



MJU-28(2007)01  
*Español – traducción no oficial*

## **28ª CONFERENCIA DE MINISTROS EUROPEOS DE JUSTICIA**

*Lanzarote (25-26 de octubre de 2007)*

**“Problemas de acceso a la justicia para grupos vulnerables, en particular:**

- inmigrantes y solicitantes de asilo;
- niños, incluyendo aquellos que han cometido un delito”

**Informe presentado por el Ministro de  
Justicia español**

[www.coe.int/minjust](http://www.coe.int/minjust)



## ÍNDICE DE CONTENIDOS

I.	Introducción .....	5
II.	Inmigrantes y solicitantes de asilo.....	7
A.	Definiciones .....	7
B.	Los inmigrantes como extranjeros .....	7
C.	Un enfoque paneuropeo a la inmigración.....	7
D.	Identificación, identidad y nacionalidad .....	8
E.	La dimensión económica .....	14
F.	Acceso a la información .....	15
G.	Cuestiones de procedimiento.....	16
H.	La dimensión familiar .....	19
I.	El caso concreto de los menores .....	19
III.	Los niños, incluyendo a los niños que han cometido un delito .....	21
IV.	Conclusiones .....	27
	APÉNDICE – LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA .....	29

### Resumen ejecutivo

El informe pone de relieve que el acceso a una justicia adecuada y efectiva implica hacer realidad el efectivo ejercicio de los derechos en un tiempo razonable”

Los inmigrantes y solicitantes de asilo suelen encontrarse en situaciones de precariedad jurídica y social, con lo que son particularmente vulnerables, a pesar de estar protegidos por instrumentos internacionales sobre derechos humanos, particularmente la Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y la Convención de Ginebra, independientemente de su origen, nacionalidad o estado. Cada vez hay más inmigrantes establecidos en diferentes Estados Europeos lo que establece una creciente heterogeneidad étnica y cultural. El acceso a la justicia de estas personas es un elemento esencial para asegurar el estado de derecho y el respeto de los derechos, así como el éxito de la integración.

Las dificultades de acceso a la justicia incluyen la nacionalidad (los residentes y nacionalizados pueden tener un status diferente a los nacionalizados de origen), la desnacionalización y la situación de personas desplazadas dentro del territorio nacional. Los inmigrantes en situación irregular se enfrentan a otros problemas, puesto que al no tener documentos de identidad, no pueden acceder a los tribunales para hacer valer sus derechos y, debido a su estado de ilegales, tienden a evitar cualquier contacto con el sistema judicial por miedo a ser detenidos o deportados.

En el caso de aquellos que buscan asilo político, el acceder a la justicia se hace más urgente. Mientras que la Convención de Ginebra debe respetarse escrupulosamente, es muy difícil distinguir los casos en los que se justifica un miedo fundado de persecución y aquellos que están basados en motivos económicos o de otro tipo. Estas personas, sin documentos de identidad o con ellos falsos, suelen ser arrestados en la frontera y retenidos hasta que se toma la decisión que garantice su estado de refugiados o se les expulse.

El acceso a la justicia por parte de estos grupos vulnerables se ve obstaculizado por restricciones financieras (la ayuda legal no siempre se concede sin cargo) y otros aspectos prácticos, como la falta de información en un idioma que las personas afectadas puedan comprender. La dimensión familiar, en particular la reunificación familiar es un aspecto de especial preocupación en relación con el acceso a la justicia por parte de los inmigrantes, así como por parte de los solicitantes de asilo político, y es especialmente preocupante si hay menores separados o sin acompañamiento.

El segundo grupo de personas vulnerables son los niños. El acceso a la justicia por parte de los niños suele verse obstaculizado por aspectos como la edad y la falta de capacidad legal, que provoca una imposibilidad práctica para que estos puedan ejercer sus derechos amparados por diferentes tratados internacionales (la Convención Europea de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño). El informe pone de relieve las formas en las que los Estados pueden dar acceso a la justicia de los niños víctimas y testigos de ciertos delitos criminales.

En cuanto a los delitos llevados a cabo por niños, el informe subraya ciertos esfuerzos del Consejo de Europa para poner de manifiesto de que los niños son más vulnerables que los adultos en el sistema judicial criminal y necesita salvaguardar de forma adicional los procedimientos. Deberían verse como niños en primer lugar y como delincuentes en segundo. En la medida de lo posible, hay que evitar la detención de jóvenes y desarrollar e implementar una gran variedad de alternativas a la custodia. La nueva Normativa Europea para Delincuentes Juveniles, cuyo borrador está siendo redactado en la actualidad, pondrá de relieve los intereses y necesidades de este vulnerable grupo. Todas las normas se aprobarán en base a los mejores intereses del niño, el principio de proporcionalidad y el respeto por la dignidad humana, y se tomarán las medidas de intervención para exponer a los niños al menor daño posible a la vez que se permite la integración social máxima permitida.

## I. Introducción

1. En la 27ª Conferencia Europea de Ministros de Justicia se declaró que la comunidad internacional estaba particularmente centrada en los derechos de las víctimas, siendo éste uno de los asuntos más relevantes en la aplicación de las leyes y la justicia penal. También señalamos que “el objetivo básico de la sociedad humana contemporánea es afrontar las necesidades e intereses especiales de las víctimas”. Una necesidad, posiblemente la primera, es el acceso a la justicia, teniendo en cuenta que es el medio principal de indemnización para la víctima de un crimen.
2. El “acceso a la justicia” es un asunto con diferentes enfoques. Ciertamente, es algo complicado medir y evaluar el “acceso” tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo. Debemos enfatizar, en primer lugar, que la presencia de un gran número de denuncias puede indicar un problema, no una ventaja, y que puede ser preferible tener en cuenta otros factores, como el *ratio* de denuncias que se tramitan o el grado de satisfacción expresado por los diferentes actores implicados en el sistema judicial.
3. El segundo aspecto que tenemos que tener en mente es a “qué” justicia se accede: ¿tribunales de justicia, instancias administrativas, quejas y solicitudes, mediación, reconciliación y/o arbitraje?
4. En último lugar, tenemos que volver al informe del último año: los Estados deberían tener como objetivo principal que las víctimas tengan acceso a la justicia y asegurar que no se convierten en víctimas de procedimientos y barreras administrativas, lo que prácticamente es como volver a sufrir otro tipo de abuso.
5. En este informe, sin embargo, nuestro objetivo no es presentar una visión general de los problemas derivados de la justicia, sino centrarse en los problemas de acceso a la justicia para ciertos grupos vulnerables, que han sido elegidos por las dificultades que experimentan sus miembros. Los dos grupos vulnerables elegidos para este informe (los inmigrantes y aquellos que buscan asilo, por un lado, y los niños, por otro) pueden presentarse como grupos críticos, siempre y cuando no sólo se les enfrente con las dificultades relacionadas con el acceso a la justicia, sino también con otras, como por ejemplo, la falta de acceso a la información, y la falta de medios de defensa estándares. Muy a menudo, un inmigrante o un niño no dispone de la información o la educación necesaria para acceder adecuadamente a la justicia en caso de necesitarlo. Por supuesto, esto no significa que no exista un interés particular en acceder a la justicia por parte de otros grupos vulnerables, como las mujeres (y otras) víctimas de la violencia doméstica y de género (de gran significación en el caso de España y su reciente reforma legal).
6. Siempre y cuando los inmigrantes y aquellos que buscan asilo se ven afectados, hay un enfoque global que encaja en estos asuntos transnacionales per se, para lo cual las fronteras suelen convertirse en irrelevantes. En ese sentido, es fundamental emplear, si no un enfoque global, al menos europeo. También nos gustaría señalar que el acceso a la justicia por parte de los inmigrantes y aquellos que buscan asilo es una forma relevante de integración, que suele olvidarse y a la que se le debería dar tanta importancia como la religión o los aspectos religiosos, en el marco de una política de integración eficaz.
7. Por otro lado, cuando hablamos de acceso a la justicia por parte de los niños, la situación es diferente porque ya no tenemos el factor internacional, sin perjuicio de la problemática específica que presentan los menores inmigrantes”. Ésta es la razón por la que el presente informe tiene como objetivo señalar la normativa española a este respecto (véase Apéndice), con el objetivo de compararlo con la legislación de otros países europeos.

8. El acceso a la justicia, y más específicamente los medios para facilitar un acceso a ésta, han sido, durante años, un problema de preocupación para los estados miembros del Consejo de Europa. Los valores principales que ha defendido la Organización durante más de medio siglo – la democracia, el estado de derecho y los derechos humanos – suponen la necesidad de tener sistemas judiciales eficientes y cuyo funcionamiento sea justo, permitiendo que los individuos tengan un acceso efectivo a la justicia y el derecho práctico a ejercitar y poner en vigor sus derechos legales.
9. El acceso a la justicia es un derecho humano básico, que no sólo logra el mero acceso a los tribunales, sino que también intenta, de una forma mucho más general, alcanzar resoluciones judiciales justas y equitativas, así como proponer remedios. Obtener una decisión vinculante que se ejecute de forma efectiva también es un componente esencial de un sistema judicial eficaz.
10. Los inmigrantes y solicitantes de asilo suelen encontrarse en situaciones de precariedad jurídica y social y de este modo son particularmente vulnerables, a pesar de estar protegidos por instrumentos internacionales de derechos humanos, independientemente de su origen, nacionalidad o estado.
11. “Los niños son vulnerables. Necesitan más protección, no menos”, tal como se indica en una de las "siete buenas razones para construir una Europa para y con niños", promovido por el programa del Consejo de Europa para promocionar los derechos de los niños y la protección de niños de la violencia titulado “Construir una Europa para y con niños”.<sup>1</sup> La Conferencia estará enfocada a este problema en particular.
12. El objetivo de la Conferencia es abordar los problemas de acceso a la justicia de los grupos vulnerables anteriormente mencionados. Sin embargo, los obstáculos de acceso a la justicia identificados normalmente (procedimientos lentos y costosos, disponibilidad de representación legal, limitaciones en cuanto a los remedios existentes, falta de información adecuada, formalismo y densidad de los procedimientos legales) también se mencionarán, puesto que son barreras recurrentes que impiden el acceso efectivo de los grupos vulnerables a la justicia. De este modo, se tratarán los siguientes temas en el siguiente informe:

en relación con inmigrantes y solicitantes de asilo:

- un enfoque paneuropeo a la inmigración;
- identificación, identidad y nacionalidad;
- dimensión económica;
- acceso a la información;
- problemas de procedimiento;
- dimensión familiar; y
- el caso específico de los menores;

con respecto a los niños:

- los niños en los procedimientos judiciales;
- un sistema judicial respetuoso con los menores.

---

<sup>1</sup> Este programa cubre de forma transversal las dimensiones sociales, legales, educativas y de salud relacionadas con la protección de los niños ante diferentes formas de violencia.

## **II. Inmigrantes y solicitantes de asilo**

### **A. Definiciones**

13. El término “inmigrante” se utiliza para describir una serie de casos, dependiendo del contexto, tales como emigrantes, emigrantes retornados, inmigrantes (legales o ilegales) o personas con un trasfondo inmigrante.
14. Debería tenerse en cuenta que las personas desplazadas dentro del territorio nacional también pueden considerarse inmigrantes, aunque no haya una dimensión transfronteriza en su obligación de desplazarse y sigan siendo ciudadanos de su país. El caso de tales personas con necesidades específicas a causa de su desplazamiento también será tratado en el presente informe.
15. Un refugiado es una persona que ha huido de un país por “un miedo fundado, al ser perseguido por razones de raza, religión, nacionalidad, miembros de un grupo social particular o de una opinión política” (Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados – 1951). Cualquier persona que reclame el estado de refugiado es alguien que busca asilo durante el periodo de determinación del estado solicitado.
16. Una persona apátrida es una persona que no tiene nacionalidad, de este modo se encuentra fuera de la protección del Estado y se ve privado de los beneficios asociados a la nacionalidad.

### **B. Los inmigrantes como extranjeros**

17. El marco del análisis de acceso a la justicia por parte de los inmigrantes tiene que verse desde un punto de vista más amplio y evaluarse a tenor del trato legal existente para los extranjeros de nuestros estados. De hecho, por un lado, algunos derechos tienen el mismo reconocimiento para ciudadanos nacionales y extranjeros y por ello, el trato legal de los extranjeros (y consecuentemente de los inmigrantes) tiene que ser el mismo que para los ciudadanos nacionales (es decir, el derecho a la vida, la integridad, la privacidad, libertad...). Por otro lado, hay algunos derechos no reconocidos en nuestra legislación para los extranjeros (tradicionalmente el derecho al voto o a ser elegido), excepto en caso de tratados que dispongan algo distinto (como en la Unión Europea).
18. El proceso legal es un ejemplo de derecho que tiene que ser reconocido a todo el mundo, independientemente de su ciudadanía. La interpretación del artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos han permitido llegar a esta conclusión. De hecho, en estas provisiones, el proceso legal se acuerda para cualquier persona, independientemente de su nacionalidad.

### **C. Un enfoque paneuropeo a la inmigración**

19. La inmigración supone un reto sin precedentes para Europa. Durante los últimos cinco siglos, entre 1492 y el fin de la Segunda Guerra Mundial, Europa ha sido un continente de emigrantes: América, África, Asia y Oceanía han recibido a millones de colonos europeos. Desde 1945, sin embargo, esto ha cambiado: ahora es el resto del mundo el que está enviando a millones de hombres, mujeres y niños a vivir y trabajar a Europa, tal como declararon los Ministros Europeos competentes en cuanto a asuntos de inmigración en las conclusiones de la Séptima Conferencia, celebrada en Helsinki los días 16 y 17 de septiembre de 2002 (MMG-7 (2002) 1).
20. Hay diferencias entre los distintos países, por supuesto, pero la tendencia general es inconfundible: cada vez hay más inmigrantes establecidos en diferentes Estados

Europeos. En algunos de estos países, su población inmigrante comprende una segunda o incluso tercera generación, y en muchos casos ya han adquirido la nacionalidad del país receptor. La consecuencia de este fenómeno es una heterogeneidad étnica y cultural que está desglosando las tendencias estandarizadas utilizadas por los diferentes Estados desde el siglo XIX, el siglo del nacionalismo.

21. Esta nueva realidad genera tensiones y nuevas oportunidades: la respuesta de Europa tiene que respetar los derechos humanos, con soluciones sostenibles, que conformen el Estado de Derecho para resolver las tensiones y explotar las oportunidades. En una sociedad cada vez más urbana, móvil y secularizada, dependen del sistema legal la organización de las nuevas formas de coexistencia entre los diferentes países de Europa. El acceso de los inmigrantes a la justicia es, en este contexto, un elemento esencial para asegurar que el estado de derecho y el respeto por los derechos de todos los individuos sustenta la adaptación de las sociedades europeas a esta faceta de la globalización.

#### **D. Identificación, identidad y nacionalidad**

22. Los aspectos relacionados con la nacionalidad, identidad e identificación de la persona tienen un gran impacto sobre el nivel de accesibilidad de las personas a la justicia y se ha de prestar atención a la variedad de casos en los que las personas no pueden tener acceso a la justicia.
23. El derecho a registrar el nacimiento es un principio fundamental dirigido a asegurar que cada individuo dispone de una entidad legal y de este modo se le reconoce como una persona ante la ley.
24. La Convención Europea sobre la Nacionalidad (ETS 166) que establece los principios y las normas relacionadas con la nacionalidad de las personas declara que todo el mundo tiene derecho a tener una nacionalidad, que se debe evitar la desnacionalización, que nadie debería verse privado arbitrariamente de su nacionalidad.
25. El acceso a la justicia significa que la persona que se encuentre ante el sistema judicial, bien sea una víctima, un testigo o un acusado tiene que identificarse y su identidad tiene que ser conocida. El requisito de identificación, en la práctica y en muchas situaciones diferentes, puede ser un obstáculo para tener acceso a la justicia.
  1. *Uniformidad de nacionalidad e igualdad de acceso a la justicia: personas con un trasfondo inmigrante*
26. Como norma general, los Estados de Europa han mantenido toda la equivalencia de derechos entre sus nacionalizados: tanto aquellos que han disfrutado su nacionalidad desde hace muchas generaciones y aquellos que pueden haberla adquirido posteriormente, normalmente a través de la residencia legal (inmigrantes de primera generación), o la han obtenido al nacer en suelo Europeo de padres o abuelos extranjeros.
27. A pesar de esta igualdad general, todos los sistemas legales nacionales contienen ciertas diferencias *de iure* entre los ciudadanos nacionales de origen y los naturalizados. Sería interesante examinar estas diferencias en los derechos y obligaciones para medir hasta qué punto éstas se traducen en un grado diferente de acceso al sistema judicial u otros sistemas para la resolución de disputas en los diferentes países de Europa.

28. Sin embargo, la tarea más importante, aunque complicada, sería determinar si los ciudadanos nacionales de los Estados europeos encuentran, en su realidad del día a día, más o menos dificultades a la hora de acceder a la justicia dependiendo de su origen. Esta tarea podría abordarse analizando diferentes indicadores objetivos, como por ejemplo:
- el grado de participación de los ciudadanos nacionales de origen inmigrante en las profesiones legales, particularmente entre jueces, abogados (incluyendo fiscales), y entre el personal de instalaciones penitenciarias y las fuerzas policiales;
  - porcentaje de hijos o nietos de inmigrantes en facultades de Derecho;
  - proporción de denuncias ante los Tribunales de Justicia en las que las partes son ciudadanos nacionales de origen o naturalizados, y la correlación con los diferentes grupos de población (índice de litigios);
  - proporción de casos penales o aquellos relacionados con otros tipos de penas (tales como multas administrativas) en las que los acusados son ciudadanos nacionales de origen o naturalizados, y la correlación con los diferentes grupos de población (índice de penas);
29. La recopilación y organización de datos de este tipo nos permitiría descubrir si la igualdad de derechos y el acceso a la justicia en el núcleo de la ciudadanía nacional es, de hecho, real, o si la heterogeneidad de ciudadanos en países europeos diverge o incluso discrimina en la práctica, contradiciendo de este modo la uniformidad de la nacionalidad.
2. *Requisitos suplementarios para los residentes legales para tener acceso a la justicia*
30. La situación legal de los extranjeros que residen y trabajan de forma legal en Europa, gracias a los permisos obligatorios emitidos por las autoridades nacionales, varía en gran medida en los diferentes Estados Miembros del Consejo de Europa: todos los países se encuentran en un amplio espectro que va desde aquellos que tienden a dar derechos equivalentes a los nacionales e inmigrantes que residen en su territorio hasta aquellas leyes que establecen numerosas diferencias en sus derechos y obligaciones respectivas.
31. Estas diferencias son particularmente visibles en todos los aspectos relacionados con el acceso a la justicia. Algunos de los puntos más importantes pueden ser:
- si los residentes extranjeros pueden presentar denuncias o pleitos en igualdad con respecto a los nacionales, o si, por el contrario, están sujetos a diferentes requisitos, tales como la necesidad de un vínculo anterior, un periodo mínimo de residencia en el país, etc.;
  - si tienen acceso al sistema de apelaciones contra las resoluciones adoptadas por los tribunales de primera instancia en las mismas condiciones que los nacionales;
  - si los inmigrantes tienen o no derechos a una defensa legal gratuita: en particular, la gratuidad del servicio de tribunales; el asesoramiento legal de un procurador, y en caso necesario, defensa ante los tribunales; o asistencia económica o de otro tipo para la presentación de pruebas o su financiación.
3. *Apátridas*
32. Como norma general, los inmigrantes con residencia legal en un país tienen la nacionalidad de un Estado extranjero. Sin embargo, no debemos pasar por alto el caso de las personas apátridas: aunque no son muchas, la existencia de leyes que les permitan acceder a la justicia, a pesar de no tener nacionalidad reconocida por el Estado en cuestión, ofrece un importante indicador en relación con el grado de accesibilidad a la justicia en los diferentes países de Europa.

#### 4. *Personas desplazadas en el territorio nacional*

33. El párrafo 7 de la Recomendación (2000)6 del Comité de Ministros con respecto a los estados miembro sobre personas desplazadas dentro del territorio nacional indica que “las personas desplazadas dentro del territorio nacional deben disponer de toda la documentación necesaria para ejercer sus derechos lo antes posible tras su desplazamiento y bajo condiciones razonables”.
34. Se debe señalar que las personas desplazadas dentro del territorio nacional, que tienen derecho teórico a los mismos derechos que el resto de ciudadanos del país en el que residen, pueden verse privados de una gran cantidad de derechos básicos, tales como el acceso a la justicia, ya que en muchas ocasiones sufren de una limitada libertad de movimientos, falta de residencia legal o miedo a represalias si informan de abusos.

#### 5. *Riesgo de ser identificado: el acceso a la justicia de las personas en situaciones irregulares*

35. Hay dos escenarios diferentes: a) el de los extranjeros que viven en suelo europeo, en algunos casos durante muchos años, a los que les siguen faltando los permisos de residencia y trabajo; y b) el de los inmigrantes a los que se descubre mientras están cruzando la frontera de forma clandestina, bien sea por aire, tierra o mar. En relación a estos últimos, cabe destacar que las fronteras marítimas añaden dificultades adicionales que habría que tener en cuenta.
36. En cualquiera de los casos, los inmigrantes pueden estar en contacto con redes u organizaciones dedicadas al tráfico ilegal de personas. Y, de forma extrema pero desgraciadamente no infrecuente, de hecho son las víctimas de esta explotación inhumana, puesto que están sujetos a un trabajo esclavo, malas condiciones o explotación sexual.
37. Cada una de estas hipótesis establece diferentes cuestiones en cuanto al acceso a la justicia. Sin embargo, todas ellas comparten una problemática común: la falta de información fiable sobre la identidad de los extranjeros.

#### La identidad de los inmigrantes

38. Como norma general, los inmigrantes irregulares no tienen pasaporte (o niegan tenerlo); y tampoco es infrecuente que utilicen papeles falsos. En muchas ocasiones, sus nombres y apellidos provienen de muchos idiomas y tradiciones culturales diferentes de aquellos que solemos encontrarlos en Europa.
39. Estos hechos dificultan la presentación de demandas por parte de los inmigrantes irregulares puesto que la legislación en cuanto a procedimientos suele requerir que aquellos que quieran iniciar acciones ante la justicia acrediten completamente su identidad, normalmente presentando su documentación personal ante el tribunal o ante notario público. La no existencia de documentos de identificación personal sería, por lo tanto, una barrera de acceso a la justicia.
40. Las acciones de las autoridades públicas, mediante la expulsión o el internamiento o rechazo de las solicitudes presentadas por los inmigrantes ayudarían, paradójicamente, a superar estas dificultades. Cualquier acción administrativa o judicial identifica necesariamente al receptor de la decisión, permitiendo a la institución que procesa la demanda identificar a la persona afectada en los términos acordados por el Estado en cuyo territorio está o intenta entrar la persona.
41. En cualquier caso, la identificación de extranjeros en una situación irregular es un problema recurrente. Sería interesante contrastar los diferentes medios utilizados por los diferentes estados europeos para:

- definir la identidad de los individuos: nombre y apellido(s), fotografía, huellas dactilares, registro de datos biométricos, etc. (compárese el sistema Eurodac creado por la Normativa CE 2725/2000).
- Los registros y otros sistemas oficiales para consignar los detalles de identificación de los individuos, en particular aquellos que permiten la acreditación de la identidad de una persona ante los tribunales u otros órganos para resolver demandas.
- Los medios utilizados por las autoridades de inmigración y la policía fronteriza para determinar la identidad de los extranjeros en situaciones irregulares y para verificar la identidad suministrada por ellos.
- La cooperación internacional: métodos introducidos por los países europeos para cooperar con los países de origen de los inmigrantes.

#### Residentes ilegales

42. El acceso a la justicia por parte de los extranjeros en una situación irregular en cualquier Estado Europeo sobre un periodo de tiempo más o menos largo presenta dos aspectos claramente diferenciados: su participación en procesos legales que formen parte de la estructura del día a día y, por otra parte, las acciones que determinan la posibilidad de su permanencia en el país.
43. Los inmigrantes irregulares no suele utilizar sus derechos: independientemente de si estos se reconocen al amparo de la legislación de los países europeos de residencia, el miedo a ser encontrados por el servicio de inmigración y su desconfianza con respecto a las autoridades públicas les lleva a evitar el contacto con los instrumentos judiciales. Cualquier conflicto se resuelve por medio de acuerdos informales o mediación, o bien simplemente se declaran como pérdidas.
44. Sin embargo, la existencia de una amplia red de asesoramiento legal o servicios de mediación, según sea necesario, facilita en gran medida el acceso a la justicia por parte de los inmigrantes, tanto si están en situaciones legales (tal como vimos anteriormente) como si les falta la documentación obligatoria, aunque en este último caso seguirán en las inmediateces del sistema judicial. Sería interesante confirmar la extendida idea de que este tipo de acuerdos tratan con sus beneficiarios independientemente de su estado de residencia y, por lo tanto, facilitan servicios de mediación y reconciliación a una gran proporción de inmigrantes irregulares.
45. Los consulados y embajadas que tienen los Estados de origen en los países europeos pueden tener que desempeñar un importante papel a este respecto: no sólo asesorando o mediando con las autoridades nacionales, sino también documentando (por medio de pasaportes y otros documentos) a sus residentes nacionales.
46. El punto álgido para acceder a la justicia tiene lugar, sin embargo, cuando la estancia del inmigrante en el país de llegada se ve amenazada. Los procedimientos de expulsión y su revisión judicial han aumentado considerablemente el número de casos ante los tribunales de disputas administrativas de todos los países europeos.
47. En esta área, se tiene que dar especial importancia a los siguientes aspectos:
  - el momento en el que los inmigrantes ilegales objeto de los procedimientos de expulsión disponen de la asistencia de un abogado y, en caso necesario, un intérprete;
  - gratuidad en los servicios;
  - posibilidad de que los extranjeros sin permiso de trabajo o residencia sean arrestados por las autoridades nacionales; en caso necesario, dar garantías en los arrestos, incluyendo respecto a su duración máxima (a tenor de lo dispuesto en la sección 5 de la Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y la correspondiente legislación nacional);

- poderes de los cuerpos que se encargan de los juicios o revisan estos procedimientos para adoptar medidas interinas, tales como la suspensión de una orden de expulsión, la convocatoria inmediata del detenido ante un juez u otros pasos;
  - poder para visitar e inspeccionar los lugares en los que se detiene o interna a los extranjeros;
  - comunicación entre el inmigrante, su abogado y las autoridades nacionales: disponibilidad de teléfono, fax o sistemas telemáticos.
48. El punto más importante consiste en especificar si una medida de expulsión que afecte a un inmigrante que haya residido en el país durante un periodo de tiempo prolongado, aunque pueda no disponer de los permisos necesarios en ese momento en concreto, y que se haya recurrido ante los tribunales pueda ejecutarse o no antes de que el ministerio competente tome una decisión sobre si es adecuado o no suspender la expulsión hasta que se tome una decisión definitiva.
49. Hay muchos inmigrantes irregulares y se están llevando a cabo medidas para normalizar su estado por medio de, entre otros, programas de regularización en ciertos estados miembros.

#### Inmigrantes y solicitantes de asilo político descubiertos en la frontera

50. Cuando las patrullas fronterizas detectan a extranjeros que intentan entrar en el territorio del Estado y burlan los pasos fronterizos sin ningún tipo de documentación, o bien franquean los canales regulares pero con papeles falsificados, son detenidos y devueltos a sus países de origen o al país del que proceden. En estos casos, la pregunta es elocuente ¿puede acceder a la justicia?
51. El primer supuesto que justifica el control de este tipo de situaciones por parte de un tribunal o de otro organismo imparcial capaz de impartir justicia, es el caso de los solicitantes de asilo político. Uno de los principales compromisos de Europa es el escrupuloso respeto de la Convención de Ginebra. Estas personas perseguidas en su propio país no suelen tener documentación, lo que normalmente les impide obtener los correspondientes visados e incluso pagar los medios habituales de transporte. Así pues, no es improbable que los legítimos solicitantes de protección internacional deban cruzar las fronteras de manera irregular como primer paso para su presentación ante las autoridades nacionales y su petición de asilo político.
52. Junto a este hecho, se encuentra también el caso reiterado de los inmigrantes que dejan su hogar por motivos económicos para solicitar asilo político con el objeto de retrasar, entorpecer o evitar su repatriación. La distinción entre los perseguidos por razones de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o por ser miembros de un determinado grupo social, de aquellos que simplemente alegan la existencia de dicha persecución por razones sociales o económicas, es una tarea ardua y comporta un amplio margen de error. Quizás sería buena idea ofrecer garantías de que un organismo judicial revisara las peticiones presentadas en la frontera.
53. En otras circunstancias, el acceso a la justicia pierde todo su sentido si se limita a ratificar un derecho manifiestamente inexistente para entrar en el país. Siendo así, quizás podría ser interesante con relación a otros aspectos, en concreto con la defensa de derechos humanos irrenunciables tales como la integridad física o la libertad personal (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Amuur v. France*, con fecha del 25 de junio de 1996).

54. Habiendo declarado la necesidad de garantizar el acceso a la justicia, incluso en estas circunstancias extremas, nos quedan muchos problemas derivados de su implantación. En esencia, implica los mismos problemas que tienen el acceso a la justicia para los inmigrantes irregulares, multiplicados por los factores de la geografía y del tiempo. Las fronteras se extienden a lo largo de vastas zonas; los Estados con fronteras montañosas o marítimas combinan las dificultades que les son propias con las de su mera extensión geográfica.
55. Pero es el factor tiempo el que limita de forma decisiva el acceso a la justicia de los inmigrantes clandestinos. Su detención, una vez arrestados por las patrullas fronterizas, no debe prolongarse más allá de lo estrictamente necesario. La capacidad de los Estados para organizar unos sistemas de justicia eficaces para el control de sus fronteras es una cuestión discutible.
56. Uno de los elementos clave de la petición de asilo político es garantizar la transparencia de la tramitación de las solicitudes de asilo político. Informar a los solicitantes de asilo político acerca de sus derechos es fundamental para conseguirlo. Para ello, los oficiales que controlan las fronteras precisan una formación de buena calidad sobre las cuestiones relacionadas con el asilo político, entre ellas unas pautas claras sobre la información que deberían transmitir a los solicitantes de asilo político en lo que respecta a sus derechos y a la admisión y la tramitación de las solicitudes. Estas iniciativas de formación deberían extenderse, en su caso, a la policía nacional. Esta formación permitiría que el procedimiento de asilo político resultara más fácil para quienes lo solicitaran y garantizaría la máxima protección a los candidatos.
57. La información sobre los derechos de los solicitantes de asilo político y sobre los trámites para solicitar el asilo político deberían encontrarse disponibles en un idioma comprensible en las comisarías de policía y en todos los lugares en los que pudiera solicitarse asilo político. Deberían proporcionarse servicios de traducción e interpretación a los solicitantes de asilo político para permitirles presentar su caso a las autoridades en las mejores condiciones.
58. Referente a la detención de emigrantes o solicitantes de asilo político, el Comité para la Prevención de la Tortura (CPT, por sus siglas en inglés) ha declarado que los "inmigrantes detenidos, al igual que las demás personas privadas de libertad, deberían poder, desde el mismo momento de su detención, comunicar a la persona su elección de su situación y tener acceso a un abogado y a un médico. Además, debería informárseles explícitamente, sin demora y en un idioma que comprendan, sobre sus derechos y los trámites que se les pueden aplicar. (...) El derecho de acceso a un abogado debería aplicarse a lo largo del período de detención, e incluir tanto el derecho a hablar con el abogado en privado como hacer que este último esté presente durante las entrevistas con las autoridades pertinentes. (...) En términos más generales, los inmigrantes detenidos deberían poder mantener contacto con el mundo exterior durante su detención, y en concreto, tener acceso a un teléfono y a recibir visitas de familiares y representantes de organizaciones destacadas.) (Normas del CPT, párrafos 30-31)
59. El derecho de apelación es otro aspecto del procedimiento de asilo político que la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI, por sus siglas en inglés), el organismo independiente de control de los derechos humanos del Consejo de Europa especializado en combatir el racismo y la discriminación racial, resalta insistentemente. Es importante examinar si en los procedimientos la capacidad de los solicitantes de asilo político para presentar y apelar contra las sentencias negativas deberían tener efecto suspensivo sobre las órdenes de expulsión. Se debería permitir disfrutar de un tiempo suficiente, con acceso a la asistencia jurídica, para afrontar un juicio con todas las de la ley, así como tener en cuenta los informes de organizaciones competentes.

60. Los mecanismos de apelación deberían ser independientes de los organismos de primera instancia (por ej. un tribunal antes que el Ministro responsable del organismo de primera instancia) y debería impartirse formación y aumentar la concienciación a los funcionarios en contacto con los solicitantes de asilo político, incluidos los jueces. Esto garantizaría que los solicitantes de asilo político pudieran plantear su caso ante las autoridades con igual acceso a todos los remedios legales ofrecidos a los habitantes del país, incluido el derecho de apelación ante un tribunal independiente.

6. *Abuso o uso incorrecto de la identidad*

61. En lo que respecta al abuso o al uso incorrecto de la identidad, los Estados miembros deben tomar las medidas necesarias para garantizar que los documentos de viaje o de identidad emitidos no puedan ser utilizados incorrectamente con total facilidad y no puedan ser falsificados o modificados ilícitamente, duplicados o emitidos.
62. La Recomendación (2005)7 del Gabinete de Ministros a los Estados miembros con relación a los documentos de identidad y de viaje y a la lucha contra el terrorismo contempla la misma cuestión y la necesidad de una rápida y fiable identificación de los individuos en la lucha contra el terrorismo.
63. La cuestión general del abuso de identidad o la ausencia de identidad despierta un gran número de interrogantes y constituye un serio desafío para los Estados miembros. Por este motivo, el Comité de Expertos sobre el Terrorismo del Consejo de Europa (CODEXTER, por sus siglas en inglés) está considerando actualmente la cuestión de "la falsa identidad como un desafío para las autoridades de inmigración" como parte de una reflexión actual sobre los temas de la residencia surgidos con relación a la lucha contra el terrorismo.

**E. La dimensión económica**

64. La dimensión económica es un elemento clave a considerar cuando se aborda la situación de los emigrantes y de los solicitantes de asilo político, no tan sólo porque es la razón principal o una de las principales razones de la emigración, sino también porque les impide acceder a la justicia.
65. La dimensión económica tampoco se considera la causa de las dificultades sino más bien como un efecto secundario del proceso de inmigración, que nos llevará a la situación de refugiados en lo que se refiere al respeto de su derecho a la propiedad.

1. *Ayuda, asistencia y asesoramiento jurídico*

66. La disponibilidad de ayuda, asistencia y asesoramiento jurídico es un componente clave del acceso a la justicia, que no debería verse perjudicado por los elevados costes, y el Consejo de Europa, en base a este principio clave, ha adoptado muchos textos legales aceptados a nivel internacional para garantizar que las personas disfruten de un auténtico acceso a la justicia.
67. El Consejo Europeo reunido en Tampere en 1999 destacó la necesidad de reforzar la colaboración entre la Comisión Europea y el Consejo de Europa en lo referente a las cuestiones del acceso a la justicia y, para ello, ambas instituciones elaboraron conjuntamente unas "hojas informativas de ayuda legal" para cada uno de los Estados miembros del Consejo de Europa, que ofrecen una información fácilmente comprensible sobre el sistema de asistencia jurídica en los respectivos países.
68. La ayuda, asesoramiento y asistencia jurídica, que son una condición para la protección y el desarrollo de los derechos humanos (Artículo 6.3 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos "si no dispone de los medios necesarios para pagar la asistencia jurídica, se le concederá con carácter gratuito

cuando los intereses de la justicia así lo exijan”) y es una necesidad perentoria cuando se habla de inmigrantes y de solicitantes de asilo político.

69. La situación económica extremadamente pobre de los inmigrantes y de los solicitantes de asilo político dicta la necesidad de ofrecer dichos servicios con carácter gratuito con el objeto de permitir que este grupo vulnerable esté perfectamente informado sobre sus derechos y los ejerza en la práctica.
70. La especial situación de los refugiados es regulada por el Artículo 16 de la Convención de Ginebra de 1951, que afirma explícitamente que los refugiados “deberán tener libre acceso a los tribunales legales” y deberán disfrutar del mismo tratamiento que los ciudadanos nacionales en las cuestiones referentes al acceso a los Tribunales.
71. Asimismo, la Directriz nº 5 de las “veinte directrices sobre el regreso forzado”<sup>2</sup> que trata el remedio contra la orden de retirada, declara explícitamente que cuando la persona “no disponga de suficientes medios para pagar la asistencia jurídica necesaria, se le ofrecerá con carácter gratuito” y la Directriz nº 9 sobre el remedio judicial contra la detención también se refiere a la ayuda legal como “este remedio deberá ser accesible y deberá ofrecerse una ayuda legal eficaz con arreglo a la legislación nacional”.
72. La necesidad de los Estados miembros de “establecer un sistema que garantice la permanente disponibilidad de un consejo legal independiente y profesional y de representación en el ámbito del asilo político y de la inmigración en los puertos marítimos y en las zonas costeras” fue expresada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Recomendación 1645(2004).
73. Cabe subrayar la especial preocupación que merece el acceso al asesoramiento y a la representación legal en los acelerados trámites de asilo político.

## 2. *Exención del cautio judicatum solvi*

74. El caso concreto de los refugiados es contemplado por el Artículo 16 de la Convención de Ginebra de 1951, que afirma que los refugiados disfrutarán de la exención de cautio judicatum solvi. No obstante, el problema sigue siendo el mismo para otros miembros del grupo vulnerable antes mencionado como son los inmigrantes, que pueden encontrarse en una situación económica igualmente precaria y que deberán someterse a dichas medidas y disposiciones cautelares que exigen que los extranjeros que entablen procedimientos legales avalen las costas. Aparte de su carácter discriminatorio, cabe destacar que se trata de un evidente obstáculo al acceso a la justicia.

## **F. Acceso a la información**

75. El objeto de facilitar el acceso a la información a los grupos vulnerables tales como los inmigrantes y los solicitantes de asilo político es la mejora de su acceso a la justicia ya que dicho acceso presupone que los individuos están totalmente informados acerca de sus derechos y de las maneras de ejercerlos y hacerlos cumplir.
76. La cuestión de la divulgación de la información relevante está indudablemente relacionada con la cuestión del idioma de la persona, y aunque puede encontrarse información, ésta se ofrece en un idioma desconocido por la persona, lo que significa que es sencillamente inaccesible.
77. Es fundamental, por ejemplo, que un solicitante de asilo político conozca su derecho a un remedio eficaz contra una sentencia de expulsión y los medios de buscar este remedio.

---

<sup>2</sup> Adoptado el 4 de mayo del 2005 por el Comité de Ministros tras la elaboración del borrador por parte del Comité específico de expertos sobre el asilo territorial, refugiados y apátridas - CAHAR

1. *Centros de información y centros legales especializados*

78. Merece especial importancia la existencia de centros de asesoramiento legal y de información, que involucran a personal políglota y disponen de documentación en varios idiomas, con experiencia en temas de gran interés para los emigrantes. Estos centros pueden haber sido creados directamente por las Administraciones Públicas o por organismos privados (organizaciones no gubernamentales, sindicatos o grupos religiosos), con o sin financiación pública. Sería muy interesante comparar las diversas experiencias encontradas en los diferentes estados de Europa.

2. *Formación específica para las personas y los profesionales implicados*

79. La concienciación de los derechos de los inmigrantes y de los solicitantes de asilo político es una necesidad, pero también lo es la exposición de las personas y de los profesionales en contacto diario con este grupo vulnerable para la información y las prácticas pertinentes.
80. La policía y el poder judicial deberían, por ejemplo, recibir formación sobre las cuestiones del asilo político y, por ejemplo, sobre los derechos de los refugiados a la *no devolución* o sobre el hecho de que cruzar ilegalmente la frontera no debería comportar ninguna sanción.

**G. Cuestiones de procedimiento**

81. Una serie de cuestiones relacionada con el acceso a la justicia tienen que ver con los procedimientos judiciales, que se aplican tanto a los inmigrantes como a los solicitantes de asilo político, o que se derivan del contexto de los procesos judiciales.
82. Cabe subrayar que el derecho a un juicio justo (Artículo 6) y el derecho a un remedio efectivo (Artículo 13) garantizados por la Convención Europea sobre los Derechos Humanos se aplica a los inmigrantes y a los solicitantes de asilo político, dado que los derechos y las libertades establecidas en el Convenio deberán quedar protegidas por los Estados miembros para "todas las personas de su jurisdicción" (Artículo 1 - obligación de respetar los derechos humanos)
83. El derecho a un remedio eficaz implica el derecho para un solicitante de asilo político cuya petición del estado de refugiado sea rechazada, a que dicha decisión sea revisada por una autoridad judicial (o por una autoridad administrativa o parajudicial, imparcial e independiente), con efecto suspensivo sobre la apelación. Esta protección internacional concierne a las cuestiones legales civiles así como a los procedimientos penales.

1. *La protección de las víctimas y de los testigos*

84. Las víctimas o los testigos deberán estar totalmente protegidos, durante y después de los procedimientos penales, con el objeto de permitir que el inmigrante o el solicitante de asilo político testifique sin coacciones.
85. Una de las circunstancias que pueden impedir legalmente la expulsión es la colaboración del extranjero en la lucha contra las bandas organizadas que explotan a seres humanos. Concretamente, la sección 59 del LDLE prevé que "Los extranjeros que hayan cruzado la frontera española por un lugar distinto a los canales establecidos para ello, o que no hayan cumplido con su obligación de declarar su entrada y, por consiguiente, se encuentren irregularmente en España o estén trabajando sin permiso, sin documentación o con una documentación irregular por haber sido víctima, parte perjudicada o testigo de un acto de tráfico ilegal de seres humanos, inmigración ilegal o tráfico ilegal de trabajadores para su explotación en la prostitución por abuso de su situación desesperada, podrán ser eximidos de su responsabilidad administrativa y no serán expulsados si denuncian a las autoridades a los perpetradores o colaboradores

en dicho tráfico, o si colaboran con los agentes policiales que traten las cuestiones de extranjería y proporcionan información o testimonio fundamental en el correspondiente juicio contra estos perpetradores.

86. Esta posibilidad comporta numerosas dificultades, empezando por el miedo lógico del residente extranjero ilegal cuya última consecuencia puede ser su expulsión, que no es la práctica en absoluto seguida, sino más bien lo contrario. En segundo lugar, es necesario aumentar la protección de estas personas a la vista de la posibilidad de represalias de las bandas organizadas de criminales, ya que los cargos contra las bandas organizadas normalmente y lógicamente implican el inicio de los procedimientos judiciales contra los miembros que hayan sido identificados o arrestados.
87. En dichos procedimientos judiciales para la explotación de la prostitución, el tráfico de trabajadores, etc., los extranjeros que hacen las acusaciones están obligados a actuar de testigos, si no de víctimas, lo que genera una situación de riesgo para su seguridad personal, además del miedo mencionado de su propia expulsión.
88. En este contexto, cabe observar que en la lucha contra el tráfico de seres humanos, la protección de las víctimas, de los testigos y de los colaboradores con las autoridades judiciales es fundamental.

## 2. *Procedimientos plurilingües*

89. La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos (Artículo 6.3) establece que toda persona acusada de una ofensa criminal tiene el derecho de ser informada inmediatamente, en una lengua que comprenda y de forma detallada, de la naturaleza y razones de la acusación formulada contra él; y el derecho a disponer de la asistencia gratuita de un intérprete si no entiende la lengua usada en el tribunal.
90. Es innegable que los inmigrantes están en una situación diferente, y desventajosa, en comparación con los ciudadanos de la nación en lo que se refiere al acceso a los tribunales u otros órganos de Justicia, ya sea para cuestiones administrativas o de intermediación (mediación y arbitraje). Las razones más obvias tienen que ver con las dificultades lingüísticas, ya que el inmigrante es incapaz de hablar la lengua local o lo hace con dificultad y, con mayor frecuencia, su falta de conocimiento de las leyes y sistemas judiciales del país europeo de acogida. Desde este punto de vista, el acceso eficaz a la justicia debería examinar, al menos, si los diferentes países:
  - ofrecen la asistencia de intérpretes a los extranjeros que no hablan o no utilizan con fluidez la lengua oficial en la que se llevan a cabo las acciones judiciales, en los diversos tipos de audiencias y en los tribunales;
  - asegurar la traducción de la documentación contenida en las diligencias judiciales así como también los procedimientos administrativos o privados para la resolución de conflictos;
  - en todos estos casos, sería necesario analizar en qué lenguas se deben ofrecer estos servicios de traducción e interpretación, y hasta qué punto éstas se corresponden con las habladas por los diferentes grupos de inmigrantes;
  - también es necesario asegurar la calidad de los servicios de traducción y de interpretación y establecer criterios rigurosos de selección de los profesionales encargados de estos servicios imprescindibles;
  - también es importante permanecer alerta sobre el régimen de financiación de estos servicios lingüísticos: hasta qué punto el Estado debería garantizar su gratuidad, quizá con respecto a los tipos diferentes de procedimientos y el nivel económico del inmigrante que solicita justicia;
  - hasta donde sea posible, el examen de estos aspectos debería conducir a conclusiones sobre si las diferencias lingüísticas son en la práctica una barrera para el acceso de los inmigrantes a la justicia o si dan lugar a situaciones donde la parte es incapaz de proporcionar una defensa correcta.

### 3. Consistencia y armonización de los procedimientos de asilo

91. Existe una necesidad urgente<sup>3</sup> de desarrollar directrices regionales sobre procedimientos de asilo y, más concretamente, sobre procedimientos de asilo acelerados, ya que no existe una definición común para dichos métodos. Una serie de asuntos como el uso de los conceptos de "país de origen seguro" y "tercer país seguro", la cautela especial que se requiere en el procesamiento de solicitudes clasificadas como "manifiestamente infundadas" y el derecho de apelación tienen que ser tratados por los Estados miembros para alcanzar un enfoque común de los procedimientos de asilo.
92. Los procedimientos de asilo deberían proporcionar garantías legales mínimas relativas *inter alia* al derecho de asistencia jurídica y, si procede, a la asistencia lingüística; la notificación escrita de la decisión razonada a conceder o rehusar asilo, posibilidades de apelación y efecto suspensivo de la apelación.
93. Los procedimientos de asilo deberían seguir basados en la Convención de Ginebra de 1951 y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos que también implica obligaciones hacia personas que no son necesariamente refugiados en el sentido de la Convención de Ginebra de 1951 y reafirma el principio generalmente aceptado de *no devolución* y la prohibición del rechazo de asilo en las fronteras.
94. A este respecto, el Comité para la Defensa de los Derechos Humanos (CDDH) ha reconocido la importancia de diseñar directrices para la protección de los derechos humanos en el contexto de los procedimientos acelerados de asilo. Esta tarea entra dentro de las instrucciones recibidas de los Delegados de los Ministros en junio del 2006, además de la Recomendación 1727 (2005) de la Asamblea Parlamentaria sobre procedimientos de asilo acelerados en los Estados miembros del Consejo de Europa.
95. El equipo de trabajo del CDDH que diseña las directrices se basará, en especial, en la información que está recogiendo en la actualidad sobre la práctica nacional pertinente en esta área. Se concentrará en los asuntos relacionados con los Artículos 2, 3, 5 y 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, a la luz de la jurisprudencia pertinente del Tribunal.
96. Este equipo inició su trabajo en diciembre de 2006 y se reunirá en octubre y en diciembre de 2007. El CDDH prevé solicitar a los Delegados una extensión de los términos de referencia hasta 2008.

### 4. Procedimientos desde el extranjero

97. Un caso particularmente significativo es el de aquellos individuos que tratan de entrar en un país europeo legalmente, ya sea para desempeñar actividades económicas o para reunirse con su familia, pero estando ubicados fuera de territorio europeo. Los pasos que tienen que dar para obtener el visado correspondiente o, en el caso de acuerdos de exención, el permiso de residencia pertinente, deben efectuarse en las embajadas o consulados que los diferentes Estados tienen en el país de origen o en las proximidades.
98. Plantear la pregunta de acceso a la justicia en este contexto supone diferentes tipos de problemas:
  - La inmunidad internacional de los Estados hace que los inmigrantes potenciales sólo puedan presentar acciones legales ante los tribunales de sus respectivos países, en su propio territorio, a cientos o miles de kilómetros de la residencia del ciudadano. Algunos de los estados miembros del Consejo Europeo ponen en marcha normas legales que permiten la sumisión de escritos judiciales de queja

<sup>3</sup> La Unión Europea intentó tomar medidas dirigidas a la armonización de los procedimientos de asilo, a través de su proyecto para una Directiva del Consejo.

sobre cuestiones de migración en sus oficinas diplomáticas y consulares. Pero en la práctica esta posibilidad, cuando existe, es discutible.

- Muchos países prohíben a sus Tribunales examinar las acciones ajenas a su autoridad: ¿Hasta qué punto puede impedir dicha prohibición la sumisión al sistema de justicia de una negativa a conceder un visado de residencia? En todo caso, las decisiones de este tipo se toman generalmente con considerables márgenes de discreción y la negativa no suele razonarse: no parece que tenga mucho sentido proponer la posibilidad de iniciar acciones legales condenadas a ser descartadas.

99. En todas estas circunstancias, la posibilidad de acceder a la justicia desde el extranjero en los Tribunales de países europeos, cuándo estos permiten tramitar las peticiones o cuando se ha rehusado el visado de residencia o reunificación familiar, según el caso, añade nuevas dificultades a las experimentadas por inmigrantes que están ya en el territorio del país europeo: problemas de comunicación lingüística y traducción de documentos, falta de familiaridad con el sistema legal nacional, etc. como se ha indicado anteriormente..
100. En este contexto, debe prestarse especial atención al potencial de las nuevas tecnologías, como se señaló, por ejemplo, en la conferencia organizada en Alemania sobre el tema de la “justicia electrónica” ([www.ejustice2007.de](http://www.ejustice2007.de)). No obstante, el factor decisivo es asegurarse de que las delegaciones diplomáticas europeas tengan una oficina o personal disponible que permita el procesamiento de las quejas y las acciones legales que puedan someterse en cuestiones relacionadas con la negativa a emitir un visado o los retrasos en su procesamiento.
101. La negativa a impartir justicia sobre tal particular es una de las razones de que aumente el número de personas que intentan atravesar las fronteras europeas de forma ilegal, en especial las marítimas.

#### **H. La dimensión familiar**

102. El derecho a la reunificación familiar, la unidad familiar y la vida familiar se aplica de forma restrictiva a los inmigrantes y solicitantes de asilo de forma que normalmente sólo incluye a los miembros del núcleo familiar, el cónyuge y los hijos menores de edad (excluyendo a otros parientes, cuidadores no-biológicos y tutores consuetudinarios).
103. La situación puede ser bastante diferente en lo que se refiere a la reunificación de inmigrantes con sus parientes que viven legalmente en territorio europeo (por favor, consulte el Juicio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Abdulaziz, Cabales y Balkandali, de 28 de mayo, 1985, y la Directiva del Consejo 2003/86/CE de 22 de septiembre, 2003, sobre el derecho a la reunificación familiar, artículo 18): diversas leyes europeas y nacionales conceden derechos a ciertos miembros de la familia, y la infracción ocasional de estos derechos necesita estar bajo supervisión judicial.

#### **I. El caso concreto de los menores**

104. Los niños separados son “niños menores de 18 años de edad que están fuera de su país de origen y separados de sus padres o sus cuidadores principales legales o consuetudinarios”<sup>4</sup>. También se usa la noción de “menores no acompañados”, aunque su significado varía de un estado miembro a otro ya que el criterio de compañía se basa algunas veces en una decisión judicial o, por el contrario, en bases objetivas.

---

<sup>4</sup> Como se define en el “Programa Europeo de Niños Separados”

### 1. Principios

105. Deben destacarse las provisiones de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños (1989), ya que cubren las necesidades de protección de estos niños vulnerables, que están sin sus padres o cuidadores y, en muchos casos, sometidos a procedimientos de asilo.
106. Así, estos niños que necesitan atención especial han de ser tratados con el debido respeto a sus Derechos, protegidos por la Convención anteriormente citada: el principio de los mejores intereses para el niño (Artículo 3), que debería ser la principal preocupación; el principio de no-discriminación, incluyendo cuestiones de nacionalidad (Artículo 2); la facilitación de la reunificación familiar (Artículo 10); el derecho del niño a ser consultado sobre cualquier cuestión que pueda afectarle (Artículo 12); y el derecho a la protección especial para niños refugiados o que solicitan el estatus de refugiado (Artículo 22).
107. Los estados miembros deben tratar de garantizar que los niños separados estén exentos de procedimientos de asilo acelerados, no estén sujetos al principio de “tercer país seguro” y de que son escuchados, ya sea directamente o a través de su tutor legal, y de que son interrogados del modo que corresponde a su edad, madurez y estado psicológico.
108. Una segunda cuestión afecta al tratamiento que debe otorgarse a los menores no-acompañados. La determinación de la edad del extranjero, un elemento esencial para determinar la aplicación de las garantías y normas específicas que regulan estas circunstancias, puede dar lugar a un conflicto que justifique el acceso a la justicia para la persona en cuestión. Además, el tipo de garantías concretas relacionadas con el tratamiento que la policía fronteriza debe dispensar a los menores requiere una supervisión imparcial para ser eficaz.
109. En este contexto, la representación legal de los menores es de fundamental importancia ya que ellos carecen de habilidades para presentarse ante los tribunales y deben tomarse medidas para proporcionarles no sólo asesoramiento legal y una defensa adecuada sino también asistencia social. Los distintos países de Europa han desarrollado diferentes sistemas, y la comparación de éstos proporcionará valiosas lecciones para mejorar el tratamiento del delicado y cada vez mayor problema que supone la presencia de menores no acompañados en las fronteras; un ejemplo extremo puede verse en el juicio de 12 de octubre, 2006 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica*.

### 2. Tutoría legal

110. Los niños no acompañados y separados son particularmente vulnerables, y aunque tienen derecho a los procedimientos de asilo, suelen ser incapaces de ejercer estos derechos ya que no se les ha asignado un tutor legal. Debe eliminarse este obstáculo administrativo para garantizar que los niños separados puedan tener un tutor legal y un representante legal asignado con carácter de urgencia.
111. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa hizo hincapié en su Recomendación 1645(2004) en que a los “menores no acompañados y los niños separados debe proporcionársele un tutor legal eficaz tan pronto como las autoridades del estado miembro adviertan su presencia”.

### 3. Estimación de la edad

112. Los mejores intereses para el niño deben tomarse como principio rector durante el proceso de valoración inicial a aplicar a la llegada del niño y en la identificación de medidas para la valoración de la edad –que son necesarias en algunos casos debido a

la incertidumbre sobre la edad- debe tenerse en cuenta no sólo el aspecto físico sino también elementos psicosociales.

113. Deben determinarse reglas claras en cada estado miembro para la valoración de la edad, recordando que tales valoraciones nunca ofrecen resultados científicos completamente fiables, sino estimaciones. Debe otorgarse el beneficio de la duda en caso de que no esté clara la verdadera edad del niño. Así, en estos casos, siempre se debería garantizar la consideración de minoría de edad. Los resultados de dichas valoraciones deben ser recurribles y el niño o su tutor legal deben tener la posibilidad de solicitar una revisión por parte de un organismo independiente.

#### 4. *Detención*

114. La detención de niños que buscan asilo se está convirtiendo también en un grave problema no sólo si tenemos en cuenta el principio de *recurso final* que establece que los menores no deben ser privados de libertad excepto como medida de último recurso y durante el menor tiempo posible, sino también si consideramos las condiciones reales de su detención. Además, deben garantizarse a los niños mecanismos de queja en relación a las condiciones de su detención.
115. Los niños que están en un país extranjero, separados de sus padres o tutores legales, expuestos a dificultades y precariedades adicionales son un colectivo particularmente vulnerable, dentro del colectivo de los niños, ya de por sí especialmente vulnerable.

### III. **Los niños, incluyendo a los niños que han cometido un delito**

#### A. **Visión General**

116. “Los niños no son mini-humanos con mini-derechos” y siendo vulnerables, “necesitan más protección, no menos” como se subraya en el marco del programa del Consejo de Europa denominado “Construir una Europa para y con los niños”.
117. Los niños merecen el mismo acceso a la justicia, pero frecuentemente se encuentran en la práctica con barreras adicionales que no contemplan sus derechos ni la asistencia que debe proporcionárseles y no pueden iniciar acciones legales sin la asistencia o autorización de un adulto (padre o tutor legal). Los niños son especialmente vulnerables cuando son víctimas de abuso o negligencia por parte de sus padres o tutores legales.
118. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos protege los derechos y libertades definidos en el Convenio, que serán garantizados por los estados miembros “a todos aquellos bajo su jurisdicción” (Artículo 1 – obligación de respetar los derechos humanos), independientemente de su edad. Las referencias explícitas del Convenio a los derechos concretos de los niños son escasas (Artículo 5(1)d sobre las condiciones de la detención de menores) pero esto no afecta a la importancia del Convenio para los niños, como muestran los múltiples casos presentados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
119. En el ámbito universal, las cuestiones jurídicas relacionadas con el niño deben respetar los siguientes principios que fueron instaurados en 1989 por las Naciones Unidas en la Convención sobre los Derechos del Niño:
  - “una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”<sup>5</sup> (Artículo 3);
  - “evolución de las facultades del niño”<sup>6</sup> (Artículo 5);

<sup>5</sup> “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.”

<sup>6</sup> “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras

- “participación”<sup>7</sup> (Artículo 12.2); y
  - “no discriminación”<sup>8</sup> (Artículo 2).
120. Para que los niños puedan beneficiarse de los mecanismos jurídicos internacionales, será importante evaluar cómo se trata a los niños en el ámbito internacional y examinar, por ejemplo, la cuestión de su representación, acceso a asistencia legal y la importancia del punto de vista del niño, si puede expresarlo.
121. El acceso a la justicia por parte del niño suele estar repleto de obstáculos que terminan por imposibilitar el ejercicio de sus derechos, y las medidas y garantías destinadas a reducir tales obstáculos deberían estar contempladas y fomentadas a fin de otorgar al niño el lugar que le corresponde en el sistema judicial. La cuestión del acceso a la justicia por parte del niño plantea también el problema del impacto negativo y daños sufridos por los niños que se ven expuestos al sistema judicial. Los Estados Miembros deberían buscar los medios para reducir tales situaciones.
122. La ampliación de un sistema de justicia favorable al niño resulta una condición indispensable hacia una mayor accesibilidad a la justicia por parte de este grupo tan vulnerable, y por lo tanto será analizada en este informe.

## **B. Los niños en los procesos judiciales**

### *1. Principios generales*

123. El Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño (ETS 160), que entró en vigor el 1 de julio de 2000 tiene como objetivo preservar los derechos del niño, garantizándole derechos procedimentales en el marco de los procedimientos familiares, así como facilitando el ejercicio de los citados derechos.
124. Los niños envueltos en procesos judiciales tienen derecho a ser informados, lo que significa recibir toda la información que atañe a su situación personal. Cabe subrayar que este derecho específico no es absoluto, pues su ejercicio debe ser considerado en el ámbito de la evolución de las facultades e intereses primordiales del niño en cuestión.
125. El niño tiene derecho a ser preguntado y expresar sus puntos de vista en los procedimientos, pudiendo buscar consejo si lo considera necesario. Tiene derecho a ser representado en los procesos por parte de un representante especial, hecho que resulta particularmente importante en casos de conflicto de intereses entre el niño y sus padres o tutores legales.
126. Una amplia variedad de decisiones judiciales puede afectar o concernir al niño, tal es el caso de su internamiento en instituciones de atención personal, adopción, órdenes de búsqueda, tutela o custodia. La cuestión de la aplicación de estas decisiones también

---

personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

<sup>7</sup> “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.”

<sup>8</sup> “1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”

debería discutirse, puesto que los problemas que se presenten en la aplicación pueden tener serias consecuencias sobre el niño.

## 2. *Situación específica de víctimas y testigos*

127. Los niños envueltos en procedimientos judiciales ya sea como víctimas o testigos requieren asistencia y protección especial a lo largo del proceso, puesto que su edad, madurez y necesidades específicas deben tomarse en consideración. El impacto físico, psicológico y emocional que tiene un delito sobre la víctima debe tenerse especialmente en cuenta cuando el protagonista sea el niño, y la importancia de tal impacto en el bienestar de los niños no debe desdeñarse.
128. El niño que ha sido víctima de un delito no debería verse sometido a mayor victimización cuando ejerza sus derechos, y debería prestarse particular atención a las posibles consecuencias de su exposición a un sistema de justicia inadaptado. El derecho del niño a gozar de medidas de protección especiales debería ponerse en práctica si fuese necesario.

## 3. *Tráfico de seres humanos*

129. Al luchar contra el tráfico de seres humanos, incluyendo el tráfico de niños, hay que centrarse en las necesidades específicas del niño:
- en caso de desconocimiento de la edad de la víctima siempre que haya razones para creer que la víctima es un niño. En ese caso, la persona, sea cual sea su sexo, será considerado un niño y recibirá medidas de protección especiales;
  - por lo que respecta a niños que no estén acompañados por un adulto:
    - a. se asignará una representación del menor por parte de un tutor legal, una organización o autoridad;
    - b. se realizarán las pesquisas necesarias para conocer su identidad y nacionalidad;
    - c. se hará todo lo posible para encontrar a su familia;
  - las víctimas infantiles deberán recibir medidas especiales de protección.

## 4. *Niños autores de delitos y en conflicto con la ley: sistema de justicia juvenil*

130. Desde los años 60, el Consejo de Europa se ha referido en varias ocasiones al comportamiento delictivo y antisocial por parte de niños y jóvenes, así como a las formas de tratar la delincuencia juvenil mientras se protegen los intereses del niño. Una serie de recomendaciones adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa orienta a los Estados Miembros en esta área.
131. Las últimas recomendaciones significativas son las siguientes:
132. Recomendación Rec(2000)20 sobre el Papel de una Temprana Intervención Psicosocial en la Prevención de la Criminalidad. Esta recomendación insta una estrategia global para prevenir el delito y el comportamiento delictivo antes de que el niño forme parte del sistema jurídico penal. La razón principal de la recomendación es que resulta necesario un nuevo enfoque para controlar el delito y sus consecuencias frente a un importante número de avances en las sociedades industrializadas, donde ha aumentado el riesgo de aparición de problemas psicosociales que afectan a niños y jóvenes, incluyendo el comportamiento antisocial y el delito. La idea fundamental que respalda esta recomendación es que el comportamiento violento y antisocial del niño requiere nuevas medidas y, en particular, detección de los factores de riesgo y adaptación de los programas de intervención psicosocial temprana a la realidad, así como trabajar con la familia y el medio que rodea al niño y volver a evaluar el papel de la justicia juvenil como componente de un grupo de medidas más amplio que engloba

interacción entre organismos relevantes, formación y evaluación de los trabajadores, etc.

133. Recomendación (2003) 20 sobre nuevas vías para tratar la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil. Esta Recomendación resalta que el sistema de justicia juvenil puede ser eficiente a la hora de detener la delincuencia juvenil siempre y cuando forme parte de una estrategia común de base mucho más amplia, una estrategia que tenga en cuenta el contexto familiar, escolar, vecinal y de compañeros en el que acontecen los delitos.
134. Existe común acuerdo en el hecho de que el niño es más vulnerable que un adulto frente al poder de la ley penal de cada Estado y, por tanto, necesita procedimientos de protección adicionales, como una vez más ha resaltado la recomendación. En primer lugar, se les debería ver como niños y sólo en segundo lugar como delincuentes.
135. Otro mensaje importante dentro de la recomendación es el modo progresivo en que sanciones y medidas deberían introducirse mientras los niños van haciéndose mayores, puesto que con la edad aumenta también su capacidad para comprender y participar en actos delictivos, distinguir lo que está bien de lo que no lo está, comprender la influencia de sus actos sobre los demás y moderar su comportamiento.
136. El texto recomienda también emplear en la medida de lo posible vías distintas a la del sistema de justicia penal, puesto que de ese modo se puede tener en cuenta el hecho de que la mayoría de los delincuentes juveniles comete únicamente uno o dos delitos menores y, por tanto, resulta desproporcionado y contraproducente aplicar el sistema de justicia penal en estas situaciones.
137. Además, la justicia reinsertadora se está convirtiendo cada vez más en un componente de las estrategias de justicia juvenil. Permite la oportunidad de que el delincuente se disculpe ante sus víctimas y corrija el daño que ha causado. Esta situación fomenta el respeto tanto por el sistema legal como por los valores sociales subyacentes.
138. Un principio esencial que recoge el texto es que la justicia tardía es justicia denegada. Por tanto, es necesaria una respuesta rápida, adecuada y proporcional por parte del sistema penal. Si transcurre un largo periodo entre la comisión de un delito y la sanción por ello, ambos acontecimientos quedan desconectados en la mente del joven delincuente, lo que disminuye la efectividad de cualquier decisión. Para los delincuentes reincidentes, los retrasos aumentan el riesgo de nuevos delitos antes de comparecer frente al tribunal, y posponer intervenciones que podrían haber evitado nuevos delitos.
139. Los jóvenes que se ven privados de su libertad sufren todos los aspectos negativos del encarcelamiento. Además, las condiciones en las que se mantiene a los sospechosos de temprana edad suelen ser peores en muchos países que las que tienen que asumir delincuentes que cumplen sentencias con pena privativa de libertad. A menudo se ven encerrados durante largos periodos de tiempo, expuestos a masificaciones, acoso e intimidación, y sufren largos periodos de aburrimiento sin poder acceder a ninguna actividad constructiva. El riesgo de suicidio, autolesión y otros problemas de salud aumenta y, en comparación con los adultos, los delincuentes juveniles carecen de la resistencia necesaria para enfrentarse al trauma de verse encarcelados. En consecuencia, el arresto de jóvenes debería evitarse en la medida de lo posible, y los tribunales deberían desarrollar y emplear una serie de alternativas apropiadas frente a la privación de la libertad.
140. Padres y tutores legales deben participar y asistir a las distintas etapas de los procesos criminales y recibir orientación, asistencia y apoyo para poder enfrentarse al comportamiento ofensivo del niño.
141. A lo dicho anteriormente hay que añadir que el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos (CPT) recoge, en sus "Normas CPT",

una serie de indicaciones para tratar a los jóvenes privados de su libertad. Estas normas incluyen condiciones materiales de la detención, régimen de actividades durante el arresto, cuestiones relacionadas con las personas que vigilan ese arresto, contacto con el mundo exterior, disciplina, quejas y procedimientos de inspección así como procedimientos médicos. El CPT afirma que “la atención de los menores bajo custodia requiere esfuerzos especiales para reducir los riesgos de inadaptación social a largo plazo. Ello exige un planteamiento multidisciplinario que recurra a la capacidad de una serie de profesionales (incluyendo profesores, formadores y psicólogos), con el fin de responder a las necesidades individuales de los menores dentro de un ambiente educativo y socio-terapéutico seguro.” (párrafo 28)

142. La Recomendación (2003)<sup>20</sup> exhorta a que los Estados Miembros del Consejo de Europa adopten Normas Europeas separadas y diferentes para los delincuentes juveniles, dado que sus intereses y necesidades difieren de los de los adultos y necesitan cuidados e intervenciones especiales.
143. Como respuesta a esta solicitud, El Comité de Ministros encomendó al Comité Europeo Para los Problemas Criminales (PC-CP) la tarea de realizar un borrador de las citadas Normas. El trabajo comenzó a finales de 2006 y el anteproyecto estará terminado a finales de 2008. Las Normas siguen, en términos generales, la estructura y lógica de la Normativa Comunitaria de Medidas y Sanciones (Recomendación n° R(96)12 del Comité de Ministros) y de las Normas de Prisión Europeas (Recomendación Rec(2006)2 del Comité de Ministros) pero los contenidos están redactados para ser específicamente adaptados a jóvenes. La recomendación, que contiene Normas Europeas para Delincuentes Juveniles sujetos a sanciones o medidas en su comunidad o privados de su libertad, comenzará con una lista de principios básicos, seguidos por definiciones. En el Apartado II se asentarán las normas europeas concernientes a la puesta en práctica de sanciones en la comunidad y medidas destinadas a los delincuentes juveniles. En el Apartado III se tratará la privación de la libertad en las cárceles, el bienestar social y las instituciones de salud mental. Los siguientes apartados tratarán del personal a cargo, la inspección, la vigilancia y los procesos de reclamación, concluyendo con evaluación e investigación.
144. Se pretende basar todas las normas en el principio de actuación en favor de los intereses del niño, los principios de proporcionalidad y respeto de los derechos humanos y la dignidad humana, la necesidad de limitar el empleo de la pérdida de la libertad al mínimo posible, así como emplear otras medidas de intervención que no pongan en peligro al niño y permitan una mejor integración social del mismo. Las garantías legales y el control judicial deben proporcionarse en caso de procesos que se refieran a delincuentes juveniles y que puedan dar lugar a una toma de decisiones que sancione su comportamiento.
145. Un tema que sigue abierto es la necesidad de alcanzar un consenso a nivel europeo en lo que se refiere a la edad mínima de responsabilidad penal. Cabe puntualizar que la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en su Artículo Primero afirma que un niño es cualquier ser humano de edad menor a 18 años a menos que, a tenor de las leyes aplicadas al niño, se considere que alcanzó antes la mayoría de edad. Mientras la mayoría de edad en Europa esté cifrada en 18 años, hay que hacer un esfuerzo para hacer converger las distintas actuaciones llevadas a cabo en los Estados Miembros por lo que a la edad de responsabilidad penal se refiere. Existe el riesgo constante en Europa de que la apertura de fronteras permita a los menores cometer delitos en el extranjero, en los países en los que la responsabilidad penal es inferior a la media europea que los condenaría y pondría bajo custodia, mientras que en esos otros países quizá no se les encontrara responsables de delito alguno. Los niños son el futuro de Europa y cuidar de ellos nos acercará al futuro que luchamos por construir en nuestro Continente.

### **C. Un sistema judicial favorable al niño**

146. La definición de este concepto no es sencilla, pues el sistema judicial abarca un amplio número de situaciones en las que el niño puede verse envuelto. La piedra angular de un sistema judicial favorable al niño es el enfoque sistemático —que debería prevalecer en cualquier situación que se refiera a los niños— hacia el reconocimiento y satisfacción de las necesidades específicas del niño, asegurando que los niños son tenidos en cuenta, valorados, respetados e incluidos en las decisiones.
147. Ese sistema judicial favorable al niño podría alcanzarse en la práctica a través de las siguientes medidas:
- Asegurar el acceso directo del niño a ayuda y asistencia legal;
  - Reducir las dilaciones de procedimiento en los casos relacionados con niños, que deberían afrontarse con carácter prioritario;
  - Adaptar las normas de procedimiento —sin violar los derechos de defensa y los principios de tener un juicio justo— para escuchar testimonios que busquen el bienestar del niño, excluyendo, cuando fuese necesario, al público y los medios de comunicación, y asegurando la protección de la vida privada del niño;
  - Revisar la selección y formación de los profesionales que trabajan y cuidan de los niños, con el fin de asegurarse de que cada persona que está en contacto con los niños tiene en cuenta las necesidades y sentimientos de éstos últimos;
  - Desarrollar un medio favorable al niño, donde se sienta cómodo y seguro, por ejemplo, salas de audiencia especiales o alojamientos;
  - Establecer órganos nacionales que promuevan y aseguren el correcto ejercicio de los derechos del niño;
  - Designar y repartir manuales de buenas prácticas y guías de actuación.
148. Por último, cabe resaltar el acceso a la justicia para aquellos niños que hayan sido víctima de explotación y abusos sexuales. Es importante asegurar que la investigación y los procedimientos de la audiencia tienen en cuenta la vulnerabilidad particular de los niños que afrontan tales procesos como víctimas o testigos. Los principios generales están establecidos para que las investigaciones y los procedimientos judiciales (ya sean llevados a cabo por una unidad policial o una autoridad judicial) se conduzcan de modo favorable al niño.
149. Debería respetarse el derecho del niño (y su familia o representantes legales) a ser informado de la evolución de las investigaciones y procedimientos con los cuales está relacionado como víctima. La información debería suministrarse de “forma adaptada” a la edad y desarrollo del niño. Debería evitarse que el niño pueda quedar traumatizado a través del contacto con el presunto agresor en los lugares en que se desarrolla la investigación y en la audiencia, a menos que se determine que dicho contacto es necesario o útil para asegurar que el procedimiento sucede por cauces satisfactorios.
150. Deberían establecerse disposiciones específicas que se ocupan de la situación en casos de abusos sexuales en los que está involucrada la familia, en los cuales los responsables de la patria potestad, teniendo la responsabilidad de defender los intereses del niño, están a su vez implicados de algún modo en el procedimiento en el que el niño toma parte como víctima (lo que da lugar a un “conflicto de intereses”). En tales situaciones, el niño debería poder ser representado por una persona designada específicamente por las autoridades judiciales. Esta situación puede producirse cuando, por ejemplo, los responsables de la patria potestad son los agresores o los cómplices de los mismos, o cuando la naturaleza de su relación con el agresor es tal que no se puede esperar que defiendan los intereses del niño de forma imparcial.

151. Es necesario establecer medidas que permitan que las acciones se inicien a todos los efectos después de que el niño haya alcanzado la mayoría de edad, aunque el periodo de limitación debe restringirse a las agresiones más graves con arreglo a las cuales existe una justificación para extender el período de limitación. Se trata de un elemento esencial de valor añadido en relación con el acceso efectivo a la justicia de los niños que han sido víctimas de estas situaciones. De hecho, está constatado que, antes de alcanzar la mayoría de edad, muchos niños víctima de abusos sexuales son incapaces, por diversas razones, de dar a conocer las agresiones que se han producido contra ellos.
152. En lo que respecta al acceso a la justicia de los niños que han sido víctimas, la cuestión central es el testimonio del niño, hecho que constituye todo un reto en los procedimientos de numerosos Estados. Para los Estados resulta tan urgente como importante adoptar normas procedimentales que garanticen y salvaguarden el testimonio del niño. Para alcanzar los citados objetivos, es importante limitar el número de entrevistas con los niños que les fueren a narrar la situación que han sufrido, así como permitirles ser entrevistados por las mismas personas, formadas para tales propósitos, en los lugares apropiados y en un marco tranquilizador, en presencia del representante legal del niño o, si ello resultara apropiado, estando el niño acompañado de una persona de su confianza.

#### **IV. Conclusiones**

153. Este informe subraya la gran variedad de retos que afrontan el Consejo de Europa y sus Estados Miembros. Las soluciones legales para los obstáculos existentes o las dificultades para los grupos vulnerables identificados a la hora de acceder a la justicia –inmigrantes y solicitantes de asilo, y niños incluyendo aquellos que hayan cometido algún delito– debería concebirse bajo un enfoque más práctico que abarcara toda Europa.
154. El Consejo de Europa, que durante décadas ha protegido e impulsado los derechos humanos fundamentales como el acceso a la justicia, desempeña un papel fundamental en este esfuerzo, a través del desarrollo de las recomendaciones para sus Estados Miembros en busca de la armonización de los marcos legales y de las prácticas, recogiendo y diseminando ejemplos de buenas prácticas, vigilando la puesta en práctica de las normas más relevantes y suministrando asistencia a los Estados Miembros.

##### *Inmigrantes y solicitantes de asilo*

155. Los Estados Miembros deberían asesorar y examinar las distintas medidas que podrían recomendarse para:
  - a) asegurar que los residentes legales y las personas con trasfondo migracional no se enfrenten a dificultades injustificadas para acceder a la justicia;
  - b) asegurar que los remedios apropiados y efectivos están garantizados;
  - c) desarrollar y promover la asistencia legal gratuita y la ayuda para este grupo tan vulnerable;
  - d) concienciar y formar a los profesionales relacionados con la gestión y el cuidado de los inmigrantes y los solicitantes de asilo;
  - e) mantener la uniformidad en los procedimientos de concesión de asilo y su puesta en práctica;
  - f) asegurar que las apelaciones en las decisiones sobre la concesión de asilo pueden presentarse y que los mecanismos de apelación son independientes e imparciales;
  - g) aumentar el nivel y calidad de información a disposición de este grupo;
  - h) asegurarse de que las necesidades específicas de los niños no acompañados o separados se tienen en cuenta y que la tutela legal se trata con celeridad;

- i) ofrecer apoyo a los Estados Miembros que necesiten asistencia técnica en cuestiones relacionadas con el acceso de inmigrantes y solicitantes de asilo a la justicia.

*Los niños, incluyendo aquellos que hayan cometido un delito*

156. Los Estados Miembros deberían asesorar y examinar las diferentes medidas recomendadas para:
- a) otorgar a los niños completo ejercicio de sus derechos;
  - b) asegurarse de que los principios básicos recogidos en la Convención Sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas se apliquen en lo que a justicia se refiere;
  - c) garantizar la protección necesaria a los niños que sean víctimas y testigos;
  - d) favorecer la posibilidad del niño de acceder a tribunales tanto nacionales como internacionales;
  - e) desarrollar un sistema de justicia favorable al niño en el cual los intereses del mismo sean siempre el primer objetivo y se conviertan en parte de la Convención sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño;
  - f) poner en práctica procedimientos y medidas favorables al niño en todas las investigaciones y procedimientos jurídicos en los que haya niños implicados, ya sea como víctimas o como presuntos delincuentes;
  - g) adoptar un enfoque protector hacia los niños que hayan cometido delitos, persiguiendo su reintegración con éxito en la sociedad;

## APÉNDICE – LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

### SECCIÓN I Problemas de acceso a la justicia para inmigrantes y solicitantes de asilo

El régimen jurídico oficial de los extranjeros en España relativo al acceso a la justicia y otros derechos

De forma general, el acceso a la justicia está basado en la igualdad oficial de condiciones entre españoles y extranjeros, aunque en ambos casos pueden darse algunas condiciones definidas jurídicamente en el ejercicio de ese derecho. Naturalmente, es preciso exceptuar a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea del régimen general, por las razones particulares que todos sabemos.

El artículo 13 de la Constitución Española estipula que los extranjeros que vivan en España gozarán de las mismas libertades públicas que garantiza dicho Título en los términos que establezcan los tratados y la ley. Este Título incluye el artículo 24.1, que estipula que "...todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión...". Es preciso subrayar que, en materia de protección jurídica, no existe diferencia entre españoles y extranjeros, sino que esta protección se garantiza sin distinciones.

En consecuencia es necesario recurrir a la Ley Orgánica de los extranjeros en España (derechos y libertades) y su integración social (Ley Orgánica 4, de fecha 11 de enero de 2000), o LDLE en su acrónimo español. Si bien no trataremos aquí el amplio alcance de las disposiciones de esa ley, pues ello desviaría el objeto de este informe, cabe resaltar que la LDLE regula la libertad de reunión y de petición de los extranjeros y reconoce el derecho a la educación de todos los extranjeros menores de dieciocho años en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas.

Vemos aquí que el problema que surge es el determinar la edad del menor cuando no existen documentos fiables que indiquen cuántos años tiene. Este problema, que no es exclusivo de los inmigrantes, es resuelto técnicamente en el informe que el experto judicial redacta respecto a la edad de la persona examinada.

Los extranjeros residentes tienen derecho a la educación no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. Igualmente, aunque para extranjeros residentes, se hace hincapié en el derecho a acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica. Como es lógico, se proclama el derecho a trabajar, así como al acceso al sistema de la seguridad social, siempre que se reúna la condición de residente en situación regular. Del mismo modo, la ley también reconoce a los residentes el derecho, en las mismas condiciones que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, a acceder como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, "...de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad. A tal efecto, podrán presentarse a las ofertas de empleo público que convoquen las Administraciones públicas."

Siempre limitado a la condición de residente en situación regular, se reconoce la libertad de sindicación y huelga. En lo que se refiere al derecho a la asistencia médica, podemos señalar una extensión de la protección, pues la condición a cumplir no es la de la residencia, sino la del registro del extranjero en España en el catastro, que le otorga el derecho a la atención médica en las mismas condiciones que los españoles. Esta posibilidad sólo es aplicable a los procedentes de países no miembros de la UE inscritos en el registro local y que no posean permiso de residencia permanente, es decir en posesión de una autorización de residencia temporal. La ley estipula que los extranjeros que residan en España tienen derecho a recibir asistencia médica de urgencia en el sector público si padecen una enfermedad grave o si han tenido un accidente, por la causa que fuera, así como al seguimiento del paciente hasta que el médico les envíe a casa. Es un aspecto importante para la asistencia médica dispensada a los

inmigrantes sin papeles que lleguen a España enfermos o a aquellos que han enfermado o han sufrido heridas a causa de las condiciones del viaje.

La LDLE contempla el derecho de los extranjeros menores de 18 años (sin distinción) que vivan en España a recibir atención médica en las mismas condiciones que los españoles. Las extranjeras embarazadas que vivan en España, sea cual fuere la forma de entrada en territorio español, tienen igualmente el derecho a recibir atención médica durante el embarazo, el parto y el posparto.

Asimismo, se reconocen los derechos a la vivienda, a la seguridad social y a los servicios sociales.

El derecho a la protección jurídica

Ahora abordaremos la cuestión principal: el derecho a una protección jurídica efectiva. La LDLE dedica un capítulo (capítulo III) a las "garantías jurídicas" para los extranjeros. Este capítulo estipula que los extranjeros tienen derecho a la protección jurídica efectiva. Seguidamente indica que los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería (recordemos que esto incluye las cuestiones relacionadas con el recurso de residencia y a su expulsión) respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones.

Las cuestiones relativas a la concesión de un visado de entrada a España o la denegación de expedir uno quedan excluidas de estas garantías debido a que, tal como estipula la propia LDLE (artículo 26), el ejercicio de la potestad de otorgamiento o denegación de visados queda sujeto a los compromisos internacionales vigentes en la materia y se orientará al cumplimiento de los fines de la política exterior del Reino de España y de otras políticas públicas españolas o de la Unión Europea, como la política de inmigración, la política económica y la de seguridad ciudadana. Se pueden deducir disposiciones enunciadas a continuación dentro del mismo artículo de la ley que conciernen casos específicos (el rechazo de una solicitud de visado debe estar motivado en el caso de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo) que la denegación de visado en todos los otros casos no puede ser recurrida por los extranjeros que en teoría no han entrado a España.

La ley estipula a continuación el acceso de los extranjeros a los procedimientos administrativos y reconoce la legitimidad de sus organizaciones (en los procedimientos administrativos, las organizaciones legalmente constituidas en España para la defensa de los inmigrantes están legitimadas para intervenir como interesadas) desde el momento en que los extranjeros las hayan designado expresamente para representar sus intereses.

Es preciso abordar el problema que representa la mediación ofrecida por las organizaciones en materia de solidaridad hacia los inmigrantes y a la ayuda sin lugar a dudas importante que les aportan, aunque también hay que tener en cuenta el hecho de que todas tienen tendencia a intervenir según criterios unificados y pueden, en definitiva, imponer sus propios programas a los individuos. Cabe añadir que en España existe al menos una organización que se ocupa de cada grupo de inmigrantes.

En los procedimientos administrativos (establecidos ante tribunales específicos) referentes a cuestiones relacionadas con la situación jurídica de los extranjeros, las instituciones habilitadas a comparecer son aquellas a las que se aplican las disposiciones del artículo 19.1.b) de la ley que regula esas jurisdicciones.

Los recursos administrativos interpuestos contra decisiones tomadas sobre cuestiones relacionadas con la situación jurídica de los extranjeros gozan de una importancia particular desde el punto de vista de las exclusiones que se aplican. En principio, el derecho al recurso contra las medidas adoptadas por la administración es reconocido a los extranjeros. Sin embargo, aunque tales medidas puedan hacer objeto de un recurso conforme a las disposiciones de la ley y si el régimen relativo a la aplicabilidad de las medidas administrativas adoptadas respecto a la situación jurídica de los extranjeros es el previsto como régimen

general por la legislación en vigor, se contempla una excepción en lo que concierne el trato “preferencial” de las órdenes de expulsión. A continuación se estipula que la rapidez con que puede tomarse la decisión de expulsar a una persona se ve compensada por la “preferencia” en el examen de los recursos contra las decisiones y de su resolución.

#### Asistencia de un abogado

Si bien es cierto que los extranjeros pueden recurrir a un abogado, pero el problema que se plantea un inmigrante no residente es el de poder valerse de la asistencia jurídica gratuita. La LDLE se emplea a resolver este problema al establecer que los extranjeros que se hallen en España y carezcan de recursos económicos insuficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tienen derecho a ésta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan dar lugar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice.

La normativa de asistencia jurídica gratuita obliga, por un lado, a la administración, y por el otro, a las otras jurisdicciones regionales que organicen el servicio y suministren la asistencia en cuestión. Es importante señalar igualmente que otras organizaciones, como los sindicatos, proporcionan consejos jurídicos a los trabajadores extranjeros.

En los casos, indicados más adelante, donde se inician procedimientos de expulsión, los inmigrantes extranjeros que no estén en posesión de permiso de residencia o de trabajo pueden solicitar la asistencia jurídica que proporcionan los abogados designados por cada tribunal. Más adelante trataremos las condiciones del inicio y del desarrollo de procedimientos de expulsión.

#### Inmigrantes en situación irregular

Es la expresión utilizada para designar a toda persona que se encuentre en territorio español que no posea ninguna autorización oficial de admisión o de residencia, ya sea porque ésta nunca ha tenido lugar, o porque la validez de su permiso temporal ha caducado. Es la situación más problemática puesto que la ausencia de permiso de residencia limita la posibilidad de obtener un permiso de trabajo, algo que sólo puede comportar una serie de situaciones que llevan a los sistemas administrativo y penal a redactar normas específicas para la penalización de artimañas como la explotación de trabajadores clandestinos.

La ausencia de permiso de residencia implica que los derechos reconocidos se limiten más o menos a los tratamientos médicos de urgencia, salvo en el caso de personas menores de 18 años. Así pues, podemos comprender la dificultad que existe para describir el acceso a la justicia de los extranjeros que se hallan irregularmente en el territorio de un Estado o que no poseen ningún documento de identidad.

Esta situación crea varios problemas:

- a) acceso a un procedimiento judicial de solicitud de asilo o de permiso de residencia para una persona susceptible de ser expulsada o reenviada (se trata de medidas diferentes) a su país de origen. Como podemos esperar, los inmigrantes en situación irregular evitan presentarse ante una instancia oficial sea cual sea, por si ello comportara el inicio de un procedimiento de expulsión;
- b) la necesidad de diferenciar las personas que intentan ser admitidas en el territorio del Estado, basándose en las razones que tienen de abandonar su país de origen es otra complicación que no deja siempre claras las disposiciones que rigen la concesión del asilo a los refugiados, las cuales son muy restrictivas;
- c) frente a una solicitud masiva, la Ley sobre el asilo y los refugiados (Ley 9 de fecha 19 de mayo de 1994) limita la posibilidad de obtener el asilo a las personas que reúnen las condiciones fijadas por la Convención de Ginebra del 28 de julio de 1951 y el Protocolo

de Nueva York del 31 de enero de 1967 para obtener el estatus de refugiado. Esta limitación, que corresponde a la supresión de la distinción anterior entre el asilo y el refugio, ha sido justificada precisamente por la necesidad de evitar el uso del sistema de protección de refugiados por parte de personas que emigran por razones económicas, para huir del hambre y del desempleo.

El acceso a la justicia conlleva dos aspectos distintos: el acceso para contestar las órdenes de expulsión o de devolución y el acceso orientado a obtener otras formas de protección sin que se implique el riesgo simultáneo de expulsión.

Los puntos siguientes pueden considerarse como principios generales:

- los tribunales españoles no toman en consideración la situación de los extranjeros que solicitan la protección de su persona o de sus derechos (ya se trate de sus derechos como individuos o los correspondientes a su trabajo o a su religión). La ausencia de situación regular no puede limitar esta protección. Las cosas son muy diferentes cuando un extranjero es declarado penalmente responsable de un delito, pues entonces es posible ordenar su expulsión del territorio español en lugar de infligirle una pena de prisión;
- la expulsión o el reenvío de extranjeros sin visado o permiso de residencia puede recurrirse ante los tribunales, pero no en todos los casos: existen situaciones de devolución automática sin inicio de procedimientos orientados a infligir esa sanción (es el caso, por ejemplo, de los intentos de penetrar clandestinamente en el territorio español);
- está claro que hay una neta diferencia entre la situación de aquellos extranjeros que se hallan en España sin permiso de residencia, trabajen o no, y aquellos cuya admisión ha sido rechazada o que están bajo detención mientras intentaban entrar en España. Cada una de estas situaciones, sin perjuicio del hecho de que no influye en nada sobre las diligencias de todo acto ilícito que haya sido cometido contra esas personas, tiene consecuencias jurídicas diferentes.

Situaciones irregulares y actos ilícitos cometidos en contra de extranjeros y sus consecuencias

La LDLE regula las diferentes situaciones en las que se pueden hallar los extranjeros en España. No trataremos aquí el caso de los extranjeros en posesión de un permiso de residencia, ya que esto no representa un problema para la finalidad del presente informe. Los extranjeros desprovistos de permiso de trabajo, ya sea porque nunca han tenido uno, o porque su validez ha expirado, se encuentran en una situación irregular y son, en principio, culpables de una infracción administrativa: así es como se caracterizan todas las situaciones de presencia en el territorio español sin permiso válido.

Aunque en ese caso se trata de infracciones calificadas como graves, otros actos cometidos por extranjeros son considerados como muy graves (es el caso de los actos contrarios a la seguridad pública), como los actos cometidos por terceros en contra de un extranjero.

Los actos que aparecen a continuación tienen una importancia particular, pues son los más reveladores de la violación de derechos de las que son víctimas los trabajadores extranjeros:

- la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido previamente el permiso de trabajo correspondiente;
- el transporte de extranjeros por vía aérea, marítima o terrestre con destino al territorio español por transportistas que no hayan comprobado el período de validez de su pasaporte, documento de viaje o documentos de identidad, tales como, si se da el caso, el visado que deben poseer dichos extranjeros.

Condiciones de devolución o de expulsión y recurso judicial

Los problemas más graves de los extranjeros son sin duda la expulsión y la devolución. La diferencia entre estos dos procedimientos está ligada a la distinción entre la expulsión, que se

considera como una sanción infligida, y la devolución o la repatriación, que únicamente implica el rechazo de admisión o de presencia continuada en el territorio español de personas que no tengan autorización de admisión o de residencia.

La expulsión puede aplicarse en contra de todos los extranjeros que hayan cometido infracciones de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en la LDLE. Las infracciones muy graves son esencialmente cometidas por los traficantes de trabajadores extranjeros, no por los inmigrantes mismos, excepto cuando la infracción implica actividades contrarias a la seguridad del Estado.

No obstante, las infracciones tipificadas como graves, mencionadas anteriormente, afectan directamente al inmigrante implicado; se trata de las infracciones siguientes:

- encontrarse trabajando en España sin haber solicitado la autorización administrativa para trabajar por cuenta propia, cuando no cuente con autorización de residencia temporal;
- encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente;
- encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando el/la interesado/a no cuente con autorización de residencia válida.
- La participación del extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley sobre Protección de la Seguridad Ciudadana ([Ley Orgánica 1, del 21 de febrero de 1992](#))

Las infracciones apuntadas anteriormente pueden dar lugar a la expulsión de sus autores del territorio español tras los procedimientos administrativos correspondientes. Ahora bien, lo que cabe subrayar, es que incluso en las situaciones mencionadas antes, no puede producirse la expulsión inmediata y que no pueda recurrirse por la administración. Por consiguiente, podemos afirmar que la presencia no autorizada de un extranjero en el territorio español constituye siempre una infracción, pero esta puede dar siempre lugar a un procedimiento de expulsión tan amplio como en Derecho sea necesario.

#### Procedimiento de expulsión

1. Problemas a los que se exponen las personas que no son residentes en situación regular

El procedimiento de expulsión se lleva a cabo por la autoridad administrativa; es necesario recordar que en ciertos casos, con el fin de garantizar o facilitar la expulsión, el juez puede decidir autorizar el internamiento del extranjero en situación irregular, algo que sucede cuando no ha solicitado la prórroga de estancia, carezca de permiso de residencia o tenga caducada más de tres meses la mencionada autorización.

La lentitud de la burocracia no representa un inconveniente para los extranjeros; se deduce que su situación es irregular y puede conllevar el arresto y expulsión si no solicitan la renovación de su permiso dentro de los tres meses que siguen a la expiración de la validez de su permiso anterior. Si la administración no da respuesta expresa a una solicitud de permiso de residencia en un plazo de tres meses, se entenderá que ha sido concedida.

Si la administración deniega la renovación del permiso, cabe la posibilidad de:

- a) recurrir la decisión presentando una solicitud de revisión (artículo 114.2 de la ley 30/92);
- b) solicitar la autorización de permanecer en el territorio hasta que tome una decisión sobre el caso;

- c) interponer, cuando llegue el momento, un recurso administrativo contra la decisión relativa a la solicitud de revisión (artículo 115.3 de la Ley 30/92) ante las jurisdicciones competentes.

## 2. Detención y expulsión de no residentes

Los extranjeros que no posean permiso de residencia pueden ser detenidos por la policía antes de iniciar un procedimiento de expulsión ya sea ordinario o preferente. En el segundo caso, puede autorizarse la detención, ahora bien, por un plazo inferior a las 72 horas. Este procedimiento de detención acompañado de una expulsión, considerada “preferencial”, no puede ser contemplado como la norma. Debido a que la detención está reservada a los casos en que existen razones para sospechar que se ha cometido una infracción penal, el recurso al procedimiento preferente y a los mandatos de detención en caso de una simple infracción administrativa sólo es una opción utilizada en casos excepcionales, si bien las órdenes de expulsión son muy difíciles de aplicar si la persona es puesta en libertad.

En tales situaciones, los extranjeros gozan asimismo de una serie de derechos garantizados por los tribunales:

- Pueden hacer una declaración a la policía o a la autoridad judicial acerca de las razones que han motivado su expulsión;
- Pueden recibir asistencia de un abogado y, si carecen de medios económicos, podrán ser asistidos por un abogado de oficio.

En todo caso, como cualquier persona bajo arresto, los extranjeros gozarán de los derechos previsto en el artículo 520 de la Ley de enjuiciamiento criminal, que estipula que toda persona detenida o presa será informada de forma inmediata, de modo que le sea comprensible, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente el derecho a:

- guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez.
- a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.
- a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si la persona no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio;
- a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia;
- a comunicar su situación a la Oficina Consular de su país;
- a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando no comprenda o hable la lengua oficial;
- a ser reconocido por el Médico forense y, en su defecto, por el médico de la Institución en que se encuentre.

En la práctica de los procedimientos de expulsión, a parte de la cuestión de saber si la expedición o la renovación de un permiso de residencia ha sido solicitado sin que la administración se haya pronunciado en ese respecto, o si, en particular, el extranjero es menor de 18 años, se determina que los supuestos que siguen constituyen factores que tienen un impacto importante en la decisión final, a saber, la decisión de expulsar o de no expulsar al extranjero en cuestión:

- a) trabajar en España, aunque sea sin contrato;
- b) convivir con un español o un nacional de un país miembro de la UE;
- c) estar inscrito en el registro del censo municipal, lo que revela un domicilio estable;
- d) tener hijos que hayan nacido en España;
- e) haber nacido en España, haber residido regularmente durante los últimos años o que tal sea el caso del cónyuge o de la pareja interesada;
- f) la participación en un programa de inserción promovido por cualquier organización no gubernamental.

### 3. Colaboración contra redes organizadas

Una de las circunstancias que pueden impedir legalmente la expulsión es la colaboración del extranjero en la lucha contra las redes organizadas que explotan seres humanos. En especial, el artículo 59 de la LDLE establece que “el extranjero que haya cruzado la frontera española fuera de los pasos establecidos al efecto o no haya cumplido con su obligación de declarar la entrada y se encuentre irregularmente en España o trabajando sin autorización, sin documentación o documentación irregular, por haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a las autoridades competentes a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores.

Esta eventualidad provoca incontestablemente dificultades, comenzando por el temor lógico del extranjero en situación irregular a ser definitivamente expulsado, aunque la práctica seguida sea exactamente contraria a lo que se teme. En segundo lugar, es importante intensificar la protección de estas personas vista la probabilidad de ver las redes organizadas de malhechores ejercer represalias en su contra, puesto que el hecho de denunciar a esas redes desemboca en principio en el inicio de diligencias contra aquellos miembros que puedan ser identificados o detenidos.

En dichos procedimientos judiciales incoados para la explotación de la prostitución ajena, tráfico de trabajadores, etc., los extranjeros que presenten las acusaciones deben presentarse como testigos, o también como víctimas, algo que crea una situación de riesgo para la seguridad personal, y a lo que se une a su temor ya mencionado de ser expulsados. Con el fin de evitar tanto como sea posible esta eventualidad doble, la propia Ley prevé que, cuando la fiscalía tenga conocimiento del hecho que los extranjeros que son objeto de una orden de expulsión comparezcan en el marco de un procedimiento penal en calidad de víctima, de parte perjudicada o de testigo y que cuando su presencia resulte indispensable en la conclusión del procedimiento judicial, lo señale a la autoridad pública competente para que prevea suspender la ejecución de la orden(es) de expulsión, y si esta(s) última(s) ya se ha(n) ejecutado, se tomen medidas análogas para autorizar el retorno de esas personas a España durante el período necesario para aplicar las medidas judiciales pertinentes, sin perjuicio de la adopción de otras medidas previstas por la Ley sobre la protección de testigos (procedimiento criminal) (Ley orgánica 19 del 23 de diciembre de 1994).

Aun así, puede suceder que algunos extranjeros sin permiso de residencia, en la perspectiva de un procedimiento de expulsión, revelen directamente el hecho de que han sido o son actualmente las víctimas de una infracción (ya hemos visto personas que contactan por voluntad propia con la policía para revelar que han sido explotadas de diferentes formas: casi esclavismo, prostitución u otras formas de trabajo). De forma similar, la práctica seguida hasta ahora no va en el sentido de iniciar un procedimiento de expulsión; en principio, basta, al principio por lo menos, que el extranjero efectúe una solicitud de permiso de residencia o de asilo.

### 4. Expulsión tras la comisión de una infracción

Se trata, en principio, de una cuestión externa al ámbito de este informe, sin embargo hay que saber que la expulsión de extranjeros puede producirse igualmente cuando se haya cometido una infracción. Se distinguen varios casos:

- A) Como medida para sustituir una pena de prisión: las jurisdicciones penales españolas autorizan la expulsión del extranjero en lugar de aplicar una pena de prisión. Esto puede aplicarse a buena parte de las infracciones denominadas pequeña delincuencia (desde el punto de vista de la pena infligida) y puede parecer desproporcionado si se tiene en cuenta la naturaleza de la infracción cometida. Esta desproporción eventual puede favorecer el inicio de un recurso.

- B) Cuando el dossier administrativo del procedimiento de expulsión contiene una referencia a la implicación del extranjero en una acusación de comisión de una infracción condenable con pena de prisión inferior a seis años, desde que la expulsión es autorizada por el juez y aceptada por el Ministerio Fiscal. De todos modos, en la medida en que la perspectiva de una expulsión pueda afectar en parte la presunción de inocencia, el/la interesado/a puede oponerse a esta medida y exigir que el proceso tenga lugar, para tener acceso al sistema de recurso.
- C) Debido a la expulsión administrativa en la medida en que la propia LDLE considera que constituye un motivo de expulsión, al final del procedimiento correspondiente, el hecho de que el extranjero en cuestión haya sido condenado por un tribunal español o extranjero por un comportamiento criminal que, en su país, constituye una infracción condenable con una pena de prisión superior a un año, a menos que los antecedentes penales del interesado hayan sido anulados.

#### 5. Expulsión sin procedimiento de expulsión

Esta posibilidad tan sólo se contempla jurídicamente en los casos individuales siguientes:

- a) personas que han sido expulsadas de España anteriormente y que han transgredido la prohibición de admisión en el país;
- b) personas que intentan penetrar de forma ilegal en el territorio español.

Estas son situaciones donde no existe en principio ningún derecho de recurso contra la administración, pero las cosas no son tan simples pues, aún en esos casos, es posible presentar una solicitud de asilo, y en ese caso el/la interesado/a no podrá ser devuelto/a o repatriado/a antes de que se haya decidido, conforme a la normativa que rige el asilo, no tomar esa solicitud en consideración. Así y todo, el procedimiento de expulsión no es aplicable a las mujeres embarazadas cuando pudiera representar un riesgo al embarazo o a la salud de la madre.

En esos casos, no se puede en principio aplicar automáticamente la orden de expulsión, y si la ejecución de la decisión debe tardar más de 72 horas, se puede ordenar la encarcelación en las mismas condiciones (pero no exactamente con los mismos derechos) que cuando la encarcelación se asocia a un procedimiento de expulsión. La seguridad física y la salud de los interesados son garantizadas naturalmente, así como el hecho que no se someterán a tratamiento inhumano o degradante. Pero el régimen jurídico aplicable a las personas que intentan penetrar clandestinamente en el territorio español hace más difícil solicitar la asistencia de un abogado para contestar lo que se considera no como una expulsión sino como una devolución.

Así, tenemos el derecho de preguntarnos si, en estas situaciones, sigue existiendo la posibilidad de acceso a los tribunales. La primera respuesta que podemos ofrecer es negativa, en la medida en que se trata de personas que no residen en España, de manera regular o no. La ayuda humanitaria limitada que se les suministra está considerada más como la expresión de una exigencia de solidaridad y de protección que como el reconocimiento de un derecho subjetivo que detentarían las personas que intentan introducirse en el territorio español.

Tras haber analizado las cuestiones relacionadas con el acceso de los inmigrantes y de los solicitantes de asilo a la justicia, en el plano europeo y español, la segunda parte del presente informe está dedicada a los niños, ese grupo vulnerables cuyas necesidades deberían ser mejor conocidas por nuestras sociedades.

## **SECCIÓN II Problemas de acceso a la justicia para niños, incluyendo niños que han cometido un delito**

### **A. Protección jurídica de los niños en calidad de víctimas**

#### **1. El marco normativo español**

La protección civil de los menores es abordada en varios textos jurídicos de alcance nacional o regional, pero sin duda alguna, el texto fundamental es la Ley de protección jurídica del menor (Ley orgánica 1 del 15 de enero 1996, conocida por su abreviatura española LOPJM). Sus principios fundamentales se encuentran en la Constitución española de 1978 (o, en su abreviatura española, CE), que obliga a las autoridades públicas a conceder una protección social, económica y jurídica a las familias.

Independientemente de la Constitución, sus orígenes pueden encontrarse igualmente en los textos internacionales firmados por el Estado español, entre los que se encuentra la Convención sobre los derechos del niño del 20 de noviembre de 1989, que inauguró una nueva era política en todo lo relativo a esta cuestión.

Estos textos tienen como objeto hacer tomar más conciencia del lugar de los menores en la sociedad y de exigir que estos últimos desarrollen un papel más importante. En su preámbulo, la Ley indica que ésta representa una “profunda reforma de las instituciones tradicionales de protección de los menores reguladas por el Código civil”. Las raíces reconocidas de esta Ley son las leyes decretadas el 13 de mayo de 1981, el 24 de octubre de 1983 y el 11 de noviembre de 1987.

Es importante destacar una serie de “derechos de los menores” reconocidos en el capítulo II de dicha Ley, y cuya mayor parte coinciden con los que enuncian el texto de la Constitución y los instrumentos internacionales. Esta redundancia aparente puede justificarse por el hecho de que la Ley aprueba establecer un marco jurídico para la protección de la infancia que vaya más allá de una simple declaración de intenciones y represente un verdadero sistema normativo.

Es bueno enumerar los derechos de los menores reconocidos en España.

- a) Derecho al honor, al respeto de la vida privada y familiar y a la propia imagen. Este derecho engloba el derecho a la inviolabilidad del domicilio familiar y el secreto de las comunicaciones y correspondencia. Se ha incluido una innovación en cuanto al consentimiento de los menores y su representante legal: toda ofensa ilegítima a esos derechos, “incluso con el consentimiento de los menores o de su representante legal”, es sancionada. Se trata de un intento para proteger a los menores contra manipulaciones que emanan de su propio medio familiar. De todos modos, la credibilidad reconocida a los menores que han alcanzado la autonomía y la madurez conforme al artículo 162 del CC nos obliga a admitir excepciones a esta disposición.
- b) Derecho a la información. Obligación de las autoridades públicas y de los representantes de los menores de velar a asegurarse que reciben informaciones que sean conformes a los principios de la Constitución y declaraciones internacionales. Este derecho se expresa en términos excesivamente genéricos, lo que obliga a completarlo por otros textos jurídicos (ver, por ejemplo, la ley de 12 de julio de 1994 sobre la teledifusión). No obstante, las campañas de publicidad atrayente son fuente de gran preocupación y es difícil de alcanzar el objetivo fijado.
- c) Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Se trata de uno de los aspectos más problemáticos de la relación entre los padres y sus hijos menores, aspecto que puede ser fuente de conflicto. ¿Qué opinión debe prevalecer? Parece que es necesario buscar de nuevo la solución en el artículo 162 del CC, que permite a los menores que han alcanzado la madurez defender su autonomía y sus actos puesto que son indisolubles del derecho a una personalidad libre, si su grado de madurez resulta suficiente. En todo estado de causa, en las situaciones de conflicto y frente a

decisiones que implican un prejuicio físico o mental, resulta siempre posible hacer valer el principio rector de la supremacía del interés del menor, si bien el juez puede tomar las disposiciones apropiadas para evitar todo prejuicio o toda repercusión negativa para el menor.

- d) Derecho de adhesión a asociaciones y de participar en sus actividades. El artículo 7 reconoce expresamente el derecho a adherir un partido político o sindicato, pero curiosamente, no prevé expresamente la adhesión a asociaciones culturales, deportivas, religiosas, artísticas o voluntarias. Eso sí, si la participación en las actividades de una asociación parece perjudicial para el menor, toda persona puede solicitar a la fiscalía tomar las medidas de protección necesarias.
- e) Derecho a la libertad de expresión. Reconocido en el artículo 8 y, naturalmente, en el artículo 20 de la CE. El límite general en el ejercicio de este derecho se encuentra en la protección de los intereses de los menores y, en particular, la protección de su intimidad e imagen.
- f) Derecho a ser oído. Es la gran novedad de esta Ley: “El menor tiene el derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social...”. Este derecho se eleva a la máxima categoría y es considerado igual a los derechos inherentes a la persona. Podemos citar, como ejemplo del derecho a ser oído y de consentimiento en materia civil, los siguientes casos: ser oído en problemas de filiación paterna; en situaciones que impliquen familias de acogida; adopción; emancipación; y cuestiones relacionadas con la propiedad (ejecución de un testamento a partir de los 14 años; adquisición de bienes; aceptación de donaciones; administración ordinaria de bienes a partir de los 16 años, etc.). No obstante, de manera general, la ley no concreta la edad a partir de la cual un menor tiene derecho a ser oído. Aun así, según la reglamentación civil, podría determinar, alrededor de la edad de 12 años, y por debajo de esta edad en el caso de menores cuando tengan suficiente juicio y cuya presencia se estime necesaria.
- g) Acogimiento en una familia de acogida. La protección automática y la guarda legal se ejercen por la intermediación de instituciones de acogida o de familias de acogida. En el primer caso, se trata de centros especializados en la acogida y la protección del menor bajo la supervisión de un director. En el segundo caso, el menor es acogido en una familia, y podemos distinguir entre “acogimiento familiar simple” (de carácter transitorio y con un objetivo de reinserción), el “acogimiento familiar permanente” (se acuerdan poderes específicos en materia de protección por la edad o de la situación del menor) y el “acogimiento familiar preadoptivo” (período de adaptación a la espera de la decisión definitiva del juez). Por definición, partimos de la hipótesis que este tipo de acogimiento será lo más breve posible puesto que lo esencial es la integración del menor en una familia, ya sea la suya, u otra en la que pueda participar en todos los aspectos necesarios. Este objetivo no se alcanza en el caso de los menores inmigrantes en razón de la dificultad que supone integrarlos en una familia. Se puede considerar que esta institución es, en ciertos aspectos, el equivalente a la autoridad parental o a la guarda clásica, mientras que en otros aspectos, es completamente distinta. Por ejemplo, los padres o las instituciones de acogida tienen ciertas atribuciones análogas a las de los padres, pero tan sólo en temas personales: no es el caso de temas sobre la propiedad. El acogimiento en una familia de acogida puede cesar por tres motivos: por decisión libremente consentida de los padres de acogida, a petición de los padres que tengan la patria potestad; por decisión judicial. En otro orden de ideas el acogimiento puede cesar por el fallecimiento del menor o por la declaración oficial de defunción, por el fallecimiento del padre de acogida, la emancipación, la adopción, la decisión consentida libremente de los padres de acogida (punto muy controvertido en la medida en que esta decisión no necesita ser motivada), la solicitud de los padres o del tutor (se distingue entre el acogimiento con consentimiento o acogimiento contestado), o decisión judicial.

- h) Adopción. La adopción, ya muy regulada por la Ley del 11 de noviembre de 1987, se extiende hoy a la adopción internacional, para tener en cuenta del desarrollo importante de esta actividad registrada en España desde hace algunos años. En este sentido la Ley instituye el “certificado de aptitud” para los padres con vistas a una evaluación realizada por la institución a cargo del menor. Ya figuraba en el Convenio y en la disposición del Convenio de La Haya sobre la selección de las familias que eligen adoptar. En particular, el artículo 25 hace referencia a la institución de la colaboración con el fin de la adopción internacional. Asimismo incumbe a este órgano expedir el “compromiso de seguimiento”. Las demás funciones referentes a la mediación: informaciones y consejos dados a las partes interesadas; participación en el tratamiento de los documentos de adopción sobre las autoridades; consejos y apoyo a las personas que hayan realizado una solicitud de adopción en España o en el extranjero. Conviene no olvidar que únicamente las organizaciones sin ánimo de lucro pueden figurar en el registro correspondiente y estas organizaciones deben expresamente enunciar en sus estatutos el objetivo de protección de menores; asimismo éstas dispondrán de equipos interdisciplinarios y de recursos materiales suficientes para llevar a cabo las funciones indicadas.

## 2. Institución del deber de protección: la supremacía del interés del menor

En cuanto a la protección de los menores, podemos señalar una dicotomía en el sistema de protección, que comprende, por un lado, las instituciones familiares típicas a las que todos los menores deben someterse en regla general, como la patria potestad y la tutela judicial clásica, y, por otro lado, las medidas de asistencia o de protección funcional que intervienen cuando los instrumentos anteriores ya no son eficaces o desaparecen: se trata de la guarda administrativa y de la tutela legal, además del acogimiento familiar.

En el centro de este problema clásico, se encuentra el debate histórico sobre la capacidad de los menores: para algunos, éstos son supuestamente incapaces de actuar, por principio, mientras que otros estiman lo contrario. El Código Civil español no aporta ninguna respuesta concluyente pues algunas de sus disposiciones enumeran actos que los menores pueden realizar según la edad que tengan: 12, 14 o 16 años. En todo caso, se puede afirmar que el Código civil no contiene ninguna disposición que deje pensar que los menores son absolutamente incapaces de actuar. No obstante, es cierto que el hecho de no haber alcanzado la mayoría de edad es un ejemplo de limitación de la plena capacidad, de ahí la necesidad de la protección de los menores. Vemos que el hecho de ser menor es un estatus civil en el que la protección está implícita, pero que no puede identificarse como una situación de incapacidad. El “interés del menor” determina la dinámica de intervención legal de las autoridades públicas. En este respecto, es necesario recordar los principios rectores enunciados en el capítulo III de la parte I de la CE: “De los principios rectores de la política social y económica”, que hacen de las familias un polo de intervención. En especial, el artículo 39 de la CE asegura la protección constitucional a la familia y a los menores y determina las obligaciones de los padres y, en su ausencia, de las autoridades públicas: asegurar una protección integral; la dignidad, la vida, el bienestar físico y moral, la educación, etc., y, naturalmente, esta disposición no hace distinción entre los menores nacionales y extranjeros.

De hecho, la Constitución española no distingue entre los derechos de los menores y de los adultos, pues en los dos casos se trata de ciudadanos. Se deduce que, en lo referente al ejercicio de sus derechos, los menores no necesitan un tratamiento de favor: basta que las autoridades públicas respeten el mandato reglamentario que consiste en promover las condiciones que propician la libertad y la igualdad reales y efectivas de los individuos y de los grupos a los que pertenezcan y que remuevan los obstáculos que impidan el disfrute pleno de dicha libertad e igualdad y, así, garanticen la protección de los menores en todos los aspectos (artículos 9.2, 39.1 y 2º de la CE).

La supremacía del interés del menor es un principio que no ha dejado de invocarse por el legislador y la jurisprudencia en la esfera del derecho de familia. Así pues, no es ninguna novedad, pero el hecho de que no sea definido conceptualmente sigue creando una dificultad. De hecho, se trata de tomar en cuenta los deseos y los sentimientos de los menores, en función de su edad y de su capacidad de discernimiento, de sus necesidades físicas,

educativas y afectivas y de su tutela frente a situaciones en que no se respeta su dignidad, en especial, esta noción está íntimamente relacionada con los derechos constitucionales enunciados en la CE y, naturalmente, los derechos de los menores en la educación y en la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, del derecho a ser oído, de la protección contra todo tipo de maltrato, de negligencia o de explotación, del derecho a no ser separado de sus padres, del derecho de recibir tratamientos específicos si son discapacitados físicos o mentales, etc.

### 3. Noción jurídica de desamparo

Este término a reemplazado a la noción de “abandono” que figuraba en el antiguo artículo 174 del Código civil; el párrafo 2 del actual artículo 172 lee así: “Se considera como situación de desamparo la que se produce de facto por el incumplimiento, o por el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”. La LOPJM ha contribuido a precisar un poco más esta noción jurídica al instituir el organismo que tiene competencia para declarar tales situaciones y prever la posibilidad de una suspensión de la patria potestad, al distinguir entre las situaciones de riesgo y de desamparo.

En resumen, se trata de una noción más amplia que la de abandono, a pesar de que la protección que se ofrece es mucho mayor. No es obligatorio contar con una declaración previa de los tribunales y la tutela se confía automáticamente a una administración pública competente. No existe fecha límite para asegurar la protección, que toma efecto a partir de la aparición de una situación de facto objetiva, derivada de la ausencia de asistencia oral o material o de ambas simultáneamente. Por otro lado el comportamiento más o menos reprobable de la o las personas que tienen la responsabilidad o la guarda del menor no se tiene en cuenta y tampoco se tienen en cuenta las circunstancias externas o a posteriori que hayan provocado el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la filiación la mala ejecución de dichas obligaciones.

Las condiciones previas a la constatación de desamparo son las siguientes: a) ausencia de asistencia moral o material, respecto a las disposiciones del artículo 10 de la CE: dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, respetando determinadas condiciones mínimas: alimentación, vestido, alojamiento, educación, cuidados médicos, etc.; b) incumplimiento de las obligaciones de protección expuestas en la legislación que rige la tutela de los menores, o imposibilidad de ejecutar dichas obligaciones o mala ejecución de tales obligaciones (contenido personal de la patria potestad o de la tutela, artículos 154 y 259, respectivamente, del Código civil, sobre el derecho y la obligación de ocuparse del menor, véase igualmente el artículo 172 para las situaciones de desamparo por razón de fuerza mayor). Subrayo la ausencia de cualquier fecha límite o plazo para declarar las situaciones de desamparo.

Las partes implicadas son menores, nunca adultos inválidos. Las razones que pueden dar lugar a una situación de desamparo pueden ser de orden diverso, que se pueden reducir a tres: los menores no tienen padres ni tutor; hay incumplimiento en la obligación de la protección ligada a la filiación paternal o ejecución inadecuada de esta obligación (por parte de los padres o de otras personas responsables), o les ha sido imposible cumplir esta obligación (sin determinación de responsabilidad).

Por otro lado, la intervención de las administraciones públicas en estos problemas, hasta aquí exclusivos del derecho civil, comporta la necesidad de hacer coexistir las instituciones civiles y administrativas y de armonizar su acción. Los dos tipos de institución se basan en efecto en principios diferentes, pero han de coordinar su acción de modo que ambos estén guiados por el principio que consiste en proteger la supremacía del interés del menor.

De hecho, la asunción de la tutela por el organismo público tras haberse detectado la situación de desamparo ha tenido un resultado concreto muy importante, al permitir una intervención inmediata en situaciones de riesgo y al extraer al menor del conflicto con vistas a asegurar su protección. Para que la intervención se lleve a cabo en buenas condiciones, es preciso que los informes indiquen que se trata de la única solución conforme a la supremacía del interés del menor. Tal es el trámite aceptado en 1987 y retomado con éxito hasta 1996, mediante el que la

intervención directa de los servicios sociales dispensa la intervención de los tribunales, sin vulnerar los derechos de los menores ni de sus familias.

#### 4. Medidas de protección en situaciones de riesgo y de desamparo

La primera diferencia que podemos destacar entre las situaciones de riesgo y de desamparo es el carácter temporal del hecho que provoca unas o las otras. Estos dos tipos de situaciones corresponden a dos formas de protección previstas: la guarda administrativa en el primer caso y la tutela legal confiada a las autoridades públicas regionales en el segundo. Por otro lado, parece que el nivel de gravedad sea menor en las situaciones de riesgo, lo que explicaría el hecho de mantener el contacto con la familia biológica del menor. Esta distinción ha sido una de las grandes innovaciones de la Ley de 1996, como indica su preámbulo expresamente: “De innovadora se puede calificar la distinción, dentro de las situaciones de desprotección social del menor, entre situaciones de riesgo y de desamparo que dan lugar a un grado distinto de intervención de la entidad pública. Mientras, en las situaciones de riesgo, caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, la citada intervención se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo, en las situaciones de desamparo, donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, aquélla se concreta en la asunción por la entidad pública de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria”.

Cabe precisar ciertas similitudes y diferencias fundamentales entre estos dos tipos de situaciones tal como son presentadas en el sistema jurídico español. La tutela legal es automática y es impuesta por la ley. En cambio, la guarda requiere una solicitud por parte de las personas responsables del menor o una decisión judicial. Otra diferencia, el ejercicio de la tutela es incompatible con el de la patria potestad, mientras que la guarda es compatible con esta última o con la tutela ordinaria. Se deduce que existe una diferencia sobre el origen de la medida. Por un lado, el desamparo es la principal condición necesaria para ordenar la tutela automática. Sin embargo, en el caso de la guarda, es suficiente que los padres confirmen que les es materialmente imposible ocuparse de su hijo menor. Eso sí, deben tener razones que lo justifiquen y no actuar en un arrebato o por oportunismo. Dicho esto, las dos instituciones tienen en común el carácter temporal, la guarda solamente tendrá la duración estrictamente necesaria y la tutela podrá ser provisional cuando se ejerza en el marco de la acogida en un establecimiento, más tarde puede llegar a ser permanente, incluso de duración indeterminada en caso de un acogimiento en familia de acogida. Por el contrario, son diferentes en cuanto a la naturaleza o el campo de acción. De modo que la tutela puede concernir los aspectos personales y los bienes del pupilo, mientras que la guarda únicamente se refiere a la atención personal. Finalmente, el Código civil no hace ninguna distinción entre los motivos de alejamiento en uno u otro caso: en cuanto a la tutela, no precisa quien la puede solicitar, pero en el caso de la guarda, la ley estipula que puede solicitarse por el menor o por otra parte interesada (podemos hacernos una idea precisa de la diferencia entre las dos instituciones en el fallo pronunciado por el Tribunal de apelación de la provincia de Madrid el 21 de enero de 1992).

En lo referente a los organismos públicos que tengan competencia para encargarse de esas formas de protección, es conveniente recordar que, conforme al artículo 148.1.20 de la CE, las regiones tienen el poder de legislar, por intermediario de sus asambleas legislativas respectivas, sobre la asistencia o los servicios sociales en general y sobre los menores en particular. El artículo 172.1 del Código civil dispone que “La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores ... tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias buscando siempre su interés”. Como se ha dicho anteriormente, las autoridades regionales han asumido y extendido estos poderes considerablemente, respetando los tratados internacionales.

#### 5. Aplicación a los inmigrantes menores de la “Ley española de protección jurídica del menor”

El artículo 1 define el campo de aplicación espacial: “ la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad”. En consecuencia, esta Ley se aplica a todo menor que se halle en España y

que solicite, sea cual sea su nacionalidad, la legislación que regula los lazos de filiación paterna, la guarda y otros regímenes de protección. En otras palabras, se aplica a todos los extranjeros que son menores en virtud de su legislación nacional y, en todos casos, si son menores de 18 años.

Cabe señalar que esta Ley de 1996, al instituir el riesgo que corre el menor como situación en la que se aplica, a parte de la situación clásica de ausencia de protección (desamparo), evita las interpretaciones restrictivas sobre su aplicabilidad y contribuye a evitar la confusión de sus disposiciones: su aplicación puede extenderse así a todo menor, aunque no tenga nacionalidad española, al encargarse las autoridades regionales de la protección y de la adopción de todas las medidas previstas por los menores que se hallen en situaciones de desamparo o de riesgo. Esto comporta directamente la necesidad de una colaboración con los organismos competentes del Estado de donde es originario el menor.

A pesar de este poder general, el párrafo 6 del artículo 9 de dicha reglamentación incluye ciertas distinciones. Es así que la ley aplicable a la protección y a otras instituciones encargadas de la guarda de los menores y de actuar conforme a sus intereses es la correspondiente a su legislación nacional; las medidas urgentes o temporales que se deberían adoptar son las que aparecen inscritas en la legislación en vigor en su lugar de residencia habitual; las medidas educativas y las destinadas a proteger a todos los menores abandonados en territorio español están reguladas por el derecho español. En las otras situaciones, la aplicación de las reglas relativas a la guarda pueden ser ordenadas por la justicia cuando los padres sean incapaces de ocuparse del menor y presenten una solicitud por ello, y cuando el propio organismo público, en el ejercicio de la función de protección que le corresponde por derecho, asuma la guarda del menor porque este se encuentra en una situación de desamparo. Este último caso es el más frecuente. Esta asunción de la guarda puede ejercerla directamente el organismo público, a través de uno u otro tipo de acogimiento en institución o en el marco de una familia de acogida.

Si la tutela administrativa es el resultado de una situación de vulnerabilidad que afecta al menor y si el acogimiento en una familia de acogida es la continuidad del régimen de protección invocado, este será igualmente una medida de protección de menores que se encuentren en situaciones de desamparo, así como el caso del inmigrante que se halle solo en España. Se deduce que estos inmigrantes dependerán del mismo régimen jurídico que en el caso de la tutela autónoma. De ahí la dificultad de establecer la autonomía de un acogimiento en una familia, pues la tutela sin acogimiento no parece ser un medio viable para ejercer la tutela. No hay que olvidar que, en la medida en que se trate de medidas de protección adoptadas a favor de los menores frente a situaciones de desamparo derivadas del abandono por parte de las personas que ejercían la patria potestad, este régimen puede ganar valor sobre medidas de protección y de educación que son reguladas en España, cabe recordar, como imperativos jurídicos.

## 6. Situación jurídica de los inmigrantes menores no acompañados

La expresión “menores no acompañados” (MNA) ha aparecido a partir de las primeras manifestaciones del fenómeno de un lado al otro de Europa. Se trataba inicialmente de menores “solos o sin padres o tutor legal”, pero la práctica ha conducido a extender esta definición. Tanto es así que en España, como en otros países, se ha impuesto otra definición jurídica: la expresión se refiere desde entonces a los menores que se hallan en situaciones de desamparo. Así es como hemos visto aparecer la expresión “menores extranjeros que se encuentran en territorio español frente a situaciones de desamparo”. En la práctica, los menores sólo pasarán a manos de la administración competente si ya no tienen familia o si un miembro de su familia (aunque no se trate de su tutor legal) solicita dicha asistencia o no se encuentra en medida de ocuparse de los menores. En casos determinados, los miembros de la familia deberán hacer una solicitud de guarda administrativa, que será fácilmente otorgada si desean ocuparse ellos mismos de los menores.

Desde que un menor penetra en el territorio español, se adoptan una serie de medidas en el marco de un procedimiento que comprende cuatro fases: a) la fase de intervención, que va desde el momento en que las fuerzas de seguridad españolas detectan al menor y el momento

en que se le pone a disposición de las autoridades encargadas de la protección de menores; b) la fase de investigación, incluidas las disposiciones tomadas por la administración competente para obtener informaciones sobre la situación personal, social o familiar del inmigrante menor; c) la fase de decisión, que conlleva la redacción de un informe por parte de la administración competente y una propuesta a presentar al servicio gubernamental encargado de pronunciarse sobre la cuestión de si es conveniente que el menor permanezca en España o sea enviado a su país de origen; y la fase de ejecución, a saber, las diferentes acciones destinadas a aplicar la decisión adoptada sobre la posibilidad de la permanencia o de la devolución del menor.

De todas maneras, y a pesar de lo que precede, la situación jurídica de los menores extranjeros no acompañados comprende una serie de derechos reconocidos a nivel internacional, comunitario y nacional. El principio fundamental consiste en preservar su identidad; en otras palabras, las autoridades tienen la obligación de garantizarles su apellido, edad, nacionalidad, origen, etc. Por otro lado, los menores extranjeros no acompañados, así como sus homólogos españoles, tienen los mismos derechos respecto a la LOPJM (Ley 1/1996) que hemos señalado anteriormente. Esta lista no es exhaustiva, pero indica los dos derechos esenciales que son el derecho a la dignidad y el respeto del principio rector de la supremacía del interés del menor. Asimismo, es importante mencionar la Ley sobre las prestaciones de seguridad social y sobre los extranjeros en España (derechos y libertades) (Ley orgánica 4 del 11 de enero de 2000), modificada por la Ley orgánica 8 del 22 de diciembre de 2000, y la Ley orgánica 14 del 20 de noviembre de 2003, que regula de manera más precisa los derechos a la educación y a los tratamientos médicos.

## **B. Normativa aplicable a los niños que han cometido un delito**

### 1. La ley reguladora de la responsabilidad penal (menores) (LRPM)

La Ley reguladora de la responsabilidad penal (menores) (Ley orgánica 5 del 12 de enero de 2000) entró en vigor en España en 2001. Se caracteriza por los aspectos siguientes:

- a) incorpora todas las garantías enunciadas en la Constitución española en el ámbito de la justicia penal para menores;
- b) aporta un enfoque a la vez educativo y represivo al prever diferentes medidas: amonestación pública o internamiento durante tres fines de semana máximo, puesta a prueba, convivencia con otra persona o familia, suspensión del derecho a conducir vehículos o automóviles, trabajo de interés general, tratamiento obligatorio en un servicio de consultas externas o admisión en un centro terapéutico, internamiento en un centro en régimen abierto, semiabierto o cerrado. La duración máxima de la medida de internamiento será de dos años;
- c) constituye para los jueces de menores (jueces especializados en jurisdicciones penales) un marco flexible que les permite determinar las medidas aplicables a los autores de delitos penales con edades comprendidas entre los 14 y los 18 años, así como la autoridad para suspender la aplicación de tales medidas, siempre teniendo en cuenta la supremacía del interés del menor;
- d) autoriza al Ministerio fiscal a ordenar la investigación y la comparecencia con amplios poderes para resolver un caso o concluir el procedimiento, en todo momento, si juzgara que la continuidad del proceso no está justificada vista la situación del menor y la existencia de una reconciliación efectiva o eventual con la víctima, o de un compromiso para reparar el daño causado o de confiarse a una actividad educativa;
- e) dispone equipos técnicos interdisciplinarios, que dependen funcionalmente del Ministerio Fiscal y que se encargan de la elaboración de informes sobre la situación psicológica, pedagógica, familiar y social del menor para alcanzar el objetivo fijado en materia de represión o de educación.

El preámbulo de la Ley aborda una cuestión penal, aunque concretamente trata de sanciones y medidas educativas tanto a nivel de procedimiento como de elaboración de la sentencia penal,

e indica que ésta se basa en la supremacía del interés del menor; prevé una diferenciación de los grupos de edades (14-16 años y 17-18 años) con vistas a cuestiones de procedimiento y sanciones impuestas, así como la flexibilidad en la adopción y aplicación de estas medidas pudiendo ser necesaria vistas las circunstancias de cada caso; la ley habilita igualmente a las administraciones regionales a ejecutar las medidas impuestas y a asegurar el seguimiento judicial de su ejecución.

## 2. Edad de responsabilidad legal

La Ley se aplica a todas las personas con edades comprendidas entre los 14 y los 18 años que hayan cometido actos que constituyan infracciones según el Código penal español o las leyes penales específicas. Por otro lado, la ley considera que los actos cometidos por menores con edad inferior a 14 años están desprovistos de pertinencia criminal y que, en consecuencia, su reglamento debería dar lugar bien a medidas educativas en el medio familiar, bien si fuera necesario, a intervenir a nivel de una institución pública de protección de menores conforme a las disposiciones del Código civil y sin perjuicio de la responsabilidad civil que pudiera ser imputada a sus padres o tutores por todo daño que podrían haber causado.

Lógicamente, los individuos que hayan alcanzado la edad de responsabilidad legal, es decir, todos aquellos que tenían al menos 18 años cuando cometieron un delito, no dependen del ámbito de aplicación de esta ley. Esta preveía inicialmente la aplicación de sus disposiciones en 207 a los delitos menores cometidos por jóvenes de edades comprendidas entre los 18 y los 21 años, pero su reciente modificación por la Ley orgánica 8 del 4 de diciembre de 2006 ha suprimido este propósito.

## 3. Derechos reconocidos a los menores

Los menores a los que esta ley es aplicable gozan de todos los derechos reconocidos en la Constitución y el sistema jurídico, en particular los enunciados en la Ley de protección jurídica del menor (Ley orgánica 1 del 15 enero de 1996), así como los que contempla la Convención sobre los derechos del niño del 20 de noviembre de 1989 y todas las normas de protección de los menores que figuran en los tratados ratificados por España.

Esta declaración general se precisa en el párrafo 1 del artículo 22 de la Ley, que reconoce a los menores, además del derecho a ser informados del procedimiento desde su inicio, de los derechos generales, en todos los procesos:

- a ser informados por el juez, el Ministerio Fiscal o un funcionario de policía de los derechos que le protegen;
- a designar un abogado para defenderlos o a que les asignen uno de oficio, y de reunirse con su abogado de forma confidencial, antes incluso de hacer declaraciones;
- a participar en las medidas de investigación adoptadas en el marco del procedimiento preliminar y en la vista, y de proponer y solicitar las medidas a aplicar;
- a ser oídos por el juez o el tribunal antes de adoptar toda decisión que les afecte personalmente;
- a recibir apoyo moral y psicológico en todas las etapas del procedimiento, en presencia de sus padres o de cualquier otra persona indicada por los menores, si el juez de menores autoriza su presencia;
- a recurrir a los servicios del equipo técnico asignado al tribunal de menores.

Paralelamente, el artículo 37.1 estipula que el Ministerio Fiscal, en su doble papel de investigación de los hechos y de defensa permanente de la legalidad y de los derechos del menor, y el abogado de este último están habilitados a comparecer ante el juez antes de la fase de presentación de pruebas para señalar cualquier ofensa de los derechos constitucionales que constataran (artículos 15 a 29 de la Constitución española) en las diversas fases del procedimiento.

Por otro lado, la Ley reconoce el derecho de los menores a ser informados en un lenguaje claro y apropiado a su edad de cualquier investigación o decisión que pueda afectar a sus derechos; el juez adoptará, en los cinco días posteriores a la vista, una decisión en que se enuncian las

razones jurídicas y educativas de la o de las medidas adoptadas en términos simples y claros, precisando la duración, la naturaleza y el objeto de tal o tales medidas.

La Ley dedica otros derechos que atañen todos los aspectos de la vida y del bienestar de los menores, a saber:

- el derecho de la supremacía del interés del menor, sin perjuicio de asegurar a la víctima del delito formar parte del procedimiento y ser oída en todo momento;
- el derecho a ser juzgado por su juez natural;
- el derecho a la defensa: desde el momento en que están bajo detención o desde el inicio del procedimiento, los menores tienen derecho a designar Abogado para su defensa o a que se les asigne uno de oficio, y de comunicarse de forma confidencial con su abogado, antes de hacer cualquier declaración;
- el derecho al respeto a la vida privada, que está garantizado por la disposición que autoriza al juez a ordenar, en el interés superior de los presuntos autores o de las víctimas menores, que las vistas se celebren a puerta cerrada y, en cualquier caso, por la prohibición que impide a los medios obtener o difundir imágenes de menores o las informaciones que puedan dar lugar a informaciones que puedan hacerles identificables;
- el derecho a un doble nivel de justicia penal, instituyendo los recursos contra las decisiones ordenadas por los jueces de menores, ya sean recursos simples o recursos de casación ante el Tribunal Supremo;
- el derecho a conformarse a la medida impuesta en el lugar más cercano posible al domicilio del menor y según las modalidades lo más normales posible.

Cabe recordar que las administraciones regionales, que tienen competencia para hacer aplicar las medidas en cuestión, pueden concluir acuerdos con organismos locales o con asociaciones sin ánimo de lucro con vistas a la ejecución de las medidas impuestas.

La LRPM regula expresamente los derechos de los menores que han sido privados de libertad, entre los cuales, el derecho a hacer garantizar, por parte del organismo público encargado del centro en cuestión, la protección de su vida, de su integridad física y de su bienestar. Cualquier maltrato, de palabra o de hecho, y cualquier acto degradante está estrictamente prohibido. Además, los menores tienen derecho a una protección, a una instrucción y a una formación completas, así como al derecho efectivo a ejercer sus derechos civiles, políticos, sociales, religiosos, económicos y culturales; tienen derecho a la gratuidad de los tratamientos médicos y a una instrucción primaria obligatoria y a la formación profesional correspondiente. Tienen derecho a un trato personalizado y a participar en las actividades del centro; a comunicarse libremente con sus padres o con los demás miembros de su familia y a disfrutar de autorizaciones de salida y de vacaciones fuera del centro. Tienen derecho a ejercer una actividad remunerada, según las posibilidades de la institución pública, y a recibir prestaciones sociales, conforme a los límites de edad legales, y a comunicarse con su abogado, juez de menores, Ministerio Fiscal y los servicios de inspección responsables de los centros.

#### 4. Disposiciones específicas de determinados delitos

Existe un número determinado de disposiciones especiales aplicables a adolescentes con edades comprendidas entre los 14 y los 18 años que hayan participado en delitos de terrorismo, disposiciones que otorgan al tribunal nacional el poder de juzgarlas y la ejecución de toda decisión de internamiento en un centro cerrado que pueda ser impuesta; la duración de este internamiento pasa a 10 años a régimen cerrado, seguido de un período de prueba. Además, se prevén medidas más estrictas en el caso de crímenes de homicidio voluntario, de lesiones corporales graves y de violación, o de los crímenes sancionados por el Código penal español con penas de prisión de una duración superior a 10 años, incrementando los períodos de internamiento en una institución de régimen cerrado.



