

DICTAMEN LEGAL URGENT SOBRE LA DERIVACIÓ DE MENORS I ADOLESCENTS NO ACOMPANYATS (MENA/ANA) ALS CENTRES D'ACOLLIDA PER PART DE LES AUTORITATS POLICIALES

I.- Atenent que la **Constitució espanyola** estableix al seu article 39.4 que:

“Els infants gaudiran de la protecció prevista en els acords internacionals que vetllen pels seus drets.”

II.- Atenent que la **Convenció sobre els Drets dels Infants, adoptada per l'Assemblea General de les Nacions Unides el 20 de novembre de 1989, ratificada per Espanya per instrument de 30 de novembre de 1990**, estableix al seu article 3.1 que:

“En totes les accions que concerneixen l'infant, tant si són portades a terme per institucions de benestar social públiques o privades, tribunals de justícia, autoritats administratives o cossos legislatius, la consideració principal ha de ser l'interès primordial de l'infant.”

III.- Atenent que la **Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor**, de modificació parcial del Codi civil i de la Llei d'enjudiciament civil, modificada per la **Llei orgànica 8/2015, de 22 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència**, estableix al seu article 2 que:

“1. Qualsevol menor té dret que el seu interès superior sigui valorat i considerat primordial en totes les accions i decisions que el concerneixin, tant en l'àmbit públic com privat. En l'aplicació d'aquesta Llei i les altres normes que l'afectin, així com en les mesures relatives als menors que adoptin les institucions, públiques o privades, els tribunals, o els òrgans legislatius, preval l'interès superior d'aquests sobre qualsevol altre interès legítim que pugui concórrer (...).

2. Als efectes de la interpretació i aplicació en cada cas de l'interès superior del menor, es tenen en compte els criteris generals següents, sense perjudici dels que estableix la legislació específica aplicable, així com dels altres que es puguin considerar adequats atenent les circumstàncies concretes del supòsit:

a) La protecció del dret a la vida, la supervivència i el desenvolupament del menor i la satisfacció de les seves necessitats bàsiques, tant materials, físiques i educatives com emocionals i afectives(...).”

I a l'article 14 de la **Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor**, de modificació parcial del Codi civil i de la Llei d'enjudiciament civil, redactat per l'apartat nou de l'article primer de la **Llei 26/2015, de 28 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència**, estableix que:

“Atenció immediata. Les autoritats i els serveis públics tenen l’obligació de prestar l’atenció immediata que requereixi qualsevol menor, d’actuar si correspon al seu àmbit de competències o de traslladar en un altre cas a l’òrgan competent i de posar els fets en coneixement dels representants legals del menor o, quan sigui necessari, de l’entitat pública i del Ministeri Fiscal.”

L’entitat pública pot assumir, en compliment de l’obligació de prestar l’atenció immediata, la guarda provisional d’un menor que preveu l’article 172.4 del Codi civil, que s’ha de comunicar al Ministeri Fiscal, i ha de procedir simultàniament a practicar les diligències necessàries per identificar el menor, investigar les seves circumstàncies i constatar, si s’escau, la situació real de desemparament.”

*L’article 172.4 del Codi Civil al qual fa referència l’article anterior citat assenyala que:

“En compliment de l’obligació de prestar l’atenció immediata, l’entitat pública pot assumir la guarda provisional d’un menor mitjançant una resolució administrativa, i ho ha de comunicar al Ministeri Fiscal i procedir simultàniament a practicar les diligències necessàries per identificar el menor, investigar les seves circumstàncies i constatar, si s’escau, la situació real de desemparament.

Aquestes diligències s’han de dur a terme en el termini més breu possible, durant el qual s’ha de procedir, si s’escau, a la declaració de la situació de desemparament i la consegüent assumpció de la tutela o a la promoció de la mesura de protecció procedent (...).”

IV.- Atenent a la Llei orgànica 4/2000, d’11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, que estableix al seu article 35.3 i 35.11 redactat per l’apartat trenta-set de l’article únic de la LO 2/2009, d’11 de desembre, de reforma de la LO 4/2000, d’11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, que:

“3. En els supòsits en què els cossos i forces de seguretat de l’Estat localitzin un estranger indocumentat la minoria d’edat del qual no es pugui establir amb seguretat, els serveis competents de protecció de menors li han de donar l’atenció immediata que necessiti, d’acord amb el que estableix la legislació de protecció jurídica del menor, i s’ha de posar el fet en coneixement immediat del Ministeri Fiscal, que ha de disposar la determinació de l’edat, per a la qual cosa han de col·laborar les institucions sanitàries oportunes que, amb caràcter prioritari, han de realitzar les proves necessàries.”

I,

“11. L’Administració General de l’Estat i les comunitats autònomes poden establir convenis amb organitzacions no governamentals, fundacions i entitats dedicades a la protecció de menors, amb la finalitat d’atribuir-los la tutela ordinària dels menors estrangers no acompanyats.

**Cada conveni ha d’especificar el nombre de menors la tutela dels quals es compromet a assumir l’entitat corresponent, el lloc de residència i els mitjans materials que es destinaran a la seva atenció.”*

*En aquest cas “cada conveni” es refereix a plec de condicions.

V.- Atinent que el Reial Decret 557/2011, de 20 d'abril, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei orgànica 4/2000, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, després de la seva reforma per Llei orgànica 2/2009, estableix al seu article 190 sobre la determinació de l'edat que:

"1. Quan els cossos i forces de seguretat localitzin un estranger no acompanyat la minoria d'edat del qual sigui indubtable per raó de la seva documentació o de la seva aparença física, ha de ser posat a disposició dels serveis de protecció de menors competents, fet que s'ha de posar en coneixement del Ministeri Fiscal. Les dades d'identificació del menor s'han d'inscriure en el Registre de menors estrangers no acompanyats.

En cas que la minoria d'edat d'un estranger indocumentat no es pugui establir amb seguretat, les forces i cossos de seguretat de l'Estat, quan tinguin coneixement d'aquesta circumstància o localitzin el suposat menor a Espanya, han d'informar els serveis autonòmics de protecció de menors perquè, si s'escau, li prestin l'atenció immediata que necessiti d'acord amb el que estableix la legislació de protecció jurídica del menor. (...)

Amb caràcter immediat, s'ha de posar el fet en coneixement del Ministeri Fiscal, que ha de disposar, en el termini més breu possible, la determinació de l'edat, per a la qual cosa han de col·laborar les institucions sanitàries oportunes, que, amb caràcter prioritari i urgent, han d'efectuar les proves necessàries (...)

2. La Secretaria d'Estat d'Immigració i Emigració ha d'impulsar l'adopció d'un Protocol marc de menors estrangers no acompanyats destinat a coordinar la intervenció de totes les institucions i administracions afectades, des de la localització del menor o suposat menor fins a la seva identificació, determinació de l'edat, posada a disposició del servei públic de protecció de menors i documentació."

*La legislació de protecció jurídica del menor queda assenyalada a l'article 14 abans citat referent a la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, de modificació del Codi Civil i de la Llei d'Enjudiciament Civil.

VI.- Atinent a la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i oportunitat a la infància i l'adolescència, del Parlament de Catalunya que estableix als seus articles:

"Article 2.1. Aquesta llei s'aplica a qualsevol infant o adolescent domiciliat a Catalunya o que s'hi trobi eventualment, sens perjudici de les normes que resolen els conflictes de lleis internacionals o interregionals."

"Article 5 L'interès superior de l'infant o l'adolescent

1. L'interès superior de l'infant o l'adolescent ha d'ésser el principi inspirador i fonamentador de les actuacions públiques.

2. Les normes i les polítiques públiques han d'ésser avaluades des de la perspectiva dels infants i els adolescents, per garantir que inclouen els objectius i les accions pertinents adreçats a satisfer l'interès superior d'aquestes persones. Els infants i els adolescents han de participar activament en aquesta avaluació.

3. *L'interès superior de l'infant o l'adolescent ha d'ésser també el principi inspirador de totes les decisions i actuacions que el concerneixen adoptades i dutes a terme pels progenitors, pels titulars de la tutela o de la guarda, per les institucions públiques o privades encarregades de protegir-lo i d'assistir-lo o per l'autoritat judicial o administrativa (...)*”.

“Article 98. Competència en matèria de desemparament

L'Administració de la Generalitat exerceix la protecció sobre els infants i els adolescents desemparats mitjançant el departament que té atribuïda aquesta competència.”

“Article 99. Competència en matèria de risc

L'Administració local ha d'intervenir si detecta una situació de risc d'un infant o adolescent que es troba en el seu territori; ha d'adoptar les mesures adequades per a actuar contra aquesta situació, de conformitat amb la regulació establerta per aquesta llei, amb la normativa de la Generalitat que la desenvolupa i amb la legislació en matèria de serveis socials.”

“Article 110.2.2 Quan els infants i els adolescents immigrants no acompanyats no puguin acreditar documentalment la minoria d'edat o es tingui dubtes sobre la veracitat de la documentació aportada, el departament competent en matèria de protecció dels infants i els adolescents els ha d'oferir l'atenció immediata que necessitin mentre es fan les gestions i els tràmits establerts per la legislació sobre estrangeria per a determinar-ne l'edat.”

“Article 111.1 Les famílies acollidores d'urgència o els centres d'acolliment, si escau, han d'exercir l'atenció immediata i transitòria dels infants i els adolescents desemparats, mentre s'analitza la problemàtica i es determina, si s'escau, la mesura de protecció més adequada. L'estudi de la problemàtica del infant i la proposta de mesura protectora s'han de portar a terme en el termini que s'estableixi reglamentàriament, que com a màxim ha d'ésser de sis mesos.

2. En els centres d'acolliment s'han de crear unitats de primera estada per a acollir inicialment, en el període d'adaptació al sistema, els infants i adolescents desemparats.”

VII.- Atenent que la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi Civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família estableix als següents articles que:

“222-3.2. La tutela dels menors desemparats es defereix de la manera que estableixen les lleis i es regeix per les seves normes especials.”

“CAPÍTOL VIII. La protecció dels menors desemparats

Article 228-1. Menors desemparats.

1. Es consideren desemparats els menors que estan en una situació de fet en la qual els manquen els elements bàsics per al desenvolupament integral de llur personalitat, o que estan sotmesos a maltractaments físics o psíquics o abusos sexuals, sempre que per a llur

protecció efectiva calgui aplicar una mesura que impliqui la separació del menor del seu nucli familiar.

2. L'entitat pública competent ha d'adoptar les mesures necessàries per a assolir la protecció efectiva dels menors desemparats, d'acord amb el que estableixen aquest codi i la legislació sobre la infància i l'adolescència.

Article 228-7. Mesures de protecció

Les mesures de protecció dels menors en situació de desemparament, el procediment per a adoptar-les i revisar-les, el règim de recursos i les causes de cessament són els que estableix la legislació sobre la infància i l'adolescència."

VIII.- Atenent que la Resolució de 13 d'octubre de 2014, de la Subsecretaria, per la qual es publica l'Acord per a l'aprovació del Protocol Marc sobre determinades actuacions amb relació als Menors Estrangers No Acompanyats, estableix que:

"CAPÍTULO III Supuestos específicos. Apartado cuarto. MENA cuya minoría de edad sea indubitada. Cuando las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad localicen a un menor extranjero cuya minoría de edad sea indubitada, realizarán las correspondientes diligencias de reseña dactilar y cotejarán el RMENA para comprobar si se halla o no inscrito. En cualquier caso, lo entregarán a la Entidad pública de protección de menores del lugar de localización, sin perjuicio de la posterior decisión sobre su acogida inmediata y custodia. De no hallarse inscrito, se procederá a su inscripción en el RMENA. En ambos supuestos, se comunicará al Ministerio Fiscal la localización del menor, su situación registral, y, en su caso, la causa por la que no ha sido posible la inscripción en el RMENA. (...)"

"CAPÍTULO VII Guarda y tutela de MENA. Apartado primero. Actuación de la Entidad pública de protección de menores. La Entidad pública de protección de menores prestará la atención inmediata y el acogimiento que el MENA requiera. A efectos de la asunción formal de la tutela urgente, y en el más breve plazo posible, la Entidad pública de protección de menores debe:

1. Comunicar al CNP y al Ministerio Fiscal los datos de que disponga o pueda disponer para la inscripción y actualización constante del RMENA (...)"

IX.- Atenent que la que la instrucció 1/2017 de la Secretaria d'Estat de Seguretat, per la qual s'actualitza el "protocol d'actuació policial amb menors", estableix que:

"8.2.1. Las actuaciones con menores extranjeros no acompañados se ajustarán a lo regulado en el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y en el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, aprobado por Resolución de 13 de octubre de 2014. (...)"

“8.2.4. En el caso de extranjeros cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad por encontrarse indocumentados o cuya documentación presente indicios de falsedad, los funcionarios de la Brigada o Unidad de Extranjería y Fronteras procederán de la siguiente forma:

a. Se comunicará, inmediatamente, a la Entidad Pública de Protección de Menores del lugar de localización para constancia del hecho, preasignación de plaza en Centro de ingreso y prestación de atención en aquellos casos en que sea necesaria. (...)”

“8.2.5. Cuando la minoría de edad del menor extranjero sea indubitada, se realizarán las correspondientes diligencias de reseña dactilar y cotejo del RMENA, procediendo a inscribirlo si no lo estuviera. En cualquier caso se hará entrega inmediata del menor a la Entidad pública de protección de menores del lugar de localización, y se comunicará al Ministerio Fiscal su localización y su situación registral.”

X.- Fent referència a la Sentència Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de maig, la qual estableix que:

“Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el “superior” del niño (SSTC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo; 134/1999, de 15 de julio; STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann).

(...) no deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia, que son de aplicación en España. Y, entre ellas, muy en particular, la Convención de la Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990) y la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño (Resolución A 3-0172/92 de 8 de julio), que conforman junto con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, vigente al tiempo de la Sentencia de apelación, el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 39 CE, y muy en particular, en su apartado 4. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (...).”

La Comissió de Juristes de la Fundació FICAT, encarregada de prestar servei d'assessorament jurídic al Col·legi d'Educadors i Educadors Socials de Catalunya, estima que:

1. S'ha generat una situació d'urgència sobrevinguda a causa de l'elevat nombre d'arribades de menors i adolescents no acompanyats i, per tant, com a resposta a aquesta situació és necessari i d'obligat compliment per part de les administracions l'ingrés en centres dels menors com a mesura de protecció, així com la possibilitat d'ingressos en centres de cribratge, de primera acollida i d'atenció primària, tot això sempre, en base a l'interès superior del menor.

2. L'entitat pública de protecció de menors a Catalunya és la **Direcció General d'Atenció a la Infància i Adolescència (DGAIA)**, la qual exerceix la protecció i la tutela dels menors desemparats i és responsable de la seva guarda en els supòsits que estableixen les lleis. Així mateix, segons la Llei, les administracions locals han d'intervenir si detecten la situació de risc d'un menor que es trobi en el seu territori, i han d'adoptar les mesures adequades per a actuar contra aquesta situació. És també d'obligat compliment que la Secretaria d'Estat d'Immigració i Emigració impulsi l'adopció d'un protocol destinat a coordinar la intervenció de totes les institucions i administracions afectades, des de la localització del menor, el procés d'identificació i fins a la posada a disposició del servei públic de protecció de menors i documentació.

El fet que les diferents administracions no realitzin les seves funcions, tal com s'estableix a les lleis, i específicament davant la situació d'urgència en què ens trobem, representa una vulneració d'aquestes lleis.

3. Totes les derivacions de menors i adolescents a centres d'acollida i atenció primària, siguin d'urgència o ordinàries, mereixen una derivació individualitzada de cada menor o adolescent i no una de genèrica.

4. A Catalunya, és deure i obligació de la DGAIA prestar les seves funcions com a entitat pública de protecció de menors, assumint la tutela i guarda dels menors i adolescents desemparats que estableix la llei i derivant-los individualment segons les necessitats i els centres. Davant la situació generada per la massiva arribada de menors no acompanyats, s'estan habilitant centres de cribratge encarregats de realitzar les derivacions necessàries a centres de primera acollida i atenció immediata dels menors i adolescents no acompanyats que ho necessitin, que són insuficients a causa de la falta de previsió.

5. Mentre no s'habilitin els centres de cribratge necessaris per poder assumir el gran nombre de menors i adolescents no acompanyats que estan arribant a Catalunya i que es troben al territori, i amb vista a poder realitzar una derivació

individualitzada de cada un d'ells als serveis de primera acollida (SPA), les direccions dels centres d'acollida i atenció immediata, en dependre de la DGAIA, s'han de regir per les directrius públiques que estableixi la mateixa DGAIA, així com per les normes de contractació administrativa, i han de comunicar als treballadors i treballadores dels centres les directrius que marqui la DGAIA.

6. Així doncs, atenent l'interès superior del menor, els educadors i educadores socials dels centres d'acollida i atenció immediata de menors i adolescents tenen l'obligació de prestar l'atenció immediata urgent que requereixin els menors i adolescents, encara que no hi hagi una derivació prèvia, en el marc de les directrius establertes per la direcció dels respectius centres, sense perjudici de les posteriors decisions que estableixi la DGAIA i les seves responsabilitats jurídiques i administratives.

7. Totes les recomanacions i actuacions hauran de tenir en compte l'Informe del Síndic de Greuges de Catalunya: "[La situació dels infants migrants sense referents familiars a Catalunya](#)", de setembre de 2018.

A Barcelona, a 1 d'octubre de 2018