

# LA ACTITUD DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO ANTE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR EXTRANJERO. CONSIDERACIÓN CRÍTICA DE LA INSTRUCCIÓN 3/2003 (\*)

**ALBERTO CARRÍO SAMPEDRO**

*Área de Filosofía del Derecho. Universidad de Oviedo*

**En el presente artículo se realiza un análisis de la Instrucción de referencia y de los previsibles perjuicios que de la misma pueden derivarse para la protección jurídica del menor extranjero, intentando prescindir de cuestiones puramente especulativas para centrar la atención en el estudio de determinadas instituciones jurídicas existentes en nuestro ordenamiento a las que, al entender del autor, la Fiscalía General no siempre ha prestado la necesaria atención.**

SUMARIO: I. Introducción.-- II. <i>Excursus</i> : el menor extranjero.-- III. La emancipación como estatuto de la minoridad.-- IV. El menor desamparado.
--

## **I. INTRODUCCIÓN**

Derecho e inmigración son términos contrapuestos (1). Referirse, por ello, a los derechos de los inmigrantes exige, en primer lugar, aludir al Derecho existente en una determinada comunidad política, sea ésta de ámbito estatal o regional. Como resulta evidente, el extranjero tan sólo puede gozar de aquellos derechos que el Estado, en virtud de la soberanía que le es propia (2), esté dispuesto a reconocerle (3). Frente a éstos existe, sin embargo, un catálogo más amplio de derechos cuya titularidad se reserva exclusivamente para los ciudadanos. La ciudadanía es, por tanto, la primera categoría excluyente con la que nos encontramos (4). Ello, sin embargo, no tendría por qué extrañarnos ya que ésta es, precisamente, su razón de ser: servir de refuerzo al vínculo social en la medida en que en sus privilegios tan sólo pueden reconocerse los miembros de un grupo frente a los extraños, los metecos.

A estas alturas, y tras reiteradas reformas de la legislación de extranjería [realizadas al calor de una mayoría parlamentaria que no siempre ha sido todo lo escrupulosa que cabría esperar con los más elementales principios de una técnica legislativa que se pretenda verdaderamente democrática (5)], tampoco supone nada nuevo afirmar que, ante el constante aumento de los flujos migratorios, se ha optado por una política marcadamente restrictiva de los derechos de los extranjeros, en vez de encarar de una vez por todas las verdaderas causas del problema (6). Éste parece ser también el criterio predominante en el resto de los países integrantes de la Unión Europea. Así puede deducirse de los acuerdos adoptados en octubre de 1999 por los Jefes de Estado y de Gobierno en la cumbre de Tampere, y de la nueva vuelta de tuerca que ha supuesto la reciente reunión europea celebrada en Bruselas en diciembre de 2003.

Corren, pues, como afirma DE LUCAS, «malos tiempos en políticas de inmigración» (7). Ahora bien, una cosa es que se excluya al inmigrante del disfrute de los derechos que se reservan para los ciudadanos, y otra, muy diferente por cierto, es que se pretenda negar a éste los derechos que son inherentes a toda persona, incluidos los extranjeros. Y esto es, a nuestro entender, lo que ocurre con la Instrucción 3/2003, emitida el 23 de octubre pasado por el Fiscal General del Estado (8). En esta Instrucción, en efecto, no sólo se entremezclan --haciéndose eco de cierta corriente de opinión, sostenida entre otros por LÓPEZ, a la sazón Fiscal de la Audiencia Provincial de Granada (9)-- apreciaciones personales con criterios de oportunidad política, sino también prejuicios sociales y ponderaciones económicas, que no hacen sino ahondar en la visión instrumentalista que los poderes públicos mantienen con respecto a la inmigración.

Con todo, no es lo anterior lo más preocupante. Inquieta más, en nuestra opinión, la espuria utilización que la Fiscalía General realiza de ciertas instituciones jurídicas existentes en nuestro ordenamiento que, como es el caso de la emancipación por vida independiente del menor, no siempre pueden ser extendidas a los menores extranjeros cuando no vienen expresamente contempladas en su ley personal. A ello habrá que unir la, cuando menos, curiosa interpretación que la Fiscalía General efectúa de las situaciones de riesgo y desamparo, así

como la lacerante omisión que a lo largo de todo el texto se hace del interés superior del menor, principio general que, a decir de la propia Ley Orgánica de protección jurídica del menor, debe prevalecer sobre cualquier otro interés legítimo (10).

En resolución, no parece que la actitud de la Fiscalía General sea la más apropiada para llevar a buen término la función que tanto legal como constitucionalmente tiene encomendada. Y, quizá, lo más angustiante de todo ello sea constatar que la Instrucción haya sido dictada, como expresamente se recoge en las conclusiones de la misma (11), con la clara intención de interferir en el buen hacer que, hasta ahora, venía desarrollando el Ministerio Fiscal con respecto a los menores desamparados que, sin medios de vida ni el referente de una persona adulta a su cargo, acceden diariamente al territorio español (12).

## **II. EXCURSUS: EL MENOR EXTRANJERO**

La caracterización jurídica del menor extranjero viene, como es de sobra conocido, delimitada por un doble aspecto negativo: ser menor y extranjero. Si por menor se entiende toda aquella persona que aún no ha alcanzado la mayoría de edad (13), extranjero es todo aquel que carece de la nacionalidad española (14). Nos encontramos, de este modo, con que bajo la rúbrica de «menor extranjero» se alude a un grupo de individuos que viene definido precisamente por referencia a lo que carece, y el cual se encuentra afectado por dos tipos bien diferentes de normas. De un lado, la normativa propia del régimen de extranjería, que impone determinadas restricciones a los derechos y libertades de los que pueden gozar los extranjeros que se encuentren en nuestro territorio, en comparación con los que disfrutaban los nacionales. De otro, la que incumbe a la protección jurídica del menor, más tuitiva con los intereses de éste, ya que hace primar por encima de cualesquiera otras circunstancias el interés superior del mismo. Así las cosas, estamos ante un determinado grupo de individuos, que se encuentra generalmente en una situación transitoria --al menos en lo que a la mayoría de edad respecta-- y cuya regulación viene diseñada por dos normativas de proyección enfrentada. La una limita los derechos de los extranjeros al reservar para sus nacionales determinados privilegios jurídicos, y establece como legítimo criterio para esta discriminación el origen nacional de las personas (15). La otra, de vocación más universalista, propugna como último bien jurídico a proteger el interés del menor, sin reparar para ello en criterios de nacionalidad o procedencia (16).

En esta dialéctica que parece existir entre ambos tipos normativos, será donde debamos movernos para poder dilucidar cuáles son los derechos de los que pueden gozar los menores extranjeros una vez que se encuentran en España. Ello permitirá, asimismo, conocer las obligaciones a las que están sujetas las autoridades españolas a la hora de velar por la protección de éstos (17).

En principio y atendiendo a lo dispuesto en el art. 1 de la LOPJM, habrá que considerar menores de edad a todos aquellos individuos que al tiempo de encontrarse en España no hayan cumplido los dieciocho años, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hubieran alcanzado con anterioridad la mayoría de edad (18). Esta salvedad realizada con respecto a la «legislación aplicable» al menor, habrá de ser entendida como remisión a la ley nacional de éste, de acuerdo con lo dispuesto en las normas de Derecho internacional privado de nuestro ordenamiento jurídico (19). La legislación de extranjería, por su parte, se ocupa también de los menores al referirse a aquellos supuestos en los que por parte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado sea localizado un individuo indocumentado cuya minoría o mayoría de edad no pueda ser establecida con seguridad. Se establece, para estos casos, una presunción de minoría de edad del individuo, el cual deberá recibir inmediatamente la atención necesaria que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor (20).

Conforme a lo hasta aquí expuesto, puede afirmarse que si bien no existe en nuestro ordenamiento jurídico un límite inferior a partir del cual deba comenzar la protección jurídica del menor (21), sí se establece, por el contrario, un límite superior: la mayoría de edad del individuo establecida de conformidad con su ley nacional, siempre y cuando esta mayoría de edad venga fijada con anterioridad a los dieciocho años, ya que es ésta la edad que se fija como límite infranqueable en todo caso (22). Ahora bien, una vez llegados a este punto, no deja de resultar llamativo comprobar cómo la aplicación conjunta de la normativa anterior puede conducir a

resultados no queridos. El supuesto podría ser el del extranjero de 14 años de edad que, encontrándose sin escolarizar y huyendo de las pésimas condiciones en las que subsiste en su país de origen, intente trasladarse a España y sea sorprendido por las Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en el momento de entrar de forma clandestina en territorio español. Ello conllevaría, además de la inmediata puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de tal hecho, para que éste disponga lo necesario para la determinación de la edad del menor, la entrega de éste a los Servicios de Protección del Menor mientras duren las averiguaciones necesarias para localizar a su familia o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país. Ahora bien, una vez comprobado que el individuo posee una edad superior a los 14 años y que ésta es, de conformidad con su ley nacional, la exigida para obtener la mayoría de edad, será devuelto inmediatamente a su país de origen, con el agravante de que al haber alcanzado la mayor edad puede ser condenado a una pena de cárcel al haber abandonado su país ilegalmente (23). La cuestión verdaderamente importante que aquí subyace es la siguiente: según lo dispuesto en la legislación española nos encontraríamos ante el supuesto de un individuo que al no haber alcanzado aún la edad de dieciocho años podría ser considerado como de menor edad, lo cual habilitaría la posibilidad de que fuera amparado por las normas relativas a la protección de menores que les es aplicable a éstos. Sin embargo, debido a su condición de extranjero y por aplicación conjunta del art. 9.1 CC y del art. 1 de la LOPJM, se priva a estos menores de la protección y cuidados necesarios para el mejor desarrollo de su personalidad. Nos encontramos, de esta forma, con que una norma destinada en principio a evitar los problemas que pudieran derivarse de un conflicto móvil --e impedir que aquel individuo que hubiera adquirido de conformidad con su ley nacional la plena capacidad de obrar pueda llegar a perderla por encontrarse en un Estado diferente al de su nacionalidad--, se transforma, en casos como el que se acaba de exponer, en un impedimento para la aplicación de las normas propias de la protección de menores cuyo ámbito de aplicación se pretende universal (24).

Sea como fuere, y dejando a un lado cuestiones meramente valorativas, lo único cierto es que, a resultas de lo contemplado tanto en la legislación nacional como en los acuerdos y convenciones internacionales suscritos por España, tan sólo podrán ser considerados como beneficiarios de las normas de protección de menores aquellos individuos que, siendo menores de dieciocho años, no hubieran alcanzado anteriormente la mayoría de edad de conformidad con la su ley nacional (25). Lo cual no hace sino confirmar la tesis de que todas aquellas normas que pueden ser consideradas como éticas --entre las cuales es necesario incluir no sólo las Declaraciones Internacionales de Derechos, sino también todas las normas estatales que, inspirándose en aquellas, tienen como principal interés la protección integral del individuo cuando éste es considerado en su individualidad corpórea--, decaen frente aquellas otras que resultan más cercanamente emparentadas con las normas morales, es decir, que afectan a los individuos en tanto que «partes de las sociedades constituidas por los diferentes conjuntos de individuos humanos» (26).

### **III. LA EMANCIPACIÓN COMO ESTATUTO DE LA MINORIDAD**

El Fiscal General del Estado en la citada Instrucción 3/2003 entiende que la legislación española de protección de menores no tiene por qué ser aplicada a aquellos extranjeros menores de edad sobre los que quepa entender que se encuentran emancipados (27). Para fundamentar su opinión, acude la Fiscalía General a lo dispuesto en el art. 323 CC, puesto que, según lo contemplado en este precepto, dicho estado habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, citando además, en su apoyo, diversa normativa autonómica en la que se contempla el cese de las medidas protectoras para el caso de que llegue a producirse la emancipación (28). Esta afirmación requiere, empero, algunas matizaciones.

En primer lugar, porque no es cierto que de la mencionada normativa autonómica --la cual, dicho sea de paso, coincide con la citada por el Fiscal de la Audiencia Provincial de Jaén en sostenimiento de idéntica postura a la mantenida en la Instrucción que nos ocupa (29)-- pueda deducirse pacíficamente tal cosa (30). Y, en segundo lugar, porque la emancipación del menor extranjero, como veremos a continuación, cae bajo el ámbito de aplicación de su ley nacional y

puede aparecer, como en ocasiones ocurre en nuestro ordenamiento, con carácter dependiente de otras instituciones jurídicas no siempre equiparables a las existentes en nuestro Derecho interno.

La emancipación se encuentra estrechamente relacionada con la mayoría de edad (31). Mediante esta institución, en efecto, no se realiza sino una anticipación en el tiempo de la capacidad del sujeto emancipado que habilita a éste para regir su persona, y aunque con ciertas limitaciones también sus bienes, como si fuera mayor de edad. La emancipación, por tanto --que no deja de ser una más de las múltiples ficciones jurídicas que existen en nuestro ordenamiento--, desde el momento en que incide plenamente sobre la capacidad del sujeto, ha de regirse por la ley nacional de éste (32). Será, en consecuencia, dicha ley la que determine tanto los sujetos, causas y posibilidades, como los límites a los que la misma se encuentra sujeta (33). No obstante lo anterior, es preciso señalar que debido a los variados supuestos que pueden contemplarse para que se produzca la emancipación, no resulta impensable que incidan en esta institución las leyes rectoras de otros negocios jurídicos (34).

No son éstos, de todas formas, los supuestos a los que se refiere la Instrucción. Efectivamente, la misma parece estar pensando en todo momento en aquellos casos en los que el menor de dieciséis años lleva, con el consentimiento de sus padres, una vida independiente (35). Ahora bien, sin perjuicio de que, como sostenemos, la emancipación del menor deba regirse por su ley nacional, tampoco resulta tan evidente que, en nuestro Derecho, el supuesto contemplado en el art. 319 del CC pueda considerarse como una verdadera forma de emancipación. La duda la suscita, en principio, que este tipo de emancipación por vida independiente del menor no venga recogido en ninguno de los cuatro supuestos contemplados por el art. 314 CC, a saber, mayor edad, matrimonio del menor, concesión de los que ejerzan la patria potestad o judicial; los cuales parecen establecer un *numerus clausus* de las causas que pueden dar lugar a la misma (36). A ello habrá que añadir que todos y cada uno de los cuatro supuestos anteriormente mencionados exigen determinados requisitos de publicidad y audiencia previa del menor o de sus padres y que, además, para el caso de emancipación por vida independiente del menor, se contempla la posibilidad de revocación, condición esta última que aparece vedada en los restantes supuestos (37). Estas circunstancias, unidas al hecho de que la dicción literal del precepto señale que «se reputará» al menor como emancipado, no que efectivamente lo sea, permiten poner en duda que nos encontremos verdaderamente ante un nuevo estado de la persona. En realidad, todas estas particularidades conducen más bien a pensar que, en el caso del supuesto recogido en el art. 319 CC, nos encontramos ante una interrupción voluntaria de la patria potestad por parte de los padres, que en beneficio e interés del menor actúan de un modo acorde con la madurez personal de éste, pero a sabiendas de que siempre podrán revocar el consentimiento prestado (38). Creemos, por ello, que en este caso nos encontramos más bien ante un supuesto que regula una situación de hecho (39), según el cual se reputará al menor como emancipado para todos aquellos efectos que no le sean perjudiciales.

Una vez sentado lo anterior, y sin perjuicio de aquellos casos en los que la falta de prueba o desconocimiento del Derecho extranjero habilitara la consideración de dicho supuesto y la aplicación residual de la ley española (40), es necesario hacerse eco en este punto de cierta línea doctrinal que se muestra partidaria de extender los beneficios derivados de la aplicación del art. 319 CC a los menores extranjeros que residan habitualmente en España (41). No podemos, sin embargo, mostrarnos de acuerdo con esta postura, puesto que si bien es cierto que la misma propugna únicamente la consideración del art. 319 como norma material imperativa en aquellos casos en los que pueda redundar en beneficio del menor, dadas las especiales características de este precepto --entre las que se encuentra como circunstancia nada desdeñable la posibilidad de revocación por parte de quien ejerza la patria potestad del menor--, parece más apropiado retener aquí la conexión con la ley nacional de éste. Esta ley, además de mantener la necesaria coherencia con la solución genéricamente adoptada para el establecimiento del estatuto personal del menor, evita las posibles colisiones que pudieran darse entre la aplicación extensiva de la ley del foro y la ley que rige las relaciones paterno filiales, a la sazón la ley nacional del menor (art. 9.4 CC) (42). Sea como fuere, lo cierto es que la solución defendida por esta postura en nada empece las consideraciones anteriores, ya que en ningún momento cuestiona que la ley aplicable a la emancipación sea la ley personal del menor (art. 9.1 CC), sino que, tan sólo en consideración del beneficio que pudiera reportar para

éste, estima conveniente la aplicación extensiva del art. 319 CC para aquellos menores extranjeros que tuvieran su residencia habitual en España.

Distan mucho de lo hasta aquí expuesto, sin embargo, las directrices emanadas de la mencionada Instrucción destinadas a guiar la actuación de los Fiscales de Menores. En efecto, si de por sí resulta ya bastante sorprendente que la misma Fiscalía General del Estado pueda obviar de forma tan manifiesta que la institución de la emancipación (43), de existir como tal en el país del cual es nacional el menor, debe regirse por la ley personal de éste, lo que ya no parece de recibo es que pretenda extenderse, en claro perjuicio del menor inmigrante, un supuesto de dudosa interpretación en nuestro Derecho interno. Máxime si se repara en el hecho de que en el mismo apartado de la citada Instrucción se apela, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.1 CC, acertadamente a esta ley como única a tener en cuenta para determinar el estatuto personal de éste (44). Así las cosas, el Fiscal General del Estado despacha el epígrafe destinado a considerar la «minoría de edad del extranjero», concluyendo que éstos tan sólo «podrán beneficiarse de las normas de protección de menores en tanto carezcan de la capacidad civil de obrar, esto es, siempre que sean menores de dieciocho años y no puedan entenderse emancipados» (45). Elocuente pero falso. Resulta evidente que los mayores de dieciocho años no pueden ser considerados en nuestro Estado como beneficiarios de las normas de protección de menores por las razones ya expuestas (46). Ello, sin embargo, poco o nada tiene que ver con la capacidad de obrar. En primer lugar, porque no todos los extranjeros mayores de dieciocho años adquieren automáticamente la plena capacidad de obrar al alcanzar esta edad, como es el caso de los marroquíes (47), egipcios, namibios, o guineanos (48); y en segundo lugar, porque tampoco es cierto que de los instrumentos jurídicos de protección del menor ya citados pueda colegirse --dado que expresamente no lo disponen-- que las medidas de protección deban cesar en el caso de que los menores en cuestión «puedan entenderse emancipados». Más aún, ateniéndonos al tenor literal de una expresión tan imprecisa como ésta.

#### **IV. EL MENOR DESAMPARADO**

Por desamparo hay que entender toda aquella situación de hecho en la que el menor se encuentre privado de la asistencia necesaria para su adecuado desarrollo (49). Esta noción de desamparo, introducida por la Ley 21/1987 con la clara intención de posibilitar la rápida actuación de las entidades públicas a las que corresponda la protección de los menores (50), a la vez que permite, frente a lo que ocurría con el anterior concepto de «abandono» (51), la inclusión de un mayor número de casos, atiende a la urgencia que requieren estas situaciones al encomendar a las citadas entidades públicas la inmediata guarda del menor, siempre bajo la superior vigilancia del Ministerio Fiscal (52). La reforma resulta, asimismo, acorde con lo dispuesto en los diferentes Tratados internacionales suscritos por España, puesto que en todos ellos se recoge la necesidad de otorgar asistencia y protección inmediata a los menores que se encuentren temporal o permanentemente privados de la atención necesaria (53). Este mismo criterio ha sido también el adoptado por la LOPJM (54), la cual parece incidir sobre el sentido fáctico que pretende dársele a la situación de desamparo, facilitando de este modo la inmediata intervención administrativa que reclama esta figura (55).

Ésta es, al parecer, tan sólo la teoría. En la práctica, la Fiscalía General del Estado entiende que la presencia de un menor extranjero en nuestro territorio sin la compañía de una persona adulta no constituye una palmaria situación de desamparo (56). Antes al contrario, atendiendo al razonamiento realizado en la Instrucción de referencia, estos casos deben interpretarse como meras «situaciones episódicas de desprotección» que no pueden ser consideradas lo suficientemente graves como para justificar la intervención automática de la correspondiente Administración pública (57). Nada habría que objetar a esta apreciación si nos estuviéramos refiriendo a menores extranjeros que se encuentran temporalmente en España de vacaciones, cursando estudios, o realizando cualquier otra actividad con los suficientes recursos como para llevar una vida independiente. Pero ni éste es el caso, ni aquéllos los menores que preocupan a la Fiscalía General (58). Conviene, por tanto, no confundir las cosas ni contribuir al aumento de la confusión con argumentos maniqueos carentes de todo fundamento jurídico (59). Aquí se está tratando de derechos de las personas y de obligaciones asumidas constitucionalmente por el Estado, no de preferencias personales por uno u otro tipo de configuración de la sociedad. Porque, gústenos o no, las sociedades occidentales se están transformando de forma imparable en comunidades multirraciales, y lejos de atizar el fuego de la supuesta e insalvable

conflictividad que se avecina o de fomentar el rechazo social al inmigrante (60), la Fiscalía General debería limitarse a cumplir con diligencia la misión que constitucional y legalmente tiene encomendada. Veamos cuán importante puede llegar a ser ésta en relación con los menores inmigrantes.

De conformidad con lo dispuesto en nuestra Constitución, toda persona menor de dieciocho años, salvo que en virtud de lo dispuesto en su ley personal hubiera alcanzado con anterioridad la mayoría de edad, ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por los derechos de estos individuos (61). Negar la titularidad de este derecho a los menores inmigrantes sería tanto como desconocer el cambio que ha supuesto la actual Constitución Española en el reconocimiento de derechos fundamentales, no sólo a los españoles sino también a los extranjeros (62). De acuerdo, por tanto, con lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico --y no debe obviarse que los tratados internacionales válidamente celebrados forman parte de él (63)--, todo menor que se encuentre bajo la jurisdicción de nuestro Estado debe gozar de especial protección, cuidados y asistencia, sin que quepa distinción alguna debido a su procedencia, credo o a cualesquiera otras circunstancias inherentes al menor (64).

Disipada la duda con respecto a quién pudiera corresponder la titularidad de los derechos enunciados anteriormente, cabe preguntarse ahora por la posibilidad de su ejercicio. Es ésta, sin embargo, una cuestión complicada. Y no sólo porque al tratarse de menores, esto es, a la postre incapaces, quepa disociar válidamente entre titularidad y ejercicio de estos derechos, sino también por la posición que ocupa el mencionado art. 39.4 en nuestra Constitución. En efecto, el art. 39 inaugura el capítulo III de nuestra Carta Magna, el cual está dedicado a los principios rectores de la política social y económica, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 53.3 del texto constitucional, los derechos reconocidos en el mismo tan sólo «podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo lo que dispongan las leyes que los desarrollen» (65). Ahora bien, si cierto es que en ausencia de norma legal previa no habría lugar al reconocimiento o declaración por parte de los jueces y tribunales de los derechos contemplados en estos principios, tampoco lo es menos que una vez promulgada ésta (66), la actuación de todos los poderes públicos del Estado debe ajustarse lo estatuido en la misma. Conviene no olvidar, asimismo, que en virtud de la supremacía que les es propia a todas las normas contenidas en la Constitución (67), «los principios de la política social y económica son también normas jurídicas que obligan a todos los poderes públicos» (68), y a la luz de los cuales será posible examinar la constitucionalidad de cualquier acto de los mismos (69).

De lo expuesto, se deduce fácilmente la importante función que está llamado a desempeñar el Ministerio Fiscal como defensor de los derechos de los menores (70). A él corresponde, en efecto, no sólo promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad vigente (71), sino también asumir la representación y defensa de los menores extranjeros que por carecer de capacidad de obrar o de representación estén impedidos para actuar por sí mismos (72). No deja de sorprender, por ello, que quien ostenta la Jefatura Superior del Ministerio Fiscal sea capaz de emitir una Instrucción en la que prácticamente se conmina a los miembros de la Carrera Fiscal a transgredir la legalidad vigente (73). Ni éste es el camino más adecuado para asumir las obligaciones derivadas de los diferentes Tratados internacionales suscritos por España (74), ni tampoco el modo más correcto de adecuar la actuación del Ministerio Fiscal al principio de legalidad y a la doctrina emanada de nuestro Tribunal Constitucional (75).

No pretenda verse en las precedentes reflexiones una consideración paternalista de la inmigración de menores no acompañados. No se está apelando aquí a criterios de justicia humanitaria, sino de estricta legalidad. En efecto, en aquellos ordenamientos que, como el español, están dotados de una constitución rígida, toda vez que ha sido proclamado legal o constitucionalmente un derecho se genera para los poderes públicos la consiguiente obligación de respetarlo (76). Y es, precisamente en este punto, donde cobra relieve la función encomendada por la Constitución al Ministerio Fiscal. De la actitud de la Fiscalía General parece desprenderse, sin embargo, un mayor empeño por convertir a los miembros de la Carrera Fiscal en meros servidores del interés político del gobierno de turno antes que en fieles cumplidores del mandato constitucional. Resulta difícil creer, una vez que ha sido maniatado de tal forma, que el Ministerio Fiscal pueda seguir erigiéndose, frente a todos, en defensor de la legalidad vigente y del interés público tutelado por la ley.

---

(\*) Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación PB-0251, denominado «*Seguridad Jurídica y técnica legislativa*» financiado por la Fundación para el Fomento en Asturias de la Investigación Científica Aplicada y la Tecnología (FICYT).

(1) Habida cuenta de la tradicional exclusión que sufren los extranjeros en los derechos de participación política, al inmigrante sólo le cabe, como afirma KAHN, para intentar unirse a la comunidad de acogida, ratificar su apoyo al orden jurídico ya establecido, *cf.* KAHN, P., *El análisis cultural del Derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Barcelona: Gedisa, 2001, pág. 20.

(2) Como afirma VIDAL, no existe «ningún texto internacional que sustraiga de la competencia del Estado el establecimiento de requisitos para que un extranjero pueda entrar y permanecer en el mismo, para que pueda establecerse laboral y profesionalmente, o pueda ejercer determinados derechos políticos»; *cf.* VIDAL FUEYO, C., «La nueva ley de extranjería a la luz del texto constitucional», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 62, mayo-agosto 2001, págs. 179-218, pág. 185.

(3) No será necesario aclarar que el término «extranjero» se emplea aquí en referencia a individuos extracomunitarios. Los ciudadanos comunitarios gozan prácticamente del mismo estatuto jurídico que los nacionales españoles, a salvo, de lo dispuesto en el art. 13.2 CE.

(4) «En estas condiciones --afirma FERRAJOLI--, la categoría de la ciudadanía corre el riesgo de prestarse a fundar, antes que una categoría de la democracia basada en la expansión de los derechos, una idea regresiva y a la larga ilusoria de la democracia en un solo país, o mejor en nuestros ricos países occidentales, al precio de la no-democracia en el resto del mundo», *cf.* FERRAJOLI, L., «Derechos Fundamentales», en Cabo, A. de/Pisarello, G. (eds.), *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Trotta, 2001, págs. 19-56, pág. 42.

(5) Recuérdese la complicada tramitación parlamentaria de la LO 4/2000, de 11 de enero, en torno a la cual parecía existir inicialmente un amplio consenso al haber sido aprobada en el Congreso de los Diputados por 324 votos a favor y tan sólo una abstención. Este acuerdo, sin embargo, fue roto posteriormente al presentar el Grupo Popular 112 enmiendas en el trámite ante el Senado, lo que provocó una airada reacción de los restantes grupos parlamentarios. Todas estas enmiendas fueron rechazadas, a su vez, en el nuevo trámite ante el Congreso. La ley se aprobó finalmente el último día de la legislatura con la oposición del grupo parlamentario en el Gobierno y la aprobación unánime del resto de los grupos. El cambio de mayoría parlamentaria permitió posteriormente al Grupo Popular abordar la reforma de la recién aprobada Ley 4/2000, para lo cual fue presentado un proyecto de reforma el 22 de septiembre de 2000, que tras ser tramitado por el procedimiento de urgencia fue finalmente aprobado y publicado en el *BOE* el 22 de diciembre de ese mismo año. Un detallado seguimiento y análisis de la tramitación parlamentaria de ambas leyes puede encontrarse en VIDAL FUEYO, C., «La nueva ley de extranjería a la luz del texto constitucional», *cit.*, págs. 180-183. No terminan aquí, sin embargo, los avatares del actual ejecutivo con la normativa de extranjería. Efectivamente, en reciente sentencia de 20 de marzo de 2003, la Sala Tercera del Tribunal Supremo anuló íntegra o parcialmente trece artículos del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, al constituir los mismos una clara contravención de la propia Ley para cuya ejecución se había dictado, o suponer una regulación restrictiva de determinados derechos configurados legal o constitucionalmente, *cf.* STS, de 20 de marzo de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>. A raíz de este fallo, se plantea una vez más la necesidad de una nueva reforma, la cual también pretende llevarse a cabo siguiendo el trámite de urgencia. Debido a esta premura el Ministerio de Interior decide no enviar el proyecto de la misma al Consejo General del Poder Judicial ni al Foro para la Inmigración para su examen, ya que a entender del Ministro señor Acebes, «las modificaciones recogidas no afectan ni al catálogo de derechos ni a la estructura de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000» (*EL PAÍS* 7 de julio de 2003). Este criterio, sin embargo, contrastaba claramente con el mantenido por el Consejo General del Poder Judicial que, el 25 de junio anterior, había reclamado el texto para su examen (sobre la oportunidad y apresurado trámite del nuevo proyecto de reforma, *vid.*, AGUELO NAVARRO, P., «Comentarios de urgencia

acerca del anteproyecto de modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre», el cual puede encontrarse en la excelente página de inmigración y extranjería del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, <http://www.extranjeria.info/inicio/index.htm>, fecha de la consulta 15 de diciembre de 2003. La reforma se lleva finalmente a cabo con el acuerdo de los dos grupos mayoritarios en el Parlamento, Grupo Socialista y Grupo Popular, a los cuales se suma el apoyo de Coalición Canaria (cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 2 de octubre de 2003). En el correspondiente trámite ante el Senado fueron presentadas 141 enmiendas al proyecto de la nueva Ley Orgánica de reforma [cfr. BOCG, núm. 160 (e), de 20 de octubre de 2003], también rechazadas en su totalidad. La nueva reforma surge finalmente, después de que ya hubiera sido aprobada la Ley Orgánica 11/2003, la cual había introducido, a su vez, modificaciones en los aps. 4 y 7 del art. 57 y en el ap. 1 del art. 62 de la Ley 4/2000, con el objeto de facilitar la expulsión de los extranjeros con residencia irregular en España (cfr. art. 2 de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, BOE núm. 234, de 30 de septiembre). Así las cosas, cuando ni siquiera habían transcurrido dos meses desde que fueran efectuadas estas modificaciones, se publica la, hasta ahora, última de las leyes de reforma de la legislación de extranjería. El objeto de la misma, según reza su exposición de motivos, es incorporar a su texto tanto las últimas decisiones adoptadas en el seno de la Unión Europea, como las apreciaciones «técnicas» realizadas por el Tribunal Supremo en la sentencia citada, además de aprovechar la oportunidad para reforzar los controles existentes que permitan evitar la inmigración ilegal. Cfr. Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de 2000, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003.

(6) Vid. APARICIO WILHELMI, M., «Política de extranjería y derechos constitucionales. La convocatoria del contingente 2002: una cuestión de ilegalidad y de inconstitucionalidad», *Jueces para la Democracia*, núm. 44, julio/2002, págs. 37-42, pág. 37.

(7) Cfr. DE LUCAS, J., «Sobre el papel de los derechos humanos en las políticas de inmigración. La necesidad de otra mirada sobre la inmigración, en tiempos de crisis», en GARCÍA CASTAÑO, F. J. y MURIEL LÓPEZ, C. (eds.), *La inmigración en España: contextos y alternativas. Volumen II. Actas del III Congreso sobre la Inmigración en España (Ponencias)*, Granada, Laboratorio de Estudios Interculturales, 2002, págs. 41-56, pág. 41.

(8) Vid. Instrucción 3/2003, de 23 de octubre de 2003, del Fiscal General del Estado, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo. En adelante Instrucción 3/2003.

(9) Repárese en la llamativa similitud que existe entre lo sostenido en la citada Instrucción por la Fiscalía General y las opiniones expresadas por el citado Fiscal. La semejanza es tal que en algunos puntos llega a la literalidad, como más adelante tendremos ocasión de comprobar. Vid., para corroborar esta afirmación, LÓPEZ LÓPEZ, A., «Inmigración ilegal de menores de edad. Tratamiento jurídico» en *Anuario de Justicia de menores*, núm. I, 2001, págs. 113-141.

(10) Cfr. art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996, en adelante LOPJM.

(11) Cfr. Apartado V, Conclusiones, de la Instrucción 3/2003. Para percatarse de la importante trascendencia que esta Instrucción puede tener en la futura actuación del Ministerio Fiscal, vid., arts. 22.2 y 32 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, BOE núm. 11, de 13 de enero de 1982.



(12) Obsérvese el cambio de criterio que supone la Instrucción 3/2003 con respecto a lo mantenido por la propia Fiscalía General en la Instrucción 3/2001. *Cfr.* Apartado IV.4. Menores extranjeros en situación de desamparo, de la Instrucción 3/2001, de 21 de diciembre de 2001, del Fiscal General del Estado, sobre la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería, en adelante Instrucción 3/2001.

(13) *Cfr.* art. 12 CE y art. 315 CC.

(14) Así al menos se deduce de nuestra legislación de extranjería, la cual al delimitar su ámbito de aplicación considera como tales a todos los que carezcan de la nacionalidad española. *Cfr.* art. 1.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *BOE* núm. 10, de 12 de enero, corrección de errores en *BOE* núm. 20, de 24 de enero, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, *BOE* núm. 307, de 23 de diciembre; corrección de errores en *BOE* núm. 47, de 23 de febrero de 2001, en adelante LOEXIS. Si bien ello es así, no hay que olvidar la modulación que en el *status* de extranjero introducen los arts. 17 y ss. del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, mediante el cual se crea una ciudadanía de la Unión y se establece el derecho de todo ciudadano que ostente la nacionalidad de cualquier Estado miembro a circular y residir libremente en el territorio de cualesquiera otro de los Estados que la integran. *Cfr.* arts. 17 y ss. del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 25 de marzo de 1957. Versión consolidada: *DOCE* núm. C 340, de 10 de noviembre de 1997, ratificado por España mediante instrumento de 23 de diciembre de 1998, *BOE* núm. 109, de 7 de mayo de 1999; corrección de errores en *BOE* núm. 188, de 7 de agosto.

(15) Éste es el criterio seguido por el art. 13 CE, art. 27 CC, y art. 23 LOEXIS. Asimismo, *vid.* STC 195/2000, de 10 de abril, *BOE* núm. 203 (suplemento), de 24 de agosto, en la cual se ahonda en este aspecto, sin que por ello quepa considerar, como el propio Tribunal advierte, que la CE haya desconstitucionalizado la posición jurídica del extranjero.

(16) *Cfr.* art. 1 LOPJM, el cual reclama para sí un ámbito de aplicación estrictamente territorial al disponer que dicha legislación será la aplicable a cualquier menor que se encuentre en territorio español.

(17) Esta misma tensión es la que, como más extensamente tuvimos ya ocasión de exponer, se encuentra también latente entre los derechos del hombre y los del ciudadano. En efecto, aunque tanto una como otra legislación sean productos jurídicos estatales, la LOPJM tiene una mayor vocación universal al venir inspirada en disposiciones convencionales de carácter internacional como la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas o la Carta Europea de Derechos del Niño, como así se hace constar en la exposición de motivos de la misma. En realidad la dialéctica entre uno y otro tipo de instrumentos normativos puede ser observada como una prolongación de la que se produce, a su vez, entre normas éticas y morales (*cf.* BUENO, G., *El Sentido de la vida. Seis lecturas de filosofía moral*, Oviedo, Pentalfa, 1996, págs. 58-59). Esta afirmación se justifica con una simple lectura del articulado de ambas legislaciones. Así, por una parte, en la legislación de extranjería se hace referencia a los derechos y deberes de los extranjeros en España en clara oposición a aquellos de los gozan los nacionales (los miembros del grupo, los ciudadanos), bien sea limitando o extendiendo su disfrute a aquellos otros que carecen de tal consideración. Por la otra, nos encontramos con que la mayoría del articulado de la LOPJM hace referencia, por el contrario, a la protección integral del menor considerado en su individualidad corpórea: derecho a la salud, a la integridad física, a la propia imagen, etc. Esclarecedor de todo lo antedicho resulta ser el apartado segundo, letra c) del art. 11 de la citada LOPJM, que diseña los principios rectores de la acción administrativa para la protección del menor, momento hasta el cual no se menciona la integración familiar y social del menor, y ello a expensas de que ésta no limite, impida o dificulte la consecución de los intereses del menor. Si, una vez más, se compara lo anterior con lo establecido en la legislación de extranjería, será sencillo constatar cómo, en los arts. 2.º y 3.º de la LOEXIS, aparece ya una clara referencia al grupo, bien para excluir su ámbito de aplicación a determinados individuos (art. 2), bien para hacer referencia a las particularidades culturales de los grupos de extranjeros que se encuentre en territorio español, las cuales, a decir de la propia ley, en ningún caso podrán ser alegadas como eximentes de la realización de los deberes contemplados en la misma (art. 3.2).

(18) *Cfr.* art. 1 LOPJM. Este mismo criterio es el que adopta también la Convención de Derechos del Niño, *cfr.* art. 1 de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, de Naciones Unidas, en vigor para España desde el 5 de enero de 1991, al haber sido ratificada mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990, *BOE*, 31 de diciembre de 1990. En parecidos términos se expresa la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de la Comunidad Canaria de Atención Integral a los Menores, a este mismo límite temporal parecen referirse también tanto la Ley 1/1995, del Principado de Asturias, de 27 de enero, de Protección del Menor, *BOPA* núm. 32, de 9 de febrero de 1995, como la Ley 1/1998, de la Comunidad de Andalucía, de 20 de abril, de los Derechos y Atención al Menor, *BOJA* núm. 53, de 7 de octubre, aunque en ninguna de ellas se haga mención expresa de este límite temporal. Un interesante análisis de la posible interacción de las diferentes normativas, así como del reparto de competencias puede encontrarse en ESTEBAN DE LA ROSA, G., «Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: algunas cuestiones controvertidas», *Diario LA LEY*, núm. 5714.

(19) La «ley personal correspondiente a las personas físicas --establece el art. 9.1 CC-- es la determinada por su nacionalidad», para afirmar a renglón seguido que la mayoría de edad adquirida de conformidad con dicha ley personal no se verá afectada por el cambio posterior de ésta.

(20) *Cfr.* art. 35.1 y 2 de la LOEXIS, *vid.*, asimismo, art. 62.1, 2 y 3 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LOEXIS, *BOE*, núm. 174, de 21 de julio, corrección de errores *BOE*, núm. 204, de 6 de octubre.

(21) El problema podría suscitarse en este punto con respecto al momento en que deba considerarse nacido al menor español y, consiguientemente, pueda ser realizada la correspondiente inscripción en el Registro Civil. Según lo dispuesto en el art. 29 CC, el nacimiento determina la personalidad; sin embargo, el art. 30 CC al que remite exige, para que el nacimiento pueda ser reputado como válido a efectos civiles, que el feto tenga figura humana y viva 24 horas enteramente desprendido del seno materno. Ambas circunstancias son asimismo necesarias para poder realizar la inscripción de los recién nacidos de conformidad con lo dispuesto en el art. 40 LRC, lo cual es totalmente contrario a lo dispuesto en el art. 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, *BOE*, núm. 103, de 30 de abril de 1977. Es necesario advertir, de todas formas, que el supuesto tampoco plantearía demasiados problemas puesto que el art. 165 RRC, permite realizar la inscripción mediante declaración formulada antes de que haya transcurrido el plazo de las 24 horas exigido por el art. 30 CC, la cual quedará convalidada una vez que sea acreditada la supervivencia del nacido a dicho período; *cfr.* RODRÍGUEZ MATEOS, P., «La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989», *REDI*, vol. XLIV (1992), 2, págs. 465-498, pág. 474, nota 21. Por otra parte, y con respecto a la posibilidad de que esta circunstancia pudiera plantearse para el caso de nacidos en España de padres extranjeros en los cuales no concurren las circunstancias contempladas en el art. 17.1 c) y d) CC, y cuya nacionalidad pudiera ser desconocida al momento del nacimiento, es necesario destacar que el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño no realiza ninguna referencia expresa con respecto a este extremo, por lo que, dado que tampoco remite a legislación estatal alguna, habrá que considerar que los derechos que en la misma se contemplan corresponden a todo nacido desde el momento mismo de que se produzca el hecho biológico de su nacimiento.

(22) No cabría por tanto invocar la aplicación de la normativa de protección de menores ni convencional ni estatal para el individuo que habiendo superado los dieciocho años de edad continúa siendo, de conformidad con su ley nacional, menor de edad, ya que tanto el art. 1 de la Convención como el art. 1 de la LOPJM establecen como límite máximo los 18 años de edad. Tal sería, por ejemplo, el caso de los bolivianos según dispone el art. 4 del Código Civil de Bolivia.

(23) El supuesto no es del todo impensable. Repárese en que en determinados países próximos a la Unión Europea, como puede ser el caso de Albania, la mayoría de edad se alcanza a los 14 años (datos obtenidos en: <http://www.interpol.int/Public>, fecha de consulta 15 de diciembre de 2003), no siendo infrecuentes en estos países las denuncias por constantes violaciones de los Derechos Humanos por parte de determinados organismos estatales, *vid.*, al efecto, el informe EUR 01/004/2000, de Amnistía Internacional, *La impunidad de las prácticas*

de tortura y malos tratos en Europa cincuenta años después de la adopción del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en <http://web.amnesty.org/library/Index/ESLEUR010042000>, fecha de consulta 15 de diciembre de 2003.

(24) Muy interesante resulta, al respecto, la opinión de RODRÍGUEZ MATEOS mostrándose favorable a forzar una interpretación finalista de estas normas, puesto que las mismas han de entenderse referidas en todo caso a cuestiones de capacidad que no deben afectar a la verdadera finalidad de la protección de menores. De tal suerte que, como advierte esta autora, «no habría motivo para someter una cuestión de Derechos Humanos (...) al mismo régimen que opera para las cuestiones de capacidad y estatuto personal», *cf.* RODRÍGUEZ MATEOS, P., «La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989», *cit.*, págs. 475 y 476. La realidad, sin embargo, es bien distinta y una vez más resulta sencillo comprobar cómo las normas propias del foro pueden llegar a privar de toda efectividad a una normativa que pretende proteger universalmente la infancia y la juventud. Si realmente interesara proteger a ésta, quizá fuera más interesante, para estos casos, arbitrar una solución similar a la elegida para la denominada Excepción de interés nacional --después de todo ésta se realiza en interés de los contratantes nacionales--, pero primando en los casos en que fuera evidente la desprotección del que pueda ser considerado menor a tenor de lo dispuesto en la ley del foro, el interés superior del mismo, al menos hasta que llegara a alcanzar la mayoría de edad de acuerdo con dicha ley.

(25) Así lo afirma también la Fiscalía General, *cf.* Apartado II, epígrafe B) Minoría de edad del extranjero, de la Instrucción 3/2003. Este criterio contrasta, no obstante, con el mantenido por la propia Fiscalía General en la Instrucción 3/2001, en la cual se establecía «con carácter general la presunción *iuris tantum* de que es menor todo extranjero que no haya cumplido aun los dieciocho años», *cf.* Apartado IV.1. La condición de menor extranjero, de la Instrucción 3/2001.

(26) *Cfr.* BUENO, G., *El Sentido de la vida...*, *cit.*, pág. 58.

(27) «[L]os menores de edad extranjeros podrán beneficiarse de las normas de protección de menores en tanto carezcan de la capacidad civil de obrar, esto es, siempre que sean menores de dieciocho años y *no puedan entenderse emancipados*» (la cursiva es nuestra).

(28) En concreto se hace referencia a los art. 22 de la Ley 1/1995 del Principado de Asturias, art. 17.f) de la Ley 7/1995 de las Islas Baleares y art. 37.a) de la Ley 4/1998 de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

(29) *Vid.* LÓPEZ LÓPEZ, A., «Inmigración ilegal de menores de edad. Tratamiento Jurídico», *cit.*, pág. 117, nota 5.

(30) Efectivamente, ni el art. 22 de la Ley 1/1995 del Principado de Asturias ni el art. 37.a) de la Ley 4/1998 de la Comunidad Autónoma de La Rioja especifican a qué tipo de emancipación de las contempladas en nuestro CC se están refiriendo, lo cual obligaría, en principio, a comprobar al menos determinados aspectos de publicidad a los que tal institución se encuentra sometida. Pero, además, tampoco ninguno de los preceptos mencionados expresa taxativamente que la protección de los menores habrá de cesar en todo caso una vez que se haya comprobado la emancipación del menor, *cf.* art. 22 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de la Junta General del Principado de Asturias, de Protección de Menores, *BOE*, núm. 94, de 20 de abril de 1995 y art. 37.a) de la Ley 4/1998, de 18 de marzo, de la Diputación General de La Rioja, de Adopción-Protección de Menores, *BOE*, núm. 79, de 2 de abril de 1998. Con mayor precisión, el art. 17 f) de la Ley 7/1995 de las Islas Baleares expresa que las medidas de protección cesarán cuando el menor sea emancipado «por concesión judicial»; *cf.* art. 17.f) de la Ley 7/1995, de 21 de marzo, de Protección de Menores del Parlamento de las Islas Baleares, *BOE*, núm. 119, de 19 de mayo de 1995.

(31) La mayoría de edad no es, en puridad, sino una forma más de emancipación: art. 314 CC: «La emancipación tiene lugar: 1.º Por la mayor edad».

(32) Art. 9.1 CC: «La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad...».

(33) Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 2001, 2.ª ed., págs. 410 y 411.

(34) Tal sería el caso, por ejemplo, de la emancipación por matrimonio contemplada por el art. 316 CC, la cual requerirá determinar, como cuestión previa, la existencia de un matrimonio válido, para lo cual habrá que atenerse a las leyes rectoras de esta institución. Cfr. *ibidem*, pág. 411. Para un tratamiento de la validez del matrimonio en el Derecho internacional privado español, vid. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002.

(35) Y, como sin rubor aparente, afirma la citada Instrucción, «respecto de aquellos que pretenden la entrada clandestina sin estar acompañados de sus padres, no cabe imaginar otra prueba más notoria de vida independiente que ésta».

(36) Cfr. art. 314 CC.

(37) Todas estas circunstancias llevan a PUIG FERRIOL a concluir que el hecho de que el menor lleve una vida independiente no puede ser considerado como una verdadera causa de emancipación. Como afirma este autor, si el Código Civil configura la emancipación como un verdadero supuesto de extinción de la patria potestad contrasta, entonces, con la situación de vida independiente del menor, ya que en este supuesto es evidente que los padres siguen ejercitando ésta, al ser posible que revoquen el consentimiento para que el menor continúe haciendo vida independiente. Cfr. PUIG FERRIOL, L., «Comentario al art. 319 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, t. I, págs. 878 y 879.

(38) En opinión de PÉREZ DE CASTRO, el supuesto contemplado en el art. 319 CC no permite afirmar que el menor que lleve una vida independiente a la de sus padres pueda considerarse como emancipado, sino que se produce una equiparación a la situación de éstos. El precepto en cuestión, observa este autor, emplea una «fórmula semejante a la utilizada en el art. 323 respecto a la capacidad de los emancipados. Se les habilita como a los mayores de edad, pero no dice que lo sean»; cfr. PÉREZ DE CASTRO, N., *El menor emancipado*, Madrid, Tecnos, 1988, pág. 58.

(39) La norma jurídica canalizaría aquí el control que la técnica del Derecho ejerce sobre las acciones previamente efectuadas por los individuos. Un magnífico estudio acerca de la dimensión del Derecho como praxis social compleja de segundo grado puede encontrarse en VEGA LÓPEZ, J., «Praxis y normatividad como criterio de cientificidad de la "ciencia jurídica"», en *DOXA* núm. 23 (2000), págs. 503-560, pág. 517.

(40) Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, cit., pág. 412.

(41) Tal es, por ejemplo, la postura defendida por FERNÁNDEZ ROZAS, quien, en principio, y «debido al carácter de situación de hecho de esta institución, que refleja un reconocimiento de los padres --y por extensión del tutor-- de que el hijo es capaz de gobernarse por sí mismo», se muestra favorable a la extensión de este supuesto «a los menores extranjeros que residan habitualmente en España con independencia de lo dispuesto en su ley nacional; máxime cuando frente a las demás figuras es ésta una modalidad revocable»; cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Capacidad y protección de los incapaces», en Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS (*et al.*), *Derecho Internacional Privado: parte especial*, Madrid, Eurolex, 1995, págs. 99-140, pág. 116.

(42) No es éste, evidentemente, el lugar apropiado para debatir acerca de los posibles beneficios que para el menor pudiera reportar la adopción de esta postura. Ciertamente es que la misma parece estar pensando en evitar los perjuicios que pueda sufrir el menor en su ámbito patrimonial en aquellos casos en los que, por llevar una vida independiente y tener su residencia habitual en España, la realización de actos jurídicos pudiera verse perjudicada por alegar los otros participantes la incapacidad propia de su minoría de edad conforme a su ley nacional. Sin embargo, tampoco parece muy acertado obviar la posible interferencia que

podiera darse entre una institución como la emancipación por vida independiente del menor, de dudosa calificación incluso en nuestro Ordenamiento, y la ley nacional del menor.

(43) Repárese en que es el Fiscal General del Estado quien ostenta la Jefatura Superior del Ministerio Fiscal, y tiene como principal misión «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley» y cuya actuación, de acuerdo con el principio de legalidad, se encuentra en todo caso sujeta a la Constitución y a las leyes. *Cfr.* art. 1 y art. 6 de la Ley 50/1981, cit.

(44) «No se trata --según reza la propia Instrucción-- de recordar la vigencia de algunos preceptos legales, no siempre debidamente considerados en el momento del juicio ponderativo sobre la mayor o menor edad. Es el caso del art. 9.1 del Código Civil, conforme al cual, la mayor edad se rige por la ley nacional del sujeto, por lo que, en puridad de principios, no será la legislación civil española, sino la del país de origen la que determinará la menor o mayor edad del extranjero en España. Teniendo presente que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el contenido y la vigencia del Derecho extranjero debe ser objeto de prueba en juicio». *Cfr.* Apartado II.B de la Instrucción 3/2003.

(45) *Ibidem.*

(46) Así resulta de lo dispuesto en la legislación aplicable a la protección de los menores. *Cfr.* art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, cit.; art. 8.1 de la Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, del Parlamento Europeo, sobre una Carta europea de los derechos del niño, *DOCE*, núm. C241, de 21 de septiembre de 1992; art. 1 de la LOPJM.

(47) La reforma del Código de la Condición Personal (*Moudawana*), ha reducido la edad de la mayoría civil de 21 a 20 años para los nacionales marroquíes. *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, 13.º período de sesiones, Acta Resumida de la 318.ª reunión, [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CRC.C.SR.318.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CRC.C.SR.318.Sp?Opendocument), fecha de consulta 16 de diciembre de 2003.

(48) Todos ellos adquieren la mayoría de edad civil y la plena capacidad de obrar a los 21 años. Estos datos pueden ser consultados en: <http://www.interpol.int/Public>, fecha de consulta 16 de diciembre de 2003.

(49) Así al menos se deduce de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 172.1 CC.

(50) *Cfr.* Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, *BOE*, núm. 275 de 17 de noviembre, párrafo sexto.

(51) *Vid.* PICONTÓ NOVALES, T., *La protección de la infancia. Aspectos sociales y jurídicos*, Zaragoza, Egido Editorial, 1996, pág. 115.

(52) No estará de más recordar aquí que entre las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal se encuentra la de «asumir, o en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos», *cfr.* art. 3.7 de la Ley 50/1981, por la que se regula el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, cit.

(53) *Cfr.* art. 20 y art. 27 de la Convención sobre los Derechos del niño, cit.; art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, ratificado por Instrumento de 13 de abril de 1977, *BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1977; art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, ratificado mediante el mismo Instrumento; art. 8.8 de la Resolución A3-0172/92, del Parlamento Europeo, sobre una Carta Europea de los Derechos del niño, cit.

(54) *Cfr.* art. 12.1 de la LOPJM.

(55) No ha de olvidarse que la entidad pública que tenga encomendada la protección de los menores en su respectivo territorio tiene atribuida también por ministerio de la Ley la tutela

automática de aquellos menores que se encuentren en situación de desamparo. *Cfr.* art. 172.1 CC. *Vid.*, asimismo, ARENAS GARCÍA, R., «Dimensión internacional de la tutela por ministerio de la ley», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, 1998, págs. 33-69, pág. 47.

(56) Como afirma FÁBREGA RUIZ, también Fiscal de la Audiencia Provincial de Jaén, la realidad práctica de la aplicación de las normas de extranjería por los órganos españoles deja mucho que desear. «Es habitual, constituyendo uno de los más graves atentados a los derechos de los inmigrantes --continúa este autor-- que se use el mecanismo de la devolución, con menos garantías, cuando el que procede es el de la expulsión. Esto es más grave aún en el caso de los menores, ya que éstos no pueden ser expulsados y, por la vía de la devolución, las autoridades logran el mismo efecto sin tener que cumplir y acreditar los requisitos que para el retorno del menor a su país exige la ley»; *Cfr.* FÁBREGA RUIZ, C. F., *Protección jurídica del menor inmigrante*, Madrid, Colex, 2001, pág. 96.

(57) *Cfr.* Apartado III, epígrafe A) de la Instrucción 3/2003.

(58) Como bien se refleja en el planteamiento de la citada Instrucción, lo que verdaderamente preocupa a la Fiscalía General es «el tratamiento jurídico y asistencial que, hasta la fecha, se está dando en España a la avalancha de extranjeros menores de edad e indocumentados, que, sin familia ni medios de vida, acceden ilegalmente a nuestro país por los más variados medios. En el año 2002 --continúa la Instrucción-- los organismos públicos de protección acogieron a 6.239 menores extranjeros no acompañados --un 56% más que el año anterior--, con una tasa estimada de crecimiento anual de 1.000 menores. La mayor parte de ellos proceden de Marruecos. Concretamente 4.738 llegaron de este país, lo que representa un 75% del total y un incremento del 86% respecto del año 2001. Estas cifras han de ponerse en relación con otras estadísticas oficiales, con arreglo a las cuales, en el año 2000, la población marroquí superaba los 28.700.000 habitantes, de los que el 32% tenía menos de 15 años. Ello conduce a una cifra de 9.184.000 niños menores de 15 años. De éstos el 40% se encuentra sin escolarizar --y su familia en una precaria situación económica--, viéndose empujados a emigrar a edades cada vez más tempranas». *Cfr.* Apartado I de la Instrucción 3/2003. Sorprende, una vez más, la literalidad de este párrafo y el que puede leerse en el trabajo realizado por el Fiscal de la Audiencia Provincial de Jaén, *cfr.* LÓPEZ LÓPEZ, A., «Inmigración ilegal de menores de edad...», *cit.*, págs. 114-115.

(59) Ciertamente, no parece lo más apropiado que un Poder Público entre cuyas principales misiones se encuentra la promoción de la justicia y la defensa de la legalidad (art. 124.1 CE y art. 1 de la Ley 50/1981, *cit.*) busque apoyo en meros criterios valorativos como el del siguiente tenor literal: «Parece claro, pues, que del mismo modo que el absentismo escolar no siempre da lugar a una declaración de desamparo, tampoco hay por qué caer en el automatismo a la hora de entender desamparados a todos los extranjeros menores de 18 años que, sin familia, intentan acceder a España. No faltarán casos en que estos menores sean empujados y alentados a emigrar por su propia familia, que obviamente no aspira a su retorno, ni los reclama, puesto que su deseo no es velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (art. 154.1.º CC), sino que continúen en el extranjero con la esperanza de que consigan un trabajo con el que puedan ayudarles a mejorar sus precarias condiciones de vida». *Cfr.* Apartado III, epígrafe B) de la Instrucción 3/2003. Son muchas las dudas que nos asaltan después de la lectura de los numerosos párrafos que, como el anterior, se encuentran en la citada Instrucción. ¿Verdaderamente opina el Fiscal General del Estado que no es el deseo de estas familias velar por el bienestar de sus hijos menores ni tenerlos en su compañía? En el supuesto de que ello fuera así ¿no justificarían estas situaciones por sí solas la intervención automática de las entidades públicas de protección de menores?

(60) Como acertadamente afirma GASCÓN, «si hay un clima social de rechazo hacia los inmigrantes no es (o no sólo) porque sean extranjeros, porque la de extranjero no es una categoría uniforme, sino porque son pobres, y los pobres son indeseables *a priori*. Y es que el inmigrante no sólo llega empobrecido al país de acogida (no parece necesario recurrir a complejas argumentaciones para concluir que la causa profunda de la inmigración es la huida de la miseria y la búsqueda de prosperidad), sino que encima su situación de precariedad continúa o empeora una vez aquí». *Cfr.* GASCÓN ABELLÁN, M., «La responsabilidad de los

jueces ante la integración», en «Inmigración y Derecho», Estudios de Derecho Judicial, núm. 41, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, págs. 144-176, págs. 146-147.

(61) Art. 39.4 CE: «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos», el cual, puesto en relación con el art. 10.2 CE que obliga a interpretar las normas relativas a la protección de los menores de conformidad con los «tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», permite acudir a la definición que ofrece el art. 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, donde se entiende por niño todo menor de dieciocho años, a salvo, claro está, de que de conformidad con su ley personal hubiera alcanzado anteriormente la mayoría de edad. La misma delimitación se recoge en el art. 1 de la LOPJM; *cfr.* art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, *cit.*, y art. 1 de la LOPJM.

(62) Así se desprende de la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, el cual, pese a admitir que es posible utilizar la nacionalidad como criterio válido de discriminación para modular el ejercicio de un derecho [*vid.*, por todas, STC 107/1984, de 23 de noviembre, *BOE* de 21 de diciembre (FJ 3); STC 99/1985, de 30 de septiembre, *BOE* de 5 de noviembre (FJ 2) y STC 115/1987, de 7 de julio, *BOE* de 29 de julio (FJ 3)], no duda en afirmar que existen determinados derechos en los que se produce «una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles»; *cfr.* STC 107/1984 (FJ. 3), *cit.*

(63) Repárese, además, en el hecho de que las disposiciones de estos tratados «sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional»; *cfr.* art. 96.1 CE.

(64) *cfr.* art. 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948,; art. 1 y de la Declaración de los Derechos del Niño, *cit.*; art. 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, *cit.*; art. 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *cit.*; art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, *cit.*; Punto 8.7 de la Resolución A3-0172/92, del Parlamento Europeo, sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño, *cit.*

(65) *cfr.* art. 53.3 CE, *in fine.*

(66) Y si, a nuestro entender, ya no habría duda de que por tal legislación de desarrollo puede entenderse lo contemplado en los diferentes Tratados internacionales suscritos por España, dada la previa y necesaria autorización de las Cortes Generales (art. 94.1 CE), lo que, desde luego, no admite discrepancia es que esta legislación de desarrollo se efectúa con la promulgación de la LOPJM. Así se menciona, además, en el primer párrafo de su exposición de motivos: «La Constitución Española de 1978 al enumerar, en el capítulo III del Título I, los principios rectores de la política social y económica, hace mención en primer lugar a la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores»; *cfr.* el párrafo primero de la exposición de motivos de la LOPJM.

(67) Art. 9.1 CE: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

(68) *Cfr.* OTTO, I. de, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Barcelona: Ariel, 1988, 2.<sup>a</sup> ed. (4.<sup>a</sup> reimp.), pág. 48.

(69) Art. 53.3 CE: «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos».

(70) Como observa DEL MORAL, «en materia de derechos del menor el Fiscal interviene, al menos por un doble título: como defensor de los derechos de todos los ciudadanos y como encargado en especial de cuidar por el funcionamiento eficaz de los mecanismos de protección de menores. Avanzando y profundizando en esa concepción y en un camino ya iniciado la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor ha sido la última muestra de la fuerza expansiva de las funciones del Ministerio Fiscal en la protección de Menores. En su Exposición de Motivos se resalta ese incremento de las facultades del Ministerio Fiscal en relación con los menores. Las novedades en este aspecto estriban no tanto en las numerosas referencias al Fiscal, sino especialmente en la articulación de mecanismos procesales de actuación más eficaces». Cfr. DEL MORAL, A., «Derechos Humanos, menores y Ministerio Fiscal», *Diario LA LEY*, núm. 4687, de 7 de diciembre de 1998, págs. 1-4, pág. 3.

(71) Cfr. art. 124 CE y art. 1 de la Ley 50/1981, cit.

(72) Cfr. art. 3.7 de la Ley 50/1981, cit.; art. 35.2 de la LOEXIS; art. 62.2 del Real Decreto 864/2001, cit.; art. 10.2 b) de la LOPJM.

(73) Vid. Apartado V. Conclusiones de la Instrucción 3/2003.

(74) Que, como se encarga de recordar el art. 5.4 de la Resolución del Consejo de la Unión Europea relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros: «en ningún caso podrá devolverse a un menor a un país tercero si dicho retorno fuera contrario a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, al Convenio europeo de protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales o a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o a la Convención sobre los Derechos del Niño». Es necesario subrayar, asimismo, que esta Resolución se refiere, como expresamente se recoge en su art. 1.1, a cualesquiera «menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos». Cfr. art. 5.4 y art. 1.1 de la Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (97/C 221/03), *DOCE* núm. C 221, de 19 de julio de 1997.

(75) Como en reiteradas ocasiones ha señalado el Alto Tribunal, el interés superior del menor, como principio rector que debe guiar la actuación de todos los poderes públicos, debe ser antepuesto a cualquiera otra consideración de tipo económico, político o social. Vid., por todas, STC 124/2002, de 20 de mayo, *BOE* núm. 146, de 19 de junio (FJ 6) y STC 221/2002, de 25 de noviembre, *BOE* núm. 304, de 20 de diciembre (FJ 2).