procesos administrativos y judiciales sobre la adopción de medidas de protección para un niño o una niña en situación de riesgo o desamparo

- Las ineficiencias, desigualdades e inseguridad jurídica que emanan de la generalidad de las disposiciones de la Ley orgánica de protección jurídica del menor. Esta norma resulta insuficiente, no sólo para dar respuesta a la realidad social actual, sino también para servir como base que establezca los estándares mínimos sobre los que articular las regulaciones autonómicas y que propicia la coexistencia en España de 17 modelos de protección de menores.
- La inseguridad jurídica de muchas actuaciones administrativas en algunas Comunidades Autónomas que carecen de un procedimiento regulado que propicie algunas intervenciones clave o la adopción de las medidas necesarias. Esto hace imposible su recurso ante las autoridades judiciales y supone, además, una quiebra del derecho a la igualdad.
- La falta de adecuación de muchas de las normas y decisiones que se adoptan en el ámbito de la protección de menores a las Directrices de Naciones Unidas sobre modalidades alternativas del cuidado de niños de 2010.
- La excesiva dilación en las declaraciones que se dan en ocasiones, tanto en los procedimientos administrativos como en los judiciales, generando una situación de inseguridad e inestabilidad con efectos directos sobre la vida de los niños y las niñas afectados.
- La falta de previsiones para garantizar en las condiciones adecuadas el derecho del niño a ser escuchado en los procedimientos administrativos y judiciales.

- La falta de previsión específica de asistencia letrada independiente de la Administración para los niños y las niñas sobre los que se ha dictado una medida de protección.
- La percepción de que el único conflicto posible en estos casos sea entre la Administración y la familia de origen, limitando la posibilidad de contemplar ante los tribunales otra serie de pretensiones o intereses del propio niño o niña afectado.
- La falta de previsión de asistencia jurídica gratuita para las familias de origen de estos niños y niñas desde el inicio mismo de los procedimientos administrativos.
- El constante, y cada vez mayor, recurso de las familias con dificultades de convivencia con hijos e hijas adolescentes a los órganos judiciales para resolver estos conflictos. Estas familias deberían disponer de recursos específicos adecuados dentro de la Administración con capacidad para intervenir de una manera eficaz, y no ser resueltas a través de las medidas que dicte una autoridad judicial.

La Fiscalía General del Estado en su informe anual constata una serie de dificultades en el trabajo que se lleva a cabo en materia de protección de menores, de cuya supervisión es responsable. Entre estas dificultades que afectan a algunas fiscalías, cabe destacar:

- Que el incremento de actividades encomendadas a los fiscales en el ámbito de la protección se está viendo enormemente afectado en el contexto actual por las dificultades que emanan de la actividad de la Administración en materia de protección de menores: en algunos territorios los efectos de la crisis económica ha desbordado la actividad de la Administración para alcanzar todas las situaciones

de riesgo detectadas; en sentido contrario, como resultado de los recortes en la Administración pública, las situaciones de riesgo o desamparo son muy difícilmente detectables y abordables como resultado de los recortes en personal dedicado a este tipo de intervenciones.

- Los efectos de los recortes presupuestarios afectan también a las secciones de las fiscalías de menores según la propia memoria. El limitado número de fiscales de menores en algunas circunscripciones hace materialmente imposible el seguimiento de la situación de los menores de edad sobre los que se ha dictado una medida de protección tal y como establece el Código Civil. Supervisión que debe llevar a cabo, no sólo durante el procedimiento administrativo para la adopción de la medida de protección, sino su seguimiento semestral mientras dure la medida, en particular la de acogimiento residencial.
- Las dificultades respecto al seguimiento de los acogimientos familiares que, en ocasiones, deben delegarse en los servicios sociales competentes.
- La demanda de intensificar el control del contenido y forma de las resoluciones dictadas por las administraciones en materia de protección, así como la asistencia letrada en el desarrollo de las mismas para los adultos implicados en el proceso.
- La considerable discriminación que algunas fiscalías denuncian entre el tratamiento que las administraciones dispensan a los niños y las niñas de más corta edad frente a los casos de adolescentes, más problemáticos y conflictivos, aún cuando existen informes alertando de graves riesgos.

LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS ANTE LA JURISDICCIÓN PENAL

En los procesos ante la jurisdicción penal, hay dos situaciones claramente diferenciadas en las que puede encontrarse un niño o una niña: como víctima o testigo de un delito, y como perpetrador del mismo.

El tratamiento que el ordenamiento jurídico español prevé para ambas situaciones es diferente. En tanto que víctimas o testigos se prevén una serie de cautelas atendiendo a su mayor vulnerabilidad en los preceptos de la ley procesal penal y algunas prescripciones de carácter no legal que deben regir la actuación de los fiscales en estos casos. En el caso de los niños y las niñas de entre 14 y 17 años infractores de la ley penal, hay un muy elevado nivel de especialización en la normativa y de los actores que intervienen en estos procesos.

Los niños y las niñas víctimas o testigos de delitos

Los niños y las niñas víctimas de un delito en España deben tomar parte como testigos en el proceso penal regulado en la Ley de enjuiciamiento criminal. El proceso que se establece en esta ley debe cumplir en su desarrollo con todas las garantías constitucionales reconocidas al acusado relativas a su derecho de defensa y a un juicio justo.

En los últimos años, como resultado de la preocupación creciente por la situación de las víctimas más vulnerables en el proceso penal, se han introducido unas reformas mínimas en esta ley para la protección de estos testigos menores de edad al tomarles declaración, tanto en fase de instrucción²⁴ como en el desarrollo del juicio oral.²⁵

²⁴ Artículos 433 y 448.

²⁵ Artículos 707, 713 y 731 BIS (en relación con el art. 229 de la Ley orgánica del poder judicial).

Como resultado del mandato general del fiscal de defensa y garantía de la tutela de los derechos de los niños y las niñas en el ordenamiento jurídico español, el fiscal será el responsable máximo de observar y prevenir la eventual revictimización del menor de edad en estos procesos, para lo que desde la Fiscalía General del Estado en 2009 se hizo pública la **Circular 3/2009** sobre protección de menores víctimas o testigos prescribiendo indicaciones para su actuación en estos casos.

Con carácter general, para prevenir las reiteraciones innecesarias del testimonio del niño o la niña a lo largo de las diferentes fases del proceso, se prevé la posibilidad de evitar su presencia en el juicio oral mediante la preconstitución probatoria. Sobre este aspecto esencial se ha desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo donde se establecen los criterios y las condiciones para su validez, y que necesariamente deben garantizar el derecho de contradicción mediante el acceso del abogado de la defensa a la declaración del menor de edad y la posibilidad de plantearle preguntas. En estos casos se recomienda que sea un solo profesional especializado quien se dirija al niño o la niña, buscando que las circunstancias de esta declaración no resulten intimidatorias ni victimizantes.

En la circular, así como en numerosa jurisprudencia, se reconocen las dificultades que en los procesos por delitos sexuales plantea el hecho de que a menudo sea sólo el testimonio de la víctima el único material probatorio disponible para quebrar el básico derecho a la presunción de inocencia del acusado. En estos casos, de manera expresa, la circular establece que si es el fiscal quien insta el sobreseimiento provisional de estos procesos *“a fin de garantizar al máximo el acierto de estas decisiones, deberán plasmarlas siempre en informe suficientemente motivado”*.

Cuando el niño o niña vaya a participar en el juicio oral, entre las garantías prescritas en la circular figuran:

- Procurar que el menor sea el primero en declarar evitando esperas en la puerta de la sala de juicios.
- Celebrar el juicio a puerta cerrada.
- Separar al menor del acusado o tomarle declaración en otra sala o evitando la visión directa con mamparas.
- Proporcionarle compañía durante la declaración (psicólogo o familiar) sobre todo para los niños y las niñas más pequeños.
- Utilizar un lenguaje comprensible.
- Suprimir el uso de togas durante la declaración del menor.
- Permitir que declaren sentados.

Los equipos técnicos encargados de la valoración de la verosimilitud y credibilidad del testimonio de los niños testigos en estos casos son los psicólogos forenses de las Clínicas Médico Forenses correspondientes a los Juzgados de Instrucción que conozcan del caso, profesionales para cuyo desempeño en estos casos no son requeridos formalmente de ninguna clase de especialización en psicología infantil para abordar estos muy delicados casos.

Estas previsiones y actuaciones actualmente vigentes en el ordenamiento jurídico español deberán ser revisadas para su adaptación a las previsiones de la reciente **Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de septiembre de 2012 por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos**, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo. En ella se reconocen y establecen una serie de derechos que deberían prever

expresamente las normas procesales de los Estados parte y que deben garantizar:

- Derecho a acceder a información comprensible desde el primer contacto con una autoridad pública competente, en particular sobre su derecho a presentar una denuncia y personarse en el procedimiento que se abra por la comisión del delito.
- Derecho a recibir información sobre la causa abierta.
- Derecho a la interpretación y traducción necesaria.
- Derecho de acceder a servicios de apoyo a las víctimas que deberían incluir como mínimo:
 - Información, asesoramiento y apoyo adecuados sobre sus derechos y sobre cómo acceder a sistemas de indemnización, su papel en el proceso penal y preparación para tomar parte para asistir al juicio.
 - Información sobre cualquier servicio pertinente de apoyo especializado o derivación directa al mismo.
 - Apoyo emocional y psicológico.
 - Asesoramiento sobre cuestiones financieras y de tipo práctico resultantes del delito.
 - Asesoramiento sobre el riesgo y la prevención de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias (salvo que sean prestados por otros servicios públicos o privados).
 - Refugios o cualquier otro tipo de alojamiento provisional para víctimas que necesiten un lugar seguro debido a un riesgo inminente de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias.
 - Apoyo específico e integrado a las víctimas con necesidades especiales, como las víctimas de violencia sexual, las víctimas de violencia de género y las

víctimas de violencia en las relaciones personales, incluido el apoyo para la superación del trauma y asesoramiento.

- Derechos vinculados a su participación en el proceso penal:
 - A ser oídas, teniendo en cuenta la madurez y edad en caso de que se trate de niños o niñas.
 - A instar una revisión de la decisión de la autoridad judicial competente de no continuar con el proceso.
 - A evitar su victimización secundaria o reiterada, intimidación o violencia en el contexto de los servicios de justicia reparadora (siendo este tipo de justicia el que promueve la participación activa de víctima e infractor en la solución de los problemas legales y de otra índole resultantes de la infracción penal).
 - A justicia gratuita.
 - Al reembolso de gastos derivados de la participación en el proceso.
 - A la restitución de sus bienes.
 - A obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor en el curso del proceso penal.
 - A que sean reconocidos estos derechos en los diferentes estados miembro de la UE.
- En el caso de víctimas especialmente vulnerables se les debe reconocer y garantizar expresamente desde el primer momento:
 - Derecho a la protección.
 - Derecho a evitar el contacto con el agresor.

- Derecho a que durante la investigación, y desde un respeto escrupuloso a los derechos del acusado, su participación se limite a lo imprescindible y se lleve a cabo con la mayor celeridad posible, e igualmente dispongan de un correcto asesoramiento legal.
- Derecho a la protección de su intimidad.
- Derecho a una evaluación individual para determinar sus necesidades de protección que tenga especialmente en cuenta: sus características personales, el tipo o naturaleza del delito, las circunstancias de su comisión.
- Ante los casos en que las víctimas sean niños o niñas se garantizará en particular que: en las investigaciones penales todas las tomas de declaración puedan ser grabadas en medios audiovisuales y así ser utilizadas como medios de prueba en el proceso penal; se designe un representante legal en caso de que se aprecie un conflicto de intereses con los progenitores o tutores, o cuando se trate de menores extranjeros no acompañados.

La incorporación a la normativa española de estos derechos reconocidos a las víctimas y testigos de delitos especialmente vulnerables debe abordar una reforma en profundidad de los procedimientos penales que garanticen un espacio de protección y recuperación para las víctimas menores de edad. En los últimos años, Save the Children ha realizado varias investigaciones sobre la situación de los niños y las niñas víctimas de dos formas de violencia grave en el hogar: el abuso sexual y la violencia de género.

Los niños y las niñas víctimas de abuso sexual en el ámbito familiar

En el informe publicado en septiembre de 2012 por Save the Children La justicia española frente al abuso sexual infantil en el ámbito familiar – Un análisis de casos a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos, se documentaban una serie de casos llegados a conocimiento de la organización sobre la actuación de la Administración de Justicia en casos en que se emprende un proceso judicial por presuntos abusos sexuales de un progenitor sobre un niño o una niña. En este informe la organización alertaba sobre ciertos aspectos:

- La falta de una respuesta eficaz por parte de las autoridades judiciales en estos casos, resultado de las dilaciones de los procesos y de los sobreseimientos provisionales la imposibilidad de acreditar los hechos denunciados.
- La indefensión de los niños y las niñas en estos procedimientos derivados de la coexistencia de procesos civiles y penales que no siempre se coordinan de manera que garantice la protección de los niños y las niñas implicados.
- Las experiencias victimizadoras en el proceso resultado de la aplicación de técnicas y prácticas no idóneas o inadecuadas por parte de profesionales encargados de la evaluación apenas especializados.
- La mayor indefensión de los niños y las niñas de menor edad.
- La falta de mecanismos de rendición de cuentas y supervisión de la actividad de los operadores jurídicos implicados.

Los artículos 18, 19 y 20 de la Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, insisten en los derechos y garantías de las víctimas de delitos y a las especiales condiciones de vulnerabilidad frente a la revictimización en los procesos por este tipo de delitos. Los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro, deberán tener traspuetas estas normas específicas antes del 13 de diciembre de 2013.

Los hijos y las hijas de las mujeres víctimas de violencia de género

En febrero de 2011, Save the Children hizo público el informe En la violencia de género no hay una sola víctima – Atención a los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género. En el informe se demandaba un reconocimiento específico de la condición de víctimas de la violencia de género a los niños y las niñas que la viven y presencian en sus hogares. La respuesta que el sistema de protección brinda a sus madres no es suficiente en muchas ocasiones, tampoco la actuación de la Administración judicial ante estos casos, que si bien dispone desde la entrada en vigor de la **Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género** de unos juzgados especializados para conocer de este tipo de delitos y adoptar las decisiones en materia civil que correspondan, no ofrecen en ocasiones a los hijos e hijas de estas mujeres una respuesta adecuada. De manera expresa, se efectuaba un llamamiento a las autoridades judiciales demandando una actuación más consistente con los derechos reconocidos en la Convención sobre los derechos del niño:

- Una valoración rigurosa y pormenorizada de las circunstancias del niño que orientara la adopción de decisiones a partir de su interés superior.

- Evitar la revictimización de estos niños y niñas a lo largo del proceso y tramitar con la mayor celeridad posible estos casos.
- Se solicitaba a la Fiscalía General del Estado prestar especial atención a la garantía de los derechos de los niños y las niñas a través de la actuación de los Fiscales de Violencia Contra la Mujer en aplicación de la circular 3/2009 sobre protección de menores víctimas y testigos, en particular, garantizando una adecuada coordinación entre estas secciones y las de Menores en los casos en que, como resultado de la violencia de género, un niño o una niña quede expuesto a una situación de desamparo.

El informe Investigación sobre decisiones judiciales en materia de guarda y custodia y régimen de visitas. La violencia de género como variable de las decisiones judiciales en materia civil sobre guarda y custodia y régimen de visitas de hijos e hijas²⁶ profundiza en determinados elementos de las actuaciones judiciales a la hora de resolver sobre la guarda y custodia y visitas de los hijos e hijas. A partir de un análisis cuantitativo, se evidenció la vulnerabilidad y desprotección a que pueden verse expuestos estos niños y niñas con la imposición de un régimen de visitas que no tenga en cuenta los factores de vulnerabilidad y exposición a la violencia del niño o la niña afectado, así como el papel mucho más activo que debería desempeñar el Ministerio Fiscal en sus actuaciones en estos casos.

Motivos de preocupación sobre el tratamiento en el ordenamiento jurídico español a los niños y las niñas víctimas y testigos de delitos

A partir del análisis de las normas y procedimientos vigentes, y teniendo presentes las investigaciones que Save the Children

²⁶ Disponible en: http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/publicaciones/estudiosinvestigaciones/PDFS/SAVE_THE_CHILDREN_final.pdf

ha llevado a cabo en torno a los niños y las niñas víctimas de dos formas de violencia muy concreta, estos son los motivos de preocupación.

- La carencia de un enfoque adaptado y ajustado a las necesidades del niño o la niña que deba participar en estos procesos. Las medidas adoptadas en los últimos años recogidas en la Ley de enjuiciamiento criminal se limitan a prescribir la posibilidad de que participe en la declaración un experto, que el niño o la niña esté acompañado durante su declaración por sus progenitores, tutor o un adulto de su confianza, evitar la confrontación visual con el acusado y los careos.
- No existen previsiones que establezcan, más allá de la propia sensibilidad del juez y demás actores del proceso, el modo de llevar a cabo esta toma de declaración ni de explicar al niño o niña por qué tiene que revivir su experiencia ni qué está sucediendo.
- Tampoco existen, en general, entornos adecuados para que se puedan desarrollar los interrogatorios en un ambiente en que el niño o niña se pueda sentir cómodo.
- La falta de formación básica sobre derechos y desarrollo evolutivo de los niños y las niñas de muchos operadores judiciales en este ámbito que hacen depender las decisiones casi exclusivamente de la valoración que realicen los equipos técnicos sobre la credibilidad de los menores de 18 años en estos procesos. Esta valoración en pocas ocasiones resulta cuestionada por los tribunales y, dado que en numerosos casos es el testimonio del niño o la niña la única prueba disponible para romper el principio de presunción de inocencia, resulta enormemente grave el riesgo de impunidad ante los mismos.

- Si bien se ha avanzado, sobre todo en vía jurisprudencial en la posibilidad de establecer la preconstitución probatoria sobre el testimonio del niño o la niña víctima durante la fase de instrucción, sus muy especiales requisitos de validez hacen que sea esencial un desarrollo legal en profundidad que garantice que todos los actores implicados en el proceso tienen un pleno conocimiento del modo de llevarlo a cabo, es esencial insistir en la información y formación de todos los profesionales que intervienen sobre el modo de efectuar válidamente esta declaración.
- Los prejuicios que pueden condicionar muchos de estos procedimientos cuando el acusado o la acusada es alguno de los progenitores y se entrecruzan estos procedimientos con uno por separación, divorcio o nulidad en el ámbito civil. El trabajo que Save the Children ha realizado analizando la situación de los hijos y las hijas de mujeres víctimas de violencia de género, o de niños y niñas víctimas de abuso sexual en el hogar hacen evidentes estos sesgos en muchos casos que en lo que se traducen es en una desconfianza respecto del testimonio del niño o la niña y su credibilidad que repercute de manera enormemente negativa en su propio desarrollo y bienestar.

Una jurisdicción penal especializada, la Ley de responsabilidad penal del menor

La jurisdicción de menores es la única jurisdicción especializada que existe en España para abordar procesos en que hay niños y niñas implicados. Esta jurisdicción que conoce de los casos en que menores de 18 años son acusados de cometer un delito tipificado en el Código Penal se creó en 1985 mediante la aprobación de la Ley orgánica del poder judicial. Desde entonces y tras una serie de profundas reformas, en particular la entrada en vigor de la Ley

orgánica de responsabilidad penal del menor aprobada en 2000, se ha llegado al modelo actual.

La especialización se impone a los diversos agentes (jueces, fiscales, personal administrativo y técnico de la Administración de Justicia) que intervienen en el sistema puesto en marcha para llevar a cabo las investigaciones, vistas, resolución e imposición y cumplimiento de medidas para niños y niñas de entre 14 y 17 años que han cometido un delito. Otra característica fundamental es la finalidad reeducativa y de resocialización de las medidas que se impongan. Estas dos características del modelo de justicia juvenil español cumplen con una buena parte de los estándares internacionales en la materia.

La propia ley prevé una serie de garantías entre las que cabe destacar:

- No se habla de penas sino de medidas destinadas a la reeducación y la resocialización del niño o la niña infractor; detalladas en el artículo 7 de la ley y que contemplan un amplio catálogo al respecto.
- La posibilidad de alcanzar una conformidad u otro tipo de soluciones extrajudiciales ante una autoridad judicial entre el fiscal instructor y el niño o la niña infractor y su representación legal.
- La exclusión de la acción popular.
- La especialidad del principio acusatorio en estos casos, según el cual el juez no podrá imponer una medida más restrictiva que la propuesta por el fiscal.

Esta última característica avanza un elemento propio de esta jurisdicción, como es el hecho de que la investigación está encomendada al Fiscal de menores en los artículos 6 y 23 de la Ley orgánica de responsabilidad penal del menor. Para orientar esta actividad es mucha la doctrina emanada desde la Fiscalía

General del Estado. La Circular 9/2011 de 16 de noviembre de la Fiscalía General del Estado sistematiza los criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de reforma de menores recopilando la abundante doctrina emanada en la materia²⁷ *“inspirada en los principios generales de superior interés del menor, protección de las víctimas y celeridad procesal, ofrece pautas hermenéuticas sobre cuestiones propias de la fases de instrucción, enjuiciamiento y ejecución del proceso penal de menores”*.

Motivos de preocupación sobre los procedimientos llevados a cabo para la determinación de la responsabilidad y la imposición de medidas reeducativas a menores infractores de la ley penal

Esta Ley de responsabilidad penal del menor observa en gran medida los estándares internacionales sobre justicia juvenil. Sin embargo hay dos ámbitos de preocupación generales: las dificultades de los niños y las niñas internos en centros de reforma para su acceso a asesoramiento legal independiente, y las condiciones en que, en ocasiones, se lleva a cabo este internamiento. A partir de estos ámbitos generales de preocupación, cabe concretar los siguientes motivos de preocupación:

- Preocupa el tenor excesivamente punitivo que están adoptando en algunos casos las medidas adoptadas, resultado de la carencia de medios materiales para

27 Entre otras, y por señalar las más recientes de un total de 5 circulares, 5 instrucciones y 4 consultas: Circular 1/2010, sobre el tratamiento del sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes; Circular 1/2009, 27 de abril de 2009, sobre la sustitución en el sistema de justicia juvenil en medidas no privativas de libertad por la de internamiento en centro semiabierto, en supuestos de quebrantamiento; Circular 1/2007, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación Penal de Menores de 2006; Instrucción 1/2007, sobre actuaciones jurisdiccionales e intimidación de menores; Instrucción 5/2006, sobre los efectos de la derogación del artículo 4 de la Ley orgánica de responsabilidad penal del menor prevista por la Ley orgánica 8/2006 de 4 de diciembre.

poner en marcha programas especializados en otros tipos de intervención que no sea el internamiento en centros.

- Los desequilibrios y desigualdades en las diferentes Comunidades Autónomas en la imposición y el cumplimiento de las medidas impuestas, al ser la gestión de los programas de reeducación y reinserción, los programas para la ejecución de otras medidas y la gestión de los centros de cumplimiento de medidas, una competencia de las Comunidades Autónomas (de cuyos recursos y capacidad para poner en marcha estos programas dependerá la existencia de los mismos).
- En el mismo sentido, preocupa que la falta de medios materiales por parte de las Comunidades Autónomas para el mantenimiento de los centros esté llevando a su cierre de (tal como señala el informe del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de 2011, así como determinas noticias aparecidas en medios de comunicación a lo largo del presente año), quebrando una garantía básica como es la cercanía de estos centros donde se interna a los menores infractores de sus familias de origen.
- En los reportes sobre la actividad de los fiscales de menores, las memorias de los últimos años insisten en la dificultad (ya percibida como endémica a tenor del modo de plantearla) que plantea la escasez de medios materiales (fundamentalmente falta de espacios adecuados) y humanos (en muchos casos los fiscales especialistas deben compatibilizar sus funciones en este sentido como su desempeño en otros ámbitos fuera de su especialización), agravada actualmente por el contexto de crisis económica.
- Preocupa la falta de formación obligatoria para los equipos técnicos adscritos a estos juzgados, así como

la insuficiente dotación de los mismos. En ocasiones, las guardias de los juzgados son atendidas por uno solo de los profesionales de estos equipos (trabajador social, educador o psicólogo) que elabora el supuesto informe integral.

- Las dificultades de coordinación del trabajo entre los equipos técnicos de los juzgados y las fiscalías sobre las que advierte el informe anual de la Fiscalía General del Estado.
- El acceso de los niños y las niñas a asistencia letrada y asesoramiento legal independiente durante el cumplimiento de la medida impuesta, más allá de la obligatoria asistencia letrada durante el proceso penal, que les permita formular recursos, quejas, peticiones o reclamaciones, en particular cuando cumplen una medida de internamiento en régimen cerrado.
- Las denuncias del Defensor del Pueblo en su calidad de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. El informe refiere casos de tortura, contenciones, falta de asistencia de abogados de oficio, falta de formación de profesionales y la contratación de personal de empresas de seguridad para aplicación de técnicas de contención.

LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN ESPAÑA

Los menores extranjeros no acompañados son niños y niñas que llegan a nuestro país y no se encuentran bajo la protección de ningún adulto responsable de ellos. Ante la situación de estos niños y niñas, las autoridades deben responder eficazmente a dos cuestiones: en primer lugar, brindarles la atención inmediata y protección que necesitan como menores de edad en situación de desamparo. En segundo lugar, llevar a cabo todas las acciones

que requiera su identificación y la adopción de una solución duradera basada en su interés superior y que, por su condición de extranjeros, supone la puesta en marcha de una serie de procedimientos regulados en el ámbito de las normas de extranjería.

El Plan de la Unión Europea sobre menores extranjeros no acompañados o separados (2010-2014)²⁸ prescribe una serie de objetivos comunes que deben perseguir todos los Estados miembro de la Unión Europea para asegurar un trato equitativo a estos niños y niñas en todo el territorio de la Unión.

Como cualquier otro menor de edad que se encuentre en España, están protegidos por la Ley orgánica de protección jurídica del menor. El hecho de que no estén acompañados por un adulto legalmente responsable de su cuidado hace que se encuentren, por definición, en una situación de desamparo, figura prevista en esa ley. Además, debido a su condición de extranjeros, les son de aplicación la **Ley orgánica 2/2009 de 11 de diciembre sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social**, así como el Reglamento que la desarrolla, donde se detallan las principales intervenciones que deben llevar a cabo las autoridades españolas ante estos casos²⁹, en los que el Ministerio Fiscal tiene un importante papel.³⁰

El Ministerio Fiscal tiene atribuida la competencia para la tramitación de los expedientes de determinación de la edad de los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda

28 Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014), Comisión Europea, 6 de mayo de 2010.

29 Artículos 35 de la Ley y 189 a 198 del Real decreto 557/2011 de 20 de abril por el que se aprueba su Reglamento de desarrollo.

30 En el momento de concluir este informe está pendiente de aprobación un Protocolo que coordine las actuaciones de las diferentes autoridades y administraciones que deben intervenir para resolver la situación de estos niños y niñas.

ser establecida con seguridad. Para ello, la Fiscalía General del Estado ha ido perfilando una doctrina dirigida a guiar a los fiscales a la hora de tomar la correspondiente decisión.³¹

El Fiscal también debe intervenir en otros procedimientos, como en el que se resuelve la eventual repatriación, y en general para velar por el cumplimiento de la ley, de sus plazos y de la primacía de su interés superior; tal y como recogen las **Conclusiones del encuentro de fiscales especialistas en menores y extranjería**, de 20 de abril de 2010.³² Además, coordina el funcionamiento del Registro de menores extranjeros no acompañados³³ previsto en el artículo 215 del nuevo reglamento de extranjería.

Es importante destacar, dentro del colectivo de los menores extranjeros no acompañados, la situación de especial vulnerabilidad de los niños o niñas en necesidad de protección internacional. El procedimiento para solicitar protección internacional en España, se regula en la **Ley 12/2009 de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria**. El reglamento de desarrollo de esta

31 Instrucción 2/2001, de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual artículo 35 de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; Circular núm. 3/2001, de 21 de diciembre, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería (capítulo IV); Instrucción núm. 3/2003, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo; Instrucción núm. 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados; Circular núm. 2/2006, de 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España (capítulo IV); Consulta núm. 1/2009, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados.

32 http://www.fiscal.es/cs/Satellite?cid=1242052738605&language=es&pagename=PFiscal%2FFPage%2FFGE_pintarDocumentosEspecialista

33 Para la coordinación de esta tarea Instrucción 1/2012 de 29 de marzo, sobre la coordinación del Registro de Menores no acompañados.

ley, está pendiente de elaboración, motivo por el que continua en vigor el Reglamento³⁴ de la ley anterior:

Las diferentes actuaciones que prescribe la normativa a la hora de abordar la situación de estos menores de edad suponen la puesta en marcha de varios procedimientos:

- La determinación de su edad. Un primer paso fundamental para la correcta identificación del niño o la niña tiene que ver con los procedimientos para la determinación de la edad de los extranjeros localizados en territorio español sobre los que existe la duda fundada de que se trate de menores de edad. Tanto el Defensor del Pueblo, en un informe de 2011³⁵, como la Fiscalía General del Estado han expresado preocupaciones relativas al desarrollo de estos procedimientos.
- La declaración de desamparo. De acuerdo con la legislación española, por el mero hecho de ser menores de edad y de no estar acompañados por un adulto que sea responsable de ellos, estos menores deben ser declarados en desamparo y tutelados por la Comunidad Autónoma correspondiente, tan pronto se corroboren ambas circunstancias.
- Documentación de la residencia legal. La Ley de extranjería establece la obligación de la entidad de protección de instar ante la Delegación de Gobierno la autorización de residencia a favor de los tutelados. A su vez, el Reglamento³⁶ dispone que se procederá a otorgar la autorización de residencia, una vez haya quedado

34 Real decreto 203/1995 de 10 de febrero por el que se aprueba el reglamento de aplicación de la Ley 5/1984 de 26 de marzo reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994 de 19 de mayo.

35 ¿Menores o Adultos? Procedimientos para la determinación de la edad. Defensor del Pueblo, 2011.

36 Artículo 196 del Reglamento de Extranjería.

acreditada la imposibilidad de repatriación del menor, y en todo caso, transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.

- Procedimiento de asilo. Los niños y las niñas en necesidad de protección internacional, requieren una mayor cautela en las intervenciones dirigidas a:
 - La determinación de la edad. La minoría de edad entraña, de acuerdo con las recomendaciones del ACNUR y la práctica habitual en la Oficina Española de Asilo y Refugio, la admisión automática en el procedimiento de asilo. En el supuesto de que el interesado se encuentre en un puesto fronterizo se autorizará su entrada en España de forma inmediata pudiendo formalizar su solicitud de protección internacional en territorio español. En la segunda fase del procedimiento, en la cual se estudian en profundidad las alegaciones del solicitante con la finalidad de determinar la concurrencia o no de los elementos necesarios para ser reconocido como refugiado, el menor deberá ser entrevistado nuevamente. La consideración de su minoría de edad resultará esencial en tanto que la violación de determinados derechos que no constituirían una persecución en los términos establecidos en la Convención de Ginebra en el caso de tratarse de un adulto, sí sería considerada causa de reconocimiento del estatuto o de algún tipo de protección internacional en caso de tratarse de un menor de edad.
 - La identificación. Uno de los principales retos en esta materia, es la correcta identificación de niños y niñas en necesidad de protección internacional para proporcionarles la protección que les debe ser

acordada de acuerdo con la legislación nacional e internacional, ya que, en la gran mayoría de los casos, ellos mismos desconocen de la existencia de esta figura y de los derechos que les asisten. Por ello es fundamental conocer las vivencias y las circunstancias individuales que motivaron la salida de su país de origen, así como los riesgos que entrañaría el retorno al país del que procede.

- La tramitación de su solicitud de asilo y protección subsidiaria, de acuerdo con las necesidades y especiales circunstancias de su edad.

Motivos de preocupación

Tanto en la legislación de extranjería como en el tratamiento que en la práctica se les otorga a estos niños y niñas, prima su condición de extranjero, por encima de la de menor de edad. Este enfoque determina una serie de preocupaciones:

- La inexistencia de un procedimiento uniforme para la determinación del interés superior del menor cuyo fin sea la búsqueda de una solución duradera, que permita conocer la historia de cada menor de edad y, especialmente en el caso de los menores en necesidad de protección internacional, los motivos por los que alega no querer o no poder volver a su país de origen, para actuar con suma cautela y no poner en peligro al menor de edad o a su familia, antes de realizar cualquier contacto con el país de origen para la búsqueda de familiares u otras gestiones.
- Todavía no se dispone de un protocolo de coordinación interinstitucional previsto en el propio Reglamento, que permita delimitar los ámbitos de actuación de las

diferentes administraciones públicas implicadas. En este protocolo está en proceso de elaboración.

- Las irregularidades y deficiencias detectadas en el procedimiento de determinación de la edad³⁷:
 - No se considera válida, en muchos casos, la documentación de los países de origen en la que consta su minoría de edad, aunque no haya indicios de falsedad o manipulación documental. Se realizan las pruebas de edad de manera sistemática y se antepone su resultado a la edad acreditada por los documentos.
 - En sentido contrario, a presuntos menores de edad que viajan solos provistos de un pasaporte en el que consta su mayoría de edad y que al llegar al puesto fronterizo solicitan protección internacional afirmando ser menores de edad, no se les realizan pruebas de edad, por considerar la fiscalía, en este caso sí, que los pasaportes son auténticos y no manipulados, sin realizar un análisis más profundo, antes de adoptar decisiones de retorno inmediato o de inadmisión de la solicitud de asilo.
 - Las deficiencias en la realización del derecho a ser escuchado de los menores de edad en este procedimiento, debido a la falta de asistencia letrada durante el procedimiento de determinación de la edad. El trámite de audiencia ante el fiscal, no está previsto en el procedimiento, salvo en el caso de la negativa del menor a someterse a dichas pruebas. Los menores no siempre son informados de forma adecuada sobre el procedimiento y la naturaleza de las pruebas a las que se les va a someter y no

37 Muchas de estas deficiencias han sido denunciadas por el Defensor del Pueblo en su Informe ¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad. Defensor del Pueblo, 2011.

se recaba su consentimiento para la realización de las pruebas médicas. La negativa a someterse a las pruebas de edad se considera un indicio de mayoría de edad. Preocupa, además, que la resolución que pone fin a este procedimiento, el decreto del fiscal, no sea recurrible.

- En ocasiones los menores no acompañados que ingresan en el sistema de protección para recibir la asistencia y protección prescrita por la ley, permanecen de manera indefinida bajo una guarda de hecho de la entidad pública de protección competente, sin que lleguen a ser tutelados. Incluso se dan casos de menores de edad que no llegan nunca a ser tutelados, quedando en una situación de total vulnerabilidad y de estancia irregular en España, tal y como ha denunciado el Defensor del Pueblo.³⁸
- La manera en que las autoridades competentes entienden el plazo de nueve meses establecido para la autorización de residencia, de manera que muchos menores cumplen la mayoría de edad y no se les otorga la autorización de residencia. No es necesario que transcurran los nueve meses para iniciar los trámites de documentación, sino que se trata de un plazo máximo que no tiene por qué cumplirse en todo caso. De acuerdo al interés superior del menor (principio que debe guiar cualquier actuación o decisión), en el momento que queda establecido que no es posible la repatriación deberían iniciarse los trámites.³⁹
- La falta de información que tienen los menores de edad y sus guardadores sobre el estado de la tramitación de sus autorizaciones de residencia, incluso cuando

38 ¿Menores o Adultos? Procedimientos para la determinación de la edad. Defensor del Pueblo, 2011.

39 Tal y como recomiendan las Conclusiones del encuentro de fiscales especialistas en menores y extranjería de 20 de abril de 2010.

es solicitada a la Delegación de Gobierno y la falta de asistencia letrada que oriente al menor para la solicitud y tramitación de estos documentos que avalen su residencia legal en España.

- La falta de profesionales formados en protección internacional y de traductores (especialmente en los centros de primera acogida), dificulta enormemente, cuando no impide, la correcta identificación de menores en necesidad de protección internacional, lo que provoca que en muchos casos, reciban el mismo tratamiento que cualquier otro extranjero menor de edad no acompañado en virtud de la legislación de extranjería.
- La falta de identificación de los menores en necesidad de protección internacional les puede situar en una situación de riesgo por los contactos que se puedan hacer con el país de origen o por la ejecución de una repatriación, además de no recibir la atención psicológica que podrían requerir.
- Dentro del procedimiento de asilo y protección subsidiaria:
 - La falta de adaptación de los procedimientos a la edad de los niños y el desconocimiento de las características y necesidades de los niños y las niñas en función de su edad, tanto en el análisis de la credibilidad de las alegaciones, como en el análisis de las necesidades de protección internacional de los menores.
 - La falta de formación específica en materia de menores y protección internacional por parte del personal que realiza las entrevistas y por parte de las autoridades decisorias en protección internacional.
 - Los menores extranjeros no acompañados que manifiestan su deseo de solicitar protección

internacional en un puesto fronterizo (aeropuertos internacionales), siempre y cuando su minoría de edad no se ponga en duda, son trasladados a un centro de protección para recibir la asistencia inmediata prescrita por la ley, sin que su solicitud llegue a formalizarse por las autoridades responsables. Si bien se considera muy positivo que los menores no permanezcan en los puestos fronterizos durante periodos de tiempo prolongados, es alarmante que las solicitudes de protección internacional no sean formalizadas una vez se encuentran en el centro de protección. También preocupan las dificultades con las que se encuentran los abogados que prestan la asistencia jurídica en el aeropuerto para continuar la comunicación con el menor.

LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS

En la situación de los niños y las niñas víctimas de trata que se localicen en España concurren dos aspectos que van a suponer su entrada en contacto con órganos administrativos y judiciales: por un lado su condición de víctimas de un delito de trata, y por otro su condición de menores de edad desprotegidos en una situación de extrema vulnerabilidad.

En 2008 se aprobó por parte del gobierno el **Plan Integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual** cuyo objetivo era el desarrollo de una serie de medidas destinadas a la erradicación de este delito, así como a brindar una atención adecuada a sus víctimas. Se anunció la elaboración de un plan similar para abordar de manera específica la situación de las víctimas de trata con fines de explotación laboral que, sin embargo, aún no ha llegado a materializarse.

El delito de trata fue incluido en el Código Penal español (art. 177 BIS) en la reforma llevada a cabo en 2010. Se incorporó este delito en cumplimiento de los compromisos internacionales contraídos por España con su adhesión a los principales instrumentos internacionales de lucha contra la trata de seres humanos. Tal y como se establece en estos instrumentos, el consentimiento otorgado por una víctima de trata menor de edad para su explotación resulta irrelevante, al margen de si se ha obtenido coactivamente o no, a diferencia de lo que sucede con las víctimas mayores de edad.

Sin embargo, la atención específica para las víctimas de trata no se contempla sino a partir de la reforma de la Ley de extranjería⁴⁰ de 2009, que en el artículo 59 BIS reconoce una serie de derechos para las víctimas de trata. El reconocimiento de estos derechos está esencialmente vinculado a la condición de extranjera de la víctima, lo que hace que la situación de las víctimas de trata de origen español aún esté lejos de tener el reconocimiento específico que demandan los compromisos internacionales contraídos por España en esta materia.

Siguiendo la prescripción del Reglamento de extranjería⁴¹, en octubre de 2011 se aprobó un protocolo de coordinación de las actuaciones de las diferentes administraciones para la atención y protección de las víctimas de trata. En todas estas previsiones desarrolladas en el ámbito de extranjería se aborda la situación de las víctimas menores de edad consagrando, de manera general, que ante estas situaciones se deba atender a su interés superior. Además, se establece que en caso de duda sobre la edad de las víctimas, en tanto ésta se determine, deben recibir tratamiento como menores de edad (lo que excluye, por ejemplo, su

40 Ley orgánica 2/2009 de 11 de diciembre de reforma de la Ley orgánica 4/200 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

41 Real decreto 557/2011 de 20 de abril por el que se aprueba el Reglamento de la Ley orgánica 4/200 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social tras su reforma por la Ley orgánica 2/2009, artículo 140.

estancia en centros de internamiento de extranjeros mientras se determina su edad).

Las previsiones y reconocimiento a las víctimas de trata llevado a cabo en las normas de extranjería resultan, en gran medida, intrascendentes para abordar la situación de las víctimas menores de edad, ya que la solución del periodo de reflexión, clave en estos procedimientos, no es de aplicación a los menores de edad, puesto que en ningún caso pueden ser expulsadas del territorio nacional. Cabe esperar que la aprobación del Protocolo de coordinación sobre menores extranjeros no acompañados ofrezca una respuesta específica para los y las menores de edad víctimas de trata.

Es necesario tener en cuenta que, en ocasiones, resulta mucho más exacto hablar de menores de edad extranjeros en situación de desprotección que de menores extranjeros no acompañados, ya que no resulta excepcional que los tratantes o explotadores de estos niños y niñas sean, de hecho, sus propios progenitores o los adultos responsables de su cuidado.

Por otro lado, hay que recordar que los niños y las niñas víctimas de trata podrían encontrarse en necesidad de protección internacional en aquellos casos en los que el retorno a su país de origen podría exponerles represalias o a convertirles nuevamente en víctima de trata. En este sentido y en línea con lo establecido en el **Convenio del Consejo de Europa⁴² sobre la lucha contra la trata de seres humanos**, es importante recordar que el hecho de que existan mecanismos de protección a favor de las víctimas de trata en el marco general de extranjería no excluye que algunas víctimas de trata estén en necesidad de protección internacional y que puedan hacer una solicitud de asilo válida que debe examinarse a la luz de la normativa española de asilo.

42 Apartado 5 del artículo 14 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005.

En los casos de trata de seres humanos es fundamental señalar el papel de la Unión Europea en la elaboración de políticas que deben aplicarse en todos sus Estados miembro para brindar un trato homogéneo y basado en una perspectiva de derechos a las víctimas. El 5 de abril de 2011 se aprobó la **Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas** donde se consagran una serie de derechos que deben ser reconocidos a todas las víctimas de trata dentro de la Unión Europea y que deben estar integrados en los ordenamientos jurídicos internos de los estados en 2013. Entre estos derechos cabe destacar los de asistencia y apoyo a las víctimas menores de edad y a su protección en las investigaciones y en el proceso penal que se siga contra sus explotadores (art. 14, 15 y 16).

Además, es necesario tener en cuenta las medidas que la Estrategia de la Unión Europea para la erradicación de la trata de seres humanos (2012-2016) aprobada el 19 de junio de 2012 prescribe para incorporar a las políticas de los Estados miembro en materia de lucha contra la trata de seres humanos.

Motivos de preocupación sobre los procesos administrativos y judiciales en que deben participar víctimas de trata menores de edad

Las políticas públicas de lucha contra la trata de seres humanos en España se han integrado con fuerza en la agenda política española y europea en los últimos años. Cabe constatar avances y una sensibilidad cada vez mayor de los poderes públicos en todos los procedimientos administrativos y judiciales que deben enfrentar las víctimas de trata, en particular las menores de edad. Sin embargo, estos avances resultan aún muy insuficientes a la luz de los estándares internacionales.

En septiembre de 2012, el Defensor del Pueblo publicó el informe La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles, en donde hace un exhaustivo análisis de la realidad de la trata. Save the Children parte de ese análisis para poner de manifiesto sus principales preocupaciones:

- Sigue pendiente de trasposición la directiva. No existe al momento de cierre de este informe, ningún anuncio ni iniciativa para incorporar al ordenamiento jurídico español las previsiones recogidas en los artículos 11, 12, 13 y sobre todo, 14 y 15 de la Directiva 2011/36/UE de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, que deberán estar traspuestas al ordenamiento jurídico español antes del 5 de abril de 2013.
- No existen previsiones expresas en el ordenamiento jurídico español que insten el acompañamiento obligatorio de las potenciales víctimas de trata, especialmente las menores de edad, por parte de personal de organizaciones especializadas en la atención a víctimas de trata que garantice la plena información (comprensible para ellas) y acompañamiento a lo largo de los diversos procesos administrativos y judiciales que se pongan en marcha.
- Las numerosas deficiencias en la identificación de víctimas de trata menores de edad. Según el III informe de evaluación del Plan integral de lucha contra la trata de seres humanos correspondiente a 2011, fueron 15 las víctimas de trata menores de edad con fines de explotación sexual identificadas por la policía, un número que no parece reflejar la magnitud real del problema en España. Estas deficiencias en la identificación de menores víctimas de trata pueden deberse a la falta de protocolos de actuación coordinados que impliquen a todos los organismos de las diferentes Administraciones tanto

en materia de protección como de extranjería. A esto cabe añadir la falta de un registro específico en el que se anoten los datos necesarios para la efectiva identificación de cada menor de edad en una base de datos policial.

- Las deficiencias en el procedimiento de determinación de la edad de las víctimas, al igual que ocurre, en general, con los menores extranjeros no acompañados. Estas deficiencias resultan especialmente preocupantes en los supuestos de menores potenciales víctimas de trata de personas.
- El incumplimiento o inaplicación de la presunción de minoría de edad, ante personas cuya edad ofrezca dudas razonables, no se está aplicando siempre. En este sentido, es preocupante que no se inicien procedimientos de determinación de la edad en aquellos casos en los que, a pesar de que la víctima afirme ser mayor de edad, existan indicios que puedan hacer pensar que se trata de un menor de edad.
- La interceptación de un menor de edad, acompañado o no de un adulto, intentando acceder de manera irregular a territorio nacional, en pequeñas embarcaciones con riesgo objetivo para su integridad física y protección, no se está considerando una situación de riesgo que haya de ser puesta de inmediato en conocimiento del Ministerio Fiscal y de la entidad de protección de menores del territorio en el que se produce la llegada. Esta medida resulta esencial para, entre otras cuestiones, proceder a las comprobaciones oportunas sobre la filiación o vínculo legal de un niño o una niña con el adulto que le acompaña que permita la identificación temprana de potenciales situaciones de explotación.
- La inexistencia de una red de recursos residenciales específicos, adaptados a las necesidades concretas de atención y protección de las niñas y los niños víctimas de

trata para la plena realización de los derechos que tienen reconocidos como víctimas de este delito.

- La práctica de la Oficina de Asilo y Refugio por la cual, en algunos casos, se inadmiten las solicitudes de protección internacional basadas en el hecho de ser o haber sido víctima de trata, alegando que no tienen encaje jurídico en la Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria y su reconducción a la Ley de Extranjería.
- La Oficina de Asilo y Refugio, en algunos casos, no permite formular demanda de asilo individualizada de menores de edad que viajan con adultos, cuando las circunstancias pueden requerir un tratamiento diferenciado de las solicitudes de los menores. De manera que se podría establecer con más claridad su historia y los auténticos motivos de la salida de su país de origen y la determinación de su interés superior del menor.
- Existen deficiencias en los mecanismos de coordinación entre las entidades de protección de menores y las fiscalías una vez iniciado el proceso penal contra el tratante o explotador del niño o la niña. Esto impide a los tutores, por ejemplo, conocer el estado de los procedimientos penales en que se encuentran incurso las víctimas para tratar de evitar en la medida de lo posible la revictimización dentro del proceso penal.

—5—

CONCLUSIONES



5. CONCLUSIONES

Partiendo de la afirmación de que los niños y las niñas son titulares de derechos y teniendo en cuenta que, como consagra la normativa internacional y española, cualquier tipo de decisión que afecte a los niños y las niñas debe estar basada en su interés superior, este informe trata de responder a las siguientes preguntas en relación con la Administración de Justicia en España:

- ¿Existen mecanismos adaptados para el acceso de los niños y las niñas a los tribunales para el ejercicio de sus derechos?
- ¿Se respeta la obligación de velar por el interés superior del niño o la niña en estos procedimientos?
- ¿Se garantiza el derecho de los niños y de las niñas a ser debidamente informados y a ser escuchados?

La respuesta es no.

El análisis de la normativa vigente en España y de la práctica judicial ha puesto de relieve los numerosos motivos de preocupación que se han ido destacando a lo largo de este informe.

Puede concluirse que la Administración de Justicia en España no está adaptada a las necesidades de los niños y las niñas. A la luz de las normas internacionales de derechos humanos y de los estándares internacionales en materia de justicia e infancia, la justicia española suspende el examen sobre el respeto y garantía de los derechos de los niños y las niñas.

No es fácilmente accesible para los niños y las niñas, no está adecuada a sus especiales necesidades y etapas de desarrollo y no es “amigable” con ellos. Con frecuencia, el contacto con la Administración de Justicia resulta una experiencia negativa para el niño, a veces incluso revictimizadora o dañina, lo que en ocasiones puede considerarse violencia institucional.

No existen, por lo general, medios humanos ni materiales para atender debidamente a los niños y a las niñas en el ámbito judicial y garantizar sus derechos. Urge adecuar físicamente los espacios en los juzgados donde deben realizarse las entrevistas y donde deben esperar los niños y las niñas, así como disponer del material técnico y audiovisual que permita llevar a cabo la participación del niño o la niña en los procesos sin tener que ver a su agresor ni tener que prestar declaración en una sala llena de adultos desconocidos.

Es igualmente urgente reforzar el número de fiscales especializados y garantizar la formación en derechos de infancia de jueces y magistrados.

El principio del interés superior del menor, en el que debe basarse toda decisión administrativa o judicial que afecta a un niño, en la práctica resulta una coletilla vacía de contenido y apenas motivada que no parece resultado de una adecuada ponderación de las circunstancias concretas del caso.

El derecho de los niños a ser debidamente escuchados durante los procedimientos, tanto judiciales como administrativos, y en los procesos en los que participan no se garantiza suficientemente y en muchos casos no se respeta. No existe previsión legal alguna sobre el derecho a la información del niño durante los procesos y la asistencia legal no siempre está prevista o garantizada. O no se les escucha, o no se les sabe escuchar, o no existen cauces previsto para hacerlo, especialmente en edades tempranas.

Preocupan de manera especial las actuaciones de los profesionales en las valoraciones psicológicas de los niños y las niñas. En mayor o menor medida, todos los procedimientos analizados en este informe requieren de la intervención experta de psicólogos, coordinados con otros ámbitos de conocimiento técnico (trabajadores sociales, médicos, educadores), de cuya valoración va a depender en gran medida la decisión que se adopte por parte del órgano judicial. La relevancia que la valoración de los aspectos psicológicos tiene en el ámbito judicial hace que sea esencial una mayor especialización en la formación de estos profesionales.

Desde los propios colegios profesionales se reclama una mayor especialización, regulación y definición de las competencias, derechos y obligaciones de los profesionales en el desempeño de sus funciones.⁴³ La falta de formación especializada en el caso de los equipos técnicos de los juzgados de familia ha motivado la formulación de recomendaciones específicas del Defensor del Pueblo sobre la formación y especialización mínima exigible a los mismos.

En las investigaciones llevadas a cabo por Save the Children se han podido constatar prácticas victimizadoras y una gran reiteración de las pruebas practicadas, con un impacto negativo en los niños y las niñas.

En concreto, los motivos de preocupación que se destacan a lo largo de este informe pueden resumirse así:

- Las dificultades para el acceso de los niños y las niñas a los tribunales más allá de la voluntad de los progenitores o representantes legales.

⁴³ Ver artículo: Psicología jurídica en España: delimitación conceptual, campos de investigación e intervención y propuesta formativa dentro de la enseñanza oficial, VVAA, Anuario de Psicología Jurídica 2011.

- La falta de asesoramiento legal adecuado y accesible para los niños y las niñas.
- La falta de medios, tanto materiales como humanos, para abordar con todas las garantías la participación de los niños y las niñas en los procedimientos judiciales y respetar su derecho a ser escuchados.
- La falta de mecanismos de supervisión y denuncia por la actuación de los operadores jurídicos.

— 6 —

RECOMENDACIONES



6. RECOMENDACIONES

AL PODER LEGISLATIVO

- Ratificar el Convenio del Consejo de Europa sobre el ejercicio de los derechos de los niños y las niñas.
- Trasponer dentro de los plazos marcados las Directivas de la Unión Europea 2011/36/UE de 5 de abril relativa a la prevención lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; Directiva 2011/92/UE de 13 de diciembre relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; Directiva de 20 de septiembre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.
- Creación de una Subcomisión en el Congreso que estudie el modo de hacer accesibles y adaptados a los niños y las niñas los procedimientos judiciales de acuerdo al estado evolutivo de sus capacidades. El objetivo de esta subcomisión debería ser la adopción de una serie de recomendaciones que orienten las reformas necesarias en el ámbito de la Administración de Justicia para adaptarla a las necesidades de los niños y las niñas de acuerdo con las normas y los estándares internacionales de derechos humanos. También deberá analizar las necesidades presupuestarias adecuadas para su puesta en marcha.
- Reformar la Ley orgánica del poder judicial para la creación de una jurisdicción especializada para los procesos de derecho de familia que cuente con personal especializado y que disponga de los medios adecuados para garantizar que en todos los procedimientos en los que se vea afectado un

niño o una niña, se ejercen conforme a las prescripciones de las normas internacionales y a su derecho a ser debidamente informado y escuchado.

- Regular las garantías mínimas que rijan la participación del niño o la niña en lo procesos especiales de la Ley de enjuiciamiento civil relativos a menores para garantizar la plena realización de su derecho a ser escuchados.
- Reformar la Ley orgánica de protección jurídica del menor de modo que garantice una intervención homogénea de las administraciones ante situaciones de desprotección de niños y niñas, regule las garantías mínimas que deben vertebrar los procedimientos para la adopción de decisiones en materia de protección y defina indicadores para la determinación del interés superior del menor. Se debe garantizar la efectiva supervisión judicial de dos tipos de medidas, por un lado, las que se adopten encaminadas a la adopción del niño o la niña. Por otro, las que decidan el internamiento en centros del sistema de protección en los que se puedan ver limitados los derechos del menor de edad (los llamados “centros terapéuticos”).
- En esta ley debe garantizarse la adecuada asistencia legal (gratuita si el caso lo requiere) tanto de los progenitores como del menor de edad para poder emprender las acciones judiciales necesarias para recurrir las resoluciones administrativas que se adopten.
- Aprobar una Ley de medidas integrales para combatir la violencia contra la infancia entre cuyas disposiciones se refleje de manera expresa la definición y el modo de prevenir y evitar las situaciones de violencia institucional y revictimización que puede sufrir un niño o niña ante un proceso judicial.

- Aprobar una Ley sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal que, de manera expresa contemple la situación de los niños y las niñas víctimas de delitos, así como los cauces para hacer efectivos los derechos que les son reconocidos. Debe establecerse entre otros aspectos, la obligatoriedad de espacios especialmente habilitados en los juzgados y de personal técnico especializado para su adecuada valoración de acuerdo con las Directrices de Naciones Unidas sobre niños y niñas víctimas o testigos de delitos y las Directivas de la Unión Europea anteriormente indicadas.
- Llevar a cabo una revisión de la Ley orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y de su integración social, que garanticen un tratamiento adecuado a los menores de edad extranjeros no acompañados, previendo con carácter esencial un procedimiento para la determinación de su interés superior en el que se base la solución duradera que se adopte. En particular debe garantizar la asistencia jurídica en los procedimientos de determinación de la edad y documentación de estos niños y niñas.
- Incorporar a la normativa sobre funcionamiento del sistema judicial una descripción de las funciones de los diferentes profesionales de los equipos técnicos adscritos a los juzgados, así como un catálogo básico de sus derechos y obligaciones.

AL GOBIERNO

- Adoptar las medidas necesarias para la plena efectividad de las Directrices del Consejo de Europa sobre justicia adaptada a los niños y que rijan en todas las actuaciones judiciales y administrativas en las que tengan que participar niños y niñas.

- Dotar de los recursos necesarios a los órganos de la Administración de Justicia, para la adecuación del número de fiscales, personal técnico, defensores judiciales y abogados asignados a la defensa de menores de edad. Garantizar que el número de profesionales sean suficientes para el desarrollo efectivo de sus funciones de manera plenamente garantista con los derechos de todos los niños y las niñas.
- Propiciar la suficiencia de los medios materiales de que disponen los juzgados y tribunales para garantizar un tratamiento adecuado a los niños y las niñas que deban intervenir en procedimientos judiciales.
- Promover cursos de formación inicial y continua en derechos de infancia y evolución de las capacidades de los niños y las niñas para los miembros de la carrera fiscal, secretarios judiciales y otros funcionarios de la Administración de Justicia que con mayor frecuencia deben ejercer su labor de garantes del interés superior de niños y niñas.
- Aprobar el Reglamento de desarrollo de la Ley 12/2009 de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria y garantizar la adecuada formación en protección internacional de los principales actores que tienen que intervenir en estos procesos, especialmente los Cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado.

AL PODER JUDICIAL

- Promover una formación inicial y continua a los jueces y magistrados en derechos de infancia y evolución de las capacidades de los niños y las niñas, que aseguren una valoración y motivación adecuadas de sus resoluciones, basadas en el interés superior de los niños y las niñas.

- Supervisar periódicamente las actuaciones de los jueces y magistrados para garantizar la adecuada motivación de sus resoluciones en materia de derechos de los niños y las niñas.
- Aprobar protocolos para la orientación sobre la forma de examinar, interrogar u obtener testimonio de un niño o una niña inmerso en un proceso judicial de manera que resulte plenamente garantista con sus derechos, especialmente el derecho a ser escuchado, y evitando en todo caso experiencias revictimizadoras o violencia institucional.
- Reforzar los mecanismos que permitan una adecuada rendición de cuentas por el desarrollo de la función jurisdiccional de jueces y magistrados.

A LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- Realizar evaluaciones periódicas sobre el modo en que los fiscales están aplicando las disposiciones de las circulares donde se establecen los criterios de actuación para la garantía del interés superior de los menores.
- Promover la creación de un registro que recoja el número de procesos en que se ve afectado un niño o una niña.
- Incorporar a la doctrina en materia de extranjería sobre el papel de los fiscales en el tratamiento de los menores extranjeros no acompañados las recomendaciones respecto a los procesos de determinación de la edad del Defensor del Pueblo.

AL GOBIERNO EN COORDINACIÓN CON LOS GOBIERNOS AUTONÓMICOS CON COMPETENCIAS EN MATERIA DE JUSTICIA Y EL CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS DE PSICÓLOGOS

- Establecer una regulación homogénea en todo el Estado español con previsiones específicas cuyo objetivo sea:
 - Regular el grado de especialización y los requisitos para la habilitación de los profesionales para llevar a cabo las evaluaciones requeridas por los tribunales. El establecimiento de una serie de requisitos mínimos en cuanto a la formación y la experiencia profesional de las personas que sean contratadas por la Administración como funcionarios al servicio de la Administración de Justicia. También la creación de una habilitación para profesionales especializados en psicología forense y psicología infantil para que sean estos profesionales los que lleven a cabo las valoraciones que presenten las partes ante el órgano judicial con plena garantía de independencia y rigor.
 - Regular los deberes profesionales, márgenes de actuación, protocolos de intervención y mecanismos de rendición de cuentas efectivos por el desempeño de estos profesionales.
 - Garantizar que las sanciones impuestas por los comités deontológicos de los colegios profesionales son ejecutadas. Especialmente por parte de las administraciones empleadoras de estos profesionales cuando son funcionarios de la Administración de Justicia.

- Homogeneizar la forma en que se organiza el trabajo de los profesionales adscritos a los equipos técnicos de manera que garantice la independencia y el rigor de los dictámenes emitidos por estos profesionales.
- Promover la organización de este trabajo en forma de gabinete por áreas de especialización profesional (de psicólogos, trabajadores sociales, médicos, educadores) como ya existe en los juzgados de vigilancia penitenciaria, en lugar de la adscripción de equipos multidisciplinarios a juzgados concretos.

AL GOBIERNO EN COORDINACIÓN CON LOS GOBIERNOS AUTONÓMICOS CON COMPETENCIAS EN MATERIA DE JUSTICIA Y EL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA

- Incorporar en el Código deontológico de la abogacía española previsiones para garantizar el compromiso de los abogados en la defensa del interés superior de los niños y las niñas afectados por procedimientos en los que intervengan.
- Crear programas y servicios que garanticen la asistencia jurídica gratuita a niños y niñas implicados en un proceso judicial (y, en su caso, a sus representantes legales) por parte de abogados con formación especializada en derechos de infancia.
- Garantizar la existencia de mecanismos adaptados a los niños y las niñas para acceder a asistencia letrada gratuita cuando se vean afectados por un proceso judicial.

BIBLIOGRAFÍA

Naciones Unidas

- Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1990.
<http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>
- Observación General N°6 (2005) a la Convención de los Derechos del Niño sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.
- Observación General N° 7 (2005) a la Convención de los Derechos del Niño sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia, publicada por el Comité de los derechos del niño.
- Observación General N°10 (2006) a la Convención de los Derechos del Niño sobre los derechos del niño en la justicia de menores.
- Observación General N°12 (2009) a la Convención de los Derechos del Niño sobre el derecho del menor a ser escuchado.
- Observación General N°13 (2011) a la Convención de los Derechos del Niño sobre el derecho de los niños a ser protegidos frente a toda forma de violencia, publicada por el Comité de los derechos del niño.
- Observaciones disponibles en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm>

Aspectos civiles

- Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y a la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1986.
- Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 24 de febrero de 2010.
- Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993.

(Nota: este Convenio no fue adoptado en el ámbito de Naciones Unidas, sino auspiciado en el ámbito de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado)

Aspectos penales como víctimas o testigos

- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985.
- Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, aprobadas por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas el 10 de agosto de 2005.

- Convención contra la delincuencia organizada transnacional y protocolo facultativo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000.
- Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas presentados por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos en su informe al Consejo Económico y Social (E/2002/68/Add.1).

Aspectos penales como perpetradores de delitos

- Reglas mínimas de Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 28 de noviembre de 1985.
- Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990.
- Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990.

Niños y niñas extranjeros solicitantes de protección internacional

- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 28 de julio de 1951.
- Directrices del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados para la determinación del interés superior del niño de mayo de 2008.
- Directrices de protección internacional del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados sobre solicitudes de asilo de niños de 22 de diciembre de 2009.

Consejo de Europa

- Convención Europea sobre el ejercicio de los derechos de los niños de 25 de enero de 1996.
- Guidelines on Child Friendly Justice, aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de noviembre de 2010.
- Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio de Varsovia) de 16 de mayo de 2005.
- Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convención de Lanzarote) de 25 de octubre de 2007.

Unión Europea

- Directiva 2011/36/UE de 5 de abril relativa a la prevención lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.
- Directiva 2011/92/UE de 13 de diciembre relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.
- Directiva de 20 de septiembre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

Normas españolas

- Ley orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial.
- Ley 50/1981 de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
- Ley orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor.
- Código Civil.
- Ley 1/2000 de 7 de enero de enjuiciamiento civil.
- Código Penal.
- Ley de enjuiciamiento criminal.
- Ley orgánica 5/2000 de 12 de enero de responsabilidad penal del menor.
- Ley orgánica 2/2009 de 11 de diciembre de reforma de la Ley orgánica 4/200 de 11 de enero sobre

derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Doctrina Fiscalía General del Estado

- Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2009 de 10 de noviembre de sobre protección de menores víctimas y testigos de la Fiscalía General del Estado.
- Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011 de 2 de noviembre sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.
- Circular de la Fiscalía General del Estado 8/2011 de 16 de noviembre sobre criterios para la unidad de acción especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores.
- Circular de la Fiscalía General del Estado 9/2011 de 16 de noviembre sobre criterios para la unidad de acción especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores.

Informes Defensor del Pueblo

- ¿Menores o Adultos? Procedimientos para la determinación de la edad. Defensor del Pueblo, 2011.
- La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles. Defensor del Pueblo, 2011.
- Informe anual 2011 del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura.

Manuales y artículos

- The evolving capacities of the child. Gerison Lansdown. UNICEF Innocenti Research Centre and Save the Children, 2005.
- La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español. Julieta Moreno-Torres Sánchez. Thompson Reuters, Colección Monografías Aranzadi Derecho Civil, Pamplona, 2009.
- Protecting Children from Sexual Violence. A comprehensive approach. Council of Europe Publishing, 2010.
- Los menores extranjeros no acompañados. Isabel Lázaro González y Beatriz Moroy Arambarri (Coords.) Tecnos, 2010.
- Los menores en el proceso judicial. La protección del menor frente al derecho a un juicio justo. M^a Fuencisla Alcón Yustas, Federico de Montalvo Jääskeläinen (Coords.) Tecnos, 2011.

Informes Save the Children

- Agenda de Infancia (2012-2015), Save the Children, septiembre de 2011.
http://www.savethechildren.es/ver_doc.php?id=121
- En la Violencia de Género no hay una sola víctima, Save the Children, febrero de 2011.
http://www.savethechildren.es/ver_doc.php?id=111

- Investigación sobre decisiones judiciales en materia de guarda y custodia y régimen de visitas. La violencia de género como variable de las decisiones judiciales en materia civil sobre guarda y custodia y régimen de visitas de hijos e hijas, Save the Children, noviembre de 2011.

http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/publicaciones/estudiosinvestigaciones/Estudios_Investigaciones/Save_Children.htm

- Más allá de los golpes: ¿por qué es necesaria una ley? Informe sobre la violencia contra los niños y las niñas, Save the Children, mayo de 2012.

http://www.savethechildren.es/ver_doc.php?id=133

- La justicia española frente al abuso sexual infantil en el entorno familiar. Un análisis de casos a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos, septiembre de 2012.

http://www.savethechildren.es/ver_doc.php?id=149



ANEXO

DIRECTRICES
DEL CONSEJO DE EUROPA
SOBRE JUSTICIA ADAPTADA
A LOS NIÑOS

(Traducción no oficial)

DIRECTRICES DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE JUSTICIA ADAPTADA A LOS NIÑOS

Adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010 en el 1098º encuentro de los ministros. Versión editada de 31 de mayo de 2011.

Preámbulo

El Comité de Ministros,

Considerando que el propósito del Consejo de Europa es alcanzar una mayor unidad entre los Estados miembro, en particular mediante la promoción de la adopción de normas comunes en asuntos legales.

Considerando la necesidad de asegurar la efectiva implementación de los estándares universales y europeos existentes para la protección y promoción de los derechos de los niños, incluyendo en particular:

- Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los refugiados (1951).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).
- Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989).
- Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).
- Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950).
- Convención Europea para el Ejercicio de los Derechos de los Niños (1996).
- Carta Social Europea (Revisada, 1996).
- Convención Europea sobre el contacto con los hijos y las hijas (2003).
- Convenio Europeo sobre la protección de los niños y las niñas contra el abuso y la explotación sexual (2007).
- Convenio Europeo sobre la adopción de niños (Revisado, 2008).

Considerando que, como garantía establecida en la Convención Europea de Derechos Humanos y en línea con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derechos de cualquier persona de acceder a la justicia y a un juicio justo –en todos sus elementos, incluidos en particular el derecho a ser informado, el derecho a ser oído, el derecho a defensa legal y el derecho a ser representado- es necesario en una sociedad democrática y se aplica igualmente a los niños y las niñas teniendo en cuenta, en cualquier caso, su capacidad de formarse sus propios puntos de vista.

Recordando la jurisprudencia relevante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, decisiones, informes y otros documentos relevantes de otras instituciones y órganos del Consejo de Europa incluyendo las recomendaciones del Comité Europeo para la prevención de la tortura y castigos o tratamientos inhumanos o degradantes, y declaraciones y opiniones del Comisario Europeo de Derechos Humanos y varias recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

Señalando varias recomendaciones del Comité de Ministros de los Estados miembro en el área de derechos de los niños y las niñas, incluyendo la Recomendación (2003)⁵ sobre medidas de detención de solicitantes de asilo, la Recomendación (2003)²⁰ sobre nuevas formas de abordar la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil, la Recomendación (2005)⁵ sobre los derechos de los niños y las niñas que viven en instituciones residenciales, la Recomendación (2006)² sobre reglas penitenciarias europeas, la Recomendación (2008)¹¹ sobre las normas europeas para menores infractores sujetos a sanciones o medidas, Recomendación (2009)¹⁰ sobre las directrices para las estrategias nacionales integrales para la protección de los niños y las niñas contra la violencia.

Recordando la Resolución n°2 sobre justicia adaptada a los niños y las niñas, adoptada en la 28ª Conferencia de Ministros de Justicia europeos (Lanzarote, octubre de 2007).

Considerando la importancia de salvaguardar los derechos de los niños y las niñas recogidos en instrumentos como:

- Reglas mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores. Reglas de Beijing (1985).

- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Reglas de La Habana (1990).
- Reglas de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil Directrices de Riad (1990).
- Directrices de Naciones Unidas sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños y las niñas víctimas y testigos de delitos (2005).
- Nota orientativa del Secretario General sobre la aproximación de las Naciones Unidas a la Justicia para los niños y las niñas (2008).
- Principios relativos al papel y funcionamiento de instituciones nacionales de promoción y protección de los Derechos Humanos. Principios de París.

Recordando la necesidad de garantizar la efectiva implementación de las normas vinculantes ya existentes relacionadas con los derechos de los niños y las niñas, sin perjuicio de que los Estados miembro introduzcan o apliquen estándares más altos o medidas más favorables.

Tomando como referencia el programa del Consejo de Europa "Construir una Europa por y con los niños y las niñas".

Reconociendo el progreso hecho en algunos Estados miembro en torno a la implementación de una justicia adaptada a los niños y las niñas.

Tomando nota, sin embargo, de que existen obstáculos para los niños y las niñas dentro del sistema de justicia como, entre otros, la inexistencia, parcialidad o condicionalidad legal del derecho de acceder a la justicia, la diversidad y complejidad de los procedimientos, y la posible discriminación de determinados colectivos.

Recordando la necesidad de prevenir la posible victimización secundaria de los niños y las niñas por parte del sistema judicial en los procedimientos que los impliquen o afecten.

Invitando a los Estados miembro a investigar las lagunas y los problemas existentes e identifiquen áreas donde los principios y prácticas de la justicia adaptada a los niños y las niñas puedan ser introducidas.

Teniendo en cuenta los puntos de vista y las opiniones de los niños y las niñas consultados en los Estados miembro del Consejo de Europa.

Señalando que el objetivo de las Directrices es contribuir a la identificación de soluciones prácticas para las deficiencias existentes, tanto en la legislación como en la práctica.

[El Comité de Ministros] Adopta las siguientes Directrices para que sirvan como una herramienta práctica a los Estados miembro para la adaptación de sus sistemas judiciales y no judiciales a los derechos, intereses y necesidades específicos de los niños y las niñas e invita a los Estados miembro a asegurar que estas Directrices son ampliamente difundidas entre todas las autoridades responsables de o involucradas de cualquier otra manera con los derechos de los niños y las niñas en la justicia.

I. Alcance y finalidad

1. Las directrices abordan el lugar, papel y puntos de vista, derechos y necesidades del niño o la niña en procedimientos judiciales o procedimientos alternativos a los judiciales.
2. Deberán aplicarse a todas las situaciones en las que sea probable que un niño o una niña, por cualquier razón y en cualquier capacidad, llegue a entrar en contacto con cualquier órgano o servicio competente en la implementación de la legislación penal, civil o administrativa.
3. El propósito de las Directrices es asegurar que en cualquiera de estos procedimientos, todos los derechos de los niños y las niñas, en particular sus derechos a la información, a la representación, a la participación y a la protección, son plenamente respetados otorgando la debida consideración al nivel de madurez y comprensión del niño o la niña afectado y a todas las demás circunstancias del caso. Respetar los derechos de los niños y las niñas no debe poner en peligro los derechos de las otras partes involucradas en el proceso.

II. Definiciones

Para el propósito de estas directrices sobre justicia adaptada a los niños (en adelante, las Directrices):

- a. Niño (o niña) es cualquier persona menor de 18 años de edad.

b. Padre y/o madre, se refiere a la persona o las personas que tienen atribuida la responsabilidad parental conforme al derecho nacional. En el caso de que estén ausentes o no ostenten esta responsabilidad, esta puede ser ejercida por un tutor o por un representante legal que se nombre.

c. "Justicia adaptada a los niños" hace referencia a los sistemas de justicia que garantizan el respeto y la efectiva implementación de todos los derechos de los niños y las niñas al más alto nivel posible, teniendo presentes los principios que se detallan a continuación y dando la consideración debida al nivel de madurez y comprensión del niño o la niña y las circunstancias del caso. Esto supone, en particular, que es una justicia accesible, apropiada a la edad del niño o la niña, rápida, diligente, adaptada a y centrada en las necesidades y derechos del niño o la niña respetando sus derechos, incluido el derecho al debido proceso, a participar en y a comprender los procedimientos, a que se respete su vida privada y familiar y a la integridad y dignidad.

III. Principios fundamentales

1. Las Directrices se fundan en los principios consagrados en los instrumentos identificados en el preámbulo y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2. Estos principios son más profundamente desarrollados en los siguientes epígrafes y deben aplicarse a todos los capítulos de estas Directrices.

A. PARTICIPACIÓN

1. El derecho de todos los niños y las niñas a ser informados sobre sus derechos, a que se les faciliten mecanismos apropiados para acceder a la justicia y a ser consultados y escuchados en procedimientos que les impliquen o afecten deben ser respetados. Esto incluye, en particular, otorgar a los puntos de vista del niño o la niña el peso adecuado conforme a su nivel de madurez y tener en cuenta cualquier tipo de dificultad de comunicación que puedan surgir para hacer que la participación del niño o la niña sea lo más significativa posible.

2. Los niños y las niñas deben ser considerados y tratados como auténticos titulares de derechos, y deben estar legitimados para ejercer todos sus

derechos de un modo que tenga en cuenta su capacidad de formarse sus propios puntos de vista y las circunstancias concretas del caso.

B. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

1. Los Estados miembro deben garantizar la efectiva implementación del derecho del niño o la niña a que su interés superior sea la consideración fundamental en todos los asuntos en que estén implicados o les afecten.

2. En la determinación del interés superior de los niños o las niñas implicados o afectados es necesario:

- Tener en cuenta los puntos de vista y opiniones del niño o la niña a los que se debe otorgar el peso adecuado.
- Todos los demás derechos de los niños o las niñas, como el respeto a su dignidad, libertad e igual tratamiento deben ser respetados en todo momento.
- Debe adoptarse una aproximación integral por parte de todas las autoridades relevantes para tener debidamente en cuenta en cada caso todos los intereses en juego, incluyendo el bienestar físico y psicológico del niño o la niña, así como sus intereses legales, sociales y económicos.

3. El interés superior de todos los niños y las niñas implicados en un mismo procedimiento o caso, debe determinarse individualizadamente y ponderarse procurando reconciliar los intereses en conflicto entre los niños y las niñas.

4. Aunque las autoridades judiciales tengan la competencia última y la responsabilidad de adoptar las decisiones finales, los Estados miembro deben llevar a cabo, donde sea necesario, esfuerzos concertados para establecer aproximaciones multidisciplinarias con el objetivo de determinar cuál es el mejor interés de los niños y las niñas en los procedimientos en que estén implicados.

C. DIGNIDAD

1. Los niños y las niñas deben ser tratados con cuidado, sensibilidad, justicia y respeto a lo largo de todo el procedimiento o caso, prestando especial atención a su situación personal, bienestar y necesidades específicas, y con pleno respeto por su integridad física y psicológica. Este tratamiento les es debido cualquiera que sea el modo en que hayan entrado en contacto con

procedimientos judiciales o no judiciales u otro tipo de intervenciones, sin importar su situación legal o capacidad.

2. Los niños y las niñas no serán sometidos a tortura o tratamientos o castigos inhumanos o degradantes.

D. PROTECCIÓN FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN

1. Los derechos de los niños y las niñas deben ser asegurados sin discriminación de ninguna clase basada en el sexo, raza, color, origen étnico, edad, lengua, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, origen socio-económico, situación de su padre y/o madre, pertenencia a una minoría nacional, propiedad, nacimiento, identidad de género o cualquier otra situación.

2. Los niños y las niñas más vulnerables pueden necesitar que se les garantice protección específica y asistencia, entre los más vulnerables estarían los niños y las niñas migrantes, refugiados y demandantes de asilo, niños y niñas no acompañados, con discapacidad, sin hogar o que viven en la calle, niños y niñas romanés y niños y niñas en instituciones residenciales.

E. ESTADO DE DERECHO

1. El principio del Estado de derecho debe ser plenamente aplicado a los niños y las niñas tal y como lo es a los adultos.

2. Los elementos del debido proceso, como los principios de legalidad y proporcionalidad, la presunción de inocencia, el derecho a un juicio justo, el derecho a asesoramiento legal, el derecho a acceder a los tribunales y a apelar, deben ser garantizados para los niños y las niñas de la misma manera que lo son para los adultos, y no ser minimizados o denegados bajo el pretexto del interés superior del niño o la niña. Esto debe aplicarse en todos los procedimientos judiciales, no judiciales y administrativos.

3. Los niños y las niñas deben tener el derecho de acceder a mecanismos de denuncia apropiados, independientes y efectivos.

IV. Justicia adaptada a los niños antes, durante y después de los procesos judiciales

A. ELEMENTOS GENERALES DE UNA JUSTICIA ADAPTADA A LOS NIÑOS

Información y asesoramiento

1. Desde el primer contacto que tengan con el sistema de justicia u otras autoridades competentes (como policía, inmigración, educación, servicios sociales o sanitarios) y a lo largo de todo el proceso, los niños y las niñas y su(s) padre y/o madre deben ser pronta y adecuadamente informados de, entre otros aspectos:

- a. Sus derechos, en particular los derechos que específicamente tienen los niños y las niñas respecto a los procedimientos judiciales o no judiciales en los que estén o puedan estar implicados, y de los instrumentos a su disposición para reparar posibles violaciones de sus derechos incluida la oportunidad de recurrir tanto a procedimientos judiciales como no judiciales u otras intervenciones. Esto puede incluir información sobre la posible duración de los procedimientos, el posible acceso a apelaciones y mecanismos independientes de denuncia.
- b. El sistema y procedimientos que se van a seguir; con especial atención a la situación particular que tendrá el niño o la niña en ellos y los diferentes pasos procedimentales de los mismos.
- c. Los mecanismos de apoyo existentes para el niño o la niña que participa en el procedimiento judicial o no judicial.
- d. La adecuación y posibles consecuencias de un procedimiento tanto ante un tribunal como fuera del ámbito judicial.
- e. Donde sea aplicable, los cargos o el seguimiento dado a su denuncia.
- f. El tiempo y lugar donde se llevarán a cabo los procedimientos ante el tribunal y otros momentos importantes del proceso, como la celebración de las audiencias, si el niño o la niña está personalmente afectado.
- g. El progreso general y resultado de los procedimientos o la intervención.

- h. La disponibilidad de medidas de protección.
 - i. La existencia de mecanismos para la revisión de decisiones que afecten al niño.
 - j. Las oportunidades existentes para obtener reparación por parte del ofensor o el Estado a través del procedimiento que se esté llevando ante la justicia, de un procedimiento civil alternativo u otro tipo de procedimientos.
 - k. La disponibilidad de servicios (de salud, psicológicos, sociales, de interpretación y traducción y otros) u organizaciones que puedan proporcionar el apoyo y los medios para acceder a estos servicios así como apoyo económico de urgencia cuando sea aplicable.
 - l. Cualquier acuerdo especial que pueda alcanzarse para proteger con la mayor rapidez posible el mejor interés del niño o la niña en el caso de que resida en otro Estado.
2. La información y asesoramiento se debe proporcionar a los niños y las niñas de una manera adaptada a su edad y madurez, en una lengua que comprendan y que sea sensible a aspectos de género y particularidades culturales.
3. Como norma, tanto el niño o la niña como su padre, madre o representante legal deben recibir directamente la información. Proporcionar la información al padre y/o la madre no debe ser una alternativa a la comunicación de la información directamente al niño o la niña.
4. Deben hacerse accesibles y distribuirse ampliamente materiales adaptados a los niños y las niñas que contengan información legal relevante, e igualmente deben establecerse servicios de información especiales, como páginas web y líneas de ayuda especializadas.
5. Ante cualquier cargo presentado contra un niño o una niña, él o ella debe ser pronta y directamente informado tan pronto se presenten. Esta información debe ser transmitida tanto al niño o la niña como a su padre y/o madre de un modo que haga comprensible con toda la precisión posible el cargo presentado y sus posibles consecuencias.

Protección de la intimidad y la vida familiar

6. La intimidad y datos personales de los niños y las niñas que estén o hayan estado implicados en procedimientos judiciales o no judiciales u otras intervenciones deben ser protegidos de acuerdo con la legislación nacional.

Esto, en términos generales, implica que ningún tipo de información o datos personales deben ser accesibles o publicarse, particularmente por parte de los medios de comunicación que podrían llegar a revelar o, indirectamente hacer posible la identificación de la identidad del niño o la niña mediante imágenes, o dando descripciones detalladas del niño o la niña y su familia, nombres o direcciones, grabaciones de vídeo y audio, etc.

7. Los Estados miembro deben prevenir violaciones del derecho a la intimidad tal y como se menciona en describe en el párrafo anterior por parte de los medios de comunicación mediante la adopción de medidas legislativas o supervisando los mecanismos de autorregulación de los medios.

8. Los Estados miembro deben estipular la limitación del acceso a todos los registros o documentos que contengan información personal y sensible sobre niños y niñas, en particular en los procedimientos que les afecten. Si la transmisión de datos personales y sensibles es necesaria, habiendo tenido en cuenta que esto se ajusta a su interés superior; los Estados miembro deben regular esta transmisión en línea con la legislación vigente en materia de protección de datos.

9. Dondequiera que niños o niñas deban ser escuchados, o proporcionar pruebas para cualquier procedimiento judicial, no judicial u otro tipo de intervención, en la medida de lo posible se llevará a cabo preferiblemente ante una cámara. Como norma, deberán estar presentes en este momento solo personas directamente implicadas, siempre que su presencia no obstruya la declaración del niño o la niña.

10. Los profesionales que trabajen con y para niños y niñas deben cumplir con estrictas reglas de confidencialidad, excepto ante situaciones en que pueda haber riesgo de dañar al niño o la niña.

Seguridad (medidas preventivas especiales)

11. En todos los procedimientos judiciales, no judiciales u otro tipo de intervenciones, los niños y las niñas deben ser protegidos de cualquier daño, incluyendo intimidación, represalias y victimización secundaria.

12. Los profesionales que trabajen con y para niños y niñas deberán, en caso necesario, ser sometidos a una evaluación regular; conforme a las leyes nacionales y sin perjuicio de la independencia del poder judicial, para asegurar su idoneidad para trabajar con niños y niñas.

13. Deberán aplicarse medidas preventivas especiales cuando el presunto perpetrador sea un padre y/o una madre, un miembro de la familia, o un cuidador primario.

Formación de profesionales

14. Todos los profesionales que trabajen con y para niños y niñas deben recibir la formación interdisciplinaria necesaria sobre derechos y necesidades de los niños y las niñas de diferentes grupos de edad y sobre procedimientos adaptados a ellos y ellas.

15. Los profesionales que tengan contacto directo con niños y niñas deben estar formados para comunicarse con ellos a cualquier edad, estado evolutivo, y con niños y niñas en una situación de particular vulnerabilidad.

Aproximación multidisciplinaria

16. Con pleno respeto del derecho del niño o la niña a la intimidad y la vida familiar, la estrecha cooperación entre diferentes profesionales debe ser promovida para alcanzar una comprensión integral en torno al niño o la niña, y la determinación de su situación legal, psicológica, social, emocional física y cognitiva.

17. Debe establecerse un marco común de evaluación para profesionales que trabajen con y para niños y niñas (como abogados, psicólogos, médicos, policía, agentes de inmigración, trabajadores sociales y mediadores) en procedimientos o intervenciones que les impliquen o afecten para proporcionar cualquier tipo de apoyo que necesite el responsable de tomar decisiones, para servir del mejor modo a los intereses de los niños o las niñas en un caso determinado.

18. En la aplicación de un enfoque multidisciplinario las normas profesionales sobre confidencialidad deben ser respetadas.

Privación de libertad

19. Cualquier forma de privación de libertad de un niño o una niña debe ser una medida de último recurso y durar el menor tiempo posible.

20. Cuando se impone una medida de privación de libertad los niños y las niñas deben, como norma, estar separados de los adultos. Cuando los niños y las niñas se encuentren detenidos junto a adultos, debe ser por razones excepcionales y basadas exclusivamente en el interés superior del niño o

la niña. En cualquier caso, las instalaciones donde se encuentren detenidos deben estar adecuadas a sus necesidades.

21. Dada la vulnerabilidad de los niños y las niñas privados de libertad, la importancia de los lazos familiares y de promover la reintegración en la sociedad, las autoridades competentes deben asegurar el respeto y apoyo activo a la realización de los derechos de los niños y las niñas establecidos en los instrumentos universales y europeos. Además de otros derechos, los niños y las niñas deben, en particular, tener derecho a:

- a. Mantener contacto regular y significativo con su padre y/o madre, familia y amigos mediante visitas y correspondencia, excepto que se requieran restricciones en interés de la justicia o del propio niño o niña. Nunca deben usarse las restricciones a este derecho como castigo.
- b. Recibir una adecuada educación, orientación vocacional, formación y asistencia médica, disfrutar de libertad de pensamiento, conciencia y religión y a acceder a actividades de ocio, como educación física y práctica deportiva.
- c. Acceder a programas que preparen a niños y niñas por adelantado para la vuelta a sus entornos, con plena atención a sus necesidades emocionales y físicas, sus relaciones familiares, sus hogares, su escolarización, posibilidades de empleo y situación socio-económica.

22. La privación de libertad de niños y niñas no acompañados, incluidos los y las demandantes de asilo, nunca debe basarse exclusivamente en la carencia de residencia legal.

B. JUSTICIA ADAPTADA A LOS NIÑOS ANTES DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

23. La edad mínima de responsabilidad penal no debe ser muy baja y debe estar determinada por una ley.

24. Las alternativas a procedimientos judiciales tales como la mediación, la adopción de resoluciones extrajudiciales y mecanismos alternativos de resolución de conflictos deben ser promovidos en la medida que puedan servir a la realización del interés superior del niño o la niña. El uso inicial de este tipo de alternativas nunca debe ser empleado como un obstáculo para el acceso del niño o la niña a la justicia con posterioridad.

25. Los niños deben estar perfectamente informados y ser consultados sobre la posibilidad de recurrir tanto a un procedimiento judicial como a otras alternativas fuera de los tribunales. Esta información debe incluir la explicación de las consecuencias de cada opción. A partir de una información adecuada, legal o de cualquier otro tipo, deben existir alternativas para recurrir bien a un procedimiento ante los tribunales o a una alternativa a estos procedimientos en la medida que existan. Los niños y las niñas deben tener la posibilidad de obtener asesoramiento legal y cualquier otro tipo de asistencia para determinar la adecuación y ventajas que ofrecen las alternativas propuestas. Al adoptar esta decisión, los puntos de vista del niño o la niña deben ser tenidos en cuenta.

26. Las alternativas a los procedimientos judiciales deben garantizar un nivel de protección legal equivalente. El respeto por los derechos de niños y niñas tal y como se describen en estas Directrices y en todos los instrumentos legales relevantes sobre derechos de los niños y las niñas deben ser garantizados en la misma medida tanto en procedimientos ante los tribunales como fuera de los órganos judiciales.

C. LOS NIÑOS Y LA POLICÍA

27. La policía debe respetar los derechos individuales y dignidad de todos los niños y las niñas y debe tener en cuenta su vulnerabilidad, esto es, tener en cuenta su edad y madurez, así como cualquier necesidad especial que puedan tener los niños y las niñas con una discapacidad física o mental o tener dificultades de comunicación.

28. En cualquier situación en que la policía retenga a un niño o una niña, él o ella debe ser informado de un modo y con un lenguaje que resulte adecuado a su edad y nivel de comprensión de las razones por las que él o ella es llevado en custodia. Los niños y las niñas deben poder acceder a un abogado y tener la oportunidad de contactar con su padre, madre o persona en la que confíe.

29. Salvo en circunstancias excepcionales, el padre o la madre debe(n) ser informado(s) de la presencia del niño o la niña en dependencias policiales, conocer los detalles sobre la razón por la que haya sido llevado en custodia, y solicitar su presencia en la comisaría.

30. Un niño o una niña que haya sido llevado en custodia por la policía, no debe ser interrogado sobre el comportamiento criminal ni requerirle la firma de declaraciones sobre su implicación salvo en presencia de un abogado, el padre o la madre o, si no están disponibles, cualquier otra

persona en que confíe el niño o la niña. El padre, madre o esta persona puede ser apartada si se sospecha su implicación en el crimen o si adoptan una conducta que pueda ser considerada como obstrucción a la justicia.

31. La policía debe asegurar que, en la medida de lo posible, ningún niño o niña que mantenga en custodia es retenido junto a adultos.

32. Las autoridades deben asegurar que los niños y las niñas que mantengan en custodia, lo están en condiciones seguras y adecuadas a sus necesidades.

33. En Estados miembro en que caiga bajo su competencia, los fiscales deben asegurar que las aproximaciones adaptadas a niños y niñas se implementan a lo largo del proceso de investigación.

D. JUSTICIA ADAPTADA A LOS NIÑOS DURANTE LOS PROCEDIMIENTOS

1. Acceso a los tribunales y al proceso judicial

34. Como titulares de derechos, los niños y las niñas deben disponer de recursos a los que acudir para ejercer efectivamente sus derechos o actuar ante violaciones de sus derechos. La legislación nacional debe facilitar en la medida de lo posible la posibilidad de acceder a los tribunales para niños y niñas que tengan una comprensión suficiente sobre sus derechos y el uso de los recursos disponibles para protegerlos a partir de un asesoramiento jurídico adecuado.

35. Cualquier obstáculo para el acceso a los tribunales, como fijar un coste a los procedimientos o la falta de asesoramiento legal, debe ser eliminado.

36. En el caso de ciertos delitos cometidos contra niños o niñas o ciertos aspectos del derecho civil o de familia, debe garantizarse el acceso a los tribunales durante un periodo de tiempo posterior a que el niño o la niña alcance la mayoría de edad en caso necesario. Se insta a los Estados miembro a que revisen en su legislación nacional cualquier limitación a este derecho.

2. Asesoramiento jurídico y representación

37. Los niños y las niñas deben tener derecho a su propio asesoramiento legal y a la representación en su propio nombre en procedimientos donde haya o pueda haber un conflicto de intereses entre el niño o la niña y su padre y/o madre u otras partes implicadas.

38. Los niños y las niñas deben tener acceso a asistencia jurídica gratuita bajo las mismas o más flexibles condiciones que los adultos.
39. Los abogados que representen niños y niñas deben tener formación específica y conocimiento sobre aspectos relacionados con los derechos de los niños y las niñas, recibiendo formación continua y en profundidad que les capacite para comunicarse adecuadamente con niños y niñas con diferentes niveles de comprensión.
40. Los niños y las niñas deben ser considerados clientes de pleno derecho, con sus propios derechos y los abogados que los y las representen deben llevar adelante lo que el niño o la niña haya decidido.
41. Los abogados deben proporcionar al niño o la niña toda la información y explicaciones necesarias respecto a las posibles consecuencias de sus puntos de vista y opiniones.
42. En los casos en que haya conflicto de intereses entre un niño o una niña y su padre y/o madre, la autoridad competente debe nombrar bien un tutor ad litem u otro representante independiente para defender los puntos de vista e intereses del niño o la niña.
43. Una representación adecuada y el derecho a la misma de manera independiente respecto del padre y/o la madre debe ser garantizada, especialmente en los procedimientos en los que el padre y/o la madre son los presuntos ofensores.

3. El derecho a ser escuchado y expresar sus puntos de vista

44. Los jueces deben respetar el derecho de niños y niñas a ser escuchados en todos los asuntos que les afectan, o que al menos sea escuchado cuando se considera que tiene un nivel de comprensión suficiente sobre el asunto. Los medios que se empleen para este propósito deben estar adaptados al nivel de comprensión y habilidades de comunicación del niño o la niña tomando en consideración las circunstancias del caso. Niños y niñas deben ser consultados sobre el modo en que les gustaría ser escuchados.
45. Debe otorgarse el peso adecuado a los puntos de vista y opiniones de acuerdo con su edad y madurez.
46. El derecho a ser escuchado es un derecho del niño o la niña, no una obligación.

47. A un niño o una niña no se le debe impedir ser escuchado basándose exclusivamente en su edad. Ante cualquier situación en la que un niño o una niña tome la iniciativa de ser escuchado en un caso que le afecte, el juez no debería, a menos que así lo aconseje la realización del interés superior del niño o la niña, negarse a escucharle y debe escuchar sus puntos de vista y opiniones sobre los asuntos relativos al caso que le afecten.

48. Se debe proporcionar a los niños y las niñas toda la información necesaria sobre cómo ejercer de manera efectiva su derecho a ser escuchado. Sin embargo, debe explicárseles que su derecho a ser escuchados y a que sus puntos de vista sean tenidos en cuenta no tiene que determinar, necesariamente, la decisión final que se adopte.

49. Sentencias y otras resoluciones emanadas de los tribunales que afecten a niños y niñas deben estar debidamente motivadas y ser explicadas en un lenguaje que los niños y las niñas puedan entender, particularmente en las decisiones en que los puntos de vista expresados por el niño o la niña y sus opiniones no coincidan con la decisión final adoptada.

4. Evitar dilaciones indebidas

50. En todos los procedimientos en que haya niños y niñas involucrados, el principio de urgencia debe ser aplicado para otorgar una respuesta rápida que proteja el interés superior de cada niño o niña en la medida que esto sea compatible con el principio de legalidad.

51. En casos de derecho de familia (por ejemplo filiación, custodia, secuestro parental), el tribunal debe ejercer una excepcional diligencia para evitar cualquier riesgo de consecuencia adversa para las relaciones familiares.

52. Cuando sea necesario, las autoridades judiciales deben considerar la posibilidad de adoptar decisiones provisionales o llevar a cabo juicios preliminares que sean supervisados durante un periodo de tiempo determinado y posteriormente revisados.

53. De acuerdo con la ley, las autoridades judiciales deben tener la posibilidad de adoptar decisiones inmediatamente ejecutables en los casos en que esto sea en interés del niño o la niña.

5. Organización de los procedimientos, ambiente agradable para los niños y lenguaje adaptado

54. En todos los procedimientos, los niños y las niñas deben ser tratados respetando su edad, sus necesidades especiales, su madurez y nivel de comprensión, y teniendo presente cualquier tipo de dificultad de comunicación que puedan tener. Los casos en que haya niños y niñas implicados, deben realizarse en ámbitos no intimidantes y adaptados para niños y niñas.

55. Antes de que comience el procedimiento, los niños y las niñas deben estar familiarizados con la distribución del espacio en el tribunal y otras dependencias y el papel y la identidad de los actores que participen en él.

56. Debe emplearse un lenguaje apropiado a la edad del niño o la niña y su nivel de comprensión.

57. Cuando niños y niñas sean escuchados o entrevistados en procedimientos judiciales o no judiciales u otro tipo de intervenciones, los jueces y demás profesionales deberán interactuar con ellos y ellas con respeto y sensibilidad.

58. A los niños y las niñas se les debe permitir estar acompañados por su padre y/o madre o, en la medida de lo posible, un adulto de su elección, a menos que se haya adoptado una decisión razonada en sentido contrario respecto a esa persona.

59. Los métodos de entrevista, como grabaciones de vídeo o audio o audiencias pre judiciales grabadas, deben poder ser empleadas y consideradas como pruebas admisibles.

60. Niños y niñas deben ser protegidos en la medida de lo posible, contra imágenes o información que pueda ser dañina para el bienestar del niño o la niña afectado. Al decidir sobre la revelación al niño o la niña de imágenes o información que puedan resultarle dañinas, el juez podrá buscar asesoramiento de otros profesionales como psicólogos o trabajadores sociales.

61. Las sesiones del tribunal en el que participen niños o niñas deberán adaptarse a su ritmo y capacidad de atención: deben planificarse descansos regulares y las audiencias no deberían prolongarse en exceso. Para facilitar la participación de niños y niñas, al mayor nivel posible de su capacidad cognitiva y para proporcionarles estabilidad emocional, las interrupciones y distracciones durante las sesiones deben ser las mínimas.

62. En la medida de lo posible y apropiado las salas de entrevista y las de espera deben estar acondicionadas de manera adaptada a niños y niñas.

63. En la medida de lo posible, para niños y niñas en conflicto con la ley deben establecerse tribunales (o salas), procedimientos e instituciones especializados. Esto incluye establecer unidades especializadas de policía, poder judicial, Administración de Justicia y fiscalía.

6. Pruebas, declaraciones de los niños

64. Las entrevistas y recopilación de declaraciones de niños y niñas deberán, en la medida de lo posible, ser conducidas por profesionales expresamente capacitados para hacerlo. Deben hacerse todos los esfuerzos para que los niños y las niñas puedan prestar declaración en los emplazamientos y las condiciones más adecuados a la vista de su edad, madurez, nivel de comprensión y cualquier dificultad de comunicación que puedan tener.

65. El empleo de declaraciones de niños y niñas víctimas o testigos en soporte audiovisual deben ser estimuladas en la medida que respeten el derecho de las otras partes a refutar el contenido de las declaraciones.

66. Cuando sea necesaria más de una entrevista, deberán ser conducidas preferiblemente por la misma persona para asegurar la coherencia en la aproximación a lo que constituye el interés superior del niño o la niña.

67. El número de entrevistas debe ser lo más limitado posible y su duración debe estar adaptada a la edad del niño o la niña y su capacidad de atención.

68. En la medida de lo posible, debe evitarse el contacto directo, confrontación o interacción entre el niño o la niña testigo o víctima con los presuntos perpetradores a menos que el propio niño o niña lo requiera.

69. Niños y niñas deben tener la oportunidad de prestar declaración en procedimientos penales sin la presencia del presunto perpetrador.

70. La existencia de normas menos estrictas sobre la forma de prestar declaración de niños y niñas, tales como la ausencia del requisito de prestar juramento o declaraciones similares, u otras medidas procedimentales adaptadas a los niños o las niñas, no deben, por sí mismas, disminuir el valor otorgado al testimonio o prueba que proporcione.

71. Deben diseñarse protocolos para las entrevistas que tomen en cuenta los diferentes estados evolutivos de niños y niñas y deben implementarse para sustentar la validez de las pruebas que niños y niñas proporcionen.

Se deben evitar en ellos preguntas orientadas para, con ello, mejorar la fiabilidad del testimonio.

72. Atendiendo al interés superior y el bienestar de niños y niñas, el juez debe poder permitirles no testificar.

73. Las declaraciones y pruebas proporcionadas por niños y niñas nunca deben presumirse inválidas o poco fiables a partir exclusivamente de la edad del niño o la niña.

74. Debe examinarse la posibilidad de tomar declaración a niños y niñas víctimas y testigos en dependencias y entornos adecuados y adaptados para ellos y ellas.

E. LA JUSTICIA ADAPTADA A LOS NIÑOS DESPUÉS DE LOS PROCESOS JUDICIALES

75. El abogado, tutor ad litem o representante legal del niño o la niña debe comunicarle y explicarle la decisión o sentencia dictada en un lenguaje adaptado a su nivel de comprensión y se le debe proporcionar la información necesaria sobre posibles medidas que puedan emprenderse, tales como la apelación o el recurso a mecanismos de denuncia independientes.

76. Las autoridades nacionales deben dar todos los pasos necesarios para garantizar la ejecución sin dilación de decisiones u otras resoluciones judiciales que impliquen y afecten a niños y niñas.

77. Cuando no cumpla una resolución, los niños y las niñas deben ser informados a través de su abogado, tutor ad litem o representante legal de los recursos disponibles para su cumplimiento tanto a través de mecanismos no judiciales como reclamándolo ante los tribunales.

78. La implementación de decisiones judiciales por la fuerza debe ser una medida de último recurso en casos de derecho de familia en que haya niños o niñas implicados.

79. Tras juicios altamente conflictivos debe ofrecerse, idealmente de manera gratuita, orientación y apoyo a los niños, las niñas y sus familias por parte de servicios especializados.

80. Deben proporcionarse asistencia médica particular y programas o medidas de intervención terapéutica y social adecuados para víctimas de negligencia, violencia o abuso u otros crímenes, idealmente de manera

gratuita, y los niños, las niñas y sus cuidadores deben ser pronta y adecuadamente informados sobre la disponibilidad de estos servicios.

81. El abogado, tutor o representante legal del niño o la niña debe tener el mandato de dar todos los pasos necesarios para reclamar por los daños y perjuicios sufridos durante o después del proceso penal en que el niño o la niña es víctima. En la medida de lo posible, esta reclamación podrían cubrirse por el Estado y posteriormente recuperarlo del perpetrador o la perpetradora.

82. Las medidas y sanciones para niños y niñas en conflicto con la ley deben ser siempre respuestas constructivas e individualizadas respecto a los actos cometidos teniendo en mente el principio de proporcionalidad, la edad del niño o la niña, su bienestar físico y mental y el desarrollo y circunstancias del caso. Los derechos a la educación, capacitación vocacional, empleo, rehabilitación y reintegración deben ser garantizados.

83. Para promover la reintegración dentro de la sociedad y de acuerdo con la legislación nacional, los antecedentes penales de niños y niñas no deben ser accesibles fuera del sistema judicial al alcanzar la mayoría de edad. Excepciones a la indisponibilidad de este tipo de información pueden permitirse en el caso de crímenes graves por, entre otros motivos, razones de seguridad pública o que tengan que ver con algún trabajo con niños y niñas.

V. Promover otro tipo de acciones

Se anima a los Estados miembro a:

- a. Promover investigaciones en todos los aspectos relativos a la justicia adaptada a los niños y las niñas, incluyendo las técnicas de entrevista sensibles, y la difusión de información y capacitación en este tipo de técnicas.
- b. Intercambiar prácticas y promover la cooperación en el campo de la justicia adaptada a los niños y las niñas a nivel internacional.
- c. Promover la publicación y más amplia difusión posible de versiones adaptadas a los niños y las niñas de los instrumentos legales relevantes.
- d. Establecer o mantener y reforzar en caso necesario, oficinas de información sobre derechos de los niños y las niñas que pueden estar vinculados a colegios de abogados, servicios de bienestar;

Defensores del Pueblo (defensores de la infancia), Organizaciones No Gubernamentales (ONG), etc.

e. Facilitar el acceso de niños y niñas a los tribunales y los mecanismos de denuncia y reconocer y facilitar el papel de las ONG y otros organismos o instituciones independientes como los defensores de la infancia para apoyar el acceso efectivo de niños y niñas a los tribunales y mecanismos de denuncia, tanto a nivel nacional como internacional.

f. Considerar el establecimiento de un cuerpo de jueces y abogados especializados en el trabajo con niños y niñas y profundizar en el desarrollo de tribunales en los que se puedan adoptar medidas tanto legales como sociales a favor de los niños o las niñas y sus familias.

g. Desarrollar y facilitar el uso por parte de niños y niñas y quienes actúen en su nombre de mecanismos de protección universales y europeos de derechos humanos y de derechos de los niños y las niñas para la persecución de la justicia y la protección de los derechos ante las situaciones en que los procedimientos a nivel nacional no existen o han sido agotados.

h. Hacer de los derechos humanos, incluyendo los derechos de los niños y las niñas, contenido obligatorio del currículo escolar así como en el de la capacitación de profesionales que trabajen con niños y niñas.

i. Desarrollar y apoyar sistemas cuyo objetivo sea concienciar a padres y madres sobre los derechos de los niños y las niñas.

j. Establecer centros adaptados, interdisciplinarios y donde concurren múltiples agencias para niños y niñas víctimas y testigos, donde los niños y las niñas puedan ser interrogados, examinados médicamente para la obtención de pruebas forenses, recibir todos los servicios terapéuticos necesarios de acuerdo con un diagnóstico integral proporcionado por los profesionales adecuados.

k. Establecer servicios de apoyo e información especializados y accesibles, como consultas online, líneas de ayuda y servicios a nivel local gratuitos.

l. Asegurar que todos los profesionales que trabajen en contacto con niños y niñas reciben la formación, apoyo y orientación práctica necesarios para garantizar e implementar de manera adecuada los

derechos de los niños y las niñas, en particular en la determinación del interés superior del niño o la niña en cualquier tipo de procedimiento en que estén implicados o que les afecten.

VI. Seguimiento y evaluación

Los Estados también son animados a:

- a. Revisar su legislación interna, políticas y prácticas para asegurar las reformas necesarias para la implementación de estas Directrices.
- b. Ratificar lo antes posible, en caso de que aún no lo hayan hecho, las convenciones del Consejo de Europa relevantes para los derechos de los niños y las niñas.
- c. Revisar y evaluar periódicamente sus métodos de trabajo sobre el establecimiento de la justicia adaptada a los niños y las niñas.
- d. Mantener o establecer un marco que incluya uno o más mecanismos independientes que resulte apropiado para promover y supervisar la implementación de las Directrices de acuerdo con sus sistemas judiciales y administrativos.
- e. Asegurar que la sociedad civil, en particular organizaciones, instituciones y órganos cuyo propósito sea la promoción y protección de los derechos de los niños u las niñas, pueden participar plenamente en el proceso de supervisión.



Con la colaboración de:



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

noviembre /2012

Depósito legal: M-39243-2012



www.savethechildren.es