

## **Instrucción 3/2003, de la FGE**

# **sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concorra la situación jurídica de desamparo**

### **I. PLANTEAMIENTO**

El creciente incremento de los movimientos migratorios hacia los países de la Unión Europea ha provocado que la política de inmigración pase a estar integrada en el programa de políticas comunes de los Estados miembros. La política común sobre inmigración de la Unión Europea se sustenta sobre una idea básica, ya anunciada en la Conferencia de Tampere y que viene siendo objeto de progresivo afianzamiento: la inmigración legal, promovida desde las Instituciones comunitarias, ha de tener su adecuado contrapeso en la lucha decidida contra cualquier forma de inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos. En especial, se han de extremar las precauciones para que el sistema de derechos y garantías de los Estados de la Unión Europea no pueda ser fraudulentamente utilizado por los infractores de las respectivas legislaciones de extranjería para forzar una residencia de todo punto improcedente.

Un ejemplo evidente de lo que se acaba de exponer se refleja en 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. La situación en que se encuentran estos menores determina, por regla general, la tutela automática de la Administración y, como consecuencia, la futura residencia legal en España.

Los datos ofrecidos por la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración demuestran la gravedad del problema. En el año 2002 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 al 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.

Hemos de ser conscientes de que los recursos materiales de los llamados países de acogida, entre los que se encuentra España, no son ilimitados, ni pueden asumir los actuales flujos migratorios sin poner en peligro su bienestar económico. Las entidades españolas de protección nunca van a disponer de los ingentes medios personales y materiales que serían necesarios para atender a todos los menores de edad que intentan

acceder irregularmente a nuestro país, ni los tejidos productivos de la sociedad española serán capaces de absorberlos.

Por lo demás, no podemos más que constatar el desbordamiento del sistema español de protección de menores frente a un colectivo humano que, en la mayoría de los casos, rechaza sistemáticamente la escolarización y las atenciones que se le ofrecen en los centros públicos. Ello es congruente con la precaria situación que les impulsa a la aventura de la inmigración clandestina. Frente a aquellos otros casos en que la entrada regular permite un proceso de escolarización que conduce a la integración social del joven, el objetivo del menor irregular no es llegar a España huyendo de una situación de desamparo afectivo, sino con la esperanza de incorporarse al mercado de trabajo y, en su caso, ayudar con sus ingresos a su familia de origen. Sin embargo, por razones obvias, la mayor parte de ellos sólo consiguen ser explotados por personas sin escrúpulos o convivir en la marginalidad y la delincuencia.

La Fiscalía General del Estado no puede permanecer indiferente ante este problema de dimensiones sociales, económicas y culturales imprevisibles. Tampoco puede permitir que la minoría de edad se convierta en la coartada legal que legitime la violación sistemática de las normas jurídicas del Estado, asegurando por sí sola, a través de una mecánica declaración de desamparo, la residencia en España de todos los extranjeros menores de edad que acceden ilegalmente a nuestro país. Lo impiden, tanto exigencias inherentes a las más elementales reglas de convivencia, como el sentido mismo de las instituciones tutelares. El ya apuntado desbordamiento de los servicios sociales españoles puede generar a medio plazo que su función primordial, esto es, la asistencia a menores efectivamente desamparados, resulte irrealizable ante la necesidad de atender casos en los que no concurren los presupuestos que justifican la atención tuitiva. No se trata, pues, de cerrar las puertas a aquellos jóvenes extranjeros cuya desesperada situación familiar y social reclama una atención preferente por parte del sistema de protección social. Lo que se busca mediante la presente Instrucción es contribuir a racionalizar la capacidad de asistencia de las autoridades españolas. Y lo hace en el ámbito funcional que es propio de la Fiscalía General del Estado, unificando un criterio hasta ahora disperso, cuya mejor muestra es la ocasional interposición por alguna Fiscalía de recurso contencioso-administrativo con el objeto de impugnar la decisión de retorno al alcance de las autoridades administrativas.

Conviene, pues, realizar dos afirmaciones iniciales orientadas hacia ese objetivo antes indicado: a) la minoría de edad, sin el referente de una persona de mayor de edad, no debiera asegurar por sí sola una declaración de desamparo; b) la figura del retorno o devolución puede ser aplicada a los extranjeros menores de edad que accedan ilegalmente a nuestro país.

Han de ser ambas premisas las que permitan en lo sucesivo a los Sres. Fiscales el examen de los supuestos que sean sometidos a su consideración. Sólo mediante la adecuada ponderación de los presupuestos que definen el desamparo, se estará poniendo el sistema tuitivo al servicio de los casos que preferentemente reclaman la atención asistencial de los poderes públicos. Lo contrario, esto es, la resignada aceptación de una estadística en imparable progresión y de unas cifras expresivas de la incontrolada avalancha de inmigrantes clandestinos menores de edad, puede suponer la parálisis del sistema asistencial, con la consiguiente frustración de los fines que le son propios.

## **II. EXTRANJERO MENOR DE EDAD Y DECLARACIÓN DE DESAMPARO**

Antes de adentrarnos en el análisis de la legislación estatal y autonómica aplicable a los extranjeros menores de edad, se hace preciso definir qué se entiende por extranjero a los efectos de la legislación de extranjería y quiénes, de entre ellos, pueden ser atendidos en los centros españoles de protección, ya que la emancipación, legal o de hecho, del menor de edad veta cualquier tipo de intervención pública.

### **A) Concepto de Extranjero.**

Tradicionalmente, la condición de extranjero se ha venido definiendo, de una forma bastante simple, por oposición al concepto de nacional. Este ha sido el criterio acogido en el art. 1.1 la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (en adelante Ley de Extranjería o LE), para señalar que «se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente ley, a los que carezcan de la nacionalidad española».

Sin embargo, hoy en día asistimos a un proceso ya consolidado de creación de comunidades supraestatales en las que los Estados miembros entregan parte de su soberanía originaria para, entre otras cosas, reconocer a los ciudadanos de la Unión el derecho a la libre circulación y residencia dentro de los límites territoriales de cualquiera de ellos. Por esta razón el número 2 del art. 1 LE hace la salvedad de que «lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte».

Concretamente, el Tratado Maastrich, de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, creó la que denomina ciudadanía de la Unión, complementaria y no sustitutiva de ciudadanía nacional (art. 17 del Tratado de Roma), que permite a todos los ciudadanos de la Unión a circular, residir (art. 18 Tratado de Roma) y trabajar (art. 39) en cualquiera de los Estados miembros.

Esta nueva nacionalidad supraestatal evidentemente no modifica el concepto tradicional de extranjería, pero sí que nos obliga a distinguir entre los nacionales de uno de los Estados de la Unión, que tienen un específico régimen jurídico, y los extranjeros propiamente dichos, o nacionales de países extracomunitarios, que son los genuinos destinatarios de la legislación encaminada a mantener dentro de los límites de lo razonable los actuales flujos de población entre países.

### **B) Minoría de edad del extranjero.**

La respuesta jurídica del Estado no es la misma para los inmigrantes ilegales mayores o menores de edad, siendo mucho más rígida con los adultos que con los niños o jóvenes que acceden irregularmente a nuestro país.

No se trata de incidir sobre el procedimiento para acreditar la edad biológica del extranjero indocumentado, materia que ya fue tratada por la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, a la que desde aquí resulta obligado remitirse. Tampoco, se trata 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 vigencia del Derecho extranjero debe ser objeto de prueba en juicio, sin perjuicio de que el propio Tribunal pueda valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

Pese a todo, está fuera de dudas que las circunstancias en que se produce la entrada clandestina descartan cualquier solución basada en principios de corte teórico acerca de la carga de la prueba o el examen de soluciones jurídicas comparadas. Pero también es claro que la existencia de una posible referencia cronológica inferior a los 18 años no es impensable en algunos países. Basta para ello repasar la legislación internacional, nacional y autonómica aplicable a la materia. El art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, considera menor de edad a «todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad»; para el art. 12 de la Constitución española, son los españoles quienes adquieren la mayoría de edad a los dieciocho años; el art. 1 de la LO 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, claramente advierte que sus normas se aplicarán a «los menores de 18 años que se encuentren en territorio nacional, salvo que en virtud de la Ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad»; pronunciándose en parecidos términos el art. 2 de la Ley de la Comunidad Canaria 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores o el art. 2 de la Ley cántabra 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y la Adolescencia.

Como quiera que la inmensa mayoría de los Estados fija el límite biológico de la mayoría de edad en los dieciocho años, suele ser usual, en los casos de interceptación de inmigrantes ilegales, que, una vez constatado que aquélla todavía no se ha alcanzado, se proceda, sin necesidad de mayores comprobaciones, a la automática aplicación de los mecanismos tuitivos previstos en la legislación española. Este entendimiento, inspirado en el más rígido de los automatismos, olvida, sin embargo, que la minoría de edad no es el único elemento necesario para someter a la legislación española de protección de menores a una persona determinada, pues a la menor edad del sujeto habrá de añadirse la incapacidad civil de obrar. O dicho de otro modo, las normas estatales o autonómicas de protección de menores no pueden ser aplicadas a los menores de edad emancipados.

Nótese que «la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor...» (art. 323 CC), razón por la que la Ley 1/1995, del principado de Asturias, señala en su art. 22 que con carácter general las medidas de protección establecidas en la presente Ley cesarán, entre otros motivos, por la habilitación de edad; el art. 17 f) de la Ley 7/1995 de las Islas Baleares, dispone que las medidas de protección descritas en el art. 15 se extinguen por la emancipación del menor por concesión judicial; o el art. 37 a) de la Ley 4/1998 de la Comunidad Autónoma de la Rioja, dice que las medidas de protección señaladas podrán cesar por emancipación.

De acuerdo con esta idea, los 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. Carecería de sentido que las entidades públicas de protección no pudieran intervenir sobre los españoles mayores de dieciséis años que, con consentimiento expreso o presunto de sus padres, tengan un trabajo remunerado por cuenta ajena (vid. Art. 7 b) del Estatuto de los Trabajadores), viven de forma independiente (art. 319 CC), o incluso, habiendo contraído matrimonio, tienen su propia familia (art. 316 CC) y, sin embargo, estuvieran obligados a hacerlo sobre los extranjeros que se hallen en las mismas condiciones personales. En definitiva, 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.

De lo expuesto podemos colegir que la Administración española no está obligada a asumir la tutela automática de todo extranjero menor de 18 años de edad. Los mecanismos de protección de menores sólo habrán de ponerse en marcha una vez que se haya comprobado la presencia de una efectiva situación de desamparo, pues no resulta razonable que aquellos que son tratados como adultos en su propio país de origen, regresen a la infancia nada más traspasar los límites físicos de nuestras fronteras.

### **III. SITUACIONES DEL MENOR EXTRANJERO EN ESPAÑA**

La idea de que todo extranjero menor de edad no acompañado se encuentra en una palmaria situación de desamparo ha llegado a convertirse en un axioma incontrovertible -sin duda propiciado por el tenor literal del art. 62 del RE-, del que se derivan dos consecuencias encadenadas, la tutela automática de la Administración y la regularización de su situación ilegal en España.

Sin embargo, esta forma de proceder no puede ser compartida, pues la declaración de desamparo nunca es automática y, además, resulta discutible que todos los menores que carezcan de la asistencia de un mayor de edad se encuentren desamparados.

#### **A) La declaración de desamparo nunca es automática.**

El desamparo es un concepto abierto e indeterminado, circunstancial y mutable, que, por la gravedad de las consecuencias jurídicas que lo acompañan, se ha de acreditar por los organismos públicos de protección caso por caso y tras la tramitación contradictoria del oportuno expediente administrativo. La tramitación del expediente administrativo no es baladí, pues durante la misma se pretenden alcanzar las siguientes fases o utilidades:

- En primer lugar, han de ser atendidas las necesidades inmediatas del menor, con suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria, que asumirán, por ministerio de la ley, los organismos públicos de protección;

- Después, se intentarán acreditar de forma individualizada las deficiencias que plantea la situación personal, familiar, psicológica y social del menor, y que aconsejaron la intervención administrativa.

- Y, por último, se procederá a diseñar el plan de actuación administrativa más adecuado para paliar los problemas concretos planteados (tutela administrativa y acogimiento residencial; acogimiento familiar, simple o preadoptivo; reintegro en su familia de origen, etc.).

No todos los expedientes abiertos por la Administración acaban con una declaración de desamparo. Muchos de ellos resultan archivados por no haberse confirmado suficientemente las circunstancias que motivaron su incoación o por haberse modificado aquéllas a lo largo de la tramitación del expediente.

Por tanto, aunque nos hallemos frente a uno de los supuestos de desamparo taxativamente enumerados en la legislación autonómica de protección de menores (vid. p. ej. art. 23.1 Ley andaluza 1/98, de los Derechos y la Atención del Menor) la declaración de desamparo nunca es automática. La comprobación indiciaria de uno de los supuestos tasados de desamparo justifica, en principio, la intervención cautelar e inmediata de la Administración, pero ni los supuestos se agrupan en un catálogo cerrado o *numerus clausus*, ni hacen prueba *iuris et de iure*, que releve a la Administración de tramitar el correspondiente expediente administrativo (art. 172.6 CC, implícitamente).

Además, no basta la constancia actual de una situación de desprotección para que ésta lleve inexorablemente al desamparo, pues el incumplimiento de los deberes de protección que lleva a la declaración administrativa de desamparo ha de tener una vocación de permanencia en el tiempo. No son suficientes las situaciones episódicas de desprotección en que pueda encontrarse un menor de edad para justificar la adopción de las graves medidas que, sobre él y su familia, entraña un proceso jurídico de desamparo. En estos casos, la intervención de la entidad pública competente, -sin declaración jurídica de desamparo y a instancias de los padres, tutores o Autoridad Judicial- se limita a asumir la guarda temporal del menor mientras subsistan las circunstancias que impiden a sus padres o tutores prestarle la debida atención y cuidado (arts. 172. 2 CC y 19 LO 1/1996).

Haciendo traslación de estos razonamientos al objeto que nos ocupa, se puede concluir afirmando que la presencia de un menor de edad, español o extranjero, sin la referencia de una persona adulta en el territorio nacional no es igual a desamparo, ni éste tiene por qué ser declarado automáticamente por la Administración. El desamparo sólo puede ser estimado a la conclusión del expediente administrativo, sin perjuicio, claro está, de que se puedan adoptar las medidas cautelares de protección que se consideren necesarias en cada caso.

## **B) La menor edad sin asistencia no es igual a desamparo.**

Conforme al razonamiento del anterior apartado, el desamparo se fundamenta en situaciones de hecho de muy difícil concreción legal, razón por la que el art. 172.1 CC ofrece un concepto de desamparo lo suficientemente amplio y flexible como para abarcar la diversidad de supuestos que se nos puedan presentar. Dice el art. 172.1 CC

que, «se considera situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del 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», En esta definición legal se pueden distinguir claramente dos elementos: un elemento objetivo, el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección, y otro subjetivo, la falta de asistencia moral o material que sufre el menor de edad.

La concurrencia de ambos presupuestos en cada caso concreto es imprescindible para que resulte jurídicamente viable una declaración administrativa de desamparo, de ahí que el mayor de dieciséis años que vive de forma independiente, como contempla y permite el art. 319 CC, sin recibir la asistencia moral y material inherente a la patria potestad (elemento subjetivo) no pueda considerarse técnicamente desamparado. Y a la inversa, podemos encontrar situaciones de desamparo en el marco de relaciones paternofiliales, de tutela o guarda, cuando las personas que las tengan atribuidas se muestren incapaces física, moral o económicamente de cumplir con sus deberes legales de asistencia (elemento objetivo).

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. 154.1º 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 vida.

Los efectos de ese automatismo pueden llegar a ser más nocivos que el mal que se pretende evitar. El inabarcable número de menores que cruzan la frontera subrepticamente está generando el indeseable efecto de que los centros de protección españoles no atienden a las expectativas vitales del inmigrante menor de edad. A menudo los menores extranjeros se sienten engañados, desconfían de la atención que se les presta, entienden el ingreso en el centro de protección como una especie de sanción privativa de libertad, una amenaza para su estancia en España y una pérdida de tiempo, por lo que se fugan nada más ser ingresados, adentrándose en un submundo donde abunda la marginación social y la delincuencia.

En definitiva, no es cierto -como se ha expuesto *supra*- que todos los extranjeros menores de 18 años de edad que se encuentran en España sin el referente de una persona adulta se hallen en situación de desamparo, y tampoco lo es que la legislación española de extranjería prohíba el retorno o devolución de los mismos. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 60 LE, los extranjeros menores de edad que sean interceptados por las autoridades españolas en el acto de entrada ilegal en España, salvo que se aprecie en ellos una especial situación de desamparo, deben ser retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. Si el retorno fuera a demorarse más de veinticuatro horas, la autoridad gubernativa lo comunicará al Fiscal de Menores quien, dentro de las cuarenta y ocho horas de la detención se dirigirá al Juez de Menores competente para que autorice el internamiento en el centro de menores que designe la correspondiente

Comunidad Autónoma (art. 45 y 46 LO 5/2000), hasta que llegue el momento del retorno (art. 60.1 LE).

## **V. CONCLUSIONES**

Por cuanto antecede, en los casos de interceptación de la entrada clandestina de inmigrantes menores de edad, los Sres. Fiscales habrán de acomodar su intervención a las siguientes consideraciones:

1ª.- Salvo prueba en contrario (art. 281.2 LEC), los extranjeros mayores de dieciséis años que viven independientes de sus padres y con el consentimiento de éstos (art. 319 CC), tienen capacidad para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad (art. 323 CC).

2ª.- En tales casos, no será procedente entender que concurre la situación jurídica de desamparo, con las consecuencias legales que ello conlleva en el régimen jurídico de la repatriación del extranjero.

3ª.- La detención de los extranjeros menores de edad que pretendan entrar en España será notificada inmediatamente, y en todo caso dentro de las veinticuatro horas, a los Fiscales de Menores (art. 17.1 LO 5/2000). Los Sres. Fiscales, salvo en aquellos supuestos excepcionales en que aprecien una palmaria situación de desamparo, dictaminarán a favor del retorno del menor a su punto de origen a la mayor brevedad posible (art. 60.1 LE).

4ª.- En el caso de que el retorno no pudiera llevarse a cabo dentro de las cuarenta y ocho horas de la detención, el Fiscal de Menores se dirigirá al Juez de Menores para que autorice el internamiento en el centro de menores que designe la correspondiente Comunidad Autónoma.

5ª.- El Fiscal que, en atención a la excepcionalidad de las circunstancias concurrentes, se propusiera interponer un acto impugnativo contra la decisión administrativa de repatriación del menor de edad no desamparado, habrá de contar con la autorización expresa del Fiscal Jefe, quien, a la mayor urgencia posible, elevará informe motivado al Fiscal General del Estado argumentando las razones que avalan la procedencia del recurso.