

**INFORME DEL CONSEJO FISCAL SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY  
ORGÁNICA SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN  
ESPAÑA Y SU INTEGRACION SOCIAL, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY  
ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO.**

Por oficio de fecha 12 de enero de 2009 el Secretario de Estado del Ministerio de Justicia ha remitido al Excmo. Sr. Fiscal General del Estado, el Anteproyecto de referencia, para que el Consejo Fiscal, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14.4.j) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), emita el correspondiente informe.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 14.4.j) EOMF corresponde al Consejo Fiscal *informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.*

El presente texto expresa el parecer del Consejo Fiscal sobre el mencionado Anteproyecto y da cumplimiento al preceptivo trámite de informe previsto en la legislación orgánica del Ministerio Fiscal.

El Anteproyecto objeto de estudio consta de una Exposición de Motivos, un Artículo Único subdividido en 69 disposiciones rubricadas con números ordinales, dos disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

**Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.**

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero ha sido reformada en tres ocasiones desde su aprobación, en concreto por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/20003 de 29 de septiembre y 14/2003, de 20 de noviembre. No obstante, a pesar de las constantes modificaciones, el legislador se ve obligado a emprender una reforma de la Ley que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España justificada tanto por los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que más tarde examinaremos, como también por los fenómenos migratorios hacia España que obligan a regular esta materia mediante un marco jurídico que, asentado sobre los principios de capacidad de acogida, necesidades reales de trabajo e integración de los inmigrantes, pueda dar respuesta a los problemas que la inmigración produce en el orden económico y social. Asimismo, las Directivas que el Parlamento Europeo ha ido aprobando deben ser incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico. La necesidad de establecer un marco normativo común entre los países de la Unión, obliga a diseñar pautas uniformes en la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea, a perfilar un estatuto único de nacionales de terceros países residentes de larga duración, a regular permisos de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de trata de seres humanos, a imponer la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas, a fijar requisitos únicos en la admisión de nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no renumeradas e investigación científica, y a revisar el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal.

La presente reforma mantiene la estructura de la Ley integrada por un Título preliminar, dedicado a las Disposiciones Generales, un Título I, artículos 3 al 24 dedicado a los derechos y libertades de los extranjeros, un Título II, artículos 25 a 49 dedicado al régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros, un Título III, artículos 50 a 66, referido a las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador y un Título IV, artículos 67 a 71, sobre la coordinación de los poderes públicos, además de 8 disposiciones adicionales, tres transitorias, una derogatoria y nueve finales.

Muchos de los preceptos han sido modificados exclusivamente con objeto de realizar una mera corrección de estilo, sintaxis o corrección de errores, sin alterar el régimen jurídico preexistente: Artículo 1. 3 [Delimitación del ámbito subjetivo]; Artículo 2. b) [Exclusión del ámbito de la ley]; Artículo 3.2 [Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas]; Artículo 4.3 [Derecho a la documentación de los extranjeros]; Artículo 5.1 y 2 [Derecho a la libertad de circulación]; Artículo 6.3 [Participación pública]; Artículo 10.1 y 2. [Derecho al trabajo y a la Seguridad Social]; Artículo 12. 2 y 4 [Derecho a la asistencia sanitaria]; Artículo 14.1 y 2 [Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales]; Artículo 15.2 [Sujeción de los extranjeros a los mismos impuestos que los españoles]; Artículo 17.1, a) [Familiares reagrupables]; Artículo 23.2 a) [Actos discriminatorios]; Artículo 29.2. [Enumeración de las situaciones]; Artículo 31.4 [Situación de residencia temporal]; Artículo 40, b) [Supuestos específicos]; Artículo 41.1, a) [Excepciones a la autorización de trabajo]; Artículo 49 [Gestión, recaudación y autoliquidación]; Artículo 62 bis, párrafo inicial [Derechos de los extranjeros internados]; Artículo 62 ter c), d) y e) [Deberes de los extranjeros internados].

En otras ocasiones se verifica una mera corrección terminológica coherente con la nueva clasificación de las situaciones de los extranjeros en España, cambios de nombre o remisión a otros preceptos que han sido modificados (así los residentes permanentes por residentes de larga duración,

autorizaciones de residencia por permisos de residencia, etc): Es el caso de los artículos 17.2 y 3 [Familiares reagrupables]; Artículo 30 bis. 2 [Situación de residencia]; Artículo 25 bis, párrafo inicial y apartado 1 [Tipos de visados]; Artículo 31.5 [Situación de residencia temporal]; Artículo 32.1 y 2 [Residencia de larga duración]; Rúbrica Capítulo III [De la autorización de residencia y trabajo y regímenes especiales]; Artículo 42.1 y 2 [Régimen especial de los trabajadores de temporada]; Artículo 43 [Trabajadores transfronterizos y prestación transnacional de servicios]; Artículo 54. 1 d) [Infracciones muy graves]; Artículo 55. 2 [Sanciones]; Artículo 57.1 [Expulsión del territorio].

Hay un caso en que, a pesar de citarlo el Anteproyecto, no se realiza modificación alguna: Artículo 48.1 [Cuantía de las tasas].

Otras veces lo único que se produce es un cambio de ordinal o letra al haberse incorporado un nuevo apartado o párrafo que altera la numeración precedente del precepto: Artículo 25 bis. 1 y 3 [Tipos de visados]; Artículo 35. 1, 2, 3, 4 y 5 [Menores no acompañados]; Artículo 37. 1 [Autorización de trabajo por cuenta propia]; Artículo 41. 1 j) y k) [Excepciones a la autorización de trabajo]; Artículo 53. 1 [Infracciones graves].

En lo que respecta a este primer grupo de artículos modificados procede llamar la atención del error que se aprecia en el Artículo 44.2 porque se inicia afirmando “sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente” no obstante haberse suprimido ese apartado.

Las reformas propuestas afectan a una pluralidad de aspectos que configuran el régimen jurídico de los extranjeros en España, muchos de los cuales son ajenos a la actividad del Ministerio Fiscal por quedar al margen de las competencias que le son atribuidas en general por los artículos 3 a 5 del EOMF. En este sentido, es evidente que las reformas proyectadas sobre el

régimen de tasas por autorizaciones administrativas y por tramitación de las solicitudes de visado [arts 44, 45 y 46] o sobre la coordinación de los poderes públicos (art. 72, de la Comisión Tripartita de Inmigración) no afectan en absoluto al ámbito de actuación del Ministerio Fiscal; sobre ellas nada tenemos que manifestar.

En relación con el contenido de nuestra función, el resto de las modificaciones previstas en el Anteproyecto pueden diferenciarse en dos grandes grupos: las que directamente se encuadran en el ámbito de competencias propias del Ministerio Fiscal, y las que sólo de manera mediata o indirecta comprometen nuestra actividad.

A la primera categoría pertenecen las siguientes propuestas de modificación: A) De los artículos contemplados en el Título I de la LOEX que regulan los derechos fundamentales de los extranjeros en España; B) Del artículo 35 en relación con los menores extranjeros no acompañados y del artículo 57.2 LOEX sobre la sanción de expulsión; C) Del artículo 59 que regula los incentivos a las víctimas de delitos de tráfico ilícito o trata de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución; D) Del artículo 62 sobre el internamiento de extranjeros.

A la segunda categoría corresponden todas las reformas que pretenden realizarse en relación con el Capítulo II (de la entrada y salida del territorio nacional) y Capítulo III (de la autorización de residencia y trabajo y regímenes especiales) del Título II, y las correspondientes del Título III (de las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador), en la medida que sirven para delimitar determinados elementos normativos previstos por la ley penal o penitenciaria (significadamente, el concepto de *inmigración clandestina* y el de *no residencia legal* ) o porque es necesaria su descripción a los efectos de

evitar los supuestos de colisión entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal.

### **TITULO PRELIMINAR:**

El Título Preliminar introduce dos artículos nuevos, bajo la denominación 2 bis y 2 ter, que vienen a delimitar los principios inspiradores de la política migratoria y la obligación de los poderes públicos de promover la integración de los extranjeros en España.

Entre los principios inspiradores, subrayamos la lucha contra la inmigración irregular, el tráfico y la trata de seres humanos. El Anteproyecto de reforma del Código Penal incorpora un Título VII bis dedicado a la trata de seres humanos, y aborda la modificación de los artículos 313 y 318 bis con la finalidad de diferenciar el delito de trata de seres humanos y el delito de inmigración clandestina o ilegal para ajustar nuestro Ordenamiento Jurídico a las exigencias de los distintos instrumentos internacionales sobre la materia suscritos por España o, añadimos, pendientes de muy próxima ratificación. Por tanto, el legislador prioriza la represión de la inmigración irregular y la trata de seres humanos, no solo emprendiendo la reforma del Código Penal, sino asumiendo el mismo planteamiento de represión de esas conductas como pautas de la política migratoria.

La obligación de los poderes públicos reflejado en el artículo 2 ter del presente Anteproyecto, responde a la exigencia constitucional del artículo 9.2 de la Constitución Española, que dispone que los poderes públicos promoverán las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando la participación de todos los

ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. La integración de los extranjeros en la sociedad española garantiza la convivencia pacífica de las distintas culturas que en los últimos tiempos se han incorporado en nuestro país. Por ello, debe valorarse positivamente la cooperación entre el Gobierno, las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos prevista en el apartado 3 del artículo 2 ter del Anteproyecto.

## **TITULO I:**

### **CAPITULO I:**

En el Título I dedicado a los derechos y libertades de los extranjeros, se propone, entre otros, la reforma de los artículos 7, 8, 9 y 11. Examinamos, en primer lugar los artículos 7, 8 y 11 del Anteproyecto por cuanto la modificación que se pretende responde a un denominador común, el establecimiento de un régimen de igualdad entre españoles y extranjeros que se encuentren en España.

El artículo 7, apartado 1 quedaría redactado de la siguiente manera, “1. *Los extranjeros tienen el derecho de reunión, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles*”

El artículo 8, quedaría redactado de la siguiente manera, “*Todos los extranjeros tienen el derecho a la asociación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles*”

El artículo 11, quedaría redactado de la siguiente manera, “*Los extranjeros tienen derecho a sindicarse libremente o afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles.*”

## *2. De igual modo podrán ejercer el derecho de huelga.”*

La redacción de la Ley Orgánica 8/2000 condicionaba el ejercicio de estos derechos a la necesidad de obtener la autorización de estancia o residencia en España, por lo que los citados derechos podían ser ejercitados únicamente por aquellos extranjeros que se encontraban en situación de regularidad dentro del país.

En fechas relativamente recientes el Tribunal Constitucional ha estimado que la regulación de los derechos de reunión, asociación y sindicación y huelga que hacen los actuales artículos 7.1, 8 y 11 es contraria a la Constitución. No obstante, el Tribunal Constitucional (STC nº 236 y 259/07) no ha declarado la nulidad de los preceptos para no producir un vacío legal provocador de una denegación de tales derechos a todos los extranjeros en España, derivando al legislador el establecimiento dentro de un plazo razonable, de las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los ciudadanos extranjeros aún cuando carezcan de la correspondiente autorización de estancia o residencia.

El Anteproyecto, como no podía ser de otro modo, asume en su totalidad la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al suprimir las limitaciones que en relación con los extranjeros se establecían para el ejercicio del derecho de reunión, asociación, sindicación y de huelga. Las Sentencias del Tribunal Constitucional nº 236 y 259/07, consideran que los derechos referidos son derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español. La dignidad de la persona que encabeza el título I de la Constitución Española, constituye el principio inspirador del legislador a la hora de regular los derechos y libertades de los extranjeros en España. Se establece un

régimen de igualdad entre españoles y extranjeros que se encuentren en España.

Cabe recordar que el artículo 13.1 de la Constitución Española dispone que *“los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley”*. El Tribunal Constitucional interpreta que el presente artículo 13 habilita al legislador la posibilidad de condicionar el ejercicio de los derechos fundamentales por los extranjeros, pero no permite implantar diferencias entre nacionales y extranjeros sin tener en cuenta los mandatos constitucionales, que como hemos dicho se convierten en el primer principio inspirador para el legislador.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia nº 107/1984, de 23 de noviembre efectuaba una triple distinción entre derechos, existiendo unos derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, otros derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros y un tercer pilar de derechos que ostentaran o no los extranjeros según dispongan los tratados y las leyes, respecto de los cuales es admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.

Los Derechos afectados por el Anteproyecto previstos en los artículos 7, 8 y 11 pertenecen al primero de los grupos, por lo que el legislador pretende modificar la redacción de la Ley Orgánica 8/2000 en los términos inicialmente señalados estableciendo una equiparación entre ciudadanos nacionales y extranjeros y remitiendo a los efectos de su contenido a la legislación reguladora de los mismos respecto de los españoles.

El artículo 9 del Anteproyecto quedaría redactado de la siguiente manera:

*“1. Todos los extranjeros tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa.*

*2. Los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas.*

*En caso de alcanzar la edad de dieciocho años en el transcurso del curso escolar, conservarán ese derecho hasta su finalización.*

*3. Los extranjeros residentes mayores de dieciocho años tienen el derecho a acceder a las etapas educativas postobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles.*

*4. Los poderes públicos promoverán que los extranjeros puedan recibir enseñanzas para su mejor integración social.”*

El apartado 1 del artículo 9 del Anteproyecto, mediante una cláusula genérica equipara en el derecho a la educación a los españoles y extranjeros, tanto en lo concerniente a la educación obligatoria como no obligatoria.

La redacción del Anteproyecto obedece a las distintas resoluciones del Tribunal Constitucional en lo concerniente a la redacción que Ley Orgánica 8/2000 dispensó al artículo 9. 3 de la Ley vigente. El citado artículo fue objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional, que en sentencias, entre otras nº 236 y 259/07, estimó que la previsión del artículo 9.3 era inconstitucional. Según el Tribunal Constitucional, el precepto impugnado impedía a los extranjeros menores de dieciocho años sin autorización de estancia o residencia acceder a la enseñanza secundaria postobligatoria, a la que sin embargo pueden acceder, según la legislación educativa vigente, aquéllos que hayan obtenido el título de graduado en educación secundaria obligatoria, normalmente a la edad de dieciséis años. Ese derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor.

El Tribunal Constitucional declaró directamente la nulidad del inciso *residentes* que figuraba en la regulación del precepto dado por la Ley Orgánica 8/2000, ya que el citado derecho se reconoce constitucionalmente por igual a todos los extranjeros independiente de su situación administrativa.

De las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la educación, interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales, se deduce que el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad. Por otra parte, también de las disposiciones examinadas y de su recta interpretación se obtiene que el derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE corresponde a “todos”,

independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España. Esta conclusión se alcanza interpretando la expresión del art. 27.1 CE de acuerdo con los textos internacionales, donde se utilizan las expresiones “toda persona tiene...”, o “a nadie se le puede negar...” el derecho a la educación.

Con el Anteproyecto se supera cualquier restricción respecto de los menores de dieciocho años, ya que su derecho a la educación comprenderá el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas.

## **CAPITULO II.**

Conviene examinar someramente las modificaciones que se introducen en el capítulo II del Título I de la Ley dedicado a las reagrupaciones familiares, que abarca los artículos 16 a 19 de la Ley.

El Anteproyecto suprime la posibilidad de reagrupar a los familiares del cónyuge del residente, salvo la excepción de los ascendientes en los términos previstos en el artículo 17.1.d de la Ley. El presente Anteproyecto acoge un concepto de familia restringida, limitada a los padres e hijos.

El párrafo 4 del proyectado artículo 17 incluye entre familiares reagrupables, a las personas que mantienen una relación de afectividad análoga a la conyugal, siempre que este debidamente acreditada y reúna los requisitos para producir efectos en España. La equiparación expuesta se recoge en otros ámbitos de nuestro ordenamiento. A pesar de lo favorable de ésta equiparación, se exige que estén debidamente acreditadas y que reúnan

los requisitos para producir efectos en España. Sin embargo, no se establecen los criterios a partir de los cuales puede procederse a su determinación y los medios de prueba posibles, posponiéndose en el párrafo 5 del precepto a su desarrollo reglamentario.

El apartado c del artículo 17.1 sustituye el término incapaces por incapacitados. No obstante, del ordenamiento internacional se infiere que es el término personas con discapacidad el que debe utilizarse. El supuesto de hecho que contempla el artículo 4.2 b) de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho de reagrupación familiar, es el de hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge, cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud. Asimismo, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre del 2006 en el que España es parte, en su artículo primero efectúa una definición de personas con discapacidad cuyo espíritu coincide con la Directiva citada. A mayor abundamiento, el término incapacitados puede dar lugar a entender que se está exigiendo una previa declaración formal de incapacidad. Por ello estimamos que el artículo 17, apartado 1, letra c, debe utilizar el término personas con discapacidad.

Por último, procede analizar, la situación del cónyuge víctima de violencia de género en la reagrupación familiar. El artículo 19.2 del Anteproyecto dispone *“El cónyuge podrá obtener una autorización de residencia independiente cuando disponga de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades. En caso de que el cónyuge fuera víctima de violencia de género, podrá obtener la autorización de residencia independiente desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la misma, sin necesidad de que se haya cumplido el requisito anterior”*. La diferencia entre la ley vigente y el Anteproyecto que

propone radica en que el Anteproyecto sustituye el término *la autorización para trabajar por la disposición de medios económicos suficientes para cubrir sus necesidades*, y en caso de víctima de violencia doméstica suprime *la necesidad de disponer de medios económicos para cubrir sus propias necesidades*. Dicha supresión debe valorarse positivamente ya que es congruente con las previsiones de la Ley de Protección Integral de Violencia de Género, que reconoce en su artículo 19 el Derecho a la asistencia social integral, anunciando en su artículo 22 un programa específico de empleo.

Por último, entendemos necesario ampliar los sujetos beneficiarios de la medida prevista en el artículo 19.2 del Anteproyecto conforme al objeto de aplicación de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género 1/2004, de 28 de diciembre. La citada Ley equipara al cónyuge con las personas que estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia, por lo que es preciso que el artículo 19.2 de la Ley cuya reforma se propone incorpore junto con el cónyuge a las personas que estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. En este sentido reiteramos la necesidad de establecer, lo antes posible, tanto los criterios a partir de los cuales pueda procederse a determinar esa situación análoga, como los medios de prueba posibles para acreditar dicha situación.

### **CAPITULO III:**

El capítulo III, del Título I aborda las garantías jurídicas de los extranjeros y comprende los artículos 20 a 22 de la Ley, incorporando el Anteproyecto el artículo 22 bis sobre la postulación procesal.

El artículo 20 de la vigente Ley se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva. Tal como prevé el artículo 24 de la Constitución Española y la interpretación que ha dado el Tribunal Constitucional, en este precepto se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva a todos los extranjeros, que se presenta como un mecanismo esencial para garantizar el reconocimiento y defensa del resto de derechos que están reconocidos por el ordenamiento jurídico. El derecho a la tutela judicial efectiva, alcanza tanto al derecho de acceso a la jurisdicción, como al derecho a obtener una respuesta motivada.

La tutela judicial efectiva y la asistencia jurídica gratuita están íntimamente ligadas, convirtiéndose la asistencia jurídica en un instrumento para el ejercicio de la tutela judicial.

El artículo 22 del Anteproyecto quedaría redactado de la siguiente manera,

*“1. Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su devolución, retorno o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo, cuando carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa aplicable. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice.*

*2. En los términos establecidos en el apartado anterior, los extranjeros que se hallen en España tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles”.*

El artículo 22 del Anteproyecto encuentra su fundamento en el artículo 119 de la Carta Magna, que reconoce el carácter gratuito de la justicia. El artículo 22.2 del Anteproyecto atribuye ese derecho a los extranjeros que se hallen en España, dándoles acceso a la asistencia letrada gratuita, cuando carezcan de recursos económicos para litigar, en procedimientos administrativos de devolución, retorno, expulsión y en todos los procedimientos en materia de asilo, y por otro lado concede el mismo derecho en igualdad de condiciones que los españoles, a todos los extranjeros que se hallen en España en todos los procedimientos judiciales en que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en que se sigan.

El artículo 22 propuesto en el Anteproyecto, viene a sustituir el término extranjero residente utilizado en su anterior redacción por el de extranjeros que se hallen en España. De esa forma, el legislador cumple con las exigencias del Tribunal Constitucional, quién en sentencia STC 236/2007, declaró nulo el término residentes que figuraba en el artículo 22 de la Ley Orgánica 8/2000. El Tribunal Constitucional entendió que el derecho a la asistencia jurídica gratuita debe reconocerse a todos los extranjeros que se encuentren en España, independientemente de la regularidad de su situación administrativa en nuestro país.

El Tribunal Constitucional, en STC nº 183/2001, de 17 de septiembre, afirma que el artículo 119 de la Constitución Española consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución. Razona el Tribunal Constitucional, que el derecho reconocido en el artículo 119 no es un derecho absoluto e ilimitado, sino es un derecho de configuración legal cuyo contenido corresponde delimitarlo al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados y a las disponibilidades presupuestarias. Por ello, el legislador puede establecer límites en el ejercicio al derecho a la asistencia

jurídica gratuita, pero siempre prevaleciendo el presupuesto de reconocer el acceso gratuito en condiciones de igualdad a quienes acrediten insuficiencia de bienes para litigar. La justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados en el proceso por su precaria situación económica.

La Ley 1/1996, de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita dispone en el artículo 2. a “... *que tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que se encuentren en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar*” y en el artículo 2.e establece que “*en el orden contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en España, a su devolución o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo*”. Por tanto, la regulación existente tanto en el artículo 22 del Anteproyecto como la prevista en el artículo 2. a y e de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita resulta congruente entre sí.

En virtud de lo expuesto, cabe concluir que junto con la insuficiencia de medios para litigar, la presencia del extranjero en España se convierte en requisito necesario para convertirse en acreedor del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

La mayor novedad del Anteproyecto se presenta en el artículo 22 bis denominado postulación procesal. El artículo 22 bis quedaría redactado de la siguiente manera “*1. En los procesos contencioso administrativos, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita requerirá una nueva*

*solicitud y la constancia expresa de la voluntad del extranjero de interponer recurso o ejercitar la acción correspondiente. La manifestación de voluntad de recurrir la resolución administrativa deberá realizarse por cualquiera de los medios previstos en el artículo 24 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.*

*2. Cuando el extranjero se encuentre fuera de España, la solicitud de derecho a la asistencia jurídica gratuita y la manifestación de la voluntad de recurrir la resolución administrativa podrán realizarse ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente”.*

A través de este nuevo artículo 22 bis se pretende resolver los problemas prácticos que están suscitando los procesos que la doctrina ha denominado como virtuales. Se trata de procesos que se originan cuando al extranjero se le deniega su entrada en España, concretamente en los puestos fronterizos, ya que en la actualidad, de acuerdo con el artículo 2. a, e y 7 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita antes citada, los letrados designados inicialmente en puestos fronterizos siguen ostentando la representación y defensa del extranjero, incluso en los casos en que el mismo se encuentra fuera del territorio nacional. En estos casos la representación procesal del ciudadano no extranjero, al amparo de los derechos otorgados por la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, puede continuar adelante con la pretensión, en todas las instancias, incluida la vía contencioso administrativa, aún cuando el interesado no conozca de la existencia de esos procedimientos y ello pese a que ni tan siquiera se haya acreditado debidamente la insuficiencia de medios económicos para litigar, requisito exigido tanto por la legislación de asistencia jurídica gratuita como por la doctrina unánime del Tribunal Constitucional. Al respecto hay que indicar que esta última circunstancia se produce especialmente en los supuestos de retorno en frontera ya que la rapidez con la

que se tramitan estas actuaciones impide efectuar una investigación patrimonial de la situación del extranjero.

La situación anteriormente descrita lleva aparejada que los órganos judiciales de la jurisdicción contenciosa administrativa, tengan que afrontar una multitud de procedimientos contra resoluciones administrativas que resuelven denegaciones de entrada en España, a pesar de que en muchos de los casos, no consta la voluntad expresa de recurrir del ciudadano extranjero, y ni siquiera se conoce la existencia real, el paradero o la situación personal o familiar del mismo.

Estos procedimientos contencioso administrativo se fundan única y exclusivamente en la petición de asistencia jurídica gratuita presentada por el Letrado que asistió al extranjero en los puestos fronterizos, aún cuando en ningún caso se haya acreditado fehacientemente la situación económica del ciudadano extranjero y ni se tenga con posterioridad a la salida del extranjero del territorio nacional constancia de la persistencia de su deseo de recurrir las resoluciones administrativas o judiciales que se vayan dictando.

Estos procesos virtuales han colapsado la jurisdicción contenciosa administrativa, en perjuicio del resto de ciudadanos, sean españoles o extranjeros, que acuden a la citada jurisdicción en defensa de sus derechos e intereses. Asimismo, estos procesos denominados virtuales, suponen un elevado coste económico que perjudica los fondos públicos, que vienen a sufragar estos procedimientos judiciales bajo la cobertura de la asistencia jurídica gratuita.

Por ello, el Consejo Fiscal comparte íntegramente la inquietud del legislador y entiende imprescindible la necesidad de buscar una solución para resolver la situación planteada en relación con ésta materia.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, y al amparo del artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa la mayoría de los órganos jurisdiccionales contenciosos administrativos al resolver los recursos contenciosos administrativos contra resoluciones dictadas en estos expedientes, exigen que la representación conste debidamente otorgada, por cualquiera de los medios previstos en el artículo 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *poder en que la parte otorgue su representación al procurador autorizado por notario o conferido por comparecencia ante el Secretario Judicial del tribunal que haya de conocer el asunto*. Igualmente entienden, que las partes carecen de la debida representación procesal en aquellos recursos contenciosos administrativos que no se encuentren firmados y ratificados por los propios litigantes, salvo que hayan atribuido la representación procesal a un procurador o al abogado mediante alguna de las formas previstas en el artículo 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Conforme a ésta corriente doctrinal, el letrado no ostenta la representación de la recurrente en el proceso por el simple hecho de haberla ejercido en vía administrativa, ya que ninguna norma permite suplantar las condiciones de postulación procesal mediante el apoderamiento exclusivamente válido para la vía administrativa.

En este sentido, ha de tenerse en consideración que en la vía administrativa cabe cualquier forma de representación que tenga un mínimo de verosimilitud, y ello se hace extensivo incluso a la solicitud de asistencia jurídica gratuita, dado su carácter administrativo. Por tanto, lo que no debe confundirse es la representación del extranjero ejercitada por el letrado en sede administrativa, con la representación procesal necesaria para la interposición

del recurso contencioso administrativo. Por tanto, la falta del mandato representativo no puede ser suplida por la designación de un procurador del turno de oficio.

En igual sentido, el Tribunal Constitucional, en ATC nº 276/2001 o STC 205/2001, se ha pronunciado estimando que no resulta riguroso ni formalista entender que el Abogado designado de oficio para defender a la parte en vía administrativa no es un representante de aquella que pueda interponer en su nombre el recurso contencioso administrativo, resultando imprescindible el consentimiento expreso e inequívoco del representado, consentimiento que debe prestarse a través del poder notarial o del poder apud- acta, concluyendo que la exigencia de la postulación procesal es compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida a los extranjeros.

No obstante, otros órganos jurisdiccionales contenciosos administrativos, han conjugado los preceptos reguladores de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita y los correspondientes a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, entendiendo que el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita comporta la designación de abogado y cuando sea preciso, la de procurador de oficio, concibiendo que la propia petición del derecho a la asistencia jurídica gratuita pone de manifiesto la voluntad de recurrir. En la misma línea han entendido que el Letrado designado a través del derecho a la asistencia jurídica gratuita ostenta la representación ante el órgano unipersonal, atribuyendo al procurador de oficio la condición de representante ante los órganos colegiados, sin necesidad de cumplimentar el apoderamiento a través de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Dada esta disparidad de criterios y a sabiendas de la situación actual, el legislador pretende introducir el nuevo artículo 22 bis del Anteproyecto para dar

respuesta a estas situaciones. No obstante, la solución que ofrece el artículo 22 bis del Anteproyecto no resulta la más adecuada para solventar las dificultades apuntadas. En primer término la redacción del Anteproyecto resulta confusa pues no se aclara si la norma se aplica a cualquier procedimiento contencioso-administrativo o sólo a los procedimientos derivados de una resolución administrativa de denegación de entrada a España, devolución o expulsión del territorio español o en los procedimientos de asilo.

Por otra parte, dada la redacción genérica del precepto, podría llevar a concluirse que se plantea un tratamiento diferenciado en el procedimiento de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita en la jurisdicción contencioso administrativa entre españoles y extranjeros por el mero hecho de ser ciudadano extranjero quien ejercita la acción.

El nuevo artículo 22 bis parece exigir a los extranjeros en general la presentación de una nueva solicitud para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos contencioso administrativos en que sean parte, aún cuando no se hayan alterado las circunstancias relativas a la capacidad económica del ya beneficiario de ese derecho, en contra de lo que dispone los artículos 7, 12 y ss de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita por lo que ésta disposición debe ser matizada para garantizar la adecuación de la norma a la doctrina del Tribunal Constitucional. Debe recordarse que el artículo 7 de la citada Ley, extiende el reconocimiento del derecho al transcurso de una misma instancia, a todos los trámites e incidencias, incluida la ejecución y se mantiene para la interposición y sucesivos trámites de recursos contra aquellas resoluciones que pongan fin al proceso en la correspondiente instancia. Por tanto, la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita no exige una nueva valoración de las circunstancias en la interposición de recursos, para mantener el derecho de asistencia jurídica gratuita. En consecuencia, tal y como se pretende redactar el planteamiento del artículo 22 bis podría ser interpretado en el sentido de que se

exijan requisitos no contemplados en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita que solo son aplicables a los extranjeros, no disponiendo nada respecto de los nacionales.

El Tribunal Constitucional, en STS 95/2003, estimó “ *que no cabe discriminación alguna a la hora de reconocer el beneficio de asistencia jurídica gratuita entre españoles y extranjeros que se encuentren en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar, razonando que cuando se introduce la letra e) del artículo 2 Ley de Asistencia Jurídica Gratuita citado anteriormente se produce una ampliación justificable del derecho de los extranjeros al ámbito no jurisdiccional [vía administrativa previa] en absoluto discriminatoria, pues es evidente que ningún español puede ser rechazado en nuestras fronteras, devuelto o expulsado de España*”.

Es claro, por tanto que el Tribunal Constitucional, en la sentencia anteriormente citada, estima adecuado que se reconozca el derecho a la asistencia jurídica gratuita en la vía administrativa previa a todos los extranjeros que se encuentren incurso en uno de los supuestos previstos en el artículo 2.e de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. Este reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita en la vía administrativa previa se concede únicamente a los extranjeros de forma excepcional, por cuanto los nacionales, en esos casos, no tienen reconocido este derecho de asistencia jurídica gratuita a tenor de la naturaleza de las resoluciones que se recurren.

En la actualidad, la asistencia jurídica gratuita reconocida en la vía administrativa previa se concede únicamente en base a las manifestaciones que vierten los extranjeros sobre su situación patrimonial en los puestos fronterizos. Las citadas manifestaciones sirven como único criterio para entender acreditado la insuficiencia de medios para litigar, a pesar de que el artículo 13 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita exige a los solicitantes,

sean españoles o extranjeros, que presenten datos que permitan apreciar la situación económica del interesado, sus circunstancias personales y familiares.

Al hilo de la resolución del Tribunal Constitucional antes mencionada, y teniendo en consideración la realidad descrita, debería plantearse si este régimen de excepcionalidad en la concesión del beneficio de justicia gratuita que por las características de las actuaciones administrativas se aplica a los ciudadanos extranjeros, debe extender sus efectos a la posterior actividad en la vía contencioso administrativa.

Al respecto conviene recordar que las iniciales resoluciones administrativas de devolución, denegación de entrada y retorno, no agotan la vía administrativa, por lo que todas ellas son susceptibles de recurso de alzada ante el órgano superior que dictó la resolución, exactamente ante la Delegación de Gobierno correspondiente, a diferencia de lo que acontece con las resoluciones administrativas de expulsión contra las que cabe directamente recurso contencioso administrativo.

Es por ello que, sin atentar contra el régimen de igualdad que el Tribunal Constitucional proclama en esta materia entre ciudadanos nacionales y extranjeros, pudiera entenderse que la concesión del derecho a la asistencia jurídica gratuita para los expedientes administrativos a que se refiere el artículo 2. e de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita alcanza a todas las actuaciones que se lleven a efecto en esa instancia hasta terminar la vía administrativa, si bien la extensión de ese derecho para actuar ante los Tribunales Contencioso Administrativos en cualquiera de sus instancias exigiría el perfeccionamiento de la solicitud en los términos previstos en el artículo 13 de la Ley, es decir, justificando adecuadamente la situación económica, personal y familiar del interesado, para equiparar el régimen de los ciudadanos extranjeros al de los españoles.

En consecuencia y a tenor de estos planteamientos, debería efectuarse la oportuna matización en el artículo 22 bis del Anteproyecto de tal modo que el mismo pudiera limitarse a los recursos contenciosos administrativos contra las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa en materia de devolución, retorno y denegación de entrada, exigiéndose en estos casos, para el mantenimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita en la vía contencioso-administrativa la cumplimentación de todos los requisitos que la ley exige a cualquier otro ciudadano español o extranjero para hacer uso de éste beneficio.

De mantenerse la situación actual, no solo permanecerán las graves consecuencias descritas en la jurisdicción contenciosa administrativa, sino que supone perpetuar el trato desigual vigente entre ciudadanos que pretenden ser acreedores del derecho a la asistencia jurídica gratuita, ya que a unos ciudadanos se les exige el cumplimiento riguroso de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita y a otros se les concede automáticamente el derecho a la asistencia jurídica gratuita, dando por acreditado su situación económica, por las simples manifestaciones vertidas en los puestos fronterizos.

## **TITULO II:**

### **CAPITULO I:**

El título II de la Ley recae sobre el régimen jurídico de los extranjeros en España, regulando entre otras cuestiones la entrada y salida en territorio español y la situación de los extranjeros en España. Dentro de éste último extremo, el artículo 35 de la Ley es objeto de propuestas de modificación. El citado artículo lleva aparejada la denominación *Menores no acompañados* que sustituye a la anterior denominación *residencia de menores*. Valoramos

positivamente el cambio de nomenclatura por cuanto realmente lo que se regula en el precepto es la situación jurídica de los menores no acompañados.

La situación jurídica de los menores no acompañados se ha presentado como una de las cuestiones que más ha preocupado a la Fiscalía General del Estado en los últimos años. Las Instrucciones 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados y la Circular 2/2006, de 27 de julio, sobre aspectos relativos al régimen de extranjeros en España, han abordado específicamente estas situaciones reconociendo al principio “*favor minoris*”, como el núcleo sobre el que debe configurarse cualquier desarrollo normativo que afecte a menores de edad. La Ley de Extranjería en este precepto se refiere a menores no acompañados que en muchas ocasiones se desplazan a España con la expectativa de tener una vida mejor, huyendo de la miseria y desprotección. Por tanto, cualquier regulación en la presente materia obliga a ser especialmente cuidadosos, y debe responder siempre al principio del interés superior del menor.

El artículo 35 del Anteproyecto dispone: “ *1. El Gobierno promoverá el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados.*

*2. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la*

*determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.*

*3. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se hallen.*

*4. La Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión sobre la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. Acordada la iniciación del procedimiento, y previo informe de los servicios de protección de menores, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores.*

*5. Se considerará regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que les correspondan por su condición de menor.*

*6. La concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor, en los términos establecidos en el apartado tercero de este artículo.*

*7. Reglamentariamente se determinarán las condiciones que habrán de cumplir los menores tutelados que dispongan de autorización de residencia y alcancen la mayoría de edad para renovar su autorización o acceder a una autorización de residencia y trabajo.*

*8. Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta a la prevista en este apartado.”*

Con carácter previo a examinar el precepto cuya modificación se propone, conviene hacer referencia a la oportunidad que se presenta, teniendo en cuenta los problemas prácticos que se han detectado en la aplicación del artículo vigente y del artículo 92 del Reglamento de Extranjería, y que han sido puestos de manifiesto por la Fiscalía General del Estado en sus últimas memorias.

La primera novedad que reviste el artículo 35 del Anteproyecto es la prevista en el apartado 1 que atribuye al Gobierno la obligación de promover acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados. La previsión prelegislativa responde a la necesidad de atajar cualquier conducta de inmigración irregular, a sabiendas de que la represión de las citadas conductas requiere la colaboración entre administraciones de

distintos países. Solo a través de esos acuerdos de colaboración puede prosperar la lucha contra la inmigración irregular.

Asimismo, los acuerdos de colaboración se presentan como imprescindibles para la protección y el retorno de los menores no acompañados. El artículo 35. 4 del presente Anteproyecto prevé que la Administración del Estado solicitará con carácter previo a la iniciación del procedimiento informe sobre las circunstancias familiares de los menores a la representación diplomática del país de origen, por lo que los acuerdos de colaboración son indispensables para desarrollar con éxito la previsión legislativa.

El apartado 3 del artículo 35 del Anteproyecto añade la referencia a los servicios competentes de la Comunidad Autónoma en que se hallen. Dicha disposición obliga a modificar el artículo 92 del Reglamento de Extranjería que no especifica la dependencia institucional de los servicios de protección. La inclusión de esta previsión es consecuencia de las competencias que tienen asumidas la CCAA en el marco de la protección de menores, en virtud el artículo 149.1.2 de la Constitución Española. Sin embargo la competencia para resolver la repatriación de un menor sigue recayendo en la Administración del Estado, a través de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno.

Como hemos indicado, el apartado 4 del artículo 35, establece la obligación de la Administración del Estado de solicitar informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión sobre la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. Esta obligación no está prevista en el Reglamento de Extranjería, que obliga únicamente a localizar a los familiares de los menores o a los servicios de protección del país de origen. Entendemos que de esta forma se están reforzando los mecanismos que garantizan la protección efectiva de

los intereses del menor, ya que con carácter previo a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación, se van a examinar las circunstancias familiares del menor no acompañado, a fin de poder valorar fundadamente dichas circunstancias en orden a formar una decisión definitiva sobre su permanencia en España o su repatriación.

Además, puede ocurrir que el menor provenga de un país distinto al que se encuentren sus familiares. Dicha incidencia la prevé el legislador, ya que en el apartado 4 del artículo 35, a la hora de resolver la repatriación, distingue entre país de origen o aquel donde se encontrasen sus familiares. La repatriación puede llevarse a efecto tanto mediante la entrega a servicios de protección de menores del país de origen como a través de la reagrupación familiar. El primero se refiere a los casos en que el menor es devuelto al país de procedencia, pero sin que se lleve a efecto su reincorporación al grupo familiar al que pertenece y el segundo se refiere a los supuestos en que el menor es devuelto con su familia. La novedad introducida en el Anteproyecto refuerza la protección del interés del menor y la reagrupación familiar. La Instrucción 6/2004 de la Fiscalía General del Estado concluía que debe intentarse la repatriación del menor con fines de reagrupación familiar, sin que la repatriación sea un objetivo absoluto ya que pueden estar en juego otros intereses como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los derechos fundamentales del menor, que pueden hacer necesaria o más conveniente la permanencia del menor en nuestro país.

En el Anteproyecto remitido no aparece de forma expresa referencia alguna acerca de la intervención del menor en los procesos de repatriación, a pesar de que en el artículo 92.4 del Reglamento de Extranjería se establece la obligación de oír al menor antes de decidir sobre la repatriación. No obstante, al tratarse de un derecho fundamental, ya que queda recogido en el contenido esencial del artículo 24 de la Constitución Española (SSTC 25-11-02, 19-04-

2004 ó 6-6-2005), sería aconsejable introducirlo expresamente en la Ley a través del presente Anteproyecto de reforma. El Tribunal Constitucional en múltiples resoluciones, entre ellas las sentencias citadas, ha destacado *“que los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio tienen el derecho a ser oídos en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte a su esfera personal, por sí o a través de representante si no quiere verse lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva”*.

En este sentido debe observarse, como la Ley Orgánica de protección jurídica del menor 1/1996, de 15 de enero, reconoce al menor el derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que este directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar y social.

La repatriación de un menor afecta irremediabilmente a su esfera personal y familiar, más cuando la ley prevé devolver al menor al país de origen, aún cuando no sea para incorporarse a su núcleo familiar. Por ello, la Fiscalía General del Estado, a través de la Circular 2/2006, de 27 de julio, recuerda a los Fiscales la necesidad de respetar el derecho del menor a ser oído ya que integra el derecho a la tutela judicial efectiva. Consecuentemente, a través de la Red de Fiscales especialistas en materia de extranjería se está trabajando intensamente incidiendo en la obligatoriedad de cumplimentar el trámite de audiencia del menor e incluso exigiendo la presencia del Ministerio Fiscal en el citado trámite.

Por último, procede destacar que la propuesta de regulación del expediente de repatriación de menores recogida por el Anteproyecto no se pronuncia sobre un aspecto conflictivo en la jurisdicción contencioso-administrativa, que debe ser abordado por el legislador al afectar al derecho a la tutela judicial efectiva. Con posterioridad a redactarse el Anteproyecto, el

Tribunal Constitucional en Sentencias nº 183 y 184/2008 ha puesto de manifiesto, la necesidad de definir la capacidad de obrar procesal de los menores en relación con el procedimiento administrativo de repatriación y su correspondencia ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y, en su caso, los modos de suplirla en los supuestos de que se aprecie conflictos de intereses entre la voluntad manifestada del menor y la institución pública que lo tutela.

Conviene recordar que el Ministerio Fiscal ha venido desarrollando, conforme a lo establecido en el artículo 3 del Estatuto Orgánico, una función activa en defensa de los intereses del menor en los procedimientos de repatriación. La propia Fiscalía General del Estado viene impulsando desde hace años esta función primordial conferida al Ministerio Fiscal por el ordenamiento jurídico y por el propio Estatuto Orgánico, que tiene por objeto el seguimiento y control de la actuación en el procedimiento de repatriación de menores a efectos de garantizar la defensa de sus intereses.

Desde la Fiscalía General del Estado se ha recalcado la necesidad de que en este tipo de procedimientos administrativos todos los trámites reglamentariamente previstos sean rigurosamente respetados, significadamente el referido al cumplimiento de la audiencia preceptiva del menor con intervención directa del Ministerio Fiscal. Se han unificado criterios y confeccionado protocolos uniformes de actuación en todo el Estado español que, superando las dificultades técnicas, jurídicas y prácticas detectadas permitan llevar a buen fin los expedientes, respetando en todo caso el superior interés del menor.

La decisión sobre la repatriación de un menor extranjero no acompañado, en cualquiera de las dos modalidades autorizadas por los artículos 35 LE y 92 RE (esto es, para la reagrupación familiar o para su

adecuada tutela por los servicios correspondientes de su país de origen) sólo podrá adoptarse cuando no atente contra el principio del interés superior del menor según las exigencias establecidas por el artículo 2 de la LOPJM en consonancia con el artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño y la jurisprudencia integradora de los principios constitucionales. En múltiples casos la actitud comprometida de la Fiscalía ha determinado que las deficiencias en la tramitación de expedientes de repatriación, por incumplimiento de los trámites de audiencia al menor o por ser la decisión adoptada contraria al interés superior del mismo hayan sido detectadas por el Ministerio Fiscal, quién por medio de los recursos pertinentes ha dado lugar a resoluciones judiciales que dejaron sin efecto las correspondientes resoluciones administrativas de repatriación.

Ahora bien, en ocasiones puede ocurrir que la actuación del Ministerio Fiscal, en interés del menor pretendiendo otorgarle una situación estable y duradera para el desarrollo de su personalidad, no coincida sin embargo con la voluntad del menor.

Al derecho del menor de ser oído en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social, asocia, el artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, otra facultad derivada cual es *el derecho a ejercerlo por sí mismo o a través de persona por él designada que lo represente cuando tenga suficiente juicio.*

En relación con ello, la STC 22/12/2008 (Nº 183/2008) ha declarado *“que también forma parte del contenido esencial del art. 24.1 de la Constitución que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan*

*su representación legal”. La sentencia del Tribunal Constitucional 183/08 dispone que “la negativa judicial a reconocer capacidad procesal directa al recurrente y, simultáneamente, imposibilitar que pudiera suplir ese defecto de capacidad mediante la designación de un defensor judicial con el argumento de que dicha competencia es exclusiva del orden jurisdiccional civil, pero sin permitir tampoco la subsanación del nombramiento realizado por el órgano judicial de instancia, han impedido de manera definitiva a un menor, con capacidad y madurez suficiente, instar el control judicial de una decisión administrativa, como era la de su repatriación, que afectaba de una manera muy directa a su vida y esfera personal, lesionado de esa manera su derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), para defender intereses personalísimos”.*

Hasta el momento los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos están dando una multitud de respuestas sobre la cuestión. En unos casos niegan la capacidad procesal al menor al no haber una previsión expresa en el ordenamiento jurídico que se la atribuya en el expediente de repatriación. Según esta postura el único derecho que el menor tiene reconocido es el derecho a ser oído ya que su opinión sea valorada y tenida en cuenta en el procedimiento. Aún con este criterio, las distintas posiciones de los órganos judiciales, se dividen a la hora de garantizar el derecho del menor cuando existen conflictos de intereses con su representante legal, disintiendo incluso sobre cual es el representante legal, si los propios padres del menor residentes en su país de origen, la entidad pública tuteladora. En otros casos, se ha estimado necesaria la obligación de designar un defensor judicial (distinguiéndose a su vez entre los que sostienen que debe ser nombrado por el Juez de lo Contencioso o por el Juez Civil). Finalmente, otros órganos judiciales reconocen que los menores de edad maduros tienen plena capacidad de obrar en el expediente repatriativo y plena capacidad procesal para recurrir la resolución de repatriación ante la jurisdicción contenciosa administrativa. En

caso de conflictos de intereses con sus representantes legales los menores no precisan de ninguna integración de su personalidad procesal.

Es por ello que, si la legalidad ordinaria no cumple con las condiciones de claridad y precisión que exige la efectividad del derecho del menor en el sentido remarcado por el Tribunal Constitucional, lo consecuente sería reformar la ley de tal manera que no solo se reconociera expresamente la necesidad del cumplimiento del trámite de la audiencia del afectado, sino también de la posibilidad de que el menor pueda hacer valer sus intereses en el expediente de repatriación y en el control judicial de la decisión que en el mismo se adoptase. Todo ello, sin perjuicio de la forma concreta en que el legislador hiciera efectiva esta posibilidad, admitiendo en su caso y a esos efectos una distinción entre niños y jóvenes (menores maduros) en cuanto al reconocimiento de la capacidad de obrar procesal en el segundo caso y completada por el nombramiento de un defensor judicial en el primero de los casos.

De esa forma se complementarían lo dispuesto en los artículos 18 de la Ley 29/1998 de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa [*"tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, además de las personas que la ostenten con arreglo a la ley de enjuiciamiento civil, los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela"*] y 30 de la Ley 30/92 RJAPPAC [*"tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico administrativo sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria*

*potestad, tutela o curatela"] y sería coherente con las disposiciones reguladoras de capacidades de obrar intermedias previstas con carácter general en el Código Civil para los mayores de 16 años en determinadas circunstancias (emancipación y habilitación de edad) o en el ordenamiento laboral para los trabajadores mayores de 16 años y menores de 18 [artículo 16 RDL 2/1995], e, incluso con disposiciones de otra naturaleza como la prevista en artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica en la que expresamente se establece que "3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente".*

El Anteproyecto también omite cualquier referencia al Ministerio Fiscal cuya intervención, tratándose de un procedimiento sobre menores, es obligatoria y necesaria. La ausencia de referencia en la Ley no se ve suplida adecuadamente en la práctica por la mención del art. 92.4 párrafo tercero del REX según el cual "la autoridad gubernativa pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal todas las actuaciones llevadas a cabo en este procedimiento", hasta tal punto que demasiados expedientes gubernativos se han tramitado y decidido sin conocimiento e intervención del Ministerio Público por lo que han

sido anulados por la Jurisdicción contencioso administrativa. Sería aconsejable subsanar la citada deficiencia

Por todo ello se propone que el ordinal 4 del Anteproyecto quede redactado de la siguiente manera: *4. La Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión sobre la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores.*

Del mismo modo procedería añadir tras el ordinal 5 un nuevo apartado del tenor siguiente: *6. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años tendrán capacidad de obrar en el procedimiento de repatriación previsto en este artículo así como ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo por el mismo objeto, pudiendo intervenir personalmente o a través de representante que designen.*

*Cuando se tratase de menores de dieciséis años con juicio suficiente que hubieran manifestado una voluntad contraria a la de quien ostente su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta el nombramiento de defensor judicial que le represente.*

### **TITULO III:**

El título III de la Ley cuya reforma se propone, se dedica a las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, comprendiendo los artículos 50 a 66. El primero de los artículos cuya propuesta de modificación afecta a la esfera del Ministerio Fiscal, como garante de los derechos del menor de edad, es la proyectada respecto del artículo 57 de la Ley. El citado artículo desarrolla la expulsión del territorio como sanción prevista para las infracciones de la Ley de Extranjería. En la redacción vigente se establece como causa de expulsión, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año. La reforma pretende extender la citada consecuencia a los menores de edad tutelados por los servicios de protección, previendo la repatriación en los términos previstos en el artículo 35.3 de la presente ley, o bien su expulsión tras acceder a la mayoría de edad.

Los apartados 1, 2, 4, 5.b), 6, 7.a) primer párrafo y 10 del artículo 57 de acuerdo con el Anteproyecto objeto de examen quedarían redactados de la siguiente manera:

*“1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.*

*2. Asimismo constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito*

*sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados. Cuando el autor de dicho delito sea un menor de edad tutelado por los servicios de protección de menores competentes, se procederá a su repatriación en los términos previstos en el artículo 35.3 de la presente Ley, o bien a su expulsión tras acceder a la mayoría de edad.*

3. (...)

*4. La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado. No obstante la expulsión podrá revocarse en los supuestos que se determinen reglamentariamente. Para la infracción prevista en el 53.1 a), salvo que concurran razones de orden público o de seguridad nacional, si el extranjero fuese titular de una autorización de residencia válida expedida por otro Estado miembro, se le advertirá, mediante diligencia en el pasaporte, de la obligación de dirigirse de inmediato al territorio de dicho Estado. Si no cumplierse esa advertencia se tramitará el expediente de expulsión.*

*5. b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado.*

*6. La expulsión no podrá ser ejecutada cuando ésta conculcase el principio de no devolución. Tampoco podrán ser expulsados los cónyuges de*

*los extranjeros, ascendientes e hijos menores o incapacitados a cargo del extranjero que se encuentren en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y hayan residido legalmente en España durante más de dos años, ni las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.*

*7. a) Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación.*

*10. En el supuesto de expulsión de un residente de larga duración de otro Estado miembro de la Unión Europea que se encuentre en España, dicha expulsión sólo podrá efectuarse fuera del territorio de la Unión cuando la infracción cometida sea una de las previstas en los artículos 53.1.d) y f) y 54.1.a) y b) de esta Ley Orgánica, y deberá consultarse al respecto a las Autoridades competentes de dicho Estado miembro de forma previa a la adopción de esa decisión de expulsión. En caso de no reunirse estos requisitos para que la expulsión se realice fuera del territorio de la Unión, la misma se efectuará al Estado miembro en el que se reconoció la residencia de larga duración.”*

Sobre la proyectada posibilidad de repatriar a los menores extranjeros tutelados por las Administraciones Públicas que cometan delitos dolosos sancionados con una pena privativa de libertad superior a un año, debemos en primer lugar cuestionar la equiparación entre la “*expulsión del territorio nacional*” prevista como sanción para aquellos extranjeros que se encuentren

en situación irregular y cometan delitos dolosos castigados con pena de prisión superior a un año y la “repatriación de los menores extranjeros no acompañados” tutelados por las Administraciones Autonómicas toda vez que la expulsión del territorio nacional esta planteada como institución sancionadora en respuesta a la infracción de un precepto penal o administrativo que así lo prevea y por el contrario la “repatriación de los MENAS” se sustenta en la necesidad de localizar a los familiares de los menores o en su defecto, los servicios sociales del país de origen, y exige que se garantice debidamente que el retorno de cada menor satisface el superior interés del menor sin tener en consideración otros intereses relativos a la política migratoria o al reproche penal asociado a conductas delictivas.

La incorporación de la sanción de expulsión a los menores de edad extranjeros constituye una proposición controvertida, ya que establece un sistema de expulsión que puede colisionar con los principios que presiden la legislación de los menores. La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores de edad, estableció unos criterios muy específicos a la hora de depurar la responsabilidad penal del menor. La exposición de motivos de la Ley 5/2000, que regula la responsabilidad penal de los menores de edad, incide en que la naturaleza del proceso es preventiva-especial, hacia la efectiva reinserción y superior interés del menor. La intervención tiene una naturaleza educativa y confiere al superior interés del menor el principio sobre el que debe asentarse toda depuración de la responsabilidad penal del menor. La Ley del menor se caracteriza por la flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto. En sus artículos 13, 14 y 51 establece reglas de modificación, sustitución o incluso el cese de la medida en función de la evolución del menor y del cumplimiento de los objetivos previstos, de manera que el menor “repatriado” se vería privado de la oportunidad de cumplir dichos objetivos quebrantando el principio de igualdad al hacerle de peor condición.

Especialmente gravoso si se trata de menores de 14-15 años ya que la posibilidad de modificación y sustitución por otras medidas es aplicable desde el inicio de la ejecución, ya que no se prevé un plazo de seguridad como en el caso de los menores de 16-17 años (Art. 10). Igualmente, la Ley de Menores contempla la posibilidad de desistir de la incoación del expediente cuando el menor cometa un delito menos grave sin violencia o intimidación, en virtud del principio de oportunidad si se considera más adecuado al interés del menor la corrección en el ámbito familiar, e incluso en estos casos la posibilidad de llegar a soluciones extrajudiciales en caso de resultar viable la conciliación o reparación en los términos del Art. 19 de la Ley que regula la responsabilidad penal del menor. En consecuencia, la posible repatriación del menor extranjero tutelado prevista en el anteproyecto, impediría valorar la conveniencia de tales medidas y los efectos beneficiosos derivados de las mismas, en orden al adecuado desarrollo personal del menor afectado.

La previsión del Anteproyecto de repatriar o expulsar a los menores condenados por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, puede resultar contradictoria con los principios rectores de la política criminal que preside la legislación de los menores de edad.

A mayor abundamiento, la regulación propuesta exige determinar, en primer lugar, a que menores se refiere el legislador, es decir, si incluye a todos los menores sujetos a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores de edad o únicamente a los menores de 16-17 años, toda vez que la LO 5/2000 establece dos tramos punitivos según la edad del menor (ver Art. 9 y 10).

En segundo lugar, debería aclararse si la sustitución del internamiento por la repatriación o expulsión se aplica a aquellos menores que después de los nueve meses previstos en el apartado 5º del Art. 92 han obtenido el permiso de residencia y en consecuencia están en situación legal en España o únicamente a aquellos que llevan menos de nueve meses y por tanto no disponen de permiso de residencia.

En tercer lugar cabe preguntarse si la regulación del Anteproyecto vulnera el Art. 14 de la Constitución Española, atendiendo a que no está previsto la aplicación de ésta nueva previsión legal a los menores que se encuentran en situación irregular en España bajo la tutela de sus propios representantes legales.

En cuarto lugar, el Anteproyecto establece como límite los delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a un año. La Ley de la Responsabilidad Penal del Menor no utiliza la terminología de penas privativas de libertad. El artículo 7 de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores de edad enumera las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y entre ellas no se encuentran la pena privativa de libertad. Equiparable a la misma sería la de internamiento cerrado, que en virtud del artículo 9 de la Ley Orgánica solo puede imponerse a hechos en que concurra violencia o intimidación en las personas o en aquellos en que exista un grave riesgo para la vida o integridad de los mismos. Por tanto el Anteproyecto utiliza una referencia que no es congruente con la terminología de la Ley del Menor.

Tampoco es proporcional con los casos en que se acuerda el internamiento cerrado. Muchos de los delitos previstos en nuestro Código Penal llevan aparejada como sanción una pena privativa de libertad superior a un año, si bien conforme a la Ley del Menor muchos de ellos pueden dar lugar al desistimiento o a la aplicación de medidas distintas al internamiento cerrado.

Es incongruente que a un menor a quién se le haya impuesto una medida de amonestación o libertad vigilada, los servicios de protección de menores competentes procedan a su repatriación en los términos previstos en el artículo 35.3 de la presente Ley, o bien a su expulsión tras acceder a la mayoría de edad, por el solo hecho de que en abstracto el delito cometido llevase aparejada una sanción superior a un año de privación de libertad.

Por lo expuesto, sería aconsejable reflexionar más profundamente sobre la previsión del Anteproyecto en relación con los menores de edad que incorpora el último párrafo del nuevo artículo 57.2 de la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España .

Otra de las modificaciones que prevé el Anteproyecto se encuentra en el artículo 57 apartado 7 a, al pretender suprimir el plazo de los tres días con los que contaba la autoridad judicial para acordar la expulsión, previsión que debe valorarse positivamente al no existir razones que justifiquen la existencia de dicho plazo, más allá de potenciar la agilidad en la decisión judicial.

No obstante, se sigue sin incorporar el trámite de la audiencia previa al extranjero para el que se solicita la expulsión, previsión que si contempla el artículo 142 del Reglamento de Extranjería. No obstante, tal como aludimos en relación con la audiencia de los menores de edad no acompañados, la audiencia previa constituye un derecho fundamental que queda recogido en el contenido esencial del artículo 24 de la Constitución Española, por lo que sería oportuno introducirlo en la Ley a través del presente Anteproyecto. La previsión expresa de tal audiencia, tiene por finalidad garantizar los principios de contradicción y defensa, de forma que se de cauce al extranjero para poder aportar los elementos de prueba que permitan fundamentar sus alegaciones a fin de que la autoridad judicial pueda valorar todas las circunstancias antes de decidir sobre la procedencia de autorizar la expulsión.

Los apartados 1, 2, 3 y 5 del artículo 59 quedarían redactados de la siguiente manera: *“1. El extranjero que haya cruzado la frontera española fuera de los pasos establecidos al efecto o no haya cumplido con su obligación de declarar la entrada y se encuentre irregularmente en España o trabajando sin autorización, sin documentación o documentación irregular, por haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito o trata de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a las autoridades competentes a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores.*

*2. Los órganos administrativos competentes encargados de la instrucción del expediente sancionador informarán a la persona interesada sobre las previsiones del presente artículo, dándole un periodo de reflexión de, al menos, treinta días, a fin de que decida si desea acogerse a esta vía, y harán la propuesta oportuna a la autoridad que deba resolver, según el procedimiento previsto reglamentariamente. Durante el referido periodo de reflexión, las Administraciones velarán por la subsistencia y, de resultar necesario, la seguridad y protección de la persona interesada.*

*3. A los extranjeros que hayan quedado exentos de responsabilidad administrativa se les podrá facilitar a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o la autorización de residencia y trabajo y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley, y velando asimismo por su subsistencia y, en su caso, seguridad y protección.*

*5. Las previsiones del presente artículo serán igualmente de aplicación a extranjeros menores de edad, debiendo tenerse en cuenta en el procedimiento la edad y madurez de éstos y, en todo caso, la prevalencia del principio del interés superior del menor.*

El artículo 59 de la Ley, establece un incentivo a las víctimas, perjudicados o testigos de tráfico ilícito o trata de seres humanos, inmigración ilegal, tráfico ilícito de mano de obra o de explotación de la prostitución, que cooperen en la persecución de los mencionados delitos consistente en facilitar a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o la autorización de residencia y trabajo y facilidades para su integración social. La novedad del presente artículo recae sobre la propuesta de un periodo de reflexión a las personas que se encuentren en esa situación a fin de que decidan acogerse a esta alternativa. Asimismo, extiende el incentivo y el periodo de reflexión a los menores de edad teniendo en cuenta la edad y madurez de estos.

La Recomendación n. R (2000) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, restringida a los supuestos de explotación sexual, instaba a que las víctimas de los citados delitos declarasen a través de sistemas de audio y video que permitan preservar su vida privada y dignidad, reclamaba protección para víctimas, testigos y familias para evitar represalias tanto en el país de destino como en el de origen y contemplaba como incentivo la concesión del permiso de residencia temporal para fomentar la cooperación en la investigación. A la citada Recomendación se respondió con la Directiva 2004/81/CE del Consejo. La Directiva considera que debe establecerse una política común de inmigración, así como de medidas de lucha contra la inmigración ilegal. Asimismo, entiende que el permiso de residencia constituye un aliciente suficiente para cooperar con las autoridades competentes y cree necesario establecer un periodo de reflexión. El artículo 3 de la Directiva dispone que la misma se aplicara a los nacionales de terceros países que hayan alcanzado la

mayoría de edad, declinando en los Estados Miembros la decisión de hacerla extensiva a los menores de edad. El artículo 6 establece el denominado periodo de reflexión, remitiendo a las legislaciones nacionales la duración y el comienzo del denominado periodo de reflexión. Por tanto, el Anteproyecto vigente obedece a la normativa internacional en la materia.

Dos son los extremos que se añaden a la vigente regulación, el plazo de reflexión y la extensión de la compensación a los menores de edad.

Respecto del plazo, no existe inconveniente alguno en que el plazo de reflexión alcance a los treinta días previstos en el Anteproyecto.

La aplicación del presente beneficio a los menores de edad teniendo en cuenta la edad y madurez de éstos, sin establecer criterios a través de los cuales se vaya a determinar la madurez, eleva la discrecionalidad con la que pueden actuar las autoridades. Asimismo, los menores carecen de capacidad para consentir y decidir, por lo deberá articularse algún medio de asistencia al menor durante el periodo de reflexión con la finalidad de garantizar la libertad y transparencia de la decisión. La cooperación por parte de un menor debe garantizar la veracidad del testimonio, y está puede estar influida por múltiples factores. Es preciso establecer equipos de asistencia técnica que medien, orienten y apoyen al menor. La previsión prelegislativa debe valorar fundamentalmente el interés del menor como víctima del delito, si bien no debe dar la espalda a las exigencias de la prueba en el proceso. Sería conveniente contemplar la posibilidad de diseñar un protocolo de actuación que se desarrolle reglamentariamente en el que se prevea la disponibilidad de asistencia para los menores de edad.

El párrafo 2 del artículo 59 del Anteproyecto atribuye exclusivamente a la autoridad gubernativa la obligación de informar a la víctima sobre las

previsiones del presente artículo, al igual que le atribuye la competencia para proponer la aplicación de la exención de responsabilidad administrativa prevista en el apartado primero del artículo 59. En la misma línea, ese apartado primero establece que sea la propia autoridad gubernativa quién valore si los datos aportados tienen el carácter de esencial. La concesión exclusiva de las citadas decisiones a la autoridad gubernativa eleva la discrecionalidad con la que puede actuar la propia autoridad gubernativa, sin que el Anteproyecto establezca ningún tipo de control por parte de la autoridad judicial o por parte del Ministerio Fiscal, a pesar de que los datos proporcionados van a ser utilizados en un proceso penal.

La Circular 1/2002 de 19 de febrero de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del fiscal en materia de extranjería, prevé mecanismos para lograr la participación del Fiscal en el expediente contemplado en el artículo 59 de la Ley vigente. Según la Circular citada, el Fiscal deberá poner en conocimiento de la autoridad gubernativa la necesidad de la presencia de la víctima en el procedimiento para evitar su expulsión o la posibilidad de regreso en el caso en que la expulsión ya se hubiese materializado. Por tanto es coherente que el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial se pronuncien, o al menos tengan conocimiento, de las citadas situaciones cuando la cooperación de la víctima va a dar lugar a un proceso penal. En definitiva es necesario algún control por parte del Ministerio Fiscal o por parte de la autoridad judicial en la previsión del artículo 59 del Anteproyecto. Asimismo, la Instrucción 2/2008 de 1 de julio sobre las funciones del Fiscal en la fase de Instrucción, dispone que el Fiscal, como garante de los derechos de las víctimas, debe informar a las mismas de los derechos que le asisten y debe instar la adopción de las medidas de protección necesarias, por lo que sería aconsejable reflejar en el Anteproyecto la intervención del Fiscal en el procedimiento administrativo. Igualmente, al tratarse de menores de edad cuya representación y defensa recae sobre el

Ministerio Fiscal, la exención que se les prevé aplicar debería llevar aparejada algún tipo de trámite que posibilite al Fiscal tener conocimiento de la entidad, intensidad y de los medios de cooperación, con el fin de velar por interés superior del menor.

Por último y al hilo de lo anterior, sería aconsejable mencionar expresamente a las fundaciones, asociaciones u organizaciones no gubernamentales que tengan por objeto luchar contra la trata de seres humanos o proteger los derechos de la persona humana y la posibilidad de que ellos mismos presten asistencia y apoyo a la víctima que lo acepte en el sentido que los Protocolos de Palermo y la Convención de Varsovia previenen. Por tanto, podría introducirse un nuevo ordinal que estableciera que, *Reglamentariamente se desarrollarán las condiciones de colaboración de las asociaciones u organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro que tengan por objeto la protección y reinserción de las víctimas de los delitos señalados en el apartado primero.*

El artículo 62 quedaría redactado de la siguiente manera: *“1. Incoado el expediente en el que pueda proponerse la expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al juez de instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador.*

*El juez, previa audiencia del interesado, resolverá mediante auto motivado, en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de fuga por carecer de domicilio o de documentación, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes.*

*2. El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines de expediente, siendo su duración máxima, con carácter general, de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente. El cómputo del plazo señalado en este artículo quedará suspendido mientras dure la tramitación y resolución de los procedimientos de asilo o de habeas corpus que, en su caso, se hubiesen iniciado. Igualmente procederá dicha suspensión en caso de enfermedad del extranjero o por otras causas no imputables a la Administración que impidan o dificulten su salida de España.*

*3. El Juez, de oficio, a solicitud del instructor del expediente o a iniciativa de parte, podrá ordenar el fin del internamiento y la puesta en libertad inmediata cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1.*

*4. Los menores en los que concurran los supuestos previstos para el internamiento serán puestos a disposición de los servicios competentes de protección de menores. El Juez de Menores, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá autorizar su ingreso en los centros de internamiento de extranjeros cuando también lo estén sus padres o tutores, lo soliciten éstos y existan módulos que garanticen la intimidad familiar.*

*5. La incoación del expediente, las medidas cautelares de detención e internamiento y la resolución final del expediente de expulsión del extranjero serán comunicadas al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país”.*

La novedad que recoge el artículo 62 del Anteproyecto es la incorporación de una circunstancia más entre las que debe considerar el juez para acordar la medida de internamiento. Se incorpora el examen y valoración

de las actuaciones del extranjero que tiendan a dificultar o evitar la expulsión. Asimismo, se amplían los supuestos en los que cabe la posibilidad de adoptar esta medida al suprimirse la referencia a las faltas administrativas específicas en que podía acordarse el internamiento. Finalmente, el Anteproyecto amplía el plazo de duración máxima del internamiento en sesenta días, si bien dicho plazo puede quedar suspendido durante la tramitación y resolución de los procedimientos de asilo o de habeas corpus, en los casos de enfermedad del extranjero o por otras causas no imputables a la Administración que impidan o dificulten la salida del irregular de España.

Las modificaciones propuestas responden nuevamente a la normativa comunitaria, más concretamente a la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. El Consejo Europeo de Bruselas de 4 y 5 de noviembre de 2004 pidió que se estableciera una política eficaz de expulsión y repatriación, garantizando al tiempo los derechos y la dignidad de las personas objeto de retorno o devolución. Se indicaba que los Estados miembros debían asegurarse que la finalización de la situación irregular de los extranjeros se llevase a cabo mediante un procedimiento justo y transparente, adoptándose de manera individualizada y fundándose en criterios objetivos. Se reconoce que es legítimo que los Estados miembros hagan retornar a los nacionales de terceros países en situación irregular. A fin de garantizar ese retorno se acude al internamiento, que se debe limitar y supeditar al principio de proporcionalidad por lo que se refiere a los medios utilizados y a los objetivos perseguidos. Solo se justifica el internamiento para preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión, si la aplicación de otras medidas coercitivas no es suficiente. La Directiva gira en torno a diversos principios, entre ellos el de extensión de efectos, cooperación, respeto a los derechos humanos y a la dignidad de la persona, seguridad jurídica, eficacia, proporcionalidad e individualización.

En el capítulo IV de la Directiva se regula el internamiento a efectos de expulsión y comprende los artículos 15 a 18 inclusive. Se establece un motivo más en virtud del cual se puede acordar el internamiento: que el nacional de un tercer país realice actuaciones que tiendan a evitar o dificultar la preparación de retorno o el proceso de expulsión. El artículo 62 del Anteproyecto recoge el motivo citado como circunstancia especial.

En cuanto a la competencia para acordar el internamiento el artículo 15 de la Directiva lo atribuye a las autoridades administrativas o judiciales. El artículo 62 de la Ley sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España confiere dicha potestad al juez a propuesta de la autoridad administrativa, si bien omite cualquier intervención del Fiscal en el trámite analizado. Conviene tener presente que la medida de internamiento goza de la misma naturaleza que la prisión preventiva, por lo que afecta al derecho fundamental previsto en artículo 17 de la Constitución Española. Si el artículo 3.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, confiere al Ministerio Fiscal la obligación de velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas, es imprescindible que el Fiscal pueda controlar la legalidad del internamiento previsto en el artículo 62 del Anteproyecto.

La Fiscalía General del Estado, a través de su Circular 2/2006, 27 de julio de 2006 razonaba que *“la intervención del Fiscal en materia de internamientos cautelares de extranjeros debe inspirarse en su función de patronus libertatis. No ha de olvidarse que la medida supone aplicar una privación de libertad a personas que ni han sido condenadas penalmente (o si lo han sido no se ha estimado procedente el inicio de la ejecución de la pena) ni han sido sometidas a una medida cautelar personal penal (en caso de estar imputadas en un proceso penal). Debe tenerse también presente que el derecho a la libertad es uno de los denominados derechos “innatos absolutos”. El extranjero -sea cual sea su situación en España- goza del mismo sin*

*necesidad de ningún reconocimiento legal, pues su disfrute es inherente a la dignidad humana (vid. SSTC nº 115/1987, 144/1990, 55/1996 y 179/2000). En todo caso la actuación del Fiscal en el control de legalidad de los internamientos se extiende a todas las modalidades de internamiento de extranjeros regulados en la Ley. Por tanto, habrán de entenderse comprendidos: 1) los internamientos de extranjeros detenidos por causa de expulsión, en los supuestos expresamente previstos, mientras se tramita el procedimiento (art. 61.1 e y 62 LE) 2) el internamiento de extranjeros ya expulsados, si hubieran incumplido la orden de salida (art. 64.1 LE) 3) los internamientos de extranjeros detenidos en territorio español contra los que exista una resolución de expulsión de otro Estado miembro de la Unión Europea (art. 64.3 LE); 4) los internamientos por causa de devolución por encontrarse en España vulnerando una prohibición de entrada vigente (art. 58.2 a y 58.5 LE) 5) los internamientos por causa de devolución respecto de extranjeros detenidos cuando pretendían entrar ilegalmente en España (art. 58.2 b y 58.5 LE); y 6) los internamientos en los casos de denegación de entrada con acuerdo de retorno (art. 60.1 LE)”. Sin embargo, a la vista de la naturaleza de los intereses en juego, resultando afectado un derecho fundamental de la persona como es la libertad, interpretando sistemáticamente el art. 62 LE en relación con el art. 505 LECrim y teniendo en cuenta las funciones asignadas al Fiscal por la Constitución y su Estatuto Orgánico es conveniente -pese a la inexistencia de una disposición específica en tal sentido- que el Anteproyecto se haga eco de la necesidad de la presencia del Fiscal en el acto de la audiencia y la emisión de informe previo a la decisión judicial.*

A mayor abundamiento, si el Fiscal está legitimado para interponer recursos contra la resolución por la que se acuerde o no el internamiento, lo congruente es que el Anteproyecto incorpore al Fiscal en la audiencia previa al interesado.

Por ello, el párrafo segundo del apartado primero del artículo 62 debería redactarse, *El juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de fuga por carecer de domicilio o de documentación, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes.*

Otra de las modificaciones que propone el Anteproyecto es el concerniente a la duración máxima del internamiento. El apartado segundo del artículo 62, tal y como se contempla en el Anteproyecto objeto de examen, establece que con carácter general la duración máxima es de 60 días. Dicha modificación obedece al apartado 5 del artículo 15 de la Directiva 2008/115, que dispone que cada Estado miembro fijara un periodo limitado no superior a seis meses, con la posibilidad de prorrogar dicho internamiento por motivos tasados por un plazo no superior a doce meses. El plazo escogido por el legislador resulta congruente con la Directiva y proporcional a las finalidades que se persiguen con el internamiento. La opción prelegislativa, aún cuando impone una ampliación del plazo actualmente existente, no supone un periodo temporal excesivo.

Otro de los extremos añadidos en el Anteproyecto recae sobre las causas de suspensión del plazo de internamiento. Se incorpora como causas de suspensión la tramitación y resolución de los procedimientos de asilo o de habeas corpus, la enfermedad del extranjero u otras causas no imputables a la Administración que impidan o dificulten la salida del extranjero. La introducción de las causas de suspensión tienen su cobertura en el apartado 6 del artículo 15 de la Directiva, que autoriza la facultad de prorrogar por el plazo de 12 meses el internamiento en los casos de falta de cooperación del nacional de un

tercer país y demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria. En ambos casos nos encontramos con supuestos ajenos a la voluntad del Estado miembro. El Anteproyecto en vez de establecer una causa general, enumera unas circunstancias concretas que en unos casos responden a la voluntad del internado y en otros casos a la voluntad de terceros países.

No obstante, la regulación que pretende el Anteproyecto no aborda dos extremos vinculados entre sí, que teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el internamiento preventivo, deben ser valoradas. El primero de ellos, recae sobre la inexistencia de un plazo máximo en que pueda prolongarse el internamiento a consecuencia de la suspensión del plazo del propio internamiento, y el segundo de ellos esta vinculado con el control judicial de las causas de suspensión.

El Tribunal Constitucional, en sentencias nº 178/85 ó nº 341/93, ha señalado, *“...dado que el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad y la libertad debe ser respetada, salvo que se estime indispensable la pérdida de su libertad por razones de cautela o de prevención que habrán de ser valoradas por el órgano judicial”*. Por tanto, el internamiento cautelar del extranjero en el procedimiento sancionador previo a la expulsión, es una de las situaciones admitidas de restricción de la libertad individual, consagrada en el artículo 17 de la Constitución Española, fuera del marco del proceso penal. Asimismo, el Tribunal Constitucional reconoce el carácter excepcional del internamiento previo a la expulsión, justificando su adopción precisamente en la necesidad de ejecutar forzosamente la expulsión acordada por la autoridad gubernativa.

Sería aconsejable que el Anteproyecto refleje expresamente que las causas de suspensión, especialmente las previstas en el párrafo 2 del artículo 62 proyectado, fueran puestos en conocimiento inmediato de la autoridad

judicial, con la finalidad de garantizar la pertinencia de la suspensión, ya que la suspensión del plazo del internamiento comporta una prolongación de la privación de libertad, que debe estar sometida al control judicial.

Por último, se incorpora el ordinal 3 del artículo 62, que es una consecuencia derivada de la propia naturaleza de la medida que está prevista expresamente en el artículo 15.4 de la Directiva 2008/115/CE.

Sin embargo, tal como está redactado entendemos que no se ajusta adecuadamente a los fines que persigue planteando similares problemas que el actual artículo 153. 5. del Reglamento de Extranjería [*la duración máxima del internamiento no podrá exceder de 40 días, y deberá solicitarse de la autoridad judicial la puesta en libertad del extranjero cuando con anterioridad al transcurso de este plazo se tenga constancia de que la práctica de la expulsión no podrá llevarse a cabo*].

Si el tiempo de internamiento es el imprescindible para llevar a efecto las operaciones de expulsión y si la autoridad administrativa tiene conocimiento fehaciente de que no va a poder llevarla a cabo con antelación al cumplimiento del plazo autorizado por el Juez, el principio favor libertatis exige que la persona sea puesta en libertad inmediatamente [vide, en este sentido artículo 15.4 de la Directiva 2008/115/CE] de tal manera que la previa necesidad de autorización judicial para la puesta en libertad puede tener efectos dilatorios a pesar de que la resolución judicial que acuerde la libertad, cuando la petición proviene de la Administración del Estado, no pueda ser otra que interesada por la autoridad gubernativa y fundada en que se tiene *constancia de que la práctica de la expulsión no podrá llevarse a cabo*.

Esto es, si bien la disponibilidad sobre la pérdida de libertad en el procedimiento de expulsión es judicial, la decisión final sobre la misma

corresponde al órgano gubernativo que tiene competencias, también para su ejecución [STC 26/9/1990 (Nº 144/1990); 16/4/1996 (Nº 66/1996); 20/12/2007 (Nº 260/2007)].

Por todo ello entendemos que el control judicial puede satisfacerse mediante la puesta inmediatamente en conocimiento de la libertad del afectado a la autoridad judicial que ordenó su ingreso en el centro de internamiento. Por tanto se propone la siguiente redacción del precepto:

*“Cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, el extranjero será puesto inmediatamente en libertad por la autoridad administrativa que lo tenga a su cargo, poniéndolo en conocimiento del juez que autorizó el internamiento sin dilación alguna. Del mismo modo y por las mismas causas, podrá ser ordenado el fin del internamiento y la puesta en libertad inmediata del extranjero, por el Juez, de oficio o a iniciativa de parte o del Ministerio Fiscal”.*

Madrid, 27 de marzo de 2009

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO,  
PRESIDENTE DEL CONSEJO FISCAL

Cándido Conde Pumpido-Tourón