



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Instrucciones

DOCUMENTO ANALIZADO

Instrucción 2/2001, de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual art. 35 de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

Artículo 35 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

Artículos 189 y siguientes Reglamento Extranjería 2011. Protocolo Menores Extranjeros 2014 (que desarrolla el artículo 190.2 REX 2011).

AFECTADO POR LA JURISPRUDENCIA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES

Circular 2/2006; Consulta 1/2009; Instrucción 1/2012.

EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

La instrucción abarca una pluralidad de problemas interpretativos que suscita la regulación de la determinación de edad de los extranjeros no acompañados cuya minoría de edad no pueda ser acreditada documentalmente. Su vigencia –que ha sido ratificada por la Circular 2/2006- es indiscutida en los siguientes aspectos: **A) En relación con el ámbito subjetivo de aplicación**, recuerda que no es aplicable a los extranjeros detenidos con ocasión de la comisión de un delito (en este caso lo procedente es ponerlos a disposición del Juez de Instrucción, que es el único

competente -al igual que si se tratase de ciudadanos españoles- para ordenar la práctica de las diligencias encaminadas a determinar su edad, se conformidad con el artículo 375 LECrim en relación con los artículos 789.5 LECrim); **B) Finalidad:** con la única finalidad de 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, así como para en caso contrario, de establecerse su minoría de edad, poder proporcionarle las medidas de protección y asistencia previstas en la ley española para cualquier menor residente en nuestro territorio, sea español o extranjero (art. 1 de la L.O. 1/1996); **C) Naturaleza:** la conducción del menor al centro sanitario y la permanencia en el mismo en tanto no haya sido determinada su edad es una situación de privación de libertad, análoga a la contemplada en el art. 20.2 de la L.O. 1/1992, de Protección de la seguridad Ciudadana. Son aplicables por tanto a esta situación las garantías constitucionales del art. 17 de la Constitución, en los términos en su día expresados por las SSTC 341/93, de 18 de noviembre, y 86/96, de 21 de mayo. Concretamente, el indocumentado deberá ser informado de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de las razones de su situación de privación de libertad y de sus derechos. Entre éstos figura básicamente el que dicha situación «no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario». **D) Procedimiento:** No es precisa la asistencia de abogado, pese a tratarse de una diligencia policial, ya que tal asistencia sólo es obligada en los términos establecidos en las leyes, y el art. 520.2.c) LECrim limita esta garantía a las diligencias de declaración y los reconocimientos de identidad de que vaya a ser objeto el detenido, sin que obviamente el presente caso sea incardinable en ninguno de ambos supuestos; **E) Necesidad de coordinación:** exige un esfuerzo de coordinación entre todos los agentes que intervienen en el procedimiento, de manera que se reduzcan al mínimo posible los «tiempos muertos» a que podría dar lugar un defectuoso sistema de comunicaciones entre ellos, o una limitación de su disponibilidad para atender inmediatamente este tipo de incidencias. **F) Hay que evitar que el presunto menor, una vez localizado por la policía, sea trasladado con cierto automatismo a un centro de internamiento de menores.** Ello sólo será preciso, conforme al espíritu y letra de la ley, en aquellos supuestos excepcionales en que precise una atención inmediata que sólo le pueda ser prestada en un centro de esa naturaleza. En caso contrario, el traslado indiscriminado a un centro de menores tutelados de quienes afirman ser menores de edad, aunque sólo sea para pernoctar durante una noche, puede ocasionar graves trastornos en el régimen y desarrollo de las actividades del centro, con el consiguiente perjuicio para los restantes internos, sobre todo si se tiene en cuenta que con frecuencia las pruebas médicas pueden determinar a posteriori que los sedicentes menores superan con creces los dieciocho años; **G) Puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal: «puesta en conocimiento» no es lo mismo que «puesta a disposición»,** y que no es preciso, por tanto, que los agentes policiales trasladen materialmente al presunto menor a las dependencias de Fiscalía, lo cual únicamente serviría para retardar innecesariamente el normal desarrollo de los trámites previstos en la Ley. Será suficiente cualquier forma de comunicación que pueda dejar constancia del hecho, es decir, la comunicación por fax, por correo electrónico, o incluso por teléfono, sin perjuicio de presentar o enviar más adelante a la Fiscalía la documentación pertinente; **H) Horquilla de edad:** Dado que las pruebas médicas no suelen ofrecer nunca una edad exacta, sino que siempre fijan una horquilla más o menos amplia entre cuyos extremos se puede cifrar que se sitúa con un escasísimo margen de error la verdadera edad del sujeto, habrá que presumir, a falta de otros datos y a efectos de determinar si éste es mayor o menor, que su edad es la establecida como límite inferior de dicha horquilla. **I) Puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores:** sin dilación siempre que el indocumentado resulte ser menor o quepa la más mínima duda de que pueda serlo. **J) Lugar:** A este efecto, es necesario que la entidad pública haya comunicado, y los agentes policiales conozcan previamente, cuál o cuáles son los centros de internamiento más cercanos adonde deben ser trasladados a los extranjeros indocumentados

una vez acreditada su condición de menores de edad.

Por el contrario las disposiciones sobre las *comunicaciones desde la Fiscalía a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado* y las relativas a cerciorarse de que las instituciones sanitarias colaborarán en el procedimiento han quedado superadas por el Protocolo Marco de Menores Extranjeros 2014 y por los diferentes Protocolos territoriales.

Ficha elaborada por la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado.

TEXTO DE LA INSTRUCCIÓN

Instrucción n.º 2/2001, de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual art. 35 de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

La última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, operada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, ha supuesto para el Ministerio Fiscal la asunción de una nueva competencia relacionada con su papel de garante y protector de los derechos de los menores. El actual art. 35 de dicha Ley establece en su apartado 1 que, cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, este hecho será puesto «en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias».

Varias son las dudas interpretativas que suscita este precepto, y varias son también las consideraciones que se deben hacer en torno a su aplicación por los Sres. Fiscales, con la intención de lograr del modo más eficaz posible la finalidad pretendida por la norma.

En primer lugar, es preciso poner de relieve que este artículo no se está refiriendo al supuesto de extranjeros indocumentados detenidos por la comisión de un delito. En este caso, lo procedente es ponerlos a disposición del Juez de Instrucción, que es el único competente -al igual que si se tratase de ciudadanos españoles- para ordenar la práctica de las diligencias encaminadas a determinar su edad. El art. 375 LECr residencia claramente esta competencia en el Juez instructor, quien, en último término, pedirá al forense o al médico o médicos por él nombrados el oportuno informe acerca de la edad del imputado. Coherentemente con lo anterior, la regla 3.ª del art. 789.5 LECr establece que, practicadas u ordenadas sin demora por el Juez las diligencias encaminadas a determinar -entre otros extremos- la identidad y circunstancias personales de los sujetos que han participado en el hecho delictivo, entre las que figura la edad (regla 3.ª del art. 785 LECr), si todos los imputados fueran menores, se inhibirá a favor del órgano competente, o sea el Ministerio Fiscal. En idéntico sentido, el art. 35 de la L.O. 5/2000 dispone que, cuando el hecho hubiese sido cometido conjuntamente por mayores de edad penal y por menores, «el Juez de Instrucción competente para el conocimiento de la causa, tan pronto como compruebe la edad de los imputados, adoptará las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad y ordenará remitir testimonio de los particulares precisos al Ministerio Fiscal».

Todos estos argumentos abonan la opinión de que corresponde al Juez de Instrucción y no al Ministerio Fiscal acreditar la edad de aquéllos a quienes se impute la comisión de un delito -sean españoles o extranjeros- cuando existan dudas sobre la misma. Esta postura ya fue mantenida además en la Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, conforme a la cual el Fiscal deberá recurrir las resoluciones de los Jueces de Instrucción por las que se inhiban en favor de la Fiscalía de Menores «si existe duda razonable de la verdadera edad del inculpado y no se han agotado los medios de prueba disponibles, pues los órganos de la jurisdicción penal de adultos no deben declinar su competencia sin previa certeza del dato de la edad del inculpado».

El art. 35 de la L.O. 4/2000 se aplicará por tanto 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, y ello con la única finalidad de que no pueda incoarse en ningún caso un expediente sancionador, por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería y en particular aquéllos 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, así como para en caso contrario, de establecerse su minoría de edad, poder proporcionarle las medidas de protección y asistencia previstas en la ley española para cualquier menor residente en nuestro territorio, sea español o extranjero (art. 1 de la L.O. 1/1996).

Por otra parte, la conducción del menor al centro sanitario y la permanencia en el mismo en tanto no haya sido determinada su edad es una situación de privación de libertad, análoga a la contemplada en el art. 20.2 de la L.O. 1/1992, de Protección de la seguridad Ciudadana. Son aplicables por tanto a esta situación las garantías constitucionales del art. 17 de la Constitución, en los términos en su día expresados por las SSTC 341/93, de 18 de noviembre, y 86/96, de 21 de mayo. Concretamente, el indocumentado deberá ser informado de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de las razones de su situación de privación de libertad y de sus derechos. Entre éstos figura básicamente el que dicha situación «no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario». No es precisa, por el contrario, la asistencia de abogado, pese a tratarse de una diligencia policial, ya que tal asistencia sólo es obligada en los términos establecidos en las leyes, y el art. 520.2.c) LECr limita esta garantía a las diligencias de declaración y los reconocimientos de identidad de que vaya a ser objeto el detenido, sin que obviamente el presente caso sea incardinable en ninguno de ambos supuestos.

El hecho de que esta situación de privación de libertad no pueda durar más tiempo del estrictamente necesario exige un esfuerzo de coordinación entre todos los agentes que intervienen en el procedimiento, de manera que se reduzcan al mínimo posible los «tiempos muertos» a que podría dar lugar un defectuoso sistema de comunicaciones entre ellos, o una limitación de su disponibilidad para atender inmediatamente este tipo de incidencias.

En primer lugar, hay que evitar que el presunto menor, una vez localizado por la policía, sea trasladado con cierto automatismo a un centro de internamiento de menores. Ello sólo será preciso, conforme al espíritu y letra de la ley, en aquellos supuestos excepcionales en que precise una atención inmediata que sólo le pueda ser prestada en un centro de esa naturaleza. En la mayor parte de los supuestos, por el contrario, o bien no necesitarán dicha atención o les podrá ser proporcionada por los propios agentes policiales, quienes

inmediatamente deberán poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. En caso contrario, el traslado indiscriminado a un centro de menores tutelados de quienes afirman ser menores de edad, aunque sólo sea para pernoctar durante una noche, puede ocasionar graves trastornos en el régimen y desarrollo de las actividades del centro, con el consiguiente perjuicio para los restantes internos, sobre todo si se tiene en cuenta que con frecuencia las pruebas médicas pueden determinar a posteriori que los sedicentes menores superan con creces los dieciocho años.

Aunque la Ley no indica cómo se ha de llevar a cabo la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal, lo que sí se puede afirmar sin ningún género de dudas es que «puesta en conocimiento» no es lo mismo que «puesta a disposición», y que no es preciso, por tanto, que los agentes policiales trasladen materialmente al presunto menor a las dependencias de Fiscalía, lo cual únicamente serviría para retardar innecesariamente el normal desarrollo de los trámites previstos en la Ley. Por el mismo motivo, tampoco será preciso que la puesta en conocimiento tenga lugar mediante la presentación formal del correspondiente atestado en la sede de la Fiscalía, sino que será suficiente cualquier forma de comunicación que pueda dejar constancia del hecho, es decir, la comunicación por fax, por correo electrónico, o incluso por teléfono, sin perjuicio de presentar o enviar más adelante a la Fiscalía la documentación pertinente.

Es necesario abordar seguidamente cómo se han de llevar a cabo las comunicaciones desde la Fiscalía a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, para disponer que se proceda a determinar la edad del extranjero indocumentado. Es importante para ello destacar que la Ley emplea un término imperativo («dispondrá»); es decir, comunicado al Fiscal el supuesto de hecho que contempla la norma, no le cabe otra opción que la de disponer que se proceda a la determinación de la edad. No tendría sentido, por tanto, que en el ejercicio de una competencia que la Ley regula con carácter imperativo, se produjesen disfuncionalidades derivadas exclusivamente de la falta de coordinación a la hora de transmitirse las oportunas comunicaciones entre los diversos sujetos que intervienen en el procedimiento. En consecuencia, corresponderá a los Sres. Fiscales Jefes, atendida la disponibilidad efectiva de medios personales y materiales, así como la concreta modalidad en que se preste el servicio de guardia en cada Fiscalía, determinar de qué modo se van a realizar las mencionadas comunicaciones y, más concretamente, qué órdenes resultará procedente transmitir a los máximos responsables -en el respectivo ámbito provincial- de las Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, para que, localizado un extranjero indocumentado que afirme ser menor, se pueda proceder inmediatamente a la determinación de su edad sin que la preceptiva comunicación al Fiscal y la orden de éste conlleven la más mínima e innecesaria dilación.

También deberán los señores Fiscales cerciorarse de que, como dice la Ley, las instituciones sanitarias colaborarán en el procedimiento, realizando con carácter prioritario las pruebas necesarias para determinar la edad del extranjero indocumentado. No dice la Ley, sin embargo, cuáles hayan de ser estas instituciones sanitarias, sino que menciona «las instituciones sanitarias oportunas». Esto ofrece un amplio y considerable margen de actuación, que permite en cada lugar acudir, para la práctica de las pruebas de determinación de la edad (generalmente, pruebas radiológicas), al centro médico que se considere más idóneo para realizarlas de manera inmediata y en condiciones de plena fiabilidad. Ello aconseja que, en la medida de lo posible, se procure

recabar la colaboración de centros sanitarios que dispongan de un servicio de urgencias radiológicas operativo durante las veinticuatro horas del día.

Todo lo anterior conducirá a que por parte de todos los agentes implicados en el procedimiento (Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, Ministerio Fiscal e instituciones sanitarias) se desarrollen los necesarios protocolos de actuación encaminados a garantizar una absoluta coordinación entre ellos, que permita determinar con la mayor celeridad posible la edad del extranjero indocumentado.

Dado que las pruebas médicas no suelen ofrecer nunca una edad exacta, sino que siempre fijan una horquilla más o menos amplia entre cuyos extremos se puede cifrar que se sitúa con un escasísimo margen de error la verdadera edad del sujeto, habrá que presumir, a falta de otros datos y a efectos de determinar si éste es mayor o menor, que su edad es la establecida como límite inferior de dicha horquilla.

Por último, también es preciso, para cumplir con lo establecido en el apartado 2 del art. 35 de la Ley, 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 la más mínima duda de que pueda serlo, sea puesto sin dilación a disposición de los servicios competentes de protección de menores. A este efecto, es necesario que la entidad pública haya comunicado, y los agentes policiales conozcan previamente, cuál o cuáles son los centros de internamiento más cercanos adonde deben ser trasladados a los extranjeros indocumentados una vez acreditada su condición de menores de edad.

