

4. Fiscal de sala coordinador de extranjería

I. INTRODUCCIÓN

1. El más importante acontecimiento relacionado con nuestra actividad sucedido durante el año 2009, sin lugar a dudas lo constituye la entrada en vigor el día 13 de diciembre de la reforma de la Ley 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, operada por la Ley Orgánica 2/2009. Es la cuarta modificación que sufre –en apenas nueve

años de vigencia– la normativa básica española reguladora del estatuto jurídico de los extranjeros y de la ordenación general de la inmigración. La promulgación de esta nueva ley además de ser indicativa de la constante mutación de los criterios políticos en el área de la Unión Europea sobre uno de los fenómenos más conflictivos desde el punto de vista axiológico, también evidencia la importancia, vitalidad y permanente desarrollo del Derecho de Extranjería en relación con el conjunto del Ordenamiento Jurídico de nuestro país⁶.

La reforma, en lo que concierne al ámbito objetivo de actuación del Ministerio Fiscal, nos afecta con distintos grados de intensidad. En unos casos, directamente modifica el régimen jurídico de las materias donde intervenimos, significadamente el artículo 35 (sobre *los menores no acompañados*), el artículo 59 (sobre *colaboración contra redes organizadas*), el nuevo artículo 59 bis (sobre *víctimas de trata de seres humanos*) y artículos 62 (sobre *el ingreso en centros de internamiento*) y 62 bis (sobre *los derechos de los extranjeros internados*); en otros casos, sólo nos compromete de manera mediata o indirecta, ya sea porque se han alterado determinados elementos normativos previstos por la ley penal o penitenciaria (así la regulación de la estancia y residencia) o porque es necesaria su previa consideración a los efectos de evitar los supuestos de colisión entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal.

Por otra parte, antes de finalizar el año, en noviembre de 2009, el Ministerio de Justicia elaboró un Anteproyecto de Reforma del Código que, convertido en Proyecto de Ley, ha sido aprobado en sesión de 29 de abril de 2010 por el Congreso de los Diputados, por lo que se encuentra en tal avanzado estado de tramitación que previsiblemente será publicado en el Boletín Oficial del Estado antes de que concluya 2010.

⁶ Y ello no puede ser de otra manera dado que España ha sido uno de los países desarrollados que, en términos absolutos, más extranjeros ha recibido en los últimos diez años. Según los datos del Instituto Nacional de Estadística, si en el año 2000 representaban un 2,28 por 100 de la población empadronada (923.879 extranjeros de un total de 40.499.790) ya en 2005 alcanzaban el 8,45 por 100 (3.730.610 de 44.108.530), llegando al primero de enero de 2009 al 12,08 por 100 (5.648.671 de un total de 46.745.807), de los que 314.190 ya han nacido en España. Es imposible determinar con exactitud cuales de ellos se encuentran en nuestro país sin haber obtenido autorización administrativa para ello. En este sentido, el Ministerio de Trabajo e Inmigración ha precisado que a 31 de diciembre del año 2009 vivían en España un total de 4.791.232 ciudadanos extranjeros provistos de certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor. De ellos 1.872.505 son ciudadanos comunitarios y el resto proceden de terceros países de los cuales el número mayor corresponde a ciudadanos marroquíes, seguidos de ecuatorianos, colombianos, chinos, peruanos, bolivianos y argentinos por este orden. Toda vez que el empadronamiento no exige la previa autorización de estancia, podríamos deducir que la diferencia entre el número de ciudadanos extranjeros empadronados y los provistos de la debida documentación estarían en España de manera irregular. Más ello no es definitivo pues muchos extranjeros que han abandonado el territorio español no se dan de baja en el correspondiente Padrón municipal. Por ello sólo alcanzaremos a conocer con precisión la cifra correspondiente de aquellos cuya entrada o estancia ilegal ha sido descubierta por la intervención de las autoridades policiales o judiciales como consecuencia de haber estado incurso en un expediente sancionador administrativo o –por haberse implicado en hechos delictivos– han quedado sujetos a procesos penales. El resto permanece en el anonimato.

En él se recogen importantes modificaciones que afectan al régimen de la medida sustitutiva de la pena privativa de libertad por la expulsión de un ciudadano extranjero en situación de estancia irregular regulado en el artículo 89 CP; la creación de un Título específico sobre el delito de trata de seres humanos; la modificación del artículo 318 bis sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y la supresión del delito de inmigración clandestina de los trabajadores actualmente regulado en el artículo 313 CP.

Obviamente, no es este el lugar adecuado para profundizar ni en el contenido de la LO 2/2009, ni en la proyectada reforma del Código Penal; sin embargo, sí es oportuno señalar que una y otra van a exigir, antes de terminar 2010, la elaboración de un nuevo documento normativo interno de la Fiscalía General del Estado que sustituya no sólo la Circular 2/2006, de 27 de julio de 2006, *sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España*, sino también compendie, sistematice, clarifique y unifique las dispersas disposiciones que se encuentran en la pluralidad de Instrucciones, Consultas y Circulares del Fiscal General del Estado que regulan nuestra especialidad.

En esa futura Circular, además, deberían adoptarse un conjunto de disposiciones que solventen los actuales problemas de coordinación con los que los Fiscales especialistas en extranjería se enfrentan de manera cotidiana, sobre todo en las macro fiscalías provinciales o en aquellas en que las que existen una pluralidad de Fiscalías de Área.

En efecto, la especialidad de extranjería, por su contenido y naturaleza, se desenvuelve en continua expansión en todos los órdenes jurisdiccionales lo que exige la estructuración de complejas acciones de coordinación y relación no sólo con los Fiscales encargados de la tramitación ordinaria de los asuntos propios de la jurisdicción penal, civil y contencioso-administrativa, sino también con los que desarrollan actividades especializadas⁷, lo que muchas veces no se logra adecuadamente dados los criterios de organización establecidos según qué Fiscalía territorial⁸.

⁷ Las Memorias remitidas por los FDE de pequeña o mediana dimensión en su mayoría reflejan una adecuada coordinación entre los compañeros. Tal colaboración se antoja imprescindible con los Fiscales Delegados de Menores pues en buena medida, sin perjuicio de la supervisión del FDE, son ellos quienes asumen la responsabilidad en los procedimientos de determinación de edad y repatriación de los Menores Extranjeros no Acompañados [MENAS]; pero qué duda cabe que, dados los problemas de aplicación del artículo 89 CP, debe ser extraordinariamente fluida con los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria; en relación con la sustitución del proceso penal del artículo 57.7 LOEX, con los Fiscales de Seguridad Vial y con los Fiscales de Violencia de Género; en relación con la lucha contra los matrimonios simulados y contra las adquisiciones fraudulentas de la nacionalidad española, con los Fiscales del Registro Civil, etc.

⁸ El acopio de información sobre la identificación de los problemas de interpretación y aplicación del «derecho de extranjería» donde interviene el Ministerio Fiscal y de los datos reveladores de la dimensión cuantitativa de la actividad actualmente es imposible de realizar en determinadas Fiscalías Provinciales. Es necesario aceptar que si conforme con las últimas orientaciones recogidas en las últimas reformas del EOMF

Esta continua extensión ha determinado que durante el año 2009, gracias al buen entendimiento de algunos Fiscales Provinciales, la red de los cincuenta y dos Fiscales Delegados de Extranjería [FDE] distribuidos por todo el territorio nacional (uno por cada provincia, Audiencia Nacional y Fiscalía Especial Antidrogas) se haya visto ampliada mediante la adscripción a nuestra especialidad de otros cincuenta y un fiscales como adjuntos, colaboradores, refuerzos o auxiliares del Delegado⁹.

la especialización se erige en uno de los principios básicos ordenadores de nuestra función, para que ello se materialice efectivamente es imprescindible que los distintos Coordinadores o Delegados provinciales de las grandes, e incluso medianas Fiscalías, realicen con carácter exclusivo su cometido de control y seguimiento de las atribuciones encomendadas por el Fiscal General del Estado en las Instrucciones 5/2007 y 5/2008. El sistema de notas de servicio internas y otros métodos similares que se utilizan ni garantizan la prevalencia del principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal ni satisfacen las exigencias de información. Desde otro punto de vista, los problemas de control y comunicación se multiplican en el caso de la existencia de una o varias Fiscalías de Área en el territorio provincial como señalan los FDE de Almería, Jaén, Badajoz. En este sentido el FDE de Málaga demanda sutilmente una «clarificación» sobre la relación entre el FDE provincial y las Fiscalías de Área de Melilla, Vélez y Marbella.

⁹ Durante el año 2009 han conformado esta red de Fiscales, los Ilmos/as Sres/as Fiscales: Audiencia Nacional: Don Pedro Martínez Torrijos; Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas: Don José María Lombardo. Andalucía: *Almería*: Don Alejandro Velasco García (Delegado) y don Miguel Ángel Pérez Gutiérrez; *Cádiz*: Don Álvaro Conde Lozano (Delegado de Cádiz), don José Luis Puerta Martí (Ceuta) y don José Luis Jádenes Casaubón (Algeciras); *Córdoba*: Don Antonio Rafael Romero Tirado (Delegado), doña Carmen Romero Urrutia, doña María Eugenia Bautista Torres y doña Natalia Izquierdo Siles; *Granada*: Don Juan José Meca Garrido (Delegado) y en sustitución temporal el primer semestre del año, don Alfredo Wihelmi Lizaur; *Jaén*: Don Cristóbal Francisco Fábrega Ruiz (Delegado) y doña Mercedes Heredia Puente; *Huelva*: Don Miguel Ángel Arias Senso (Delegado); *Málaga*: Don Juan Andrés Bermejo Romero de Terreros (Delegado) y doña Ana Lobillo Puente; *Sevilla*: Don Luis Fernández Arévalo (Delegado), doña Isabel Vázquez Berdugo, doña Natividad Plasencia Domínguez, doña Carmen Durán Tejada, don José María Cañal y Fernández y don Francisco Sánchez Mellado; Aragón: *Huesca*: Doña María Pilar Arciniega Cano (Delegado); *Teruel*: Don Jorge Moradell Ávila (Delegado); *Zaragoza*: Doña Ana Josefa López Gastón (Delegada) y doña María Cristina Asensio Galdiano; Asturias: Doña Adoración Peñín (Delegada); Baleares: Don Ramón Luis Vázquez Albentosa (Delegado); Canarias: *Las Palmas de Gran Canaria*: Doña María Teseida García García (Delegada), doña Pilar Rodríguez Rodríguez, doña Laura Cambero Valencia, don Miguel García Fernández y doña Henrietta Oramas Pérez; *Santa Cruz de Tenerife*: Don Carlos María Eguiluz Casanovas (Delegado), y en sustitución temporal doña Carolina Barrio, y don José Francisco González Gutiérrez; Cantabria: doña Irene Ciriza Maisterra (Delegada); Castilla-La Mancha: *Albacete*: Don Francisco Ríos Pintado (Delegado) y doña Encarnación Candelaria; *Ciudad Real*: Doña María Luz Campo Miranda (Delegada) y doña Carmen Gutiérrez Díaz; *Cuenca*: Don Eusebio Olarte Madero (Delegado); *Guadalajara*: doña María Jimena Mencía Barrado (Delegada); y, *Toledo*: Don Ángel de la Cruz Andrade (Delegado); Castilla y León: *Ávila*: Don Francisco Javier Rojo López (Delegado) y doña María del Carmen Barberán López; *Burgos*: Doña Cristina Horta Sicilia (Delegada); *León*: Don Vicente Gordón Monreal (Delegado), doña María Santos León y doña Sol Hernández Prieto (Ponferrada); *Salamanca*: Doña Amaya Ezquerecocha Ruiz (Delegada); *Zamora*: doña Pilar Terceruelo Blanco (Delegada); *Palencia*: Don Manuel Javato Martín (Delegado); *Segovia*: Doña Elena Martín Mayo (Delegada); *Soria*: Doña Eva María Lozano Alonso (Delegada), doña Pilar Jiménez Peña y don Adriano Jacinto Alfonso Rodríguez; y, *Valladolid*: Don Luis Ángel Ortega Francisco (Delegado) y doña Leonor Monsalve Córdoba; Cataluña: *Barcelona*: Don Fernando Rodríguez Rey (Delegado) y en sustitución temporal don Francisco Javier Pérez Ruiz (Barcelona); *Gerona*: Don José Ramón Cotos Esperanza (Delegado) y doña María Luisa García de Eulate López (Figueras); *Lérida*: Don Eduardo Piedrabuena León (Delegado); y, *Tarragona*: Don Luis Jesús Chimen Gascón (Delegado); Comunidad Valenciana: *Alicante*: Don Joaquín Alarcón Escribano (Delegado) José Luis Miota Jarque, Inmaculada Palau Benlloch, Ángela Lara González, Inmaculada Urias Gamonal, Ricardo García Sánchez, Manuel Ruiz Martínez e Isabel Medina Velásquez; *Castellón*: Doña Carolina Lluch Palau (Delegada), don Juan Diego Montañés Lozano y doña Mónica García Guzmán; y, *Valencia*: don Antonio Montabes Córdoba (Delegado), doña María Dolores Vilanova Pelluch, don José Antonio Nuño de la Rosa Amores, doña Socorro Zaragoza Campos y doña Susana Rincón Arranz; Extremadura: *Badajoz*, don Antonio Luengo Nieto (Delegado); y, *Cáceres*: Don Juan Francisco Merino Rodríguez (Delegado); Galicia: *La Coruña*: Don Miguel Armenteros León (Delegado), don Antonio Lovera Tejedor, doña Mónica Alonso

Siguiendo el método y sistemática de años anteriores, en las líneas que siguen trataremos de reflejar la extensa y complicada labor realizada por esos ciento cinco Fiscales en el ámbito de la extranjería e inmigración.

Obviamente, por las limitaciones de espacio, lo haremos de la manera más sintética posible y siempre con la pretensión de que sirva a los fines previstos por el artículo 9.1 EOMF. Pero hay que advertir –con carácter previo– que los datos que se ofrecen sólo son fiables parcialmente¹⁰, y, que los indubitados, en todo caso, han sido obtenidos tras un esfuerzo personal extraordinario de los Fiscales Delegados de Extranjería [FDE] que deben suplir las gravísimas deficiencias de los distintos sistemas informáticos implantados en las Fiscalías territoriales.

En efecto, un año más hay que llamar la atención sobre la necesidad de implantar un completo sistema informático unificado para todas las Fiscalías, cualquiera que sea la Comunidad Autónoma donde estén ubicadas, que sea capaz de dar respuesta a las necesidades de registro y tratamiento de datos específicos de la Sección de Extranjería. En este sentido, muchas son las quejas de los FDE recibidas sobre todos los sistemas informáticos en general, y respecto de la aplicación *Fortuny* en particular, que exigen un replanteamiento urgente y coordinado entre el Ministerio de Justicia, los responsables autonómicos y la Fiscalía General del Estado.

En cualquier caso, nuestra base de datos no sólo está constituida por la información directa facilitada por los FDE y la proveniente –necesariamente corregida– de los sistemas informáticos, sino también por los registros del propio Fiscal de Sala de Extranjería, que auxiliado por sus adjuntos, recibe, estudia, analiza y archiva a lo largo de todo el año la documentación que los Fiscales Delegados remiten en las materias que se analizarán. Además tomamos en consideración los datos estadísticos imprescindibles facilitados diligentemente por

Lumbreras, doña Liliana López Siso, doña María José Cora Guerreiro y doña Beatriz Pacios Yáñez y desde junio de 2009 doña María Olga Serrano Pedrós; *Lugo*: Doña Susana Alzueta Albo (Delegada); *Orense*: Doña María del Pilar Manso López (Delegada); y, *Pontevedra*, doña Susana García Baquero Borrell (Delegada); *La Rioja*: Don Santiago Herraiz España (Delegado); *Madrid*: Don Eleuterio González Campo (Delegado), don Salvador Ortola Fayos, doña Victoria Iparraguirre y doña María Ángeles Castro Vázquez; *Murcia*: Don José Francisco Sánchez Lucerga (Delegado); *Navarra*: Doña Ana Carmen Arboniés Lenaroz (Delegada); *País Vasco*: *Álava*: Don Fernando Gómez Recio (Delegado); *Guipúzcoa*: Don Francisco Javier Larraya Astibia (Delegado) y doña Estela Rodríguez Fernández (Irún, Tolosa, Azpeitia, Eibar y Vergara); y, *Vizcaya*: Don Luis Lafon Nicuesa (Delegado). Todos ellos han sido coordinados por la Fiscalía de Sala integrada por el Fiscal de Sala y la Ilma. Sra. doña Patricia Fernández Olalla.

¹⁰ Por su trascendencia cuantitativa y cualitativa es muy relevante la falta de información general de que adolece la Fiscalía de Barcelona, debido a la ausencia de sistema alguno de registro y a problemas justificados de organización interna que no han podido ser solventados durante el año 2009 a pesar de las gestiones de nuestro FDE.

la Comisaría General de Extranjería y Fronteras y por el Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado [CICO].

II. DELITOS RELATIVOS A LA EXPLOTACIÓN SEXUAL Y LABORAL DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

1. El reconocimiento del delito de trata de seres humanos como independiente y diferenciado del delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas pronto será una realidad en España.

En esta dirección se encamina la reforma del Código Penal que —como adelantamos— ya ha sido aprobada por el Congreso de los Diputados. Es más, de hecho esta distinción ya ha sido aceptada por la Ley Orgánica 2/2009, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, al introducir no sólo un nuevo artículo 2 bis en el que se señalan separadamente como principios rectores de la política migratoria la lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas [art. 2 bis 2, letra g)] y la persecución de la trata de seres humanos [art. 2 bis 2, letra h)], sino también por incorporar en el nuevo artículo 59 bis LOEX un régimen específico de protección de las víctimas de la trata de seres humanos.

Cuando la reforma del Código Penal entre en vigor a final de año además de poder afirmar que por fin en España se persigue uno de los atentados más graves contra la dignidad de las personas y no una mera manifestación de los delitos de inmigración clandestina, se habrá establecido la necesaria cobertura legal para combatir de manera coherente tan grave delincuencia, significadamente mediante la adopción de una multiplicidad de medidas procesales e investigadoras de la más variada naturaleza, entre las que sobresalen —dada la vinculación del fenómeno con el crimen organizado transnacional— la posibilidad de llevar a cabo, en muchos casos, una instrucción y enjuiciamiento centralizado en el ámbito competencial de la Audiencia Nacional.

Mientras tanto, deberemos seguir acercándonos al análisis de este fenómeno delictivo a través del estudio combinado del delito tipificado en el artículo 318 bis núms. 2 y 3 y de los delitos con los que habitualmente entra en concurso, esto es, los delitos de explotación laboral de los ciudadanos extranjeros (art. 312.2 CP) y prostitución coactiva del artículo 188 CP (eventualmente, algún supuesto de corrupción de menores extranjeros del artículo 187 CP). Y lo haremos de manera limitada pero precisa, pues acudiremos a la información derivada de los escritos de acusación formulados por las distintas Fiscalías territoriales por esos delitos que, una vez visados, han sido

remitidos y analizados individualizadamente por el Fiscal de Sala junto a las explicaciones y datos adjuntos que los Fiscales Delegados de Extranjería de toda España han incorporado en sus respectivas memorias.

FISCAL DE SALA DE EXTRANJERÍA: ESCRITOS DE ACUSACIÓN POR DELITOS DE EXPLOTACIÓN SEXUAL

ESCRITOS DE ACUSACIÓN				VÍCTIMAS				ACUSADOS			
Art. 318 bis CP		Arts. 187/188 CP		Art. 318 bis CP		Arts. 187/188 CP		Art. 318 bis CP		Arts. 187/188 CP	
2008	2009	2008	2009	2008	2009	2008	2009	2008	2009	2008	2009
9	12	12	13	54	67	49	37	34	40	22	56
+ 33,33 por 100		+ 8,33 por 100		+ 24,07 por 100		-24,48 por 100		+ 17,64 por 100		+ 154,54 por 100	

El número de escritos de acusación presentados durante 2009 por delitos de explotación sexual ha ascendido a 25, lo que representa un aumento del 19,04 por 100 en relación con los formulados el año pasado. Asimismo, se encuentran en tramitación instructora 68 procedimientos, y han sido archivadas o sobreseídas otras 19 causas.

Igualmente han sido notificadas 18 sentencias (dos más que el año pasado), de las que 7 (38,8 por 100) han sido absolutorias. En cuatro ocasiones, el fracaso de la acusación ha derivado de la falta de prueba sobre los hechos imputados por no haber comparecido o haberse retractado de sus declaraciones sumariales la víctima del delito y ser ésta la única prueba de cargo existente; otra de las absoluciones ha derivado de la nulidad de las intervenciones telefónicas acordadas en la instrucción; y, otras dos, por la disparidad de criterios con el Ministerio Fiscal en orden a la interpretación de los presupuestos que deben concurrir en la aplicación del artículo 188.1 *in fine* CP.

En efecto, el testimonio de las mujeres explotadas en la mayoría de las ocasiones se constituye en la prueba ineludible para lograr la condena de los explotadores. Sin embargo, en demasiados casos sus declaraciones son imposibles de obtener dado el grado de sometimiento psicológico e incluso físico al que se hallan sometidas. Por ello la *identificación* de la víctima, su recuperación psicológica y su protección integral (que debería abarcar en muchos casos a su entorno familiar) se erige en una condición indispensable para el buen éxito de la investigación del delito. De nada vale que el buen hacer policial

identifique un gran número de mujeres explotadas y proceda a la detención de un importante grupo de presuntos delincuentes si, ya desde las primeras declaraciones instructoras, las víctimas potenciales no corroboran la situación de dominación a la que están sometidas o no señalan firmemente a sus explotadores.

La comprensible falta de colaboración con la policía de las víctimas de explotación sexual en general, y de trata en particular, es la causa principal por la que, a pesar de haberse realizado durante el año 2009 hasta 885 inspecciones de lugares donde existían indicios de llevarse a cabo esos delitos estimándose que al menos 6.157 mujeres eran víctimas potenciales, sólo se logró instruir 392 atestados en los que resultaron identificadas como víctimas 1.301 mujeres (21,13 por 100 de las víctimas potenciales) y se detuvo a 726 individuos.

Según los datos facilitados por el CICO, sumando las víctimas de prostitución coactiva y trata de seres humanos con fines de explotación sexual, el mayor número afectaría a ciudadanas brasileñas (24,21 por 100), rumanas (17,83 por 100), colombianas (7,84 por 100), paraguayas (6,84 por 100), nigerianas (6,22 por 100) y rusas (5,91 por 100). Según los escritos de calificación del Ministerio Fiscal, las brasileñas alcanzan el 32,03 por 100, las rumanas el 31,06 por 100 y las paraguayas el 18,44 por 100. Aunque ambas estadísticas no son puntualmente coincidentes sí son indicativas de que, primero, el mayor número de mujeres esclavizadas en España en todo caso provienen de Brasil y de Rumanía; y, en segundo lugar, de que es más dificultoso obtener la colaboración de las originarias de Rusia, Colombia y Nigeria. En todo caso, en relación con las víctimas de los delitos de explotación sexual el dato más grave y escalofriante lo proporciona el hecho de que en el año 2009 casi un 1 por 100 (10) son menores de edad provenientes de Rumanía.

ACTUACIÓN POLICIAL DELITOS DE EXPLOTACIÓN SEXUAL ¹¹				
INSPECCIONES POLICIALES		ATESTADOS INSTRUIDOS		
Realizadas	Víctimas potenciales	Número	Víctimas identificadas	Detenidos
885	6.157	392	1.301	726

¹¹ Datos obtenido del Informe sobre la Trata de Seres Humanos con fines de explotación sexual elaborado por el Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO).

El CICO informa igualmente que la nacionalidad de los detenidos por el mismo motivo es la siguiente: 40,90 por 100 son de nacionalidad española; 14,46 por 100 rumana; 7,85 por 100 brasileña; 5,50 por 100 china; 3,30 por 100 colombiana; y 2,20 por 100 marroquí. Del mismo modo la nacionalidad de acusados por los fiscales es la siguiente: 42,70 por 100 española; 29,16 por 100 rumana; y 4,71 por 100 brasileña.

El artículo 59 bis LEX (incorporado por la LO 2/2009) es un avance muy importante hacia la efectiva protección de la víctima de trata y –en la medida que propicia su colaboración– en la efectividad de la lucha policial y judicial contra este delito. Lo es porque se declara directamente aplicable el sistema de identificación de víctimas recogido por el artículo 10 del Convenio de Varsovia y porque introduce en nuestra legislación el denominado *periodo de reflexión* de al menos treinta días previsto por el citado Convenio y por la Directiva 2004/81/CE¹².

Sin embargo, aun es insuficiente al no constituir –ni poder pretenderlo– un Estatuto completo de las víctimas de trata de seres humanos tal como el que ampara a las víctimas de violencia de género (Ley Orgánica 1/2004). En efecto, en la reforma de la ley de extranjería lo que sigue prevaleciendo es la idea de garantizar la normal aplicación del derecho sancionador administrativo. Ello es así porque se limita el

¹² Artículo 59 bis. Víctimas de la trata de seres humanos. 1. *Las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para la identificación de las víctimas de la trata de personas conforme a lo previsto en el artículo 10 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005.* 2. *Los órganos administrativos competentes para la instrucción del expediente sancionador, cuando estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos, informarán a la persona interesada sobre las previsiones del presente artículo y elevarán a la autoridad competente para su resolución la oportuna propuesta sobre la concesión de un período de restablecimiento y reflexión, de acuerdo con el procedimiento previsto reglamentariamente. Dicho período de restablecimiento y reflexión tendrá una duración de, al menos, treinta días, y deberá ser suficiente para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. Durante este período, se le autorizará la estancia temporal y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiera incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas. Asimismo, durante el citado período las Administraciones competentes velarán por la subsistencia y, de resultar necesario, la seguridad y protección de la persona interesada.* 3. *El período de restablecimiento y reflexión podrá denegarse o ser revocado por motivos de orden público o cuando se tenga conocimiento de que la condición de víctima se ha invocado de forma indebida.* 4. *La autoridad competente podrá declarar a la víctima exenta de responsabilidad administrativa y podrá facilitar, a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales cuando lo considere necesario a causa de su cooperación para los fines de investigación o de las acciones penales, o en atención a su situación personal, y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley. Asimismo, en tanto se resuelva el procedimiento de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, se le podrá facilitar una autorización provisional de residencia y trabajo en los términos que se determinen reglamentariamente. En la tramitación de las autorizaciones referidas en el párrafo anterior se podrá eximir de la aportación de aquellos documentos cuya obtención suponga un riesgo para la víctima.* 5. *Las previsiones del presente artículo serán igualmente de aplicación a personas extranjeras menores de edad, debiendo tenerse en cuenta la edad y madurez de éstas y, en todo caso, la prevalencia del interés superior del menor.* 6. *Reglamentariamente se desarrollarán las condiciones de colaboración de las organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro que tengan por objeto la acogida y protección de las víctimas de la trata de seres humanos.*

ámbito subjetivo de aplicación del artículo 59 bis LOEX a las víctimas extranjeras en situación de irregularidad administrativa y porque se reconoce en exclusividad la competencia para la identificación de la víctima y la concesión de los derechos anexos a los órganos administrativos que conocen de la instrucción del expediente sancionador los cuales podrán ejercerla con un amplio margen de discrecionalidad. Por ello buena parte del éxito de su instauración va a depender de su desarrollo reglamentario y de las instrucciones que para su debida aplicación dicte la Secretaría de Estado de Seguridad¹³.

FISCAL DE SALA DE EXTRANJERÍA: AUTORES Y VÍCTIMAS DE EXPLOTACIÓN SEXUAL								
NACIONALIDAD	ACUSADOS				VÍCTIMAS			
	2008	por 100	2009	por 100	2008	por 100	2009	por 100
BRASIL	13	22,80	5	4,71	56	53,84	33	32,03
ESPAÑA	26	45,61	41	42,70	0	0	1	0,97
PARAGUAY	3	5,26	4	3,77	7	6,73	19	18,44
RUMANÍA	3	5,26	28	29,16	25	24,03	32	31,06
ÁFRICA	2	3,50	3	3,21	4	3,84	2	1,94
RESTO AMÉRICA	6	10,52	11	11,45	3	2,88	5	4,85
RESTO DE EUROPA	3	2,88	11	11,45	2	1,92	4	3,88
SIN ESPECIFICAR	1	0,96	3	3,21	7	6,73	8	7,76
TOTAL	56	100	106	100	103	100	104	100

Desde nuestra perspectiva, la introducción del artículo 59 bis LOEX en nada debe alterar las iniciativas ya adoptadas para potenciar cualquier actuación concertada entre todos los interesados en proteger a las víctimas de manera integral y perseguir efectivamente el delito, tanto institucionales (fuerzas de seguridad, administraciones estatal y autonómicas, y el Ministerio Fiscal) como sociales (significadamente las ONG) de la manera que ha estructurado con carácter general el Plan Integral de Lucha contra la Trata de Seres Humanos del Gobierno de España y ha sabido concretar de manera precisa el *Protocolo de Galicia de actuación institucional sobre adopción de medidas de prevención, investigación y tratamiento a las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual* (firmado el día 10 de enero de 2010

¹³ Obviamente, durante el año 2009 no se ha producido ninguna experiencia sobre la aplicación del precepto que pueda ser valorada. Es más, su verdadera efectividad dependerá de su desarrollo reglamentario que deberá efectuarse en el plazo de seis meses desde la publicación de la Ley (disposición final tercera Ley Orgánica 2/2009).

tras el visto bueno del Fiscal General del Estado) y que esperamos sea un acuerdo-tipo que se generalice en el resto del territorio nacional¹⁴. En esta misma dirección, por parte del Fiscal de Sala de Extranjería y sus adjuntos se han seguido manteniendo reuniones periódicas e institucionalizadas con los representantes de la Red Española contra la Trata y ha procurado que ese estrecho contacto se generalice, a nivel provincial, con el resto de los Fiscales Delegados¹⁵. Del mismo modo las comunicaciones con la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, han sido fluidas y satisfactorias¹⁶.

Por fin, quizás sea oportuno señalar en este momento, aunque sea de manera muy breve, que el Fiscal de Sala de Extranjería y sus adjuntos, además de su labor de coordinación de los fiscales en todo el territorio nacional en relación con la persecución del artículo 318 bis CP, durante el año 2009 han intensificado su colaboración institucional con las distintas Universidades españolas, con el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, con el Consejo General de la Abogacía Española, con la Agencia Española de Cooperación y Desarrollo, con Naciones Unidas (UNODC), y con otras Instituciones públicas nacionales e internacionales directamente vinculadas con nuestra actividad¹⁷.

¹⁴ El Texto completo puede consultarse en www.fiscal.es, especialista extranjería, sección «documentos y normativa».

¹⁵ La actuación de la Fiscalía de Sala de Extranjería en la coordinación de la lucha contra el delito de trata así como la constante y fructífera colaboración con la Red Española contra la Trata de Seres Humanos recibió además el reconocimiento en el informe de la OSCE correspondiente a los meses de abril a diciembre del año 2009 en el que se reconoce el esfuerzo realizado y los resultados obtenidos.

¹⁶ A ello ha contribuido decisivamente la figura del excelente comisario Don Carlos Botrán Prieto que, hasta su pase «a segunda actividad», ha dirigido ejemplarmente la Brigada Central de Redes de Inmigración. Por ello, en este momento y lugar, es de justicia reconocer que ha sido uno de los pilares más sólidos sobre los que ha descansado la lucha contra la esclavitud sexual en España, no sólo por su acreditado e indiscutido buen hacer profesional predicable de muchos de sus subordinados, sino también y sobre todo porque ha enfocado su labor diaria desde la comprensión prioritaria del drama que protagoniza un siempre excesivo número de mujeres cuya única experiencia vital ha sido la humillación, la tortura y el sufrimiento. Qué duda cabe que su inteligencia y experiencia han influido de manera decisiva en los que han participado en las iniciativas de reforma del Código Penal para perseguir con el rigor que merece la trata de seres humanos.

¹⁷ No es posible relacionar toda esta actividad. Consideramos relevantes: la Dirección del Seminario sobre la «Lucha contra la trata de seres humanos. Represión y protección de las víctimas. Creación de fiscalías especializadas» organizado por la Fiscalía General del Estado y AECID con la colaboración de UNODC, el CICO y la Fiscalía General del Estado y celebrado los días 16 a 20 de marzo de 2009 en Antigua (Guatemala). En él participaron activamente mediante la elaboración de ponencias e intervención en las mesas redondas representantes del Centro de investigación contra el Crimen Organizado (CICO), Fiscales Delegados de Extranjería españoles y colaboradores y representantes de las Fiscalías de Costa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Méjico, Nicaragua, Panamá, República Dominicana. A lo largo de la semana se abordaron en profundidad temas como los aspectos socio criminológicos del delito de trata de seres humanos, los aspectos jurídicos de la trata de seres humanos, la protección de las víctimas del delito de trata y los mecanismos de cooperación jurídica internacional en la lucha contra este tipo de delincuencia; intervención activa durante los días 22 a 26 de marzo del año 2009 en las reuniones que se desarrollaron en El Cairo (Egipto) organizadas por la UNODC en colaboración con Europol y la Agencia contra el Crimen Organizado de Reino Unido, a fin de debatir el contenido de los Protocolos o Módulos de Actuación para la Prevención y Lucha contra la Inmigración Clandestina. A dichas jornadas asistieron representantes de la Fiscalía y Cuerpos de Seguridad de EE.UU., Canadá, Francia, Holanda, Bélgica, Reino Unido, Italia, Ale-

2. La trata de seres humanos con fines de explotación laboral tiene una dimensión mucho más reducida, hasta el punto que no se ha realizado ningún escrito de acusación durante el año 2009 con ese objeto.

ESCRITOS DE ACUSACIÓN EXPLOTACIÓN LABORAL REMITIDOS A LA FISCALÍA DE SALA [ART. 312.2 CP]					
ACUSACIONES		VÍCTIMAS		ACUSADOS	
2008	2009	2008	2009	2008	2009
19	27	72	82	29	51

Como advertimos en Memorias precedentes lo que sí constituye motivo de preocupación de los Fiscales de Extranjería son los casos de explotación laboral de extranjeros tipificados en el artículo 312.2 CP.

En la generalidad de los casos se trata de supuestos de contratación abusiva de inmigrantes en situación de irregularidad por patronos o empresarios desaprensivos que, aprovechándose de la patente situa-

mania, Egipto, Argelia, Marruecos, Túnez y Libia, así como representantes de Europol, INTERPOL y UNODC y se abordaron temas de trascendental interés como el concepto y categorías de inmigración clandestina y conductas conexas; planes y estrategias de lucha contra la inmigración clandestina; diferencia en el tratamiento jurídico policial y roles de los criminales y víctimas; especiales técnicas de investigación del delito incluida la investigación contable y financiera; tratamiento legislativo en los diferentes países afectados por el fenómeno bien como países de origen o como países de destino y cooperación internacional en la lucha contra la inmigración clandestina; participación en el encuentro celebrado los días 21 a 25 de junio de 2009 en Abuja (Nigeria) sobre inmigración clandestina al que asistieron representantes de países de la Unión Europea, EE.UU. y Canadá y colaboradores de las fiscalías de Argelia, Burkina Faso, Cabo Verde, Costa de Marfil, Egipto, Ghana, Guinea Bissau, Nigeria, Senegal, Sierra Leona, así como de ECOWAS, INTERPOL, EUROPOL Y UNODC; participación activa en las Jornadas de Trabajo sobre Trata de Seres Humanos con fines de Explotación Laboral que tuvieron lugar los días 23 y 24 de septiembre de 2009 en Lisboa (Portugal) organizadas por la ILO (Internacional Labour Organization) en colaboración con el Departamento de Investigación Criminal, Vigilancia e Inteligencia portuguesa a la que acudieron Fiscales de Bélgica, Israel, Países Bajos y Reino Unido con el fin de abordar en profundidad las especialidades que plantea la investigación del delito de trata de seres humanos con fines de explotación laboral y concretamente la aplicación de los indicadores de explotación laboral elaborados en base al método Delphi; Por otra parte, en el mes de octubre la Fiscalía de Sala participó en el encuentro que tuvo lugar a instancia de la embajada de EE.UU. en España al que asistieron representantes de Vicepresidencia del Gobierno y del Ministerio de Igualdad a fin de abordar los nuevos retos en la lucha contra el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual y laboral. Igualmente se contó con nuestra participación en las Jornadas sobre Técnicas de Investigación Criminal desarrolladas los días 14 a 18 de septiembre de 2009 en la Fiscalía General del Estado con participación de representantes de las Fiscalías rumana, italiana y española; hemos mantenido constantes contactos con representantes de UNODC a fin de colaborar en el programan IMPACT tendente a apoyar la capacidad de las autoridades de los países de origen en África Occidental fundamentalmente Mauritania, Nigeria, Senegal y Malí, a fin de combatir las redes de tráfico de inmigrantes irregulares tanto desde el punto de vista legal como de políticas y programas en materia de redes criminales transnacionales que facilitan el transporte de inmigrantes irregulares desde esta zona hacia la Unión Europea; hemos organizado el curso sobre Lucha Contra la Trata de Seres Humanos con fines de Explotación Sexual celebrado los días 4 y 5 de junio de 2009 en Oviedo en el que se abordaron los temas relacionados con la investigación criminal y con la protección de testigos, con la presencia y participación de miembros de la carrera Judicial y Fiscal, UCRIF, y Red Española contra la Trata; formamos parte del grupo de trabajo que elaboró los primeros Apuntes al Borrador del Plan Integral de la Lucha contra la Trata de Seres Humanos con fines de explotación laboral conjuntamente con representantes sindicales y del Ministerio del Interior, Ministerio de Trabajo e Inmigración y Vicepresidencia del Gobierno.

ción de desventaja de los afectados, les imponen condiciones extremadamente gravosas y claramente discriminatorias en relación con los que sí se encuentran amparados por la legislación laboral.

Según nuestros escritos de acusación, aunque todas las actividades productivas y de servicios se han visto afectadas, predominan los trabajos relacionados con la construcción (33,33 por 100), hostelería y alimentación (33 por 100) y agricultura y ganadería (23,80 por 100). Los inmigrantes más afectados han sido los marroquíes y ecuatorianos (en idéntica proporción del 13,41 por 100) y chinos (9,75 por 100). Los acusados por este delito han sido mayoritariamente españoles (70,58 por 100) y, en mucha menor proporción ciudadanos paquistaníes (7,84 por 100).

La restrictiva doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo interpretando el artículo 312.2 CP unido a la incomparecencia de los testigos-víctimas al acto del juicio oral que, en muchas ocasiones, no pueden ser localizados tras la presentación de la denuncia, determina un alto grado de sentencias absolutorias. Así, durante el año 2009 se han dictado 21 sentencias —un 40 por 100 más que durante el año 2008— pero de ellas 10 han sido absolutorias —el 47,61 por 100—. Se ha condenado a 20 individuos por haber impuesto condiciones ilegales de trabajo a 54 extranjeros (un 25 por 100 más que el año anterior).

III. DELITOS DE INMIGRACIÓN CLANDESTINA

1. Muchos son los datos objetivos facilitados por el Ministerio del Interior que indican que durante el año 2009 se ha producido un descenso importante de la llegada de inmigrantes a España. Frente a los 13.425 arribados a las costas españolas en cayucos, pateras y embarcaciones similares en el año 2008, en el año 2009 lo han hecho 7.285, lo que constituye un índice a la baja del 45,7 por 100; si en 2008 fueron rechazados en los puestos fronterizos de los puertos y aeropuertos españoles 17.358 personas, en el año 2009 les han sido denegada la entrada a 12.226 extranjeros no comunitarios, lo que supone un descenso del 29,57 por 100; si en 2008 fueron expulsados de España en virtud de acuerdos de readmisión con terceros países 6.281, en 2009 la cifra ha disminuido un 18,82 por 100, siendo la cifra concreta la de 5.099; por fin, si en 2008 se produjo la devolución de 12.476, en 2009 se ha reducido a 7.526, constituyendo un descenso del 39,68 por 100 en el número de personas que trataron de entrar en España por puestos fronterizos no habilitados al efecto.

Varias son las causas concurrentes que han influido en la reducción del volumen del flujo migratorio hacia España: desde la labor

diplomática de colaboración con los Estados desde donde los inmigrantes provienen hasta la mejor dotación de medios policiales y de control, pero qué duda cabe que también ha contribuido de manera significativa la percepción en los países de origen de la crisis económica que sufre nuestro país.

El descenso del flujo migratorio ha condicionado la perceptible bajada del número de calificaciones provisionales por delito de favorecimiento de la inmigración clandestina del artículo 318 bis CP en general. En efecto, la cifra de escritos de acusación remitidos al Fiscal de Sala durante el año 2009 se ha reducido considerablemente al alcanzar la cifra de 104 –108 menos que en 2008, esto es –50,94 por 100–. Consecuentemente, también ha disminuido el número de acusados a 244 personas –178 menos que el año pasado, –42,41 por 100– y se ha podido acreditar la existencia de 3.290 víctimas, un total de 956 menos que el año 2008, lo que supone un 22,51 por 100.

CALIFICACIONES POR DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS									
Cayucos, pateras y otras embarcaciones				Ocultos en vehículos		Falsedad documental		Otras modalidades	
Mediterráneo		Canarias							
2008	2009	2008	2009	2008	2009	2008	2009	2008	2009
12	4 (–66 por 100)	60	46 (–23 por 100)	108	25 (–76 por 100)	24	13 (–45 por 100)	=	17

2. Según los datos facilitados por el Ministerio del Interior, si bien la llegada absoluta de inmigrantes sin papeles a través del traslado en cayucos, pateras y embarcaciones similares ha descendido en términos absolutos en toda España, lo cierto es que el análisis no puede desconocer que mientras en Canarias esta tendencia se mantiene de manera constante desde el año 2000, hasta el punto que durante 2009 han arribado a las costas de las islas un 75,5 por 100 menos de inmigrantes que en 2008 (2.246 y 9.181 respectivamente), no ocurre lo mismo en las costas andaluzas, murcianas, levantinas o de las Islas Baleares, pues la arribada por esos medios en 2009 ha aumentado un 18,7 por 100 respecto del año anterior (4.244 en 2008 y 5.039 en 2009). En concreto, según informa la UCRIF, a Canarias han llegado 51 embarcaciones que transportaban a 2.246 personas,

mientras que a las costas peninsulares lo han hecho 358 que llevaban a 5.004 y a las Islas Baleares 3 con 36 pasajeros¹⁸.

La persecución de los pilotos, patrones o partícipes principales del transporte de inmigrantes por medio de esos tipos de embarcaciones en las Islas Canarias alcanza un altísimo nivel debido a que en buena medida aquellos responsables son sorprendidos por el Servicio Marítimo de la Guardia Civil realizando la conducción de las embarcaciones a varias millas de las costas, porque los pasajeros habitualmente los identifican, e, incluso, porque su participación es reconocida en muchos casos por ellos mismos que confiesen haber realizado aquellos cometidos como medio de sufragar su propio transporte¹⁹. Estas circunstancias no se han dado en relación con las pateras llegadas a las costas peninsulares o a las Islas Baleares, donde en muy contadas ocasiones ha podido dirigirse la acusación contra personas perfectamente identificadas por la observación de los agentes policiales o la colaboración de los ocupantes de la patera²⁰.

3. La introducción de ciudadanos extranjeros en España ocultos en vehículos de motor, ya entre el equipaje, ya en lugares habilitados al efecto, es cuantitativamente el segundo grupo de conductas por la que hemos formulado acusaciones al amparo del artículo 318 bis CP. Todas ellas –25 calificaciones– se han realizado por los Fiscales de las Áreas de Algeciras, Ceuta y Melilla acusándose a 39 personas que pretendieron trasladar a territorio nacional a otras 41.

¹⁸ El mayor número de inmigrantes por esta vía lo constituye los argelinos 3.198 (63,46 por 100 de los llegados a la zona del estrecho e Islas Baleares, y el 43,89 por 100 del total llegados a las costas españolas); el segundo grupo lo constituyen los provenientes de Malí (600 personas) llegados a Canarias; el tercer grupo los originarios de Guinea Conakry (300 en Canarias y 174 en el Estrecho); el cuarto son los marroquíes 421 de los que 235 se han desplazado a la península y 186 a las Islas Canarias. Es evidente que muchos inmigrantes subsaharianos han optado por el durísimo trayecto por el interior de África hasta Marruecos o Argelia y desde allí embarcarse para España que tomar las antiguas rutas de cayucos desde las costas del Golfo de Guinea [han tratado cruzar el estrecho ciudadanos llegados de lugares tan lejanos como Uganda (29), Tanzania (10), Zimbabwe (45)].

¹⁹ Lo que, según las circunstancias concurrentes en cada caso, les puede hacer merecedores de la aplicación del subtipo privilegiado del Núm. 6 del artículo 318 bis CP. La FDE de Las Palmas lo explica de esta manera: «En este escenario, los patrones son, a su vez, también inmigrantes que buscan una vida mejor. Es verdad que forman el último eslabón de la cadena de autores, y son los que finalmente ejecutan las acciones que permite la inmigración, pero no tienen ningún poder de decisión respecto de la organización del viaje, o avituallamiento del barco, o sobre el tipo de barco que van a patronear. Todo el viaje está preparado por los miembros de grupos más o menos organizados que se encuentran en el continente africano».

²⁰ Durante el año 2009 se han dictado un total de 41 sentencias con absoluta coincidencia con las calificaciones del Ministerio Fiscal. La única absolución (Sentencia dictada en fecha 30 de septiembre de 2009 por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial Las Palmas en el PA 43/09) se produjo precisamente por el defecto en la identificación de los patrones de las pateras. *Para ello tuvo en cuenta que los agentes de la Policía sólo enseñaron determinadas fotos a los posibles testigos, y no todas las fotos de los inmigrantes que integraban la patera, y porque además sólo se contaba con cuatro testigos para identificar a los presuntos autores. Estas diligencias fueron alegadas como insuficientes por las defensas, y así fueron efectivamente valoradas por la Audiencia Provincial, que dictó una sentencia absolutoria.*

Es verdad que este tipo de inmigración clandestina en muchas ocasiones puede ser extremadamente peligrosa por la manera de esconderse al inmigrante y es indicativa de la existencia de una actividad profesional muy lucrativa por parte de quien realiza los cambios necesarios en el vehículo para ocultar al afectado. Sin embargo, también es un modo que utilizan familiares o amigos del afectado con la pretensión –lejos de cualquier finalidad espuria– de lograr una reagrupación familiar fuera de los cauces legales. Es por ello por lo que, caso a caso, se ha hecho necesario profundizar sobre las circunstancias concurrentes a los efectos de aminorar la responsabilidad criminal de conformidad con el subtipo privilegiado del artículo 318 bis CP.

En todo caso nos hallamos en presencia de un delito flagrante porque en todas las ocasiones la prueba deriva del descubrimiento del sujeto en su escondrijo. Por ello de las veinte sentencias dictadas enjuiciando este tipo de conductas, diez y nueve han sido condenatorias, alcanzándose un grado de coincidencia con nuestros escritos de acusación del 95 por 100.

4. La mayor parte de los trece escritos de calificación provisional contra los que transportaban a inmigrantes provistos de documentación falsa se ha realizado por las Fiscalias de Área de Algeciras, Ceuta y Melilla. En verdad si tomamos como referencia las sentencias dictadas por este motivo no se puede afirmar que en la mayoría de la veces podamos acreditar la participación del acusado en los hechos imputados, pues cuatro de las siete dictadas son absolutorias.

5. Durante el año 2009 se ha acusado en quince ocasiones a veinte individuos por tratar de favorecer la inmigración clandestina de ciento nueve personas mediante la tramitación falsaria de permisos de residencia y trabajo, visados de entrada u otras actividades similares, en muchos casos mediante la creación artificiosa de empresas y, en algún supuesto, mediante la corrupción de funcionarios. Por ello se han dictado seis sentencias, todas ellas condenatorias para los siete imputados que habían perjudicado a ochenta y ocho ciudadanos extranjeros.

En este apartado es de señalar por la novedad que representa la acusación y condena por delito del artículo 318 bis mediante la celebración de matrimonios simulados²¹.

²¹ La FDE de Santa Cruz de Tenerife lo explica brevemente: De los juicios relevantes, ha de destacarse el correspondiente a la «Operación Alondra» celebrado en la Sección VI de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife contra 15 procesadas por la comisión de un delito de promoción, favorecimiento y facilitación de la inmigración clandestina del artículo 318 bis núm. 1, 3 y 6 CP. Una de las procesadas, XXX de nacionalidad nigeriana, para la cual se decretó la prisión provisional, se concertó con las demás procesadas para organizar una red para captar a ciudadanas españolas que se encontraban en una situación de necesidad económica quienes, a cambio de unos 3.000 euros, se ofrecieron para contraer matrimonio con extranjeros en situación irregular y así facilitar su entrada en España, en algunos de los casos, se trasladaron hasta Gambia

IV. EL FISCAL DE SALA DE EXTRANJERÍA Y LA INMIGRACIÓN DE LOS MENORES DE EDAD

1. Por cuarto año consecutivo la inmigración de Menores Extranjeros no Acompañados (MENAS) llegados a España a través de pateras y cayucos ha descendido de manera muy importante. En 2009 lo han hecho 475 niños, un 52,27 por 100 menos que el año anterior.

Que haya disminuido este flujo migratorio no resta importancia a la gravedad del problema por el que los niños, huyendo de la penuria económica de sus países de origen, son trasladados por organizaciones criminales en frágiles medios de transporte poniendo en riesgo su vida.

Hoy por hoy no estamos en condiciones de conocer el número de personas que perecen anualmente en su intento de llegar a España. Sin embargo, han quedado documentados determinados episodios de notoria gravedad, como el ocurrido en febrero de 2009 cuando murieron 25 personas, entre ellas 20 menores, al naufragar una patera a escasos metros de las costas de Lanzarote.

MENAS LLEGADOS POR VÍA MARÍTIMA [Comisaría General de Extranjería y Fronteras]				
2005	2006	2007	2008	2009
797	1.378	1.172	995	475

2. La reforma del artículo 35 LOEX por LO 2/2009, en nada ha alterado el marco general de intervención de los Fiscales de Extranjería en relación con sus dos funciones específicas, esto es, la tramitación de los expedientes de determinación de edad de los extranjeros indocumentados localizados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad de cuya minoría de edad se dude y, su participación como garante del interés superior del menor en los expedientes de repatriación que se incoen por la Autoridad administrativa competente con intención de retornarlos a su familia o a instituciones tutelares del país de origen.

En el primer caso, el actual apartado tercero del artículo 35 reproduce sin cambio alguno el antiguo ordinal segundo del mismo precepto. El nuevo apartado cuarto se limita a especificar que los menores serán puestos a disposición de los órganos competentes de protección del menor *de la Comunidad Autónoma en la que se halle*.

para celebrar los matrimonios, esta procesada se encargó de realizar todas las gestiones necesarias para la efectiva celebración de los matrimonios fraudulentos, y para la obtención de la documentación necesaria para los mismos, costeando todos los gastos y obteniendo de los extranjeros que lograron finalmente una tarjeta de residencia comunitaria, una remuneración económica.

En el segundo caso, la reforma se centra, entre otros, en dos relevantes aspectos. Primero, una nueva ordenación del procedimiento de retorno de los menores extranjeros ponderando las exigencias de la efectividad con el respeto del siempre superior interés del menor, en el que expresamente se ha ordenado la directa intervención del Ministerio Fiscal. Así se ha aclarado la confusa redacción del artículo 92.4 párrafo tercero del REX («*la autoridad gubernativa pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal todas las actuaciones llevadas a cabo en este procedimiento*»)²². Segundo, regulación el derecho de audiencia del menor con el rigor que exige la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y siguiendo lo interesado por el informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de tal manera que ha reconocido la capacidad procesal a los denominados menores maduros para intervenir por sí o a través de representante por ellos designados en el proceso, o en el caso de menores de dieciséis años actuando a través de defensor judicial cuando existiesen intereses contrapuestos con el tutor²³.

3. En relación con los expedientes de determinación de edad tramitados por las distintas Fiscalías españolas durante el año 2009, aunque los datos no son completos al no ser facilitados por las Fiscalías de Segovia y Murcia, es evidente que han descendido notablemente respecto al año 2008, concretamente en un 17 por 100.

Es en las zonas costeras de Andalucía y Alicante donde se concentran el mayor número de diligencias por este motivo –45,69 por 100–, destacando la Fiscalía de Cádiz con un 22,35 por 100. En las Fiscalías de Canarias se han incoado el 14,57 por 100, lo que supone un importante descenso respecto al año 2008 cuando se alcanzó el 43,27 por 100 del total de España. En Madrid y Barcelona se han tramitado porcentajes similares –el 9,79 y 9,89 por 100 respectivamente–, mientras que en Vizcaya, Guipúzcoa y Cantabria el 9,47

²² Artículo 35.5 *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 relativa a 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, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a 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, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos.*

²³ Así el apartado sexto es redactado de la siguiente manera: «6. A los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años se les reconocerá capacidad para actuar en el procedimiento de repatriación previsto en este artículo, así como en el orden jurisdiccional contencioso administrativo por el mismo objeto, pudiendo intervenir personalmente o a través del representante que designen. Cuando se trate de menores de dieciséis años, con juicio suficiente, que hubieran manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente».

por 100. El resto de España no supera el once por 100 de las diligencias preprocesales.

Los resultados de las pruebas practicadas no han sido homogéneos en todas las Fiscalías. Así las celebradas en Santa Cruz de Tenerife han dado como resultado un menor número de menores que mayores, mientras que todas las celebradas en Aragón dieron como resultado la minoría de edad.

Instrumento fundamental de aplicación del sistema ideado por el artículo 35 LOEX lo constituye sin duda el buen funcionamiento del Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, que se encuentra a cargo de la Dirección General de la Policía (art. 111 ROEX). Su misión no sólo está dirigida a incorporar y actualizar todos los datos relativos a un MENA, sino también a implantar un sistema informático que facilite el cotejo inmediato de los datos previos a la adopción de una decisión por el Fiscal sobre la práctica de la prueba de determinación de edad. Con ello, además de asegurarse el derecho del menor a estar documentado, se evita que con el traslado a una provincia o a otra Comunidad autónoma distinta se pueda plantear nuevamente una situación de duda que obligue a acudir otra vez a la aplicación del artículo 35 LOEX.

EXPEDIENTES DE DETERMINACIÓN DE EDAD					
Incoados	Pendientes	Sin decreto	Personas sometidas a pruebas óseas		
3.198 ²⁴	6	54	Menor edad	Mayor edad	Sin datos
	0,18 por 100	1,68 por 100	1.375	764	531
			42,99 por 100	23,88 por 100	16,60 por 100

Sin embargo, su funcionamiento no es igualmente valorado por los FDE. Así mientras algunos le atribuyen una buena eficacia²⁵, otros llegan a afirmar que no tienen constancia de que dicho Registro sea

²⁴ Hay que tener en cuenta que por la Fiscalía Provincial de Valencia y Bilbao se han incoado expedientes comprensivos de varias personas. La Fiscalía de Cádiz lleva varios expedientes por persona distinguiendo entre unas diligencias de inicio y unas diligencias de seguimiento del MENA

²⁵ La Fiscalía de Valladolid manifiesta que sirve de gran ayuda, tanto a la Fiscalía de Menores de Reforma, como a los servicios de Guardia de la Capital y Provincia. La Fiscalía de Palencia expone que las actuaciones de protección y atestados vienen habitualmente con la información del menor según el citado registro. La Fiscalía de Vizcaya afirma que todos los cuerpos policiales cuando aparece un menor extranjero en sus dependencias consulta previamente a llevar a cabo cualquier actuación el mencionado registro. La FDE de Zaragoza indica «Hay que resaltar que, no siendo Zaragoza lugar de inicial llegada de los extranjeros, sino que llegan a nuestra ciudad después de arribar a Andalucía, Canarias, Ceuta o Melilla, es imprescindible la consulta al Registro de MENAS pues a muchos de ellos ya se les han practicado las pruebas en aquellas zonas de llegada, en evitación de trámites y quizá de resultados contradictorios».

utilizado o funcione en su provincia (Ávila)²⁶. Para mejorar su utilidad se han realizado algunas propuestas²⁷ entre las que resaltamos por su interés la incorporación de su ordenación en el ámbito de los protocolos de actuación conjunta entre las autoridades estatales y las autonómicas interesadas en los expedientes de determinación de la edad siguiendo el modelo ya instaurado en el ámbito de la Fiscalía de Ourense²⁸.

Efectivamente, la realización de unos protocolos de actuación conjunta entre el Ministerio Fiscal, la Administración Autonómica competente, tanto en materia de protección de menores como sanitaria, y los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad se impone como una exigencia racional dirigida a solventar los graves problemas de aplicación que origina el artículo 35 LOEX. En estos protocolos no sólo deberán reflejarse de manera unificada para todo el territorio nacional los modos de actuación de cada una de las autoridades implicadas sino también el contenido, forma y extensión de las pruebas médicas a realizar y de los informes médicos que se emitan. Esta será la única manera de terminar con la desorientación reinante acerca del modo de proceder en los expedientes regulados en artículo 35. 3 y 4 LOEX que, aunque en su núcleo básico interpretativo

²⁶ Diversas Fiscalías territoriales ponen de manifiesto algunos problemas detectados en la aplicación del Registro. Así, el FDE de Cádiz, en su elaborada memoria, destaca la resolución de algunos problemas detectados en el año 2008, exponiendo que respecto de la falta de comunicación de los números ordinales de informática como medio idóneo de identificación de los menores hasta que constase su identidad auténtica, observada en 2008, se ha comprobado que este defecto ha sido corregido en 2009, gracias a la implicación de los intervinientes y al correcto funcionamiento del SAID, siendo práctica habitual el previo cotejo policial del Registro MENA, y la inscripción posterior en el Registro, así como la comunicación del NOI asignado a la Fiscalía y al Centro de Protección en el que el menor haya sido ingresado. La detallada memoria del FDE de A Coruña incide en la, en ocasiones, deficiente utilización del Registro, lo que provoca que se parta de cero cuando un menor se cambia de Comunidad Autónoma o incluso de provincia, dentro de la misma Autonomía. Así, se describe el caso de dictarse un Decreto y, posteriormente, tener constancia de que se dictó otro respecto al mismo menor en otra provincia, tras la práctica de una nueva prueba de determinación de la edad y ello por no haberse registrado nada en el registro. Prosigue el FDE que aún registrándose el resultado de la prueba de determinación de la edad en el registro, lo que, aunque no siempre, sí parece que se hace en la mayoría de los casos, no se registra el Decreto de la Fiscalía, por lo que llegado el expediente a una nueva Fiscalía lo que habrá que hacer es solicitar a la Fiscalía de cuyo territorio provenga el menor que informe si se llegó a dictar el correspondiente Decreto. Para ello propone como solución que los fiscales tengan acceso directo al Registro y soliciten expresamente que se anote el Decreto en el mismo, haciendo constar siempre su fecha y su carácter provisionalísimo, derogándolo expresamente si procede y solicitando su borrado del Registro mencionado.

²⁷ Tales como la de instruir a la fuerzas policiales para que, en cuanto se remita el resultado de la prueba de determinación de la edad y se dicte por el Fiscal el correspondiente Decreto, que se remita a la Fiscalía justificante de haber efectuado dicha inscripción; o la de crear a nivel interno un registro de los Decretos emitidos por las distintas Fiscalías para tener un conocimiento directo de los mismos. Esto se podría hacer remitiendo a la Fiscalía de Sala copia de todos los Decretos dictados, procediendo a su registro en soporte informático, con acceso desde las Secciones de Extranjería de las Fiscalías provinciales.

²⁸ La Fiscalía de León va más lejos manifestando que siendo, sin duda, muy conveniente la realización de protocolos provinciales, quizá sería adecuada una reglamentación de tipo estatal sobre la materia en la que las únicas variantes serían mínimas y vendrían a coincidir con la distinta nomenclatura autonómica de los organismos afectados y de los centros hospitalarios.

está suficientemente resuelto por la Circular 2/2006, y la reciente Consulta 1/2009²⁹, todavía es motivo de serios conflictos³⁰.

4. La incoación de expedientes de repatriación de MENAS también ha sufrido una importante disminución durante el año 2009 (un 56,43 por 100 inferior al año 2008 en el que se incoaron 515).

²⁹ En ella se analiza minuciosamente una multitud de cuestiones básicas atinentes a la naturaleza de las pruebas radiológicas óseas e imposibilidad de ser impuestas coactivamente; los criterios determinantes para decidir sobre su aplicación previo consentimiento informado del menor; los modos de proceder de los Fiscales en caso de que el menor no autorice la práctica de la prueba; la posibilidad de modificación del decreto de minoría de edad por la concurrencia de circunstancias sobrevenidas, significadamente cuando se han presentado pasaportes o documentos de identidad contradictorios con al edad inicialmente fijada.

³⁰ Por ejemplo el establecimiento del necesario sistema de coordinación en el caso de que la Policía actuante sea la Municipal o Autonómica; sobre la necesaria obligatoriedad de comunicación al Fiscal del resultado de la prueba aunque haya determinado que es mayor de edad; sobre la unificación de los informes médicos determinando necesariamente una horquilla de edad, descartándose expresiones tales «como alrededor de 17 años, 18 años o superior, aproximada 18 años, superior 17-18 años, 18 años (o superior) con un margen de error de + - 1 año, y similares; o, sobre la posibilidad de realizar pruebas médicas complementarias. Especial significación han tenido los serios problemas habidos en el territorio foral alavés. En este sentido la Fiscalía de Vitoria informa que: «la Diputación Foral había seguido un modo de proceder del siguiente tenor: Acogía al correspondiente menor, le sometía a pruebas de determinación de edad sin acudir en momento alguno para ello a la Fiscalía y, a pesar de que en ciertos casos, la prueba ósea correspondiente daba un resultado superior a los 18 años, se acogía al extranjero como menor apoyándose, normalmente, en el pasaporte que el mismo aportaba para su identificación y que acreditaba su minoría de edad. Dichas actuaciones se comunicaban a la Fiscalía por vía ordinaria a través de las correspondientes resoluciones ordinarias de acogimiento, asunción de tutela, etc., sin problema alguno. En tanto la Diputación Foral no ponía en duda la minoría de edad del extranjero acogido, la Fiscalía de Álava se limitaba al control ordinario de la correspondiente tutela. Consecuencia de ello, la Fiscalía no ha hecho uso hasta el año 2010 de la previsión del artículo 35 de la Ley de Extranjería, por el simple hecho de que nadie se ha dirigido a ella a tal fin (...) La actuación de la Diputación Foral cambió radicalmente cuando el número de MENAS acogidos superó las previsiones de la misma. A partir de este momento, comenzó a poner en duda la edad real de los extranjeros que aportaban un pasaporte que acreditaba su minoría de edad, y que, en algunos casos, llevaban acogidos meses por la propia institución. A pesar de ello, siguió sin hacer uso del mecanismo del artículo 35 de la Ley de Extranjería y del protocolo aplicable, empleando otras vías jurídicas con el fin evidente de conseguir que disminuyera el número de MENAS bajo su tutela. Ante este cambio de criterio, la postura de la Fiscalía fue que el pasaporte era un indicio relevante de minoría de edad que, naturalmente, podría ser destruido por otros elementos de prueba más contundentes, pero que si no existían elementos de tal entidad, debía de aplicarse el principio favor minoris establecido por toda la normativa nacional e internacional aplicable en esta materia. En todo caso, se refirió a la Diputación Foral que si mantenía sus dudas, debía de dirigirse a esta Fiscalía para que, poniendo de manifiesto el motivo de sus dudas, se hiciera uso de los mecanismos del artículo 35 de la Ley de Extranjería. A pesar de dicha indicación, la Diputación Foral optó por iniciar diversos trámites para acreditar la supuesta falsedad de los pasaportes que obran en su poder. De hecho, a lo largo del año 2009 se abrieron un total de 44 diligencias de investigación relativas al estudio de los citados pasaportes, resultando que de todos los pasaportes peritados únicamente 3 resultaron ser falsos y todos los demás auténticos. En estos tres casos, por parte de la Fiscalía se iniciaron las oportunas acciones penales. Visto el fracaso de la anterior estrategia, la Diputación Foral optó por denunciar penalmente a todos los MENAS cuya prueba ósea (llevada a cabo sin respetar los requisitos y garantías exigidos por la normativa de extranjería y la Consulta 1/2009, de la Fiscalía General del Estado) era de 19 años, alegando que había existido una falsedad en documento oficial, en referencia al pasaporte de cada uno de ellos. Ante este modo de proceder, contrario a la normativa y a los protocolos aplicables en el Territorio Histórico de Álava (que son los mismos que se aplican a nivel nacional y en los otros dos territorios históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco), la Fiscalía optó por informar en contra de la continuación de procedimiento penal por estos hechos. Los distintos Juzgados de Instrucción, haciendo suyo el criterio de la Fiscalía, optaron por archivar todas las denuncias interpuestas por la DFA contra los MENAS, resoluciones que fueron recurridas en apelación por el órgano administrativo y desestimados los recursos por la Audiencia Provincial». Por fin, ante el fracaso de todas sus estrategias alternativas, en el mes de febrero de 2010 tiene entrada en esta Fiscalía por primera vez, una solicitud formal de la Diputación Foral para la aplicación de los mecanismos previstos en el artículo 35 de la Ley de Extranjería a un total de 80 MENAS, hallándose en el momento de cerrar esta memoria los distintos expedientes en tramitación.

EXPEDIENTES DE REPATRIACIÓN DE MENAS COMUNICADOS A FISCALÍA			
INCOADOS	INFORMADOS	EJECUTADOS	RECURRIDOS
224	30	11	0

Málaga, Melilla, Cádiz y Ceuta han concentrado el 70,90 por 100 de los expedientes incoados. A su vez, Valencia con 5 repatriaciones ejecutadas, supone el 41,66 por 100 del total de repatriaciones materializadas en España. Sin embargo, ocho de los menores repatriados lo han sido al margen del artículo 35 LOEX dado que, como niños rumanos, son ciudadanos de la Unión Europea. Otros dos eran de nacionalidad colombiana y uno ucraniano. Ningún menor africano ha sido repatriado.

Las causas de la escasa utilización de este medio de repatriación fundamentalmente derivan de la imposibilidad de garantizar un retorno del menor con las garantías que exige su condición y que relaciona el artículo 35 LOEX que deben ser acreditadas por las autoridades consulares o diplomáticas de origen cuya colaboración muchas veces es nula³¹. De todas formas desde las distintas Delegaciones y Subdelegaciones de Gobierno se suele renunciar a este expediente cuando el menor afectado se encuentra en una edad cercana a los dieciocho años por no resultar operativo tramitar el procedimiento.

³¹ Ello no significa que tanto desde la Fiscalía de Sala como desde otros órganos territoriales no se favorezca la coordinación institucional con objeto de facilitar el retorno del menor a su familia estructurada por ser conveniente al desarrollo sostenido de su personalidad. Nuestra función, por imperativo legal, no es otra que velar por que se valore convenientemente el interés superior del menor y se respeten escrupulosamente las garantías procedimentales que le asisten. Esto es lo que ha realizado La Fiscalía de Pontevedra cuando expone como en la reunión celebrada en Vigo entre representantes de la Fiscalía, de la brigada de extranjería de Pontevedra y de los servicios de protección de menores se acordó la potenciación de los expedientes de repatriación de menores (siempre que concurren las condiciones de seguridad y amparo requeridas). Para ello se acordó que, una vez asumida la tutela por la Xunta, la brigada de extranjería y documentación de Pontevedra incoaría en la subdelegación de gobierno un expediente preliminar de repatriación, en cuyo marco solicitaría los datos precisos a embajadas y consulados, a través de las autoridades centrales. La Fiscalía de La Coruña resalta como el protocolo se cumple y que al menor en cuanto se le practica la prueba de determinación de la edad, se le reseña y se le toma manifestación en presencia de un representante de la Xunta de Galicia, como tutora o guardadora del menor, y de un abogado. Si las pesquisas iniciales dieran resultado positivo, se incoaría un expediente de repatriación cuya iniciación sería notificada al Ministerio Fiscal, a protección de menores y al propio menor de manera personal, y preceptivamente si hubiera cumplido los 16 años. En todo caso, el resultado positivo o negativo de las gestiones realizadas en dicho expediente preliminar, será comunicado tanto a los organismos de la Xunta como al Ministerio Fiscal. A su vez, la Fiscalía de Cantabria destaca la coordinación existente entre la Fiscalía de Menores y la Delegación del Gobierno de Cantabria, articulada a través de una reunión trimestral de sus representantes para tratar las cuestiones e incidencias que en el tema de repatriación de menores puedan surgir, así como un Convenio con el Colegio de Abogados de Cantabria en orden a garantizar la asistencia letrada a los menores incurso en estos procedimientos.

REPATRIACIONES DE MENAS EJECUTADAS [Comisaría General de Extranjería y Fronteras]				
2005	2006	2007	2008	2009
61	111 (+ 81,96 por 100)	26 (– 76,57 por 100)	10 (– 61,53 por 100)	11 (+ 10 por 100)

5. Aunque la materia corresponde a las Fiscalías de Menores y ha sido abordada decididamente por la Excm. Sra. Fiscal de Sala que las coordina³², no queremos terminar este apartado sin recordar que todavía durante el año 2009 no se ha concedido a los menores extranjeros el derecho a la correspondiente documentación que les concede el artículo 35 LOEX. Ello es como consecuencia de una interpretación errónea –a juicio de la Fiscalía– de ese precepto en relación con lo prevenido en el artículo 92.5 del Reglamento. Muchos FDE se quejan de tan grave situación con argumentos de peso³³.

V. LA SUSTITUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD POR LA EXPULSIÓN

1. Durante el año 2009 se presentaron 5.384 escritos de acusación con solicitud de sustitución de la pena inferior a seis años por expulsión; 95 escritos de acusación con solicitud de sustitución de la pena superior a seis años de prisión por expulsión y 166 escritos de acusación con petición expresa de cumplimiento de la pena en centro penitenciario español. En el año 2008, de acuerdo con los datos facilitados a la Fisca-

³² En oficio interno a los Fiscales de Menores de 24 de abril de 2008 ya estableció que el plazo del artículo 92.5 REX operaba como límite máximo y no como término *a quo* procediendo la integración del menor (del que la documentación es presupuesto estable) una vez que el retorno al país de origen resulta imposible. En consecuencia se excita a los fiscales para que velen por la concesión de documentación a los menores y, en concreto, de la autorización de residencia instándola por propia iniciativa de la Administración Pública que asumió la tutela del menor.

³³ El FDE de La Coruña expone que «En el ámbito de nuestra Fiscalía no se ha ejecutado la repatriación ni una sola vez en los últimos años, por lo que ya se sabe desde un primer momento que no se va a llevar a cabo la misma; ¿qué sentido tendría entonces tener al menor esperando la obtención del permiso que se sabe que se le va a conceder?; y ello teniendo siempre presente que su situación en España es plenamente regular al estar tutelado por la Admón. Si interpretamos las normas con base en el principio superior del menor, habrá que interpretar el plazo como un mandato de celeridad a las autoridades y no como algo restrictivo y limitativo para el menor; de modo que no debería haber inconveniente en otorgar al menor el permiso de residencia antes de los 9 meses (...) habrá que insistir cuanto sea necesario a la Administración para que se otorguen los permisos de residencia de forma inmediata a los menores respecto de los cuales está claro que no van a ser repatriados (la inmensa mayoría)». La Fiscalía de Córdoba expone como «En relación a los menores tutelados, siguiendo las instrucciones de la Fiscalía Delegada de 28 de abril pasado, se viene solicitando información a la entidad pública sobre las gestiones realizadas para la obtención de su documentación en España o bien de su futuro laboral». El FDE de Jaén expone que «se deniegan algunos permisos de residencia en base a los “antecedentes policiales” del menor, lo que nos parece que no es de recibo ya que, al igual que la Fiscalía de Menores, tenemos claro que los menores no pueden tener antecedentes penales y tampoco pueden tener antecedentes policiales. Esta interpretación se ha hecho llegar de forma contundente a las Oficinas gubernativas y policiales de extranjería».

lía de Sala, las acusaciones que solicitaron la sustitución de la pena de prisión por expulsión fueron 7.551; cifra que comparada con las 5.479 del año 2009 supone un descenso del 27 por 100.

En el año 2009 se solicitó la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión mayoritariamente en delitos de robo con fuerza y violencia e intimidación (19 por 100) y violencia de género y doméstica (19 por 100), seguido de los delitos de falsedad (12 por 100), delitos contra la propiedad intelectual (12 por 100) y contra la salud pública (9 por 100). Comparando estos datos con los del año 2008 se observa que ha descendido nada menos que en el 60 por 100 las solicitudes de expulsión de extranjeros acusados por delitos contra la seguridad vial, habiendo aumentado en un 52 por 100 la solicitud de expulsión de extranjeros acusados por delito de hurto.

Según datos facilitados por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias [DGIP] de un total de 870 extranjeros afectados por la expulsión sustitutiva de la pena se encontraban en prisión lo que determinó su excarcelación. Según esta misma fuente 249 internos fueron excarcelados para cumplimiento de condena en su país de origen y 500 para disfrute de la libertad condicional en su país de origen en aplicación del artículo 197 del RP.

2. Durante el año 2009 ha tenido una aplicación normalizada, según se desprende de los escritos de acusación del Ministerio Fiscal, la petición de sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a los ciudadanos extranjeros no residentes por la expulsión del territorio nacional. La solicitud de sustitución de la pena por expulsión sigue siendo la regla general, mientras que las excepciones responden a una pauta interpretativa coherente y coordinada (determinados delitos contra la salud pública, contra la libertad sexual, graves delitos de robo con violencia o en casa habitada) según la doctrina contenida en la Circular 2/2006 FGE³⁴ y la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo³⁵.

³⁴ Insisten algunos FDE (Huesca, Zaragoza) en la conveniencia de solicitar la no sustitución de la pena por expulsión cuando analizadas las circunstancias del caso se deduce que el acusado únicamente ha venido a España con la finalidad de delinquir o cuando se puede deducir que la sustitución de la pena por la expulsión no solo conduce a la impunidad sino en ocasiones a facilitar la continuidad delictiva al facilitar al acusado el mantenimiento de sus contactos internacionales; o en general como señala con buen criterio la Ilma. Sra. doña Teseida García García FDE de Las Palmas «en los supuestos en que concurran circunstancias especiales, –esto es, que por la naturaleza del delito cometido se entienda que la expulsión sólo beneficia al propio extranjero que elude de esta manera el cumplimiento de la pena con nefastos efectos criminógenos– como casos de tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud en los que los acusados llegan a las costas de la provincia en zodiacs procedentes generalmente de Marruecos, o bien a supuestos de abusos sexuales en los que la víctima tiene derecho a un juicio y un resarcimiento moral, o graves casos de robos con violencia».

³⁵ Señala el Sr. don Juan Andrés Bermejo FDE de Málaga que «los resultados que se buscaban con la incorporación en el CP del artículo 89 y la última reforma del mismo operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, han sido pobres, ante los conocidos problemas de documentación y la reticencia de los

La valoración del *arraigo* del ciudadano extranjero como circunstancia que puede condicionar la previsión legal de sustitución de la pena sigue siendo una de las cuestiones más controvertidas según informan los diferentes FDE. En este sentido el FDE de La Rioja denuncia el criterio manifiestamente contradictorio no sólo con la literalidad del precepto sino también con la doctrina emanada del TEDH de alguna resolución judicial que se ha opuesto a la expulsión por el solo hecho de que el condenado dispone «*de domicilio y núm. de contacto*». Desde otra perspectiva, el FDE de Vizcaya señala que la problemática se complica cuando el condenado lo es por delitos de violencia de género y el arraigo alegado por el interesado se edifica precisamente sobre la relación familiar en cuyo seno ha surgido el delito cuya pena se trata de sustituir por la expulsión³⁶.

órganos jurisdiccionales de autorizar en unos casos o de sustituir la pena privativa de libertad en otros, por el temor de condonar el delito o las consecuencias del mismo, para no propiciar con ello un trato desigualitario con relación al ciudadano español, de país asociado o del espacio europeo, que comete igual hecho delictivo, o para evitar que se haga de mejor condición al extranjero de un tercer Estado que lo comete, con relación a aquél que únicamente debe responder por la comisión de una infracción de tipo administrativo. La práctica en definitiva ha demostrado, que los efectos que se consiguen atendiendo a la voluntad del legislador son diametralmente opuestos a los que la exposición de motivos de la norma predica. En el caso de la expulsión judicial, fundamentalmente, por haber limitado la sustitución de las penas, exclusivamente a las penas privativas de libertad. Además, muchos de los problemas prácticos que se plantean se deben a la tendencia que tiene el legislador a mezclar la política de extranjería con la política criminal, cuando ambas responden a fines claramente diferenciados, como se ha encargado de señalar el propio Tribunal Constitucional. Dicha falta de delimitación se traduce en una normativa administrativa plagada de datos con relevancia penal –sirva a título de ejemplo la prohibición de entrada para los reclamados por causas penales [art. 10.c) RE], la no-autorización de residencia temporal si hay antecedentes (art. 31.4 LOE), la no-autorización de trabajo si hay antecedentes [art. 50.f) RE], la autorización para la expulsión administrativa de extranjeros infractores cuando los mismos además aparezcan imputados o procesados (art. 57.7 LOE) y la expulsión administrativa una vez cumplida la condena–, o bien, en una normativa penal, como la que nos ocupa, regulada en el código penal, de naturaleza incierta, que no responde a ninguno de los tradicionales fines que toda pena o medida de seguridad lleva consigo y a la que se anuda consecuencias de tipo administrativo que el propio artículo se encarga de determinar, nos referimos a la sustitución de la pena privativa de libertad para los no residentes por su expulsión judicial (art. 89 del Código penal) y la sustitución de la medida de seguridad cualquiera que sea su naturaleza, impuesta a un extranjero no residente por su expulsión igualmente judicial (art. 108 del Código Penal), todo ello complementado con la previsión contenida en la disposición adicional 17 de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, sobre reforma parcial de la LOPJ referida a la “Comunicación interorgánica y ejecución provisional de penas y medidas de seguridad”».

³⁶ La SAP de Vizcaya núm. 940/09, de 6 de octubre de 2009, en un delito del artículo 153.1 CP manifiesta «*Alega como arraigo dos hijos menores de edad, que nacieron en Bolivia y la propia pareja, precisamente la víctima de los actos por los que ha sido condenado. Es evidente que no concurre arraigo alguno que pueda evitar la sustitución de la pena*». La SAP de Vizcaya de 18 de mayo de 2009 estima el recurso del Fiscal señalando «*si con ocasión de la comisión de otro tipo de delitos hemos afirmado que no basta con la existencia de una relación afectiva, incluso aunque esté formalizada y haya dado lugar al nacimiento de hijos en común, ante la evidencia de la falta de acreditación del vínculo en todas sus manifestaciones, incluido el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la patria potestad, mucho más habremos de llegar a la conclusión en un caso como el enjuiciado en que precisamente el reproche penal se centra en el quebranto de los bienes jurídicos de la pareja del acusado, en una grave vulneración de los caracteres propios de la relación que se alega y que el ordenamiento protege (...). La relación de pareja e incluso la paternidad habrán de ser, pues, objeto de una consideración muy especial en la valoración del arraigo obstativo de la expulsión en esta clase de delitos (...)* Al folio 70 encontramos manifestaciones relativas al menos a tres episodios anteriores a los hechos que nos ocupan en los que la víctima refirió haber sido objeto de graves agresiones. Además, por otro lado, como se refleja en la sentencia, la denunciante fue preguntada por su relación con él, que antes eran pareja pero que en ese momento no, manifestando igualmente su intención de reanudar la relación sentimental

Sin embargo, y sin necesidad de recurrir al argumento del arraigo, se han observado diversas soluciones «alternativas» procedentes de los Jueces y Tribunales sentenciadores que han eludido la aplicación de la expulsión sustitutiva por muy variados cauces: en ocasiones se procede por el Juez sentenciador a sustituir la pena privativa de libertad por multa o trabajos en beneficio de la comunidad de tal manera que de esta forma la expulsión queda frustrada, posibilidad ésta que se reitera de manera preocupante en el ámbito de los Juzgados de lo Penal de Madrid; en otros casos, tras acordar en el fallo de la sentencia la imposición al acusado de una pena privativa de libertad, inmediatamente después se procede a suspender su ejecución en contra de lo directamente prevenido por el artículo 89 CP. Incluso ha habido ocasiones en las que parece exigirse una prueba incomprensible ya que a pesar de haber sido oído y preguntado, y reconocer el acusado su falta de residencia legal, se ha desestimado la petición de sustitución de la pena por expulsión con el argumento de la situación irregular no ha resultado debidamente acreditada³⁷.

Son causas de interpretaciones contradictorias, acerca del cumplimiento de la audiencia del interesado previo a la decisión sustitutiva, los supuestos de incomparecencia voluntaria del acusado a juicio que había sido debidamente citado. No todos los jueces consideran suficiente para la salvaguarda de los derechos del acusado el que la petición de sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión haya sido incluida en el escrito de calificación provisional del Ministerio Fiscal³⁸.

Se siguen dando frecuentes casos en los que la carencia de datos en el atestado impide al Ministerio Fiscal conocer la situación admi-

con el acusado. La fecha del juicio oral, por tanto, no existía propiamente una relación sentimental con los caracteres propios de una relación de pareja, ni tampoco una situación de normalidad en el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. Es obvio, por último, que en esa situación interfiere no sólo la orden de protección sino incluso las prohibiciones establecidas en la sentencia como penas accesorias, como lo es también que todas estas previsiones responden a designio de protección de la víctima, finalidad nada despreciable, a la vista de los hechos relatados en la sentencia e igualmente señalados por la denunciante en su declaración inicial, que también puede cumplir la sustitución de la expulsión».

³⁷ La SAP de Madrid (Sección 27) de fecha 19 de enero de 2009 dictada en segunda instancia, desestima el recurso de apelación interpuesto por el MF contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 9 de Madrid que no aplicó la sustitución de la pena. La Audiencia Provincial tras una extensa referencia a la doctrina del TEDH y de la Sala II del TS viene a ratificar la tesis del juzgador a quo consideró que no se había «llevado a cabo el correspondiente trámite de audiencia que permita ponderar las circunstancias personales del acusado y mas concretamente su situación familiar; pues aunque efectivamente por el Ministerio Fiscal se efectuaron preguntas sobre su situación en España al acusado y contestando las mismas dijo carecer de permiso de residencia y trabajo en nuestro país desde el año 2004 y trabajar de afilador; tales extremos en absoluto han resultado acreditados, habiendo por ello de ratificarse en este punto la resolución de instancia».

³⁸ El tema al que ya se aludía en la Memoria del año 2008 fue nuevamente recordado en las Jornadas de FDE celebradas en Oviedo en el mes de octubre de 2008 habiéndose aprobado como conclusión núm. 6 que «Si en el escrito de calificación provisional se ha solicitado la sustitución de la pena por expulsión y el acusado extranjero conoce personalmente dicha petición, ello supone un cumplimiento del trámite de audiencia en aquellos casos en que el extranjero voluntariamente decide no comparecer a juicio, por entender que ha tenido ocasión de conocer la petición contra él dirigida y la posibilidad de alegar lo que a su derecho conviene».

nistrativa del detenido en España, lo que provoca, sobre todo en el ámbito de los Juicios Rápidos, que no sea posible realizar petición alguna sobre la sustitución de la pena por expulsión³⁹. Esta carencia de datos que, por falta de coordinación con el Cuerpo Nacional de Policía, aparece cuando instruyen el atestado la Policía Local o la Guardia Civil, es reflejada con preocupación por los FDE de Cádiz, Huelva, Málaga, Zaragoza, Las Palmas, Santa Cruz de Tenerife, Albacete y Badajoz. En ocasiones, los problemas se vienen solucionando mediante comunicación directa con las Brigadas de Extranjería. Cuando ello no es posible o no da fruto, la posibilidad de expulsión se ve simplemente abocada al fracaso. Ante tal situación se han alzado voces absolutamente autorizadas que sugieren una revisión del criterio según el cual es el Ministerio Fiscal quien ha de cargar con la prueba de la situación de irregularidad administrativa del acusado⁴⁰.

En cualquier caso por el momento se ha recordado a los FDE, para su conocimiento y utilidad, que la Secretaría de Estado de Seguridad ha dictado Instrucciones precisas con el fin de obtener la necesaria y debida coordinación entre Guardia Civil y la Policía Nacional; por otra parte, paralelamente se han iniciado conversaciones con el Ministerio del Interior para posibilitar el acceso de los fiscales a las bases de

³⁹ Excepción digna de ser mencionada es la que expone el FDE (Guipúzcoa) que señala en su Memoria la buena coordinación de la Policía Autónoma Vasca y la Guardia Civil de San Sebastián con el CNP al mantenerse los acuerdos que a tal fin se alcanzaron hace ya cinco años.

⁴⁰ En tal sentido el D. Juan Andrés Bermejo FDE Málaga señala en su Memoria: *“El que el Ministerio Fiscal tenga la obligación de acreditar mediante el correspondiente certificado de las Brigadas de Documentación y Extranjería respectiva, la situación administrativa del extranjero, en virtud “del principio de presunción de inocencia y la teoría de la carga de la prueba”, resulta complicado, máxime en aquellos supuestos en que la detención y el consiguiente señalamiento de juicio rápido no lo lleva a cabo, lo cual es lo habitual por la tipología delictiva, la Policía Nacional, sino la Guardia Civil o la Policía Municipal, los cuales al carecer de competencias administrativas en materia de extranjería, citan o ponen a disposición a los detenidos sin haber acreditado su situación administrativa y sin pasar previamente por los grupos de Extranjería y Documentación de las Brigadas Provinciales; La situación se torna imposible, si la detención se lleva a cabo en un pueblo o una localidad donde no se disponen de los medios necesarios para acreditar la situación del extranjero en nuestro país. Consideramos, como ya hemos puesto de manifiesto en memorias anteriores que al igual que a un nacional mediante su correspondiente DNI, es al extranjero al que le corresponde acreditar su situación administrativa, obligación que se deriva de las disposiciones contenidas en la Ley de Seguridad Ciudadana al disponer que todo ciudadano extranjero está obligado a portar el pasaporte o documento de viaje que acredita su situación en España. La teoría de la carga de la prueba y el principio de presunción de inocencia operan en cuanto a la valoración de unos hechos de relevancia penal para condenar o absolver a cualquier ciudadano pero no deben operar para acreditar cual es su identidad y su situación administrativa. Al seguirse el criterio establecido en la Circular 2/2006, resulta muy difícil en un servicio de guardia – especialmente las guardias de 12 horas- acreditar en el supuesto de sentencia firme, lo cual sucede si hay conformidad, cual es la situación del extranjero en nuestro país, dado que el certificado de la policía no siempre se consigue con la adecuada celeridad- especialmente en fin de semana, situación que además se ve agravada porque ya no resulta de aplicación el artículo 57.7 de la LO de extranjería, puesto que en cuestión de minutos no nos encontramos ya en presencia de un extranjero imputado o procesado por delito con pena inferior a los seis años de prisión, sino de un extranjero en situación irregular condenado en virtud de sentencia firme (Artículo 89 CP). Además no se tiene en consideración, que en muchos supuestos la policía no puede certificar cual es la situación de dicho extranjero en nuestro país, pues la situación de regularidad o irregularidad del mismo se contiene en su pasaporte o documento de viaje el cual normalmente está en posesión del ciudadano extranjero.*

datos policiales de extranjería, reivindicación ésta que realizan de forma generalizada los FDE en sus Memorias.

No podemos dejar de referirnos a una tendencia, que arranca en el año 2004 y se ha ido extendiendo, cual es la de compatibilizar el cumplimiento de la pena con la expulsión del territorio español en caso de penas inferiores a 6 años de prisión. Recuerda en su Memoria el FDE de Bilbao que *«bajo el principio de prevención general y evitación del sentimiento de impunidad, en estos supuestos (tráfico de drogas) en ocasiones la Audiencia de Vizcaya ejecuta la mitad de la pena y a continuación procede a la expulsión»*⁴¹. Lo mismo se ha producido también en el ámbito de la Audiencia de Madrid donde el Pleno de la Junta de Magistrados del Orden Penal de 25 de mayo de 2004 adoptó el acuerdo de considerar que dado que una aplicación rutinaria y automática del artículo 89.1 del CP pudiera promover de forma incomprensible la comisión de delitos graves dentro del territorio nacional por ciudadanos extranjeros, *«cuando las penas sean superiores a los tres años no se estima razonable la concesión de la expulsión hasta que se cumpla la mitad de la pena»*.

En general, el pronunciamiento judicial sobre la sustitución de la pena por expulsión ya sea a favor de la misma o en contra, se incluye en el fallo de la Sentencia condenatoria siendo escasos los supuestos en los que tratándose de penas inferiores a seis años de prisión se ha diferido este pronunciamiento a la fase ejecutoria. Resulta digna de mención la frecuencia con la que en el ámbito de los Juzgados de lo Penal de Bilbao se acuerda la expulsión sustitutiva de la pena para añadir a continuación en el fallo de la sentencia la leyenda *«salvo que el penado acredite arraigo en ejecución de sentencia»* creando de facto una figura jurídica de nuevo cuño que no encuentra acomodo legal⁴². En algunas ocasiones, si bien cada vez en menor medida, la sentencia omite cualquier pronunciamiento sobre la expulsión oportunamente solicitada por el Fiscal⁴³.

⁴¹ AAP de Vizcaya (Sección 1ª) de 12 de noviembre de 2009 entre otros.

⁴² Puntualiza el FDE de Vizcaya que *«La SAP de Vizcaya 873/09, de 24 de noviembre de 2009, estima el recurso del Fiscal. Habiendo efectuado el penado diversas alegaciones de arraigo en el acto del juicio oral expone “Pues bien, ha de convenirse con el Ministerio Público que no cabe dejar sin efecto la expulsión por una posterior acreditación de arraigo ya que ante la calificación del Ministerio Fiscal, solicitando la sustitución de la pena de prisión por la expulsión, el acusado ha sido oído o ha podido ser oído a estos efectos en el acto del juicio y asistido de su defensa ha tenido la oportunidad de oponerse a tal petición así como de presentar prueba para acreditar el arraigo. De hecho la defensa en ese acto aportó diversa documentación en ese sentido con lo que la juzgadora debió pronunciarse al respecto y no diferir la decisión para la fase posterior de ejecución. Y en todo caso su decisión lo que nos lleva a pensar es que no ha considerado la prueba practicada suficiente para tener por acreditado el arraigo, de suerte que no probada su existencia, no cabe abrir en ejecución de sentencia un nuevo incidente con el mismo fin”. La Resolución elimina el segundo párrafo “Salvo que en ejecución de Sentencia acredite arraigo”»*.

⁴³ Este supuesto fue ampliamente debatido en las Jornadas de FDE celebradas en Oviedo aprobándose que *«en los casos en que la sentencia condenatoria omite cualquier pronunciamiento o referencia a la sustitución de pena por expulsión debidamente formulada por el Ministerio Fiscal, éste deberá solicitar*

Otra problemática específica derivada de la interpretación del artículo 89 CP es la que señala D. Francisco Javier Larraya Astibia FDE de Guipúzcoa: la concurrencia de una sentencia condenatoria que ha decidido la expulsión y otras en las que ha sido negada estando cumpliendo efectivamente la condena⁴⁴.

Por último, no podemos dejar de mencionar el problema aludido expresamente por el FDE de León cual es la defectuosa notificación al MF de las expulsiones efectivamente materializadas⁴⁵.

2. La aplicación de la Disposición Adicional 17.^a de la Ley Orgánica 19/2003, puede plantear dificultades por la falta de documentación del extranjero condenado con pena sustituida e ingresado en Centro Penitenciario a la espera de ser expulsado (Almería, Málaga, Guipúzcoa y Zaragoza). Ello explica que las expulsiones que se ejecutan sobre la totalidad de las acordadas representan un mínimo porcentaje y que llegados a este punto se considere que la expulsión de España deviene inejecutable procediéndose a decidir sobre la suspensión o el cumplimiento de la pena aplicando a estos efectos lo dispuesto en el artículo 89.1 párrafo último CP⁴⁶.

aclaración de la sentencia cuando proceda (art. 161 LECrim), o en su caso interponer recurso de apelación» [Conclusión núm. 9].

⁴⁴ Expone el FDE de Guipúzcoa: *La Circular 2/2006, no se refiere expresamente a este supuesto sino que bajo el epígrafe 1.10 «Pluralidad de causas abiertas» se refiere al supuesto de que el extranjero con pena de prisión sustituida por expulsión tenga otras causas pendientes de enjuiciamiento, es decir, en fase de instrucción. Para este supuesto la Circular prevé que se solicitará de los respectivos Juzgados que estén instruyendo la causa la autorización prevista en el artículo 57.7 LE y para el caso de no concederse tal autorización se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 89.1 párrafo último, es decir, considerar inejecutable la expulsión. Para el problema ahora planteado (que el extranjero tenga causas pendientes no en fase de instrucción sino ya con sentencia condenatoria de prisión no sustituida por expulsión) son posibles dos soluciones: a) mantener la expulsión de España pero retrasar su ejecución hasta que cumpla las penas de prisión pendientes; o b) considerar inejecutable la expulsión –art. 89.1 párrafo último del Código Penal– y proceder al cumplimiento o suspensión de la pena de prisión originariamente impuesta. Esta Fiscalía, a salvo mejor criterio, se ha decidido por la primera posibilidad, es decir, mantener la sustitución pero retrasar la ejecución de la expulsión hasta el cumplimiento de las penas de prisión pendientes. Aunque la ley no prevé esta circunstancia, el artículo 89.1 párrafo último CP requiere textualmente para cumplir la pena de prisión originariamente impuesta que la expulsión “no pudiera llevarse a efecto”. En el presente supuesto, la expulsión puede llevarse a efecto una vez cumplidas las penas de prisión no sustituidas impuestas en otros procedimientos. No es propiamente una imposibilidad de llevarse a efecto la expulsión sino un aplazamiento de la ejecución. Por todo ello no se aprecia razón de fondo que impida aplazar la materialización de la expulsión del artículo 89 CP. Este es asimismo el criterio que se ha seguido por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa.*

⁴⁵ «Se observa con excesiva frecuencia que la comunicación de la expulsión sustitutiva del cumplimiento de penas privativas de libertad realizada por los funcionarios policiales a los Órganos Judiciales se incorpora sin más a la Ejecutoria sin que se notifique al Ministerio Fiscal. El control que se realiza al efecto resulta eficaz respecto de las expulsiones que se ejecutan dentro del ámbito territorial de nuestra Fiscalía porque las Comisarías de Policía se encargan de la notificación directa de dichas expulsiones a nuestro Servicio de Extranjería, pero nos mantiene ignorantes de las que se producen desde otros territorios.»

⁴⁶ Don Alejandro Velasco FDE de Almería informa de que han sido varias las Ejecutorias en que el penado, ingresado en prisión en aplicación de la mencionada disposición adicional, no es expulsado; habiéndose informado por los Fiscales en varias ocasiones de forma contraria a la materialización de la expulsión por haber cumplido el penado buena parte de la condena sin procederse a dicha expulsión, por entender que en tal caso se estaría produciendo una doble sanción penal: cumpliría la pena privativa de libertad y además cumpliría con la sustitución de dicha pena –cumplida en parte– por la expulsión. Otra cosa es que administrativamente y en aplicación del artículo 57.2 de la Ley de Extranjería se incoe al extranjero condenado con

Otras disfunciones que se han producido en la aplicación de la Disposición Adicional son las denunciadas, como supuestos excepcionales, por la Fiscalía de Las Palmas, en que de manera errónea se acordó por parte de Jueces, tanto de lo Penal como de Instrucción, la ejecución de la pena privativa de libertad en un Centro de Internamiento hasta tanto se produjera la expulsión del extranjero, interpretando erróneamente lo dispuesto en nuestra legislación⁴⁷.

3. De acuerdo con los datos facilitados por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en los últimos ocho años el número de extranjeros encarcelados ha crecido un 300 por 100. En 2009, los extranjeros presos, en el 90 por 100 varones, suman aproximadamente el 35 por 100 del total de la población reclusa⁴⁸.

En las Jornadas de FDE celebradas en Oviedo ante la constatación de que en un buen número de casos se omitía en el escrito de calificación cualquier mención a la expulsión sustitutiva, se puso de manifiesto la absoluta necesidad de corregir esta práctica a fin de que se

pena privativa de libertad superior a un año expediente gubernativo de expulsión, cuestión que quedaría fuera de la correspondiente Ejecutoria penal. Por su parte don Juan Andrés Bermejo FDE de Málaga señala: *«En muchas ocasiones, por no decir la mayoría de las veces, el penado extranjero carece de documentación, bien porque nunca la ha tenido, bien porque la ha destruido u ocultado para evitar su posible expulsión, buscas y capturas etc. Tal ausencia de documentación y las lógicas dudas existentes sobre la verdadera nacionalidad e identidad del mismo, dificultan la medida, de ahí la necesidad de que aquellos que estén localizados, por haber ingresado en prisión, en el menor tiempo posible a partir de su ingreso, se proceda a verificar su identidad personal, conforme a las normas de identificación que establece el artículo 18 del RP. A tal efecto sería conveniente que ya ingresara en el centro con el correspondiente NIE (número de identificación de extranjero), labor que corresponde a los grupos de extranjería y documentación de las Comisaría Provinciales. Si ello se hiciera convenientemente, permitiría a todos los efectos, tener conocimiento de la identidad del individuo en cuestión, por su reseña decadactilar, con independencia del supuesto nombre, que de ordinario, de forma cambiante, y en lo sucesivo, pudiera utilizar para identificarse»*.

⁴⁷ Señala la Ilma. Sra. doña Teseida García García: «Concretamente se tiene constancia de dos supuestos: uno de ellos relativo a una ciudadana colombiana que, una vez condenada, fue internada en el Centro de Internamiento, no pudiéndose materializar su expulsión y quedando en libertad; y un segundo caso relativo a un marroquí condenado por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de San Bartolomé de Tirajana que igualmente fue internado en el Centro de Internamiento de Extranjeros. Respecto al primero de los supuestos, no hubo comunicación alguna de dicha circunstancia a la Fiscal Delegada de Extranjería, sino una vez que la ciudadana colombiana quedó en libertad. Así las cosas se acordó con la Policía que dado que para esta Delegación era imposible controlar la ejecución de la totalidad de los supuestos de sustitución de la privación de libertad por la expulsión, y sin embargo sí era posible por parte de la Brigada de Extranjería, puesto que el extranjero entra en el Centro de Internamiento indebidamente con una sentencia condenatoria, dichas circunstancias se pusieran inmediatamente en conocimiento de la Fiscal Delegada de Extranjería, a fin de comunicarle al Juzgado el indebido ingreso de un extranjero condenado en un Centro de Internamiento y su inmediato ingreso en prisión. Si aún así, el Juez entendiera que no procede su ingreso en prisión, por parte de esta Fiscalía se interpondría el correspondiente procedimiento de Habeas Corpus. Y así, en el segundo de los casos la Policía actuó de acuerdo con los criterios anteriormente expuestos, de forma que una vez que esta Fiscal tuvo conocimiento de un ingreso indebido en el Centro de Internamiento para extranjeros, se manifestó de forma inmediata el ingreso indebido y el cumplimiento de la sentencia de acuerdo a lo dispuesto en la disposición adicional 17.ª de la Ley Orgánica 19/2003, siendo ese mismo día ingresado en prisión».

⁴⁸ Aun así, como señala don Luís Fernández Arévalo FDE de Sevilla: *«Sin embargo en el año 2009 se ha producido un acontecimiento inusitado: durante el segundo semestre de este año se ha producido por vez primera en el último decenio una reducción de internos: 76.488 en junio, 76.079 en diciembre. A su vez en junio había 27.138 reclusos extranjeros, lo que supone una práctica estabilización del número de reclusos extranjeros durante el segundo semestre, insísimos, por vez primera en el último decenio. Incluso en términos porcentuales ha descendido un 0,2 por 100 desde noviembre de 2008»*.

incluyese expresamente la solicitud de expulsión del extranjero condenado a pena privativa de libertad superior a seis años dentro de los términos del artículo 89.1 párrafo segundo del CP (una vez cumplidas las tres cuartas partes de la condena o alcanzado el tercer grado). Así se aprobó el Recordatorio núm. 4: *En los casos de solicitud de penas superiores a seis años de privación de libertad se indicará que en virtud de lo dispuesto en el artículo 89.1, párrafo 2 del CP la pena será sustituida por la expulsión a su país de origen una vez cumplidas las tres cuartas partes de la condena, o alcanzado el tercer grado penitenciario haciéndose mención expresa de que la prohibición de regreso a España por tiempo de diez años*⁴⁹.

Por otra parte se comprobó cómo en reiteradas ocasiones las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales son reacias a acordar la sustitución de la pena por la expulsión —a pesar de haber sido ésta solicitada por al Ministerio Fiscal— basándose en el excesivo lapso temporal existente entre el fallo y la materialización de la expulsión, que podía conducir a soluciones injustas o poco equánimes.

Sin la sustitución decidida en sentencia la posibilidad de llevarla a cabo en la fase ejecutoria exige, siguiendo el criterio de la Circular 2/2006, de la FGE, que concurra alguno de los siguientes supuestos: que la sentencia se plantee la aplicación de la expulsión sustitutiva pero por concurrir alguna causa justificada difiera la decisión a la fase de ejecución de sentencia o que quien solicite en ejecución de sentencia la sustitución de la pena por la expulsión sea el propio reo.

Sobre la base de estos postulados, recientemente la Fiscalía de Sala de Extranjería ha iniciado una serie de contactos con la DGIIPP a fin de

⁴⁹ No obstante existen posturas discrepantes con la posibilidad legal contemplada en el artículo 89.1 párrafo segundo del CP como la defendida por el FDE Málaga: «Debe suprimirse la posibilidad de expulsar a los extranjeros no residentes que hayan accedido al tercer grado penitenciario o que hayan cumplido las ¾ partes de la condena, porque dicha atribución a los Jueces y Tribunales sentenciadores puede chocar con la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, para otorgar la libertad condicional en el país de residencia (art. 197 del RP) no sólo cuando se han cumplido las ¾ partes de condena, sino también cuando se han cumplido las 2/3 partes de la misma, según dispone el artículo 91 del Código penal, salvo delitos de terrorismo de la Sección segunda del capítulo V del título XII del libro II del Código penal o cometido en el seno de organizaciones criminales. Con la actual redacción nos podríamos encontrar por un lado con una auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria acordando la libertad condicional a cumplir en el país de residencia, con otro, de expulsión al mismo país del Juez o Tribunal sentenciador, lo cual no da igual, ya que en éste último supuesto el quebrantamiento de la medida durante el plazo de prohibición impuesto lleva inexorablemente al cumplimiento de la pena, a diferencia del primero en que una vez obtenido el licenciamiento definitivo no existe prohibición de entrada al país; de igual manera nos podemos encontrar con una auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria acordando la libertad condicional en su país de residencia, o en el nuestro, cuando el interno ha cumplido las 2/3 partes de condena, con otro del Juez o Tribunal Sentenciador acordando la expulsión al cumplimiento de las ¾ partes. Insistimos que la razón de ser del artículo 89 del código penal no acaba de encontrar justificación, máxime cuando el extranjero puede, acogerse a la aplicación del Tratado de Estrasburgo Sobre El Traslado de Personas Condenadas, o a los múltiples bilaterales sobre la materia suscritos por nuestro país con terceros países para cumplimiento de penas, resolviéndose todo con una solicitud a la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, o bien accediéndose a la libertad condicional a cumplir en el país de residencia, si se es merecedor de dicho beneficio mediante una adecuada progresión penitenciaria».

arbitrar la sustitución de la pena privativa de libertad superior a seis años por expulsión del territorio español en ejecución de sentencia a petición del propio reo y con valoración de las circunstancias concurrentes, dentro de los términos del artículo 89.1 párrafo segundo del CP.

4. De acuerdo con los datos facilitados por los FDE, en todo el año 2009, sólo consta un caso producido en Albacete en que se haya sustituido una medida de seguridad impuesta a extranjero sin residencia legal⁵⁰.

VI. SUSTITUCIÓN DEL PROCESO PENAL POR EXPULSIÓN

1. Es muy difícil conocer con la exactitud debida el número de informes emitidos por el Ministerio Fiscal en aplicación del artículo 57.7 LOEX⁵¹.

A las carencias de los registros informáticos hay que añadir que en su formulación no participan sólo los FDE sino los fiscales adscritos a los diferentes juzgados de instrucción que se encuentran dispersos en distintas sedes y que no siempre comunican el contenido de sus dictámenes al Fiscal especialista. Aun así, siempre sin contar con la información de Barcelona ni de Segovia, se puede afirmar que a lo largo del año 2009 el Ministerio Fiscal ha informado favorablemente la expulsión sustitutiva del proceso penal en 1.930 ocasiones, esto es, un 4 por 100 más de casos que los registrados en 2008 cuando la cifra fue de 1.855. Según datos facilitados por la DGIIPP un total de 58 extranjeros afectados por la expulsión sustitutiva del proceso penal se encontraban en

⁵⁰ Señala el D. Eleuterio González Campo FDE de Madrid: «No se ha producido ningún supuesto –no existe constancia al menos en la Sección– de aplicación del artículo 108 CP, lo que ahonda la sospecha de que nos hallamos ante un precepto incongruente, disonante de los principios que inspiran el sistema dualista –cuyos pares se asientan en la contraposición de los conceptos pena/medida de seguridad, culpabilidad/peligrosidad– en que se asienta nuestro ordenamiento penal, toda vez que no es concebible que una medida de seguridad, enderezada a abordar desde una perspectiva terapéutica situaciones de anulación o merma de imputabilidad, concretadas en una declaración judicial de ausencia o merma de la responsabilidad personal, pueda verse convenientemente sustituida por una medida de sesgo netamente sancionador como es la expulsión y su subsiguiente efecto administrativo de prohibición de entrada en territorio español. A juicio de quien suscribe se impone, *de lege ferenda*, descargar a nuestro Código Penal de dicho precepto». En sintonía con esta postura el FDE Málaga señala: «Consideramos que la previsión contenida en el artículo 108.1.º del código penal debe ser igualmente suprimida, ya que si cabe, tiene aún menos justificación que el artículo 89. Si la medida de seguridad tiene por finalidad el tratamiento del “enfermo” para prevenir su acreditada peligrosidad criminal, ¿cómo se puede llevar a cabo dicha finalidad mediante su expulsión? En tal supuesto resulta del todo inviable hasta la aplicación de la previsión contenida en el artículo 97 del Código Penal».

⁵¹ *Cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado 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, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación. En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior.*

situación de prisión preventiva lo que determinó su excarcelación previa a la materialización de la expulsión a su país de origen.

Una vez más, la carencia de documentación de los extranjeros hace que se frustre un buen porcentaje de casos informados favorablemente por el Ministerio Fiscal a la expulsión sustitutiva de la pena como señalan los FDE de Zaragoza o Álava⁵².

2. Las dificultades interpretativas más sobresalientes que plantea la aplicación del artículo 57.7 LOEX se vinculan con los casos en que el ciudadano extranjero destinatario de la resolución administrativa de expulsión no tiene la consideración de imputado ni procesado por haber recaído sentencia firme en Juicio de Faltas o en Juicios Rápidos o Procedimientos Abreviados en los que ha sido condenado a pena no privativa de libertad (multa o trabajos en beneficio de la comunidad) que, consiguientemente, quedan fuera de la aplicación del artículo 89 CP.

La coherencia del sistema parece indicar que, en estos casos, nada empece a que la Administración competente haga ejecutar directamente la sanción impuesta sin requerir autorización alguna al juzgado que dictó la condena no privativa de libertad. Este supuesto ni está directamente contemplado en el artículo 57.7 LOEX ni puede ser integrado por vía interpretativa como no sea a costa de distorsionar y anular todo el régimen sancionador administrativo cuyo control corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, significadamente en lo que se refiere al principio del *non bis in idem*. Obviamente tampoco se enmarca en los supuestos de sustitución de las penas privativas de libertad judicialmente determinadas por la vía del artículo 89 CP.

No obstante, una manifestación *obiter dicta* recogida por la Circular 2/2006. FGE⁵³, introdujo dudas exegéticas que originariamente condujeron a que los fiscales, en esos casos, informaran en contra de la expulsión con las consecuencias absurdas de que la comisión de hechos delictivos de escasa trascendencia se podrían convertir en un

⁵² Así, don Fernando Gómez Recio (FDE de Álava) apunta que «Las autoridades competentes continúan poniendo de manifiesto la extrema dificultad de ejecutar las órdenes de expulsión. Por una parte, la saturación de los centros de internamiento impide, en la mayor parte de las ocasiones, ingresar al extranjero mientras se gestiona su envío a su país de origen. Si a esto le unimos que, también en la mayor parte de las ocasiones, si el detenido no posee documentación, el país al que dice pertenecer no le reconoce como nacional, y eso en el caso de que el extranjero detenido haya reconocido su nacionalidad, y que muchos países de los que provienen los inmigrantes ni siquiera tienen representación consular, podemos concluir que, en no pocos casos, la orden de expulsión, una vez dictada, se convierte en papel mojado».

⁵³ «En los supuestos en los que cuando por haberse iniciado las sesiones del juicio oral no sea posible aplicar el artículo 57.7 LE y simultáneamente cuando por la índole de la pena impuesta no sea aplicable el artículo 89 CP, la ejecutoria se tramite con la mayor celeridad de forma que la ejecución de la pena impuesta (multa, trabajos en beneficio de la comunidad, localizaciones permanentes) no se convierta en un obstáculo para la expulsión administrativa, cuando ésta sea procedente. El objetivo debe ser el de que la ejecución de la pena no privativa de libertad o de la pena impuesta por una simple falta no se torne en obstáculo para la ejecución de una posible expulsión gubernativa.»

obstáculo a la normal aplicación del derecho sancionador administrativo o, lo que es lo mismo se contradijera la razón de ser de esa regulación que, según la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003, no era otra que evitar *«que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto»*. En otras palabras, esa interpretación llevaría al absurdo de que en la práctica resultaría más fácil la expulsión de un ciudadano extranjero que no ha cometido infracción penal alguna que la de aquellos que sí lo han hecho.

Ello dio lugar a que en las Jornadas de Fiscales Especialistas celebradas en Oviedo en el mes de octubre de 2009 se analizase con detenimiento la situación y plantease afrontar una modificación del criterio a que había conducido la Circular 2/2006. La necesidad de revisión en este punto es expresamente recordada en las Memorias los FDE de Córdoba, Málaga, Sevilla, Ciudad Real, Bilbao, Albacete, Castellón, A Coruña o Alicante.

En el momento de cierre de la presente Memoria, podemos afirmar que ya se han iniciado los trabajos encaminados a revisar la postura hasta ahora mantenida y no sólo en los casos más arriba mencionados sino también en todos aquellos no aludidos expresamente por el artículo 57.7 LOEX en el entendimiento de que este precepto solamente se refiere a los supuestos que incluye expresamente (extranjeros imputados «pendientes de juicio»), no impide que se ejecute la expulsión acordada formalmente en resolución administrativa firme y por las causas legalmente preestablecidas cuando el extranjero se encuentra juzgado, haya sido condenado o no, salvo en los supuestos prevenidos en el artículo 89.1 del CP⁵⁴.

⁵⁴ Esta tendencia comienza a observarse en informes remitidos a la Fiscalía de Sala de Extranjería por los FDE de Madrid, Badajoz, Castellón, Soria, Logroño, Alicante, y ha sido admitida en SAP de Madrid (sección 27) 126/09, de 23 de febrero de 2009, SAP de Soria núm. 66/09, de 12 de marzo de 2009, Auto del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Logroño de 20 de febrero de 2009, Auto del Juzgado de lo Penal núm. 6 de Alicante de 15 de enero de 2009, sentencia 197/2009, del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Almería, Juicio Rápido 669/2008, y sentencia 225/2009 del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Móstoles, Juicio Rápido 162/2009. En su Memoria señala don Juan Bermejo Romero de Terreros, FDE de Málaga lo siguiente: *«Sugerimos como posible solución, para lograr que efectivamente como dice la exposición de motivos de la Ley, se evite que la “pena y su cumplimiento se convierta en una forma de permanencia en España” el que se admita, que en todos aquellos supuestos en que exista un expediente administrativo contra un ciudadano extranjero incurso en causa de expulsión o devolución, la existencia de una condena firme ya sea por falta, ya sea por delito si ésta no es privativa de libertad, precisamente por su escasa gravedad, no impida que la autoridad administrativa pueda llevar a cabo la materialización de la expulsión administrativa si previamente la ha acordado, debiendo informar el Ministerio Fiscal en tales supuestos, que si bien no procede autorizar la expulsión por la vía del artículo 57.7 de la Ley Orgánica de Extranjería (ya que no estamos en presencia ni de un imputado ni de un procesado) ni acordar la expulsión sustitutiva conforme al artículo 89 del Código penal (porque la pena ha sido impuesta en un procedimiento por juicio de faltas o simplemente no es privativa de libertad), no existe ningún inconveniente a que la expulsión se lleve a efecto si administrativamente resulta procedente»*.

3. Problema de parecido alcance suele darse en relación con los ciudadanos extranjeros en situación irregular a quienes a pesar de ello se les ha concedido la suspensión de la condena (arts. 80 a 87 CP) por desconocerse en el momento de dictar sentencia la exacta situación de ilegalidad de la estancia del condenado⁵⁵. En tales casos, puede ocurrir que, tras haber obtenido la suspensión de la condena, el extranjero cuya falta de residencia legal no constaba acreditada en la causa penal sea objeto de una sanción administrativa de expulsión del territorio español y por parte de la autoridad gubernativa se solicite del Juez o Tribunal sentenciador autorización para la materialización de la expulsión. En estos supuestos se observa la tendencia a emitir informes favorables en el sentido de que no hay obstáculo procesal a la materialización de la expulsión y así se constata del examen de informes remitidos a la Fiscalía de Sala de Extranjería por los FDE de Almería, Albacete, Málaga, Guipúzcoa, Alicante o Palma de Mallorca⁵⁶.

4. No se aprecian serias discordancias entre los FDE a la hora de interpretar la excepcionalidad a la autorización de la expulsión en razón del delito imputado siendo la tónica que el informe sea favorable salvo en casos especiales de delitos de prostitución, ciertos delitos contra la salud pública, contra la libertad e indemnidad sexuales, y en los delitos más graves de robos con violencia o en casa habitada. Por lo que atañe a los delitos de violencia de género se valora con gran prudencia cada caso a fin de que supuestos de escasa entidad con reanudación normalizada de la vida conyugal no conduzcan a la desprotección familiar. *Sensu contrario*, como señala la Ilma. Sra. María del Pilar Arciniega Cano, FDE de Huesca, cuando el delito imputado

⁵⁵ Caso relativamente común en los Juicios Rápidos por la celeridad que caracteriza su tramitación y el hecho de que en numerosas ocasiones el atestado entregado en el Juzgado de Guardia no contiene dato alguno sobre la regularidad o irregularidad de la residencia del detenido.

⁵⁶ Por su interés transcribimos a continuación parte de la fundamentación jurídica dictada por el Juzgado de lo Penal N.º 2 de Móstoles, en ejecutoria 644/2007. El supuesto de hecho es el de un extranjero condenado a pena de dos años de prisión en el año 2007 pena cuya ejecución se suspende por el tiempo de dos años el 25 de febrero de 2008. Durante ese año 2008 el penado perdió su derecho a residir en España y hallándose ya la pena suspendida se dicta resolución administrativa de expulsión que motiva que la autoridad gubernativa solicite del Juzgado de lo Penal autorización para materializar la misma. El MF se opone a la expulsión pero el Juzgado la autoriza y fundamenta: *“Así las cosas, con un desarrollo previsible de la presente ejecutoria, este juzgado no impediría nunca al condenado hacer la vida en libertad que considerare oportuna, siempre bajo su propia responsabilidad. Es decir, que él podría salir y entrar según decidiera, y en todo caso estaría sujeto a las disposiciones legales y reglamentarias españolas que le afectaren por su cualidad de extranjero. Si conforme a éstas resulta que procede su expulsión, como este juzgado no preveía ninguna sujeción de él a la presente causa, no ve razón para objetar a que tal expulsión sea una realidad. También él, por su propia voluntad, podría haber ido a su país, o a otro, sin que este juzgado hubiera decidido impedimento alguno al respecto. Entender la condición de no delinquir por cinco años de otro modo supondría vaciar de contenido por ese plazo las disposiciones de extranjería referenciadas, y más, si cabe, en el presente caso, en el que el derecho a permanecer en el territorio nacional se pierde durante dicho quinquenio. Y no prevé el Código Penal esa restricción legal, es decir, no existe norma legal que ordene que, de imponer el juez que ejecuta la sentencia penal aquella condición, durante el plazo de ésta el extranjero quedará exonerado de la aplicación de la normativa de extranjería, norma que, en buena técnica, estaría bien ubicada en el artículo 83 de aquél, ocupando apartado propio.”*

al extranjero cuya expulsión se solicita sea de violencia de género de especial gravedad o surgiera por sus características una especial peligrosidad en el sujeto, debería valorarse la posibilidad de interesar una medida cautelar de prisión preventiva en los casos en los que la solicitud de autorización de expulsión de la autoridad gubernativa no va acompañada de una petición de ingreso en el CIE, todo ello a fin de evitar riesgos para la víctima.

5. En relación con el requisito de audiencia del interesado exigido en el artículo 142 del REX, don Luis Lafon Nicuesa, FDE de Vizcaya, señala en la Memoria: *«La audiencia del inculcado, siendo una cuestión conectada con la tutela de derechos fundamentales, debió hacerse por ley. Por otro lado no encaja en un instituto jurídico de urgencia como es el de la autorización que debe resolverse prácticamente en el acto un trámite como el de audiencia que dilata de forma sustancial la resolución de dicho procedimiento. El cauce natural en donde ponderar las circunstancias personales de arraigo es el proceso administrativo. Dicha audiencia no se aplica en la práctica»*⁵⁷. En la misma línea don Eleuterio González Campo, FDE de Madrid puntualiza: *«Se comprueba en el análisis de los casos estudiados a lo largo del año 2009 que resulta muy difícil satisfacer el requisito de la audiencia previa del reo imputado en el artículo 142 REX, dada la premura con la que se debe completar el incidente procedimental en el que se ha de dirimir la solicitud de autorización (tres días comunes a todos los procedimientos judiciales pendientes respecto del mismo extranjero, conforme al artículo 57.7.a) LOEX), tanto si el imputado está en libertad, en cuyo caso habría de cursarse y cumplimentarse con éxito por la oficina judicial la correspondiente citación en dicho plazo, como si el imputado se halla en prisión provisional, caso en el que el exhorto al Juzgado de la demarcación del Centro Penitenciario habría de cumplimentarse en el mismo término. Quien esto suscribe no encuentra solución satisfactoria a este problema, que ha generado una práctica de omisión del trámite en aras al favorecimiento de una respuesta judicial inmediata de dudosa admisibilidad»*.

⁵⁷ Es de interés citar el AAP de Barcelona de 16 de octubre de 2009 que señala: *«La primera parte del recurso, la referente al trámite de audiencia y valoración del posible arraigo del reo, con cita de la STS antes reseñada, no viene al caso por cuanto que dichos requisitos y dicha sentencia se refieren a los supuestos de aplicación del artículo 89 CP. Es decir, cuando se condena en el procedimiento penal a una persona extranjera sin residencia legal y se aplica, con los requisitos que exige el Tribunal Supremo, el citado precepto que en ningún caso tiene carácter automático. Por eso nuestro Alto Tribunal exige los requisitos que pone de manifiesto el recurrente. Pero eso no tiene nada que ver con el supuesto que nos ocupa. La autorización que aquí se dio por parte del Juzgado de Instrucción, con la anuencia del Fiscal, equivale simplemente a una manifestación formal de “no existir inconveniente” por parte de la autoridad judicial para que se ejecute una resolución administrativa de expulsión de un ciudadano extranjero que, al mismo tiempo, tiene una causa penal abierta en España. Por tanto, nada que ver con la aplicación del artículo 89 CP en una sentencia penal»*.

VII. LA MEDIDA CAUTELAR DE INTERNAMIENTO

1. La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, ha modificado una pluralidad de artículos del Título III de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, regulador de las «*infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador*».⁵⁸ En relación con las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal las más importantes son las recogidas en el artículo 62 regulador del ingreso de los extranjeros en los Centros de Internamiento, como medida coercitiva que se solicita de la autoridad judicial por los órganos administrativos competentes en los supuestos de haberse incoado un expediente sancionador en el que pueda proponerse la expulsión (art. 61 LOEX), la devolución (art. 58 LOEX) o en el caso de que se hubiera denegado la entrada en territorio nacional cuando el regreso fuera a retrasarse más de setenta y dos horas (art. 60 LOEX).

Las reformas afectan con mayor o menor intensidad a los aspectos más relevantes de esta actividad: los criterios que condicionan la autorización de la pérdida de libertad del extranjero, los cauces procedimentales y las garantías que deben seguirse antes de la aprobación, el tiempo máximo de privación de libertad al que pueden ser sometidos los extranjeros, y el régimen de control de la estancia de los afectados en los CIE.

En cuanto a la primera, es de destacar que se consagra expresamente como principio rector de la decisión autorizante del ingreso del extranjero en los Centros de Internamiento el de *proporcionalidad*.

⁵⁸ Todos los aspectos relevantes de la potestad administrativa sancionadora en materia de extranjería se han visto afectados: la tipificación de las infracciones sancionables al recogerse nuevas conductas constitutivas de infracciones leves [art. 52, letras *d*) y *e*)], de infracciones graves [art. 53 letra *c*) del apartado 1] y de infracciones muy graves [art. 54, letras *e*) y *f*) del apartado primero]; la modificación de la cuantía de las sanciones pecuniarias y sus responsabilidades accesorias (art. 55.1); la determinación legal de la competencia del órgano con potestad para imponerlas que el artículo 55. 2, párrafo segundo otorga a las Comunidades Autónomas en determinados supuestos cuando tenga atribuidas competencias en materia de autorización inicial de trabajo de extranjeros o la atribución al Secretario de Estado de Seguridad en los supuestos de participación en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, previstos en el artículo 54.1.a); la innovación de algunos aspectos relativos a al régimen jurídico de la sanción de expulsión del territorio nacional regulada en el artículo 57 LOEX, significadamente la expresa mención de la posibilidad de revocación en los supuestos que se determinen reglamentariamente (núm. 4, inciso final), la advertencia de retomar inmediatamente al territorio del Estado de la Unión que les hubiese expedido autorización de residencia (núm. 4, párrafo segundo) y, las expulsiones de residentes de larga duración de otro Estado miembro de la Unión Europea (nuevo núm. 10); los efectos de la expulsión y devolución (art. 58); la regulación de los casos de colaboración contra las redes organizadas (art. 59) y la incorporación del artículo 59 bis sobre el tratamiento jurídico de las víctimas de la trata de seres humanos en el sentido que ya hemos indicado; los efectos de la denegación de entrada en territorio nacional (art. 60.1); la incorporación de «cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente» [art. 61.1 letra *f*)]; la nueva regulación de los procedimientos sancionadores (preferente del artículo 63 y ordinario del artículo 63 bis); la ejecución de la expulsión (art. 64); y las obligaciones de los transportistas (art. 66).

Del mismo modo se señalan las circunstancias concurrentes que deben ser ponderadas siguiendo el sistema precedente.

Desde esta perspectiva, la nueva redacción no altera las previsiones contenidas en la Circular 2/2006, FGE, por la que se determina que *«la pauta general para calibrar la pertinencia de los internamientos por causa de expulsión es la de que la mayor socialización e integración del expedientado y menor riesgo de fuga. La carencia de documentación, en tanto reduce la segura identificación de la persona expedientada, también es un factor a valorar en cuanto a la ponderación del periculum in mora.»*⁵⁹

En general, las Fiscalías de toda España en sus respectivas memorias provinciales afirman recoger en sus dictámenes las previsiones de la citada Circular que normalmente son coincidentes con las resoluciones judiciales. Como en años precedentes la valoración del arraigo del extranjero es la circunstancia sobre la que puntualmente pueden generarse conflictos valorativos de cierta importancia con la autoridad administrativa⁶⁰. Este año, además, ha tenido especial significación algún caso relativo al internamiento de las ciudadanas extranjeras que han sido víctimas de la violencia de género cuya situación impone una ponderación acorde con las exigencias de la protección que su condición de vulnerabilidad exige como acertadamente ha sido planteada en Junta de los Fiscales de A Coruña⁶¹.

⁵⁹ Las novedades consisten en incluir como circunstancia a valorar *las actuaciones del extranjero tendientes a dificultar o evitar la expulsión* expresamente previsto por el artículo 15 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 y la de que *«en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero»*.

⁶⁰ Así, como indica la FDE de Pontevedra se ha informado desfavorablemente en el caso de extranjero con relación estable con ciudadana española con la que iba a tener un hijo o cuando el arraigo laboral ha sido acreditado por un empresario que ha acreditado iniciar los trámites de legalizar la situación en España.

⁶¹ El FDE de A Coruña, don Miguel Armenteros León, informa en este sentido que: *«Sí es de destacar lo ocurrido en el mes de diciembre del año 2009 en la Fiscalía de Área de Santiago de Compostela, donde se planteó la petición de internamiento de una mujer extranjera que se constató que era víctima de violencia de género al tener una orden de protección dictada en su favor (...). Este problema fue puesto en conocimiento de la Fiscal Jefe que lo trató expresamente en la Junta de Fiscales Decanos así como en la Junta ordinaria de la Fiscalía celebradas los días 2 y 3 de diciembre de 2009, respectivamente, donde se puso de manifiesto las opiniones de los distintos fiscales y, en particular, del fiscal de Extranjería y del de Violencia de Género, concluyéndose que, en concordancia con las nuevas reformas que se han introducido en la Ley de Extranjería con la Ley Orgánica 2/2009, y las ya introducidas en el correspondiente Reglamento de desarrollo: no es procedente, en caso de que se nos solicite informe, autorizar el internamiento de una mujer extranjera víctima de violencia de género. Se considerará víctima de violencia de género si existe orden de protección a su favor o si, no existiendo ésta, existe escrito de acusación del fiscal donde se constate dicha situación. Esta Junta se celebró en un momento inmediatamente anterior a la reforma introducida en la Ley de Extranjería, por lo que ahora habrá que plantearse, en concordancia con la nueva redacción, cuándo y cómo debe acreditar el Ministerio Fiscal que existen indicios de violencia de género. En la mencionada Junta de esta Fiscalía, se anticipó un poco nuestra solución, en el sentido de que exista escrito de acusación (en ausencia lógicamente de orden de protección) y parece que también podrán ser aquí aplicables los criterios establecidos por la Instrucción 2/2005, de 27 de enero de 2005, sobre la acreditación por el Ministerio Fiscal de los supuestos de violencia de género, donde se establecen una serie de criterios para que el fiscal pueda emitir un certificado de*

Sin embargo no se puede desconocer que otros factores pueden influir seriamente en el sentido del informe favorable a la autorización que han sido brillantemente analizados por el FDE de Madrid, don Eleuterio González Campo, en un estudio incorporado a la Memoria donde de manera minuciosa analiza los problemas derivados: del carácter revisable en vía administrativa de los actos que sirven de fundamento a la decisión judicial; del control de legalidad de los internamientos sucesivos en su doble dimensión (admisibilidad y limitación temporal); los provenientes de la sumariedad del incidente y los obstáculos que el mismo ofrece para una adecuada defensa del extranjero detenido; y la constatación de lagunas relevantes en la información agregada a la solicitud de internamiento por el instructor del expediente administrativo⁶².

En lo que se refiere al procedimiento judicial dirigido a la adopción de la autorización ha sido muy oportuna la específica mención de la previa audiencia del Ministerio Fiscal. La LO 2/2009, en este sentido ha recogido la propuesta del Consejo Fiscal que se contenía en el preceptivo informe al Anteproyecto de Ley, orientada a solventar cualquier duda al respecto planteada por algún reducidísimo sector de la judicatura que, obviando que se trata de una medida cautelar privativa de libertad sometida al imperio del artículo 17 CE, desconocía la directa legitimación del Ministerio Fiscal en la defensa de ese derecho fundamental de conformidad con el artículo 3 EOMF⁶³.

En lo que concierne a la tramitación de las solicitudes, aunque se han corregido algunas irregularidades procedimentales cometidas por algún juzgado que resolvía en un solo auto conjunto una pluralidad de internamientos, todavía no existe unanimidad sobre el cauce formal a seguir⁶⁴. En todo caso las garantías que deben rodear la audiencia del interesado, según informan los FDE, son respetadas escrupulosamente acudiendo directamente a las comparecencias los fiscales especialistas o, en su caso, los que ejercen funciones de guardia (ya directamente ya por vía de videoconferencia).

que concurren indicios de que una persona es víctima de violencia de género, cuando todavía no se ha podido resolver sobre ello en vía judicial, adjuntándose incluso, como anexo, un modelo de certificado».

⁶² Por su extensión es imposible recogerlo en este lugar, pero dado el gran interés que representa para todos los miembros de la carrera fiscal lo recogemos íntegramente en www.fiscal.es (especialista extranjería, documentos).

⁶³ Aunque parezca increíble, según informa el FDE de Girona «No todos los internamientos han sido acordados con intervención del Ministerio Fiscal. Algunos Juzgados, por no exigirlo la Ley Orgánica 4/2000, hasta la reforma de la misma por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, acordaban dicha medida cautelar sin convocar al Ministerio Fiscal, e incluso algunos omitían la preceptiva notificación al mismo del auto acordando dicha medida. Ello a pesar de comunicaciones que se hicieron a los juzgados a través de los Fiscales adscritos a los mismos, a raíz de la recepción de la Circular 2/2006».

⁶⁴ Unos Juzgados incoan diligencias indeterminadas, otros diligencias previas, otros forman una pieza separada en las diligencias previas, etc.

En tercer lugar, destaca la ampliación a sesenta días del tiempo máximo de privación de libertad al que pueden ser sometidos los extranjeros. En efecto, el legislador de 2009 ha optado por apartarse del límite temporal de los cuarenta días que había tomado del artículo 16.4 del Convenio Europeo de Extradición, de 12 de diciembre de 1957, y ampliarlo considerablemente aunque sin aceptar el mayor margen previsto por el artículo 15.6 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Hay que recordar, sin embargo, que este importante aumento del tiempo máximo de privación de libertad no autoriza en absoluto a su aplicación automática y generalizada pues, conforme a la dicción del propio precepto que se adecúa a la doctrina constitucional en interpretación del artículo 17 CE y a las exigencias de la Directiva señalada⁶⁵, *el internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente*, significadamente para documentar a los extranjeros afectados (art. 153.3 RLE) y para realizar las gestiones sobre su repatriación según las circunstancias concurrentes (nacionalidad, medios de transporte, etc.). Es más, la experiencia acredita que en la mayoría de los casos todas esas diligencias y la efectiva ejecución de la repatriación o de la constancia de su imposibilidad pueden realizarse en una horquilla de tiempo de entre veinte a cuarenta días⁶⁶.

Ello significa que los autos judiciales que autorizan el internamiento —y los obligados informes del Ministerio Fiscal— deberán motivar y justificar el tiempo máximo por el que se autoriza el internamiento según las circunstancias concretas de la tramitación del expediente sancionador y de la ejecución de la expulsión recogida por la solicitud elevada por la Autoridad administrativa. Así, el instructor del expediente sancionador deberá facilitar al órgano judicial no sólo los datos relativos a las circunstancias que justifiquen la privación de libertad del ciudadano extranjero sino también la adecuada información sobre las condiciones concretas de repatriación, para que el Fiscal pueda informar con criterio y el Juez decidir sobre el tiempo *imprescindible* de internamiento que siempre será el mínimo posible, a salvo de la posibilidad de la Administración de solicitar, en su caso, una prórroga hasta el periodo máximo permitido.

⁶⁵ El párrafo segundo del artículo 15 dispone que «*cualquier internamiento será lo más corto posible y sólo se mantendrá mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión*».

⁶⁶ Esta sería la horquilla temporal más común según informa el FDE de Málaga, don Juan Bermejo. El FDE de Valencia, don Antonio Montabes, señala plazos de 15, 20 y 30 días. El FDE de Huelva, don Miguel Angel Arias Senso indica que el plazo medio de internamiento autorizados por los juzgados de su provincia no excede de los doce días.

Muchas disfunciones en el seguimiento de los internamientos acordados son debidas a la falta de comunicación fluida entre juzgado y autoridad administrativa que, como han denunciado algunos FDE, en el caso de la puesta en libertad del extranjero cuya repatriación no pudiera efectuarse por circunstancias sobrevenidas al momento de su internamiento, podría afectar gravemente al derecho a la libertad del afectado al exigir el artículo 153.5 REX que *«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»*.

El apartado 3 del artículo 62 LOEX ha derogado tácitamente este precepto al recoger la redacción propuesta desde la Fiscalía General del Estado según la cual *«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»*. Con ello se satisface plenamente el principio *favor libertatis* exigido no sólo por la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional sino también directamente por el artículo 15. 4 de la Directiva 2008/115/CE tantas veces citadas. Es evidente que el sistema reglamentario puede tener efectos dilatorios injustificados porque la resolución judicial que acuerde la libertad, cuando la petición proviene de la Administración del Estado, no puede ser otra que la propia petición fundada en que se tiene *constancia de que la práctica de la expulsión no podrá llevarse a cabo*. No es preciso recordar que 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 [SSTC de 26 de septiembre de 1990 (núm. 144/1990); de 16 de abril de 1996 (núm. 66/1996); de 20 de diciembre de 2007 (núm. 260/2007)].

Por fin, en lo que concierne al control de los internamientos, es una importante novedad la separación de atribuciones entre el Juez de Instrucción competente para autorizar el internamiento (que será el que el del lugar donde se ha practicado la detención) y el que supervisa la estancia de los extranjeros en los distintos Centros (art. 62.6 LOEX)⁶⁷. De esta manera la salvaguarda de los derechos de

⁶⁷ Consecuentemente la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Orgánica 2/2009, añade un nuevo apartado 2 al artículo 87 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: «2. Asimismo, los juzgados de

los extranjeros internados estarán sometidos a una doble vigilancia, la judicial y la que el artículo 4.2 EOMF atribuye a los fiscales⁶⁸.

INFORMES INTERNAMIENTOS CAUTELARES DE EXTRANJEROS EN CIE

EMITIDOS	FAVORABLES		EN CONTRA	AUTORIZADOS POR EL JUEZ	
	TOTAL	por 100		TOTAL	por 100
13.165	11.299	85,82	1.866	11.573	87,90 por 100

2. Durante el año 2009 el Ministerio Fiscal ha emitido un total de 13.165 informes⁶⁹ sobre peticiones gubernativas interesando la aplicación de la medida cautelar de internamiento. El mayor volumen se corresponde con los ciudadanos extranjeros que han sido interceptados tratando de introducirse en territorio español en pateras, cayucos o embarcaciones similares (7.285 = 55,33 por 100). El Ministerio Fiscal ha informado favorablemente en la mayoría de las ocasiones (11.299 = 85,82 por 100) habiendo sido autorizados por el Juzgado de Instrucción en una proporción muy similar (11.918 = 87,90 por 100)⁷⁰.

Sin embargo el nivel de coincidencia entre el Fiscal y el Juez depende de los distintos territorios y no tiene el mismo signo. Así, mientras la sintonía es absoluta en Aragón, en otras Comunidades, como es el caso de Andalucía, el Ministerio Fiscal ha sido más exigente en la emisión de informes favorables (4.709 = 90,36 por 100) que los jueces que lo autorizaron (5.176 = 99,32 por 100), y, en sentido contrario Madrid, donde el Ministerio público informó un 67,50 por 100 a favor de la medida (3.072) y los jueces sólo la admitieron en un 46,36 por 100 (2.110).

3. Durante el año 2009 se han seguido realizando las visitas ordinarias a los Centros de Internamiento de Extranjeros permanentes sitos en Barcelona, Algeciras, Las Palmas (Barranco Seco en Gran Canaria y El Matorral en Fuerteventura) Madrid, Málaga, Santa Cruz de Tenerife y Valencia así como al Centro de Isla de Las Palomas de naturaleza temporal⁷¹, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 4.2.EOMF.

instrucción conocerán de la autorización del internamiento de extranjeros en los centros de internamiento, así como del control de la estancia de éstos en los mismos y en las salas de inadmisión de fronteras. También conocerán de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales».

⁶⁸ Dada la fecha de entrada en vigor de la reforma (13 de diciembre de 2009) no es posible reflejar en esta Memoria la experiencia de aplicación de este nuevo sistema y los mecanismos de coordinación que se han llevado a cabo entre los FDE y los jueces de las distintas circunscripciones donde están ubicados los CIES.

⁶⁹ No se comprenden los informes emitidos por las Fiscalías de Barcelona y Segovia porque no aportan dato alguno por imposibilidad de la aplicación informática.

⁷⁰ Hemos sumado los 395 autos dictados por los Juzgados de Algeciras, aunque el FDE de Cádiz precisa que la información recibida de aquella Área no distingue entre los favorables y desfavorables.

⁷¹ Tradicionalmente se ha utilizado el Centro de la Isla de las Palomas como centro temporal de extranjeros cuando el CIE de Algeciras ha estado lleno. Sin embargo, durante el año 2009 ha estado abierto todo el

En la totalidad de los CIES españoles han estado internados 16.590 personas lo que representa un descenso muy importante respecto del año anterior que lo fueron 26.032 (menos 36,27 por 100). La mayoría han sido varones (90,66 por 100), habiéndose ejecutado la expulsión del 53,85 por 100 del total de internados.

Las carencias puestas de manifiesto en las visitas giradas durante el año 2009 por los FDE a los CIEs⁷² se proyectan en ocasiones sobre la propia estructura del Centro y en otras sobre los servicios que el mismo ofrece o debería ofrecer a los internos, sobre la base incontrovertible de que tales Centros no tienen carácter penitenciario. Los informes más negativos son los correspondientes un año más a los CIE de Algeciras y de Málaga.

CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS (*)

CIES	INGRESOS			SALIDAS		
	Hombres	Mujeres	Total	Expulsión	Plazo	Otras
Algeciras e Isla de las Palomas	3.702	270	3.972	1.746	110	2.116
Barcelona	1.873	72	1.945	1.013	76	856
Barranco Seco (Las Palmas)	713	49	762	251	21	490
						(***)
El Matorral (Fuerteventura)	1.005	18	1.025	584	27	414
						(****)
Hoya Fría (Tenerife)	1.307	23	1.330	659	37	634
						(**)
Madrid	3.564	710	4.274	2.331	226	1.717
Málaga	1.108	215	1.323	896	3	424
Valencia	1.769	190	1.959	1.455	7	497
TOTAL	15.041	1.547	16.590	8.935	507	7.148

(*) Datos suministrados por la Comisaría General de Extranjería y Documentación. (**) 402 traslados (332 a CIE Madrid y 70 a CIE Málaga); (***) 6 traslados a CIE Madrid; (****) 220 traslados (197 a CIE Madrid y 23 a CIE Málaga).

tiempo aun cuando había plazas en el CIE de Algeciras. El centro carece de normativa reguladora, no existe orden ministerial por la que se haya procedido a la creación del mismo conforme a lo dispuesto en artículo 155.1.2 del Real Decreto 2393/2004, de 30 diciembre, actuando como un apéndice o anexo al CIE de Algeciras. Sin embargo, sus instalaciones y funcionamiento está claramente por encima de la media, pudiendo calificarse de ejemplar.

⁷² Dos visitas al CIE de Algeciras (20 de marzo y 13 de noviembre) La visita prevista para junio suspendida por no autorizar la Delegación Provincial de Justicia el uso de taxi o coche oficial para el desplazamiento del Fiscal cuya sede se encuentra en Jerez de la Frontera; dos visitas al CIE de Isla de Las Palomas (20 de marzo y 13 de noviembre). Una visita al CIE de Barranco Seco (18 de diciembre); una al CIE de El Matorral (Fuerteventura) el 15 de diciembre; tres al CIE de Hoya Fría en Tenerife en marzo abril y junio; tres al CIE de Barcelona; dos al CIE de Madrid (febrero y diciembre de 2009) y visitas trimestrales regulares en Valencia.

En lo que concierne al CIE de Algeciras se reproduce cuanto se había denunciado el año anterior. En lugar de tratarse de un edificio destinado a custodiar a extranjeros sometidos al derecho sancionador administrativo tiene la apariencia de una prisión orientada al castigo y rehabilitación de delincuentes⁷³. Además, no se han solventado buena parte de las graves deficiencias de que adolecía derivadas de la vetustez de la construcción que impide una estancia medianamente normalizada⁷⁴. Otro tanto cabe decir del CIE de Málaga, que no ha mejorado en nada respecto del año anterior; como expresivamente afirma el FDE, sus instalaciones son sencillamente *deplorables* a tal punto que califique como una *inversión a fondo perdido* toda la que se encamine a la rehabilitación de una estructura irreparable⁷⁵.

Como ejemplos de buen funcionamiento aludiremos a dos Centros: el primero, el CIE de La Isla de Las Palomas, que posee unas instalaciones, servicios y condiciones notoriamente mejores que las que presenta el CIE de Algeciras, y ello a pesar de que funciona como apéndice de aquél y sin la debida cobertura reglamentaria. El magnífico funcionamiento del Centro hace que el FDE de Cádiz inste a que *«se ampare legalmente su creación, y con ello se le dote de recursos propios y de funcionarios de policía incluidos en el catálogo de puestos de trabajos de la Comisaría de Algeciras, de la que depende»*.

El segundo es el CIE El Matorral (Fuerteventura). Este Centro, a pesar de ser el mayor de España, con capacidad para más de 1.100 personas, goza de una organización casi perfecta, en palabras de la FDE. Durante el año 2009 el descenso de la llegada de pateras y cayucos ha motivado que en muchas ocasiones haya estado prácticamente vacío (4 internos el día de la visita de 15 de diciembre), circunstancia que ha sido aprovechada para la realización de obras de mejora superando en parte las carencias que habían sido puestas de manifiesto en las inspecciones del año anterior.

⁷³ El centro tiene un distribuidor del que irradian los demás módulos, a los que se accede a través de rejas de barrotes. Por el Director se nos manifestó que está prevista una obra para quitar las rejas, con el objeto de disminuir la impresión carcelaria. Se nos comunicó que se iba a llevar a cabo un curso de formación en la Comisaría de Algeciras para funcionarios que participan en la vigilancia del CIE.

⁷⁴ A ello se añaden los problemas de construcción o vejez del edificio, aquejado de humedad y ausencia de calefacción en invierno o aire acondicionado en verano, así como de dependencias apropiadas para el esparcimiento y ocio que no sean los tres patios de la prisión, pues esa es la estructura del edificio y lo que caracteriza su fisonomía. Los problemas de pintura e humedad no obstante, se han ido solucionando poco a poco.

⁷⁵ Es una pena, añade textualmente en su Memoria *«que las actuales instalaciones impidan valorar que la labor que se desarrolla en su interior, en el ámbito institucional, está muy por encima en cuanto a atención, servicios y prestaciones, de la que se presta en otros Centros de Internamiento de España»*.

Por lo que hace referencia a las deficiencias en cuestión de servicios prestados a los internos merecen ser destacadas:

a) la carencia de un plan de seguridad y emergencia integral contra incendios en el CIE de Barranco Seco en Gran Canaria, donde, sin embargo, se han afrontado obras de reforma absolutamente necesarias⁷⁶;

b) la generalizada ausencia de asistentes sociales en los Centros, que ha tenido que ser suplida en no pocas ocasiones por Cruz Roja o la colaboración de Organizaciones No Gubernamentales⁷⁷;

c) las relativas a la asistencia sanitaria⁷⁸.

En cuanto a los incidentes más reseñables ocurridos durante el año 2009, sin perjuicio de haberse constatado algún supuesto de enfrentamientos violentos entre internos (Málaga y Las Palmas⁷⁹) o

⁷⁶ Señala el FDE de Sta Cruz de Tenerife: «Una vez inspeccionadas todas las instalaciones se comprueba cómo se han realizado mejoras. Así los baños donde existían problemas de humedades han sido totalmente remodelados. Se han colocado calentadores nuevos, se ha pintado todo el Centro. Se han colocado muebles nuevos, mesas y sillas en las salas de juegos y pasillos. Se han instalado nuevas cámaras de seguridad. Todas las literas, que son microporadas, están equipadas con colchonetas ignífugas, sábanas y mantas. Sin embargo, no todas las mantas son ignífugas aunque aquellas que no lo son, están siendo progresivamente sustituidas».

⁷⁷ En el CIE de Algeciras no hay servicio de Asistente Social desde 2007. En Isla de Las Palomas no hay servicio de Asistencia Social si bien la labor de la ONG Cardinj se califica como extraordinaria. En el CIE de Barranco Seco durante el año 2009 no ha habido contrato de asistentes ni trabajadores sociales, pese a que en el Centro existe un despacho para ello. La actividad asistencial, suele realizarla de forma voluntaria la Pastoral Penitenciaria que acude todos los jueves. Dentro de esta labor asistencial, la Cruz Roja se ha ofrecido para organizar talleres durante el año, sin embargo, no se han llevado a cabo por estar aún pendientes de resolución. En el CIE de Fuerteventura, los servicios de la Cruz Roja, que acudían regularmente al CIE en años anteriores han dejado de acudir. Así mismo, no existe ningún contrato ni convenio con asistentes ni trabajadores sociales. En el CIE de Tenerife la inexistencia de trabajador social durante buena parte del año ha sido suplida por la dirección a través de la estrecha colaboración con la Cruz Roja, desarrollándose por parte de su cooperadora –de origen magrebí– una más que encomiable labor con los internos. En el CIE de Barcelona se cuenta con personal contratado durante seis meses al año. En el CIE de Madrid, la carencia de asistente social permanente se suplirá con la atención diaria de una asistente social proporcionada por Cruz Roja a la que se estaba habilitando un despacho propio durante la visita de diciembre. En Valencia durante los últimos cinco meses del año 2008 se tuvo contratado a un trabajador social y a un ATS, pero su contrato no ha sido renovado al acabar el año y, por lo tanto, no ha habido contratado trabajador social, ni ATS a lo largo del año 2009.

⁷⁸ El acta levantada con motivo de la visita de diciembre de 2009 precisa al respecto que el CIE Madrid no cuenta con médico permanentemente adscrito al servicio de los internos. Un médico autónomo acude a consulta al CIE de lunes a viernes de 10 a 13 horas y los sábados y domingos de 10 a 12 horas si hay algún ingreso, que es lo habitual. El médico reconoce a su ingreso a todos los internos, y además a aquellos otros que soliciten su asistencia. Las urgencias y las necesidades médicas de los internos fuera de ese horario se cubren a través del SUMMA. En el momento de girar la visita la única ATS con la que cuenta el CIE es Técnico Sanitario del Cuerpo Superior de Policía que acude al CIE de lunes a viernes de 10 a 13 horas. Durante los sábados y domingos es el propio médico autónomo el que contrata y paga un ATS que le asista. No obstante la Dirección del Centro ha comunicado con posterioridad a la visita que se ha conseguido la ampliación del horario de asistencia de la ATS comenzado a las 8,00 horas todos los días de la semana. En todo caso, una de las principales reivindicaciones de la dirección del Centro es la presencia de un ATS a tiempo completo que se haga cargo de la administración de los medicamentos pautadas a los internos, contingencia a la que actualmente durante los periodos de ausencia del ATS, es afrontada por los funcionarios del CNP destinados en el CIE, solución esta que no parece la más adecuada dada las especiales condiciones de los internos y la falta de experiencia y formación de los miembros del CNP para hacer frente a esta función.

⁷⁹ Que justifica las peticiones de la FDE de Las Palmas Ilma. Sra. doña Teseida García García según las cuales *«hay que volver a poner de manifiesto, como se lleva haciendo desde hace muchos años, la falta de un*

una tentativa de suicidio (Málaga), el hecho más relevante fue una denuncia recibida por el Fiscal de Sala el 16 de diciembre de 2009 por la Comisión Española de Ayuda al Refugiado por presuntos malos tratos ocurridos en los CIE de Madrid y Valencia, que ha sido trasladada a las Fiscalías territoriales competentes que, además de realizar sendas visitas extraordinarias a aquellos centros ha dado lugar a la incoación –ya en curso el año 2010⁸⁰– de las correspondientes diligencias de investigación.

VIII. REGISTRO CIVIL Y EXTRANJERÍA

1. En este ámbito específico, nuestra actividad se centra especialmente en la detección y, en su caso, corrección penal de conductas que se materializan en los denominados «*matrimonios de complacencia*» y en las adquisiciones fraudulentas de la nacionalidad española.

En el tratamiento jurídico de los matrimonios de complacencia deben ser ponderados los elementos concurrentes de manera precisa, esto es el obligado respeto al derecho a contraer matrimonio libremente, recogido en el artículo 32 de la Constitución Española, artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y la proscripción de aquellas conductas que alteran la naturaleza de la institución matrimonial despojando al matrimonio de un elemento esencial como es el libre consentimiento⁸¹.

reglamento que regule efectivamente las infracciones y sanciones de los internos, máxime cuando tras la reforma de la Ley Orgánica 4/2000, por la Ley Orgánica 2/2009, el plazo de internamiento ha sido ampliado en 20 días, de forma que los extranjeros pueden permanecer en el centro unos 60 días. Esta falta de regulación hace que los Directores de los Centros no sepan cómo actuar ante determinados hechos que violen la paz y la convivencia entre los internos, ni tampoco los propios internos sepan qué les puede ocurrir ante tales hechos que realicen o que sufran. Por otro lado, esta falta de regulación hace que cualquier sanción que pueda adoptar el Director del centro que pudiera entenderse como arbitraria no pueda ser recurrida ante ninguna otra autoridad, si bien en última instancia se podría acudir al Juez de Instrucción que, de acuerdo a la nueva redacción de la LO 2/2009, debe haber sido designado para conocer las peticiones y quejas que planteen los internos». Y en la misma línea el FDE de Tenerife apunta: «Paradójicamente, no teniendo los CIEs naturaleza penitenciaria, continúa siendo de especial utilidad la aplicación analógica de la legislación penitenciaria en problemas surgidos con ocasión de la privación de libertad de los internos ante el vacío legal existente en materia de gestión y funcionamiento de Centros de Internamiento –art. 153 RD 2393/2004 y OM de 22 de febrero de 1999–. En este sentido, los problemas surgidos en el CIE en relación con huelgas de hambre de internos, traslados a hospital o medidas de aislamiento, han encontrado solución en la regulación contenida en el Reglamento Penitenciario».

⁸⁰ Las incoadas por la Fiscalía de Madrid han sido posteriormente archivadas dado que tras la realización de la práctica de las diligencias oportunas no ha quedado acreditada la existencia de hecho delictivo alguno.

⁸¹ El artículo 16.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 establece que «sólo mediante libre y pleno consentimiento de los contrayentes podrá contraerse el matrimonio». En el mismo sentido el artículo 1.1 de la Convención relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraerlo y registro de los mismos hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1962, conforme al cual «no podrá contraer legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos cónyuges». Como expone la memoria de la Fiscalía de Cáceres reproduciendo el Auto de 10 de marzo de 2009 del Registro

Asimismo, el «matrimonio de complacencia» es un instrumento que puede potenciar conductas delictivas como las falsedades⁸² o la bigamia⁸³, que han dado lugar a la incoación de los correspondientes procesos penales.

2. Diversas Fiscalías se preocupan del fenómeno⁸⁴, señalando distintos aspectos problemáticos surgidos en la práctica, de naturaleza no sólo jurídica sino también de prueba.

A la primera categoría corresponde el relativo a la competencia de los tribunales españoles para conocer de la nulidad de un matrimonio celebrado en otro territorio de la Unión Europea, en el que se señala como domicilio común de los cónyuges de manera ficticia una ciudad

Civil de Cáceres, «no es un consentimiento cualquiera, sino precisamente un “consentimiento matrimonial”, esto es, un consentimiento dirigido a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de asumir los fines propios y específicos de la unión en matrimonio, esto es, el fin práctico de los contrayentes no puede ser otro que el de formar un consortium omnis vitae».

⁸² La Fiscalía de Segovia expone como se está instruyendo, tras la estimación de un recurso del Fiscal contra el auto de sobreseimiento, la sustracción de certificaciones eclesíásticas en blanco de una Parroquia de esta Capital, (...), habiéndose rellenado dichas certificaciones con nombres de personas nigerianas que supuestamente se casaban con personas españolas a las que, o bien, les habían sustraído el DNI o bien, lo habían perdido. Una vez rellenada la certificación en cuestión se llevaba al Registro civil correspondiente para su inscripción el mismo. La Fiscalía de Córdoba manifiesta como, a través de la investigación llevada a cabo por la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de la Policía Nacional, se tuvo conocimiento de la existencia de actas de matrimonios religiosos mixtos falsificadas, dato éste que quedó contrastado con el párroco de la iglesia en donde dichos matrimonios presuntamente se habían celebrado, quien negó la celebración de dichos matrimonios, hallándose actualmente en fase de instrucción el procedimiento penal incoado para la comprobación de los hechos e identificación de los presuntos responsables. La Fiscalía de Burgos indica cómo se ha procedido a la cancelación de las correspondientes inscripciones de matrimonio canónico, todo ello relacionado con la existencia de un procedimiento penal seguido en instrucción consistente en una posible organización dedicada a la falsificación de documentos, en concreto las certificaciones eclesíásticas de celebración del matrimonio que no respondían a la realidad, según las declaraciones de los funcionarios autorizantes eclesíásticos que constan en los expedientes incoados en el Registro Civil. En todos ellos uno de los contrayentes es ciudadano extranjero. La Fiscalía de Sevilla incide en que las denegaciones de matrimonio han culminado en denuncias a la Brigada de Extranjería fundamentalmente por falsificación de documentos. La Fiscalía de Jaén expone que se ha detectado algunos casos de falsificaciones de actas de matrimonio canónico que se hayan pendientes de tramitación penal en los Juzgados de Linares y Jaén.

⁸³ La Fiscalía de Ciudad Real relata que en dos expedientes de autorización de matrimonio tramitados ante el Registro Civil de Ciudad Real se dio la circunstancia de que uno de los cónyuges ya estaba casado en su país de origen. En el año 2007 se autorizó la celebración de un matrimonio y en el año 2009 compareció ante el Registro Civil de Ciudad Real una mujer iberoamericana manifestando estar casada en su país con uno de los miembros del matrimonio autorizado y celebrado dos años antes, aportando la documentación acreditativa de lo alegado. Por este hecho se ha remitido, a petición del Fiscal, testimonio al Juzgado Decano de Ciudad Real a efectos de que, previa incoación, se esclarezca la posible comisión de un delito de bigamia. Dicha Fiscalía da la voz de alarma sobre el peligro de que no pueda controlarse la existencia de matrimonios anteriores no disueltos en sus países de origen al aportarse sólo una declaración jurada de su estado manifestada por ellos mismos ante algún consulado de su país.

⁸⁴ El FDE de Valladolid expone cómo el número de solicitudes de matrimonios sospechosos de fraude ha aumentado ligeramente, con lo que se pone de manifiesto que las medidas actuales no son todo lo disuasorias que cupiera esperar. El FDE de Zamora señala cómo se ha advertido un incremento tanto en los matrimonios mixtos como en los simulados. El FDE de León señala que las cifras han sido similares a las del año 2008. Por el contrario, la Fiscalía de Huelva expone cómo los matrimonios con componente extranjero han disminuido en el año 2009. La Fiscalía de Orense afirma que entre las causas que explican el descenso está el que durante los últimos años por parte de la Fiscalía se han llevado a cabo distintas acciones encaminadas a evitar matrimonios fraudulentos. La Fiscalía de Sevilla señala que ha habido 29 matrimonios denegados en el 2009 frente a los 34 del año 2008 habiéndose producido, por tanto, un descenso.

española con el solo propósito de obtener una tarjeta de residencia comunitaria⁸⁵.

A la segunda, se refieren muchos FDE, que advierten de las dificultades para comprobar la autenticidad de la relación de los contrayentes con la sola audiencia o entrevista (Almería, Córdoba, Ciudad Real, Huelva, Navarra, Murcia y Zaragoza)⁸⁶. Es por ello que proponen la valoración conjunta con otros elementos indiciarios tales como que uno de los contrayentes todavía no haya entrado en territorio español (Murcia), la falta de convivencia (Huelva, León, Navarra, Murcia y Orense), la ausencia de descendencia (Huelva, Orense), el desconocimiento o las contradicciones sobre datos esenciales del otro cónyuge (Albacete, Cáceres, Gerona, León, Segovia y Zaragoza), que no hablen el mismo idioma (Murcia), la existencia de un procedimiento u orden de expulsión firme (Cáceres, Guipúzcoa, Segovia) o la celebración del matrimonio fuera de España⁸⁷.

A esta categoría pertenece –también– el control del denominado «peregrinaje» de solicitantes, esto es impedir que los contrayentes acudan fraudulentamente al matrimonio canónico una vez frustrada la

⁸⁵ Esta cuestión suscitada en Logroño implicaba la interpretación conjunta del artículo 769 de la LECV y el Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre, Relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Como Expone el FDE de La Rioja «*En definitiva, en una demanda de nulidad del Ministerio Fiscal contra ambos contrayentes como demandados, se toma como referencia y punto de conexión el domicilio común fijado por los contrayentes, que aunque ficticio –coincide con el fondo de la cuestión de la demanda– es el señalado y rubricado por ambos personalmente cuando acuden ante la autoridad administrativa a solicitar la tarjeta de residente comunitario. En territorio español, y en concreto en Logroño, han residido ficticia y fraudulentamente los dos demandados, y en la realidad lo sigue haciendo uno de ellos de manera fija, sin perjuicio de las visitas del otro cónyuge para consumir el cumplimiento de los requisitos administrativos. La demanda necesita por tanto unos puntos de conexión y referencias territoriales seguras, aunque sean precisamente la apariencia que se trata de combatir*». Otras maniobras tendenciosas son las recogidas por la Memoria de la FDE de Navarra que advierte como hay que resaltar que en la gran mayoría de los casos que se detectan como posibles matrimonios fraudulentos, se solicita la incoación del expediente en Registros Civiles de pueblos relativamente pequeños en los que es más fácil, ante el personal de los mismos, el que su tramitación pase más inadvertida, empadronándose uno de los solicitantes en dicho municipio prácticamente para ese solo fin de determinar la competencia.

⁸⁶ La FDE de Zaragoza incide en la dificultad de apreciar una intención que corresponde a la esfera interna de la persona y que, evidentemente, ellos se esfuerzan en ocultar. La FDE de Ciudad Real expone cómo dicha dificultad se da más aún cuando, a sabiendas de este trámite, los solicitantes vienen, preparados para ello. La FDE de Navarra sin embargo advierte que si la audiencia se prepara mínimamente, es fácil superar ese obstáculo.

⁸⁷ Sobre este último aspecto, la Fiscalía de Murcia expone cómo en los matrimonios celebrados en el extranjero entre español o extranjero legalizado y ciudadano del país donde se ha celebrado se evita, en principio, el filtro que hubiera supuesto la celebración del mismo matrimonio en España, y por otro lado resuelve la dificultad o imposibilidad del extranjero de entrar en territorio español y se convierte en documento franco no sólo para la entrada sino para la legalización inmediata del cónyuge extranjero. La doctrina de la Dirección General, a partir de la Resolución de 30 de mayo de 1995, al respecto, propugna la denegación de la inscripción de estos matrimonios por entenderse simulados, cuando existan una serie de hechos objetivos, comprobados por las declaraciones de los propios interesados y por las demás pruebas presentadas, de las que sea razonable deducir, según las reglas del criterio humano, que el matrimonio es nulo por simulación.

vía civil⁸⁸ o al Registro Civil de otra provincia cuando el de su residencia lo ha denegado⁸⁹.

3. El aumento de los expedientes de adquisición de la nacionalidad española ha llamado la atención de alguno de los FEDE⁹⁰. Dicho incremento puede explicarse en parte a la proliferación de conductas fraudulentas como la provocación de una situación de aparente condición de apátrida de un menor a quien no se inscribe en el consulado correspondiente a su verdadera nacionalidad hasta que sus progenitores consigan su objetivo de obtener la nacionalidad española para el niño⁹¹.

⁸⁸ La FDE de Zaragoza expone que el Registro Civil comunica a la autoridad eclesiástica los matrimonios cuya celebración se ha denegado. La FDE de Orense señala que se concertaron diversas reuniones con el Obispado de Orense en las que los resultados fueron del todo positivos procediéndose por el Obispado a nombrar un interlocutor, el Vicario General, con el que se mantiene una comunicación fluida que tiene como objetivo prioritario informar de los expedientes matrimoniales respecto de los cuales la Fiscalía observó alguna anomalía y a la inversa consulta por parte del Obispado de aquellos expedientes respecto los cuales tiene duda.

⁸⁹ El FDE de Pontevedra manifiesta que para evitar la reiteración de peticiones en diferentes registros, se han mantenido conversaciones entre los distintos delegados de extranjería para facilitarse los datos referentes a los solicitantes de matrimonios no autorizados que posteriormente se pueden facilitar a los fiscales que llevan materia de registro civil, de manera que pudieran consultar esta información en el momento de emitir informe. Para la Fiscalía de Valladolid sería conveniente la llevanza, de acuerdo con la legislación de protección de datos, de un registro compartido de matrimonios denegados por resolución judicial, con lo que el intercambio de datos o acceso a los mismos, en esta materia, puede ayudar a luchar de manera eficaz contra esta práctica. Asimismo, dicha Fiscalía estima deseable que los órganos judiciales sellaran los documentos presentados al objeto de evitar su uso nuevamente ante otros órganos judiciales una vez desestimada su pretensión.

⁹⁰ En Álava, las peticiones de solicitud de nacionalidad por residencia fueron 112 en el año 2001, 742 solicitudes registradas en el año 2008 y 1.139 que se presentaron en el año 2009. Sin embargo, el crecimiento más importante se ha producido en el ámbito de los expedientes de adquisición de nacionalidad con valor de simple presunción que de tan sólo 2 en el año 2001, han pasado a ser 107 en el año 2007 y 158 en el año 2009. La Fiscalía de Segovia incide en el elevado número de expedientes de nacionalización, y sobre todo de certificaciones con valor de simple presunción de la nacionalidad española de origen, al solicitarlo así los extranjeros que durante estos últimos años han venido a España y como era de esperar, han empezado a ser progenitores de nacidos en nuestro territorio y a los que la legislación nacional de los países de donde son súbditos sus padres, así certificado por los Consulados correspondientes, no otorgan la nacionalidad de los mismos. La FDE de Ciudad Real destaca el notable aumento de trabajo que sufren los órganos de Registro Civil, derivados de expedientes relacionados con extranjeros, especialmente aquellos incoados por solicitudes de nacionalidad española por residencia, de concesión de autorizaciones para tramitar la nacionalidad española por residencia o por opción de menores de 14 años o incapaces, de declaración de nacionalidad española con valor de simple presunción así como los de matrimonio cuando uno de los contrayentes no ostenta la nacionalidad española. La Fiscalía de Murcia relata cómo de los expedientes que se han tramitado durante el año anterior, 2.313, están relacionados con extranjería 1.600, es decir, el 69,17% del total, y tienen que ver con peticiones de nacionalidad.

⁹¹ En este sentido, el FDE de Álava expone cómo sigue detectándose que, en buen número de ocasiones, después de conseguir la nacionalidad del menor con fundamento en el artículo 17.1.c) del Código Civil, se inscribe al niño en el consulado para que también ostente la nacionalidad del país paterno. Manifiesta el FDE de Álava, si bien mostrando su desacuerdo con la misma, que tal inscripción está avalada con la doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado que considera que si no hay inscripción consular, la legislación paterna no le atribuye al menor la nacionalidad, no siendo tan siquiera relevante para la Dirección General que los nacidos puedan adquirir más tarde *iure sanguinis* la nacionalidad de sus progenitores al inscribirse en el consulado, argumentando que este hecho no lleva consigo por sí sólo la pérdida de la nacionalidad española, atribuida *ex lege* y de modo definitivo en el momento del nacimiento. El FDE de Segovia incide en la situación de súbditos y progenitores colombianos y ecuatorianos, que se ven beneficiados simplemente con omitir voluntariamente, y para adquirir la nacionalidad, la matrícula o inscripción en su consulado del hijo/a nacido en España. No obstante, prosigue dicho FDE, la postura doctrinal de la Dirección General de Registros y Notariado se ha matizado ya, en la Circular de 21 de mayo de 2009, en relación con progenitores bolivianos

4. Es de señalar que, según informa el FDE de Córdoba, durante el año 2009 se han resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado un total de ciento treinta y nueve recursos que el Ministerio Fiscal interpuso contra las resoluciones del Encargado del Registro Civil de Córdoba que concedió la nacionalidad española a personas que manifestaban ser saharauis sin ajustarse a las normas aplicables. Asimismo, se han interpuesto por la Fiscalía de Córdoba un total de veintidós demandas de juicio declarativo ordinario en las que se ha ejercitado acción para la declaración de nulidad de la resolución acordada en la comparecencia efectuada en el expediente por ciudadanos saharauis y en la que se aceptaba la solicitud del compareciente resolviendo sin más motivación y sin intervención del Ministerio Fiscal, «de conformidad con lo solicitado», practicándose como consecuencia de esta resolución, la inscripción de nacimiento del compareciente en la que se hace constar que el inscrito goza de nacionalidad española de origen. Hasta el presente momento, y tras la celebración del correspondiente juicio, se han dictado ocho sentencias, todas ellas estimando la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal.

En relación a los expedientes gubernativos que fueron resueltos por el Encargado del Registro Civil de Córdoba con informe favorable del Ministerio Fiscal (o sin informe de éste), en los que tras haber sido notificada en tiempo y forma la resolución no fue recurrida y tras el estudio de las posibles vías jurídicas para atacar las irregularidades cometidas, se ha optado como solución por promover nuevos expedientes solicitando que se dicte resolución que declare con valor de simple presunción que los referidos ciudadanos no son españoles de origen así como la anotación marginal de esta nueva resolución en la inscripción de nacimiento ya practicada; todo ello al estimar que, al no producir las resoluciones recaídas en dichos expedientes el efecto de cosa juzgada en base a la prevalencia del principio de concordancia del Registro Civil con la realidad (art. 26 de la Ley sobre el Registro Civil), pueden incoarse los mismos por el Ministerio Fiscal, legitimado para ello. En este sentido, los primeros escritos presentados por el Ministerio Fiscal han sido admitidos por el Juzgado Encargado del Registro Civil, habiendo incoado los correspondientes expedientes registrales que se hallan en tramitación⁹².

de descendiente nacido en España, poniendo de manifiesto la improcedencia de la declaración de nacionalidad española de origen, al considerar en cierta forma fraude de ley la mera falta deliberada de registro formal del nacimiento, a fin de provocar una aparente situación de apátrida.

⁹² El denominado «efecto llamada» de ciudadanos saharauis también se ha producido en Galicia y en Vizcaya, si bien en tales comunidades no hubo defectos procedimentales por los jueces encargados del Registro Civil. Así, según informa la FDE de Orense en los registros de Verín y en el de Ourense, este año en esta materia se han contabilizado 70 correspondientes a expedientes del Registro Civil de Verín, mientras que el año 2008 pasado fueron 7, y en el Registro Civil de Orense informes negativos del Fiscal en esta materia

En ocasiones el «efecto llamada» no deriva de una relajación de las exigencias procedimentales del expediente de nacionalidad sino de la existencia de un plan delictivo dirigido a facilitar la adquisición de dicha nacionalidad⁹³.

5. La modificación de las leyes nacionales de determinados países iberoamericanos concediendo automáticamente la nacionalidad *ius sanguinis* determinará una reducción del mecanismo previsto en el artículo 17.1.c) CC de acceso a la nacionalidad española al faltar el requisito de la falta de atribución de la nacionalidad por el país de origen. Ahora bien, es previsible que los expedientes de nacionalidad no se reduzcan sino que se reconduzcan a la adquisición de la nacionalidad por vía de residencia⁹⁴.

fueron 32 mientras que en el año 2008 fueron 4, los informes positivos. En Vizcaya se realizaron numerosos empadronamientos en la localidad de Durango con el fin de fijar el domicilio en dicha localidad y atraer así la competencia del órgano jurisdiccional encargado del Registro Civil. Los informes de Fiscalía rechazaron la competencia del Juzgado. La Fiscalía Provincial de Vizcaya ha fundado sus informes en la materia en la ponencia presentada en las jornadas de especialistas de extranjería celebradas en Segovia en el año 2008.

⁹³ Así, la Fiscalía de Ciudad Real alude a «las diligencias previas 1.289/2008, del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Puertollano que fueron incoadas en octubre de 2008 a raíz de la llamada Operación Desierto del Grupo de Información de la Guardia Civil. Esta operación se inicia a raíz del conocimiento de la existencia de una red organizada de saharauis dedicada a la presentación ante el Registro Civil de Puertollano de solicitudes de declaración, con valor de simple presunción, de nacionalidad española, para compatriotas, facilitándoles al efecto documentación presuntamente falsificada. El modus operandi consistía en empadronar a esas personas en determinados domicilios, ubicados en distintas localidades pertenecientes al partido judicial de Puertollano, llegándose a contabilizar hasta 80 personas de alta en una misma vivienda en un plazo de tres meses, acompañar a los mismos a los distintos organismos oficiales y proporcionarles la documentación precisa».

⁹⁴ El FDE de Jaén manifiesta cómo «Lo más destacable en esta materia es el cambio de la regulación de la nacionalidad en las legislaciones chilena, ecuatoriana y boliviana que concede ya directamente por *ius sanguinis* la nacionalidad a los nacidos en el extranjero de padres nacionales de sus países lo que ha disminuido la demanda de declaraciones de nacionalidad con valor de simple presunción que han sido reconducidos a la adquisición de la nacionalidad española por residencia transcurrido un año del menor en territorio español. Tengamos en cuenta que, en el caso de los ecuatorianos, estos ocupaban, junto con los colombianos, el primer puesto en la aplicación de este tipo de expedientes». La FDE de Ciudad Real indica cómo «ante estos cambios, se detectó que se estaban emitiendo informes contradictorios por fiscales de la plantilla en los expedientes de declaración de nacionalidad española al amparo del artículo 17 CC en trámite de los nacidos en España hijos de ecuatorianos o bolivianos, cuando el nacimiento ha sido anterior a las reformas constitucionales aludidas, cuestión a la que no aludía la Dirección General de los Registros y del Notariado al comunicar la modificación. Atendiendo a distintas resoluciones de esa misma Dirección planteadas en relación con las reformas que en esos mismos términos se realizaron en Cuba en los años 70, se estimó que se debe estar a la regulación vigente a la fecha del nacimiento y no a la de la fecha del expediente». La Fiscalía de Murcia manifiesta cómo si bien la modificación de la Constitución ecuatoriana todavía no se ha dejado sentir en el Registro Civil, lo hará próximamente dado que la población de origen ecuatoriano es la más numerosa de las que integran el contingente extranjero, ello significará una disminución notable en los expedientes por declaración de simple presunción de nacionalidad española de origen de hijos de ecuatorianos nacidos en España.