

INSTRUCCIÓN 6/2004, DE 26 DE NOVIEMBRE, SOBRE TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS MENORES EXTRANJEROS INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS.

La complejidad inherente al tratamiento de los fenómenos migratorios ha generado una auténtica convulsión jurídica, con reflejo en numerosas reformas legislativas y reglamentarias.

La necesidad de abordar la intervención del Ministerio Fiscal conforme al principio de unidad de actuación y de acuerdo con su función constitucional de promotor de la acción de la justicia y de defensor de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos ha obligado a la Fiscalía General del Estado a dictar numerosos instrumentos definidores de los criterios a seguir por los Fiscales dentro de sus ámbitos competenciales en los supuestos en los que los derechos y libertades de los extranjeros pueden verse afectados. Así se han dictado las Circulares 1/1994, 3/2001 y 1/2002, las Consultas 5/1987, 2/1990 y 12/1997 y 1/2001 y las Instrucciones 6/1991, 2/2001 4/2001 y 2/2002.

El Derecho de Menores también ha sido una de las grandes preocupaciones de la Fiscalía, conforme a las funciones que el ordenamiento jurídico le encomienda. Así, en los últimos años se han dictado las Circulares 1/2000, 1/2001, 2/2001, las Consultas 8/1997 y 1/2002 y las Instrucciones 1/2000 y 2/2000.

Dentro del Derecho de extranjería presenta una especial complejidad el tratamiento jurídico de los menores inmigrantes extranjeros no acompañados. En estos supuestos, a la nota de la extranjería se yuxtapone la de la minoría de edad, debiendo ser ponderados uno y otro elemento a la hora de dar solución a los problemas interpretativos que puedan generarse, pero siempre desde la premisa de que como dispone el art. 3 del Convenio de Derechos del Niño “*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”.

El *favor minoris* también se resalta en la Carta Europea de Derechos del Niño (Resolución del Parlamento Europeo A 3-0172/1992 de 8 de julio), al declarar en su punto 8.14 que: “*toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses*”. Esta misma disposición, en su inciso final declara que en los procedimientos que afecten al menor *deberá ser parte obligatoriamente el Ministerio Fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguardia de los derechos del niño.*

Igualmente, el art. 11.2.a) de la LO 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor establece que la supremacía del interés del menor será principio rector de la actuación de los poderes públicos y el art. 2 declara solemnemente que *en la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*. La importancia de este principio, clave de bóveda en Derecho de Menores es también debidamente resaltada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (vid. SSTC 124/2002, de 20 de mayo, 221/2002, de 25 de noviembre, entre otras), del TS (vid. SSTS 1ª 415/2000, de 24 abril, 548/1998, de 11 junio entre otras) y del TEDH (vid. SSTEDH caso E. P. contra Italia de 16 de noviembre de 1999 y caso Bronza contra Italia de 9 de junio de 1998).

El ATC 28/2001, de 1 febrero declara al respecto que el interés superior del menor se ha “elevado, en último término, en norma de orden público, y por consiguiente de insoslayable observancia en el Ordenamiento jurídico español”.

Este principio se configura pues como un verdadero principio general del Derecho, operando como canon hermenéutico y como elemento integrador para suplir eventuales lagunas.

Para una correcta ubicación funcional del Ministerio Fiscal en este ámbito de actuación ha de partirse de que si el mismo es institucionalmente defensor de los derechos de todos los ciudadanos (art. 124.1 CE), en tanto es encargado de cuidar del funcionamiento eficaz de los mecanismos de protección de los menores (art. 174 CC), es específica y cualificadamente defensor de los derechos de éstos.

A estos efectos ha de tenerse en cuenta el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que declara que *para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad* y el art. 1 de la LO 1/96 que dispone que *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 conexión con estos preceptos ha de tenerse en cuenta que el art. 20.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que *los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado*.

El superior interés del menor se identifica, por regla general, con la permanencia del mismo en la familia y en el ámbito cultural del que procede. Como se expone en la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997

relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (Diario Oficial nº C 221 de 19/07/1997) *la presencia irregular en el territorio de los Estados miembros de menores no acompañados que no tengan la consideración de refugiados debe tener carácter provisional y los Estados miembros deben procurar cooperar entre sí y con los países terceros de procedencia para devolver al menor a su país de origen o a un país tercero dispuesto a admitirlo, sin poner en riesgo la seguridad del menor, con el fin de encontrar, cuando sea posible, a las personas responsables del menor, y de reunirlo con dichas personas.*

Esta preferencia hacia el reagrupamiento familiar del menor debe sin embargo conciliarse con el respeto a la previsión legal de un procedimiento específico para poder llevarlo a cabo (arts. 35 y 62.3 LO 4/2000, modificados por LO 8/2000 y art. 62 del Reglamento vigente). Nuestra legislación establece una serie de garantías para asegurar que la repatriación respete el principio del superior interés del menor.

La especificidad del procedimiento radica por tanto en que se pretende que en todo caso el mismo salvaguarde los intereses del menor y le aleje de riesgos potenciales.

La Instrucción 3/2003, *sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo* ha generado vacilaciones y dudas y, en ocasiones, interpretaciones que no se cohonestan con el principio general de prevalencia del interés superior del menor. Por lo demás, dicha Instrucción entraba en contradicción con anteriores pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado sobre la materia, provocando disfunciones y problemas en cuanto a la definición del tratamiento jurídico aplicable a estos menores.

Pese a la anunciada próxima publicación del nuevo Reglamento de la Ley Orgánica 4//2000, de 11 de Enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros

en España y su Integración Social, la necesidad de clarificar la posición del Ministerio Fiscal en este ámbito obliga a no esperar a su promulgación para analizar las posibles innovaciones, sin perjuicio de, en su caso, el dictado de nuevas instrucciones por parte de la Fiscalía General del Estado a la vista de las novedades que puedan producirse en la materia.

Ponderados pues los informes remitidos por diversas Instituciones y en especial por las Secciones de Menores y los Servicios de Extranjería de distintas Fiscalías, teniendo en cuenta los resultados de la aplicación de la referida Instrucción, y en especial, a la vista de las dudas que su interpretación genera, procede dejar la referida Instrucción 3/2003 sin efecto.

Los Sres. Fiscales habrán de seguir en esta materia las directrices contenidas en epígrafe IV sobre *El Ministerio Fiscal y los menores extranjeros* de la Circular 3/2001, de 21 de diciembre *relativa a la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería*, así como la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, *acerca de la interpretación del actual art. 35 de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Habrán, pues, de entenderse a estos efectos plenamente vigentes los criterios sentados al respecto en ambos instrumentos.

Por ello, y sintetizando, los Sres. Fiscales habrán de acomodar su intervención a las siguientes pautas:

1) Se puede establecer con carácter general la presunción *«iuris tantum»* de que es menor todo extranjero que no haya cumplido aún los dieciocho años.

2) En tanto no se pueda acreditar fehacientemente la emancipación del extranjero menor de dieciocho años conforme a su Ley Personal, habrá que reputarlo como menor a todos los efectos.

3) El art. 35 de la LO 4/2000, en su redacción dada por LO 8/2000 se aplicará en aquellos casos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen, por motivos diversos de la imputación de la comisión de una infracción penal, a un extranjero indocumentado cuya menor edad no pueda determinarse con seguridad. La finalidad del precepto es que no pueda incoarse en ningún caso un expediente sancionador, por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería y en particular aquellos que pueden dar lugar a la sanción de expulsión o la medida cautelar de internamiento, contra alguien respecto del cual no se haya establecido previamente y con las debidas garantías que es mayor de edad. En caso de establecerse su minoría de edad, se le deben proporcionar las medidas de protección y asistencia previstas en la Ley Española para cualquier menor residente en nuestro territorio, sea español o extranjero.

4) Es preciso, que por parte de los Sres. Fiscales Jefes se den las instrucciones oportunas para que, una vez determinada la edad y siempre que el indocumentado resulte ser menor o quepa duda de que pueda serlo, sea puesto sin dilación a disposición de los servicios competentes de protección de menores.

5) Debe intentarse la repatriación del menor con fines de reagrupación familiar conforme a las disposiciones específicas que para los menores contiene la legislación de extranjería. La repatriación no es, sin embargo, un objetivo absoluto que se haya de perseguir a toda costa; pueden estar en juego también otros intereses, como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los derechos fundamentales del menor, que pueden hacer que la balanza del interés superior de éste se incline finalmente en pro de su permanencia en nuestro país.

La decisión sobre el retomo del menor a su país de origen o de residencia de sus familiares o sobre su permanencia en España, corresponde a la Administración

del Estado (art. 35.3 LE) por ser la única competente en materia de inmigración, emigración y extranjería (art. 149.1.2ª) CE). Sin perjuicio de ello, deben informar previamente –en razón también de su propia competencia en la materia– los servicios de protección de menores. El Fiscal podrá comprobar si efectivamente la decisión adoptada es la más adecuada a los intereses del menor.

6) Los recursos contra el acuerdo de repatriación habrán de regirse por las normas y trámites del procedimiento administrativo y de la jurisdicción contencioso-administrativa. La legitimación del Ministerio Fiscal para recurrir estas decisiones encuentra su apoyo legal en los artículos 3.7 EOMF y 8.2 LECiv

Los Sres. Fiscales igualmente habrán de tener en cuenta que respondiendo a la previsión de protocolos de actuación a que se referían tanto la Instrucción 2/2001 como la Circular 3/2001 para facilitar la coordinación entre las distintas autoridades y funcionarios intervinientes, se elaboró por el Grupo de Trabajo del Observatorio de la Infancia, con activa intervención de la Fiscalía General del Estado el Protocolo de menores extranjeros no acompañados, documento que fue debidamente difundido entre las Fiscalías.