

## 7.4 Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería

### 7.4.1 INTRODUCCIÓN

1. En una exposición como la presente, sólo de una manera muy esquemática –casi telegráfica– puede relacionarse la extensa labor desempeñada por los fiscales delegados de Extranjería en el curso del año 2010. No sólo se trata de una actividad que se desenvuelve en casi todos los órdenes jurisdiccionales (penal, civil y contencioso administrativo) o sobre determinadas áreas especializadas del derecho (menores, registro civil y vigilancia penitenciaria), a la que –según evoluciona la dinámica normativa que regula el derecho de extranjería– cada vez más se le atribuye nuevos cometidos ajenos a la actuación ante los tribunales de justicia<sup>2</sup>, sino también exige superar un cúmulo de obstáculos que dificultan su cometido.

En efecto, nuestra actividad exige una diferenciada coordinación con el conjunto del resto de los fiscales de la respectiva plantilla y con las diferentes secciones especializadas de las distintas fiscalías territoriales que –según sus propias características– obedecen a modelos organizativos muy diferentes<sup>3</sup>; obliga a realizar esfuerzos añadidos de comunicación o de relación interorgánica con variadas instituciones u organismos públicos nacionales –incluso foráneos– directamente vinculados con nuestra función<sup>4</sup>; por exigencia de la

---

<sup>2</sup> Así, muy recientemente, el artículo 215 del nuevo RG, atribuye a la Fiscalía General del Estado la coordinación del Registro de Menores Extranjeros No Acompañados que se localiza en la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil.

<sup>3</sup> En muy pocas Fiscalías los FDE realizan su función en régimen de exclusividad. Lo habitual es que deban compaginarla con otras (adscripción a uno o varios Juzgados de Instrucción de la provincia, celebración de juicios de faltas o por delito ante los Juzgados de lo Penal, Audiencias Provinciales o Tribunal del Jurado, atención a los servicios de guardias, o la asunción de alguna otra delegación diferente de la extranjería). Más aunque así fuera es evidente que –salvo Fiscalías de muy limitada extensión donde además no existieran Fiscalías de Área– no podrían atender por sí solos toda la actividad que les está encomendada por las Instrucciones 5/2007 y 5/2008 FGE. Por consiguiente la labor de coordinación normalmente se verifica previamente mediante la redacción de notas internas por las que –por conducto de la jefatura– se transmiten o recuerdan tanto los criterios de la Fiscalía General del Estado cuando se producen como las conclusiones alcanzadas en la reunión anual de fiscales especialistas y a posteriori, ya visando los informes realizados ya recogiendo –en la medida de lo posible– los dictámenes y calificaciones que se hayan emitido para su control posterior.

<sup>4</sup> Significadamente con las Brigadas Provinciales de Extranjería y Fronteras y con los Delegados y Subdelegados del Gobierno. En el primer caso, a modo de ejemplo, la FDE de Santa Cruz de Santa Cruz de Tenerife afirma que «en íntima conexión con la labor desarrollada por el servicio de extranjería merece mención especial la fluida comunicación que se mantiene con la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras, a través de la UCRIF, con la que se mantienen reuniones periódicas de información, comunicación y coordinación en la actividad que tiene encomendada, y así, dentro de las labores propias de la unidad, se encuentra la investigación de todas aquellas acti-

Ley de Extranjería y del reglamento que la desarrolla –en consonancia con una variedad de instrumentos internacionales vinculantes para España– nos impone mantener un estrecho contacto con aquellas fundaciones, asociaciones u organizaciones no gubernamentales comprometidas en la defensa de los derechos de los ciudadanos extranjeros; y, por fin, dada la naturaleza extraordinariamente cambiante del fenómeno migratorio hacia la Unión Europea y de la legislación comunitaria que lo regula, nos exige una permanente

---

vidades ilícitas perseguidas penalmente que contravengan los derechos de los ciudadanos extranjeros en España...». En el segundo caso, hasta tal punto alcanza la agilidad en las comunicaciones y la disponibilidad por ambas partes que incluso algunos FDE han emitido informes a solicitud de la propia Subdelegación en expedientes de carácter estrictamente administrativo. En este sentido merece la pena recoger las siguientes manifestaciones de los FDE de Jaén y de Las Palmas: «El 14 de noviembre de 2010 emitimos a solicitud de la Subdelegación del Gobierno un informe sobre la asimilación del concepto de antecedentes policiales al de antecedentes penales establecido para la negativa a la concesión de permisos de acuerdo con la Ley de Extranjería. Decíamos en dicho informe: «Dos cuestiones se nos hacen en el escrito de solicitud: a.– La primera si el concepto de antecedentes penales contemplado en el artículo 31-5.º de LOEX como obstativo de la concesión del permiso de residencia temporal a un extranjero puede considerarse existente en el caso de que solo existan los llamados antecedentes policiales. b.– Si, aun en el caso de que así fuera, en el caso concreto de existencia de un acto social de importante relevancia por el extranjero podría concedérsele el permiso de residencia por circunstancias excepcionales a pesar de la existencia de dichos antecedentes. III.– En cuanto a la primera cuestión los antecedentes policiales con detención no tienen virtualidad para denegar el permiso solicitado; esto es, la restricción de un derecho fundada en hechos presuntamente constitutivos de infracción penal. Y ello porque, no existiendo constancia de que aquellas diligencias hubiesen derivado en una condena penal firme no se puede atender a ellas como motivo de denegación del permiso sin vulnerar el derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución Española». A su vez, la FDE de Las Palmas refiriéndose a los expedientes administrativos previstos en el artículo 57-2 de la LOEX: «son varios los informes que el fiscal ha emitido en los supuestos en los que la autoridad gubernativa ha incoado un procedimiento administrativo para proceder a estas expulsiones. Concretamente y si bien el Ministerio Fiscal no está obligado a informar en este tipo de procedimientos administrativos sancionadores, como consecuencia de la recepción de los expedientes para informe, enviados por la Subdelegación del Gobierno en Las Palmas, y como quiera que se trata de extranjeros condenados por sentencias penales en los que ha intervenido el Ministerio Fiscal, se han emitido 7 informes de los que en 6 se ha informado positivamente a la expulsión y en uno de ellos se informó negativamente a dicha expulsión por no cumplir con el requisito establecido en la norma de que la pena fuera superior a un año de prisión. Añadiendo que no se han producido comunicaciones con la autoridad gubernativa respecto a lo dispuesto en el artículo 151.3 y 151.4 del Reglamento de la Ley de Extranjería. Sin embargo, sí existen comunicaciones entre la Subdelegación del Gobierno y la Fiscalía respecto de extranjeros que están sometidos a expedientes de expulsión, y que aportan alegaciones que hacen referencia a la existencia de hijos menores de edad. De acuerdo con ello, la Fiscalía emite un informe en el que valora todas las circunstancias concurrentes, y muy particularmente el superior interés del menor, y el derecho constitucional a la protección de la familia. Los criterios que se tienen en consideración son, entre otros, la nacionalidad del menor (de acuerdo con los sistemas de atribución de la nacionalidad de los distintos países, para evitar además la apatridia de los menores si los padres fueran expulsados, dado que los menores corren la suerte de sus progenitores), el arraigo de la familia en España, la situación del otro progenitor en España, o la relación del extranjero irregular con el menor. Se han emitido 27 informes al respecto, de los que en 17 se ha informado a favor de la expulsión del extranjero y en 10 se ha informado a favor de la no expulsión de éste».

labor de estudio, debate y puesta al día para la adecuada unificación de criterios interpretativos internos.

Como en años anteriores, seguiremos estructurando el texto distinguiendo seis capítulos o apartados delimitados según la naturaleza de nuestra intervención de conformidad con las funciones más sobresalientes que han sido encomendadas a los FDE por el Fiscal General del Estado en las Instrucciones 5/2007 y 5/2008.

Previamente, como ya es habitual, debemos comenzar advirtiendo que los datos que se incorporan en el texto sólo son *relativamente fiables* porque todavía siguen sin superarse las insuficiencias del *sistema de registro informático* en lo que concierne a nuestra especialidad<sup>5</sup>, o, como indica el FDE de La Rioja, porque se hace preciso una labor de formación del personal que la utiliza unido a una decidida reforma de la oficina y funcionamiento de las *secretarías de las Fiscalías*<sup>6</sup>, en las que se integren funcionarios de tramita-

---

<sup>5</sup> Han pasado muchos años sin que se mejore el sistema el registro y tratamiento de datos. Las consecuencias son que para facilitar las cifras aproximadas haya de recurrirse a sistemas manuales de apunte o recopilación y almacenamiento material de informes, calificaciones, sentencias y otras resoluciones judiciales, lo que, además de no ser del todo fiables, exige un esfuerzo denodado de los FDE y no garantiza la información que –cada vez con mayor intensidad– requieren las instituciones y organismos españoles e internacionales con los que nos relacionamos. Sobre los defectos de la informática aplicada se han pronunciado directamente los FDE de Madrid, Barcelona, Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, Sevilla, Huesca, Illes Balears, Cantabria, Castellón, Albacete, Cuenca, Soria, Valladolid, Tarragona, Cáceres, Badajoz, A Coruña, Palencia, Ourense, Navarra, Málaga y Gipuzkoa. En concreto señala el FDE de Cádiz que, en lo referente al registro de internamientos en CIE y la aplicación del sistema Fortuny, «se ha comprobado que algunos internamientos han sido registrados en la misma, sin embargo la aplicación no puede facilitar el listado de los procedimientos de internamiento de la provincia, dando como resultado a la consulta un mensaje de error: «la consulta no generó ningún resultado». Por su parte indica el FDE de Granada: «debe en todo caso insistirse de forma clamorosa, en la necesidad de adecuar la aplicación informática de las Fiscalías, y en particular la de Granada, a las exigencias de la especialidad, para poder suministrar con exactitud la información, que en este campo se precisa. La aplicación actual prevé el registro de especialidades, pero no resulta posible registrar un asunto con más de una especialidad, por lo que si un extranjero ilegal llevó a cabo un presunto delito de violencia de género, o fue víctima de él, o contra la seguridad vial, o fue sujeto activo o pasivo de un delito de siniestralidad laboral, no podrá ser registrado como extranjero, porque su inscripción bajo el epígrafe de la especialidad de Violencia Género, Seguridad Vial o Siniestralidad impide la edición del campo de Extranjería. Se precisa la corrección de estos dislates o la creación de una nueva aplicación, como algo esencial para que la información pueda procesarse con eficacia, y para que pueda obtenerse con rapidez, siendo estos factores decisivos para que el fiscal pueda desplegar su trabajo con acierto, lo que permitiría iniciativas en materia de Extranjería, en todas las fases del procedimiento».

<sup>6</sup> En este sentido afirma en su interesante y completa Memoria que: «no es justo ni cierto seguir manteniendo el mismo discurso acerca de las dificultades en la recopilación informática de datos y estadísticas. Debemos partir por un reconocimiento humilde de que los funcionarios y los fiscales carecemos de la formación informática suficiente como para poder utilizar las posibilidades que ofrece la herramienta Fortuny y en este sentido estamos lejos de poder agotar los recursos que ofrece. Días atrás las CCAA ha asumido las transferencias en Justi-

ción o gestión procesal con dedicación exclusiva como reclama el FDE de Sevilla, para evitar –como irónicamente indica– que *se acaten, pero no se cumplan* las órdenes de servicio referentes a la recopilación de datos.

Por ello nuestra base de datos no puede formarse solamente con la información directa facilitada por los FDE y la proveniente –necesariamente corregida– de los sistemas informáticos. Por el contrario debe ser completada por los registros del propio Fiscal de Sala de Extranjería que, auxiliado por sus adscritos, recibe, estudia, analiza y archiva a lo largo de todo el año la documentación que los fiscales delegados remiten y de los datos estadísticos que nos han facilitado la Comisaría General de Extranjería y Fronteras y el Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado [CICO].

2. A lo largo del año 2010 se ha ido consolidando en toda España la red de fiscales especialistas de Extranjería, según las necesidades de cada territorio.

---

cia y es el momento de revisar qué material tenemos informáticamente, cuánto sabemos del mismo, qué margen de mejora hay en la formación de funcionarios y fiscales y qué necesitamos y para qué. El nuevo fiscal Superior ha manifestado que uno de sus primeros propósitos va a ser plantear una inmediata puesta al día en la formación informática de todos, elemento que provocará, inevitablemente, la mejora en el control de datos. Ciertamente es que la Extranjería es una de las materias más difíciles de controlar informáticamente, pero no porque no exista la herramienta adecuada sino porque el registro y anotación de los asuntos exige mayor atención en diferentes momentos. No se agota con la anotación del registro inicial (como ocurre identificando el asunto como de siniestralidad laboral), sino que exige seguir las incidencias posteriores (expulsión sustitutiva pedida en la calificación, autorización de expulsión administrativa, sentencia que condena y expulsa, auto en ejecución que expulsa, etc.). La idea básica que, a nuestro juicio, está retrasando la correcta implantación de las herramientas informáticas y su utilidad y eficiencia, es la obsoleta concepción actual de las secretarías –de las Fiscalías, organización que responde un esquema de hace más de 25 años, cuando la realidad es que las últimas reformas del Estatuto Orgánico de los años 2004 y 2007, así como la referencia al fiscal en multitud de leyes en los últimos tiempos, han supuesto un modelo de fiscal radicalmente diferente del que existía hace sólo diez años. Hoy en día se está implantando –lenta pero progresivamente– la práctica de que los propios fiscales entran en el programa informático y elaboran in situ sus escritos y dictámenes, que los fiscales jefes visen a través del programa, que –como no puede ser de otra manera– los datos introducidos por los Juzgados de Instrucción en el registro inicial de los asuntos sean aprovechados por las fiscalías –hoy estamos en pleno proceso de itineración–, y en fin, todo esto nos lleva a redefinir y plantear cuál es el trabajo que queremos que hagan los funcionarios para colaborar con un fiscal orientado al siglo XXI. Estas reflexiones nos conducen inexorablemente al nuevo modelo de oficina fiscal que se está gestando, remitiéndonos aquí en bloque a las estupendas ideas que al respecto seguro ha incluido en su memoria anual la Fiscalía del País Vasco, cuyo avanzado e inminente modelo de oficina fiscal expuso brillantemente en las recientes jornadas de Sevilla el Fiscal Jefe de Gipuzkoa, Ilmo. Sr. don Jaime Goyena Huerta».

En la actualidad, además de la existencia de un fiscal delegado de Extranjería (FDE) en cada Fiscalía Provincial y en las Fiscalías de la Audiencia Nacional y la Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, se han designado por las respectivas Jefaturas –siguiendo sus respectivas necesidades organizativas– o en las Fiscalías de Área especialmente afectadas por la problemática de Extranjería, un conjunto de fiscales subdelegados y colaboradores que han coadyuvado decididamente en la función<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Así, durante el año 2010 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 Luís Puerta Martí (Ceuta) y don José Luís Jádenes Casaubón (Algeciras); Córdoba: don Antonio Rafael Romero Tirado (Delegado), doña Carmen Romero Urrutia, doña Aurora López Sánchez Vizcaíno, y doña Natalia Izquierdo Siles; Granada: don Juan José Meca Garrido (Delegado). Jaén: don Cristóbal Francisco Fábrega Ruiz (Delegado) y doña Mercedes Heredia Puente; Huelva: don Miguel Ángel Arias Senso (Delegado) y doña Josefa Monje Borrero; Málaga: don Juan Andrés Bermejo Romero de Terreros (Delegado) y doña Ana Lobillo Puente; Sevilla: don Luís 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 Gloria Santos Herrero (Delegada); Teruel: don Jorge Moradell Ávila (Delegado); Zaragoza: doña Ana Josefa López Gastón (Delegada) y doña María Cristina Asensio Galdiano; Asturias: doña Adoración Peñín (Delegada) y María Luisa García Vega (Área de Gijón); Illes Balears: don Ramón Luís Vázquez Albertosa (Delegado); **Canarias:** Las Palmas de Gran Canaria: doña María Teseida García García (Delegada), doña Pilar Rodríguez, Don Rafael Fernández de Páiz, don Miguel García Fernández y doña Henrietta Oramas Pérez; Santa Cruz de Tenerife: doña Carolina Barrio Peña (Delegada); Cantabria: doña Irene Ciriza Maisterra (Delegada), don Jesús Dacio Arteaga Quintana y don Emilio Laborda; **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 doña Carmen Gutiérrez Díaz (durante el primer semestre) y doña Ruth Yébenes Vázquez (segundo semestre); Cuenca: doña María Teresa Montón Serrano (Delegada); Guadalajara: doña 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: doña María Santos León (Delegada) y doña Sol Hernández Prieto (Ponferrada); Salamanca: doña Amaya Ezquerecocha Ruiz (Delegada); Zamora: doña Pilar Berceruelo 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 Luís Angel Ortega Francisco (Delegado) y doña Leonor Monsalve Córdoba; **Cataluña:** Barcelona: don Fernando Rodríguez Rey (Delegado) y en sustitución temporal don Francisco Javier Pérez Ruiz; Girona: don José Ramón Cotos Esperanza (Delegado), doña Sandra Fajil Fraga y doña María Luisa García de Eulate López (Figueres); Lleida: don Eduardo Piedrabuena León (Delegado); y, Tarragona: don Luís Jesús Chimeno Gascón (Delegado); **Comunidad Valenciana:** Alicante: don Joaquín Alarcón Escribano (Delegado) José Luís 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), doña Isabel Zayas López, doña Mónica Guzmán (Área de Vinaroz); y Valencia: y don Antonio Montabes Córdoba (Delegado), doña María Dolores Vilanova Pelluch, don José Antonio Nuño de la Rosa Amores; **Extremadura:** Badajoz, don Antonio Luengo Nieto (Delegado), don César Turégano (Mérida) y doña María Montaña Lobato (Zafra) y, Cáceres: don Juan Francisco Merino Rodríguez

Asimismo, hay que resaltar que el 2 de marzo de 2010, tomó posesión como fiscal adscrito al Fiscal de Sala de Extranjería, el Ilmo. Sr. don Luís Lafont Nicuesa, con lo que, además de haber quedado suficientemente reforzado este servicio o función delegada del Fiscal General del Estado, se ha establecido un sistema de seguimiento y control más efectivo<sup>8</sup>.

#### 7.4.2 DELITOS RELATIVOS A LA EXPLOTACIÓN SEXUAL Y LABORAL DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

1. Tras la incorporación por la Ley Orgánica 5/2010 al Código Penal del nuevo artículo 177 bis, que tipifica el delito de trata de seres humanos, el ordenamiento jurídico español ha cumplido con la primera de las condiciones que impone el derecho internacional con relevancia penal para la efectiva persecución de las nuevas formas que adopta la esclavitud del ser humano –en cualquiera de sus modalidades– en el siglo XXI. Asimismo, después de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009 de la Ley Orgánica 4/2000, que introduce el ar-

---

(Delegado); **Galicia:** A Coruña: don Miguel Armenteros León (Delegado), don Antonio Lovera Tejedor, doña Beatriz Pacios Yáñez, doña María José Cora Guerreiro, doña Liliana López Siso, doña María Olga Serrano Pedrós, doña María Nemiña (Área de Ferrol) Don Miguel García (Área de Santiago de Compostela); Lugo: doña Susana Alzueta Albo (Delegada); Ourense: doña María del Pilar Manso López (Delegada); y, Pontevedra, doña Susana García-Baquero Borrell (Delegada); **La Rioja:** don Santiago Herraiz España (Delegado); **Madrid:** doña Beatriz Sánchez Álvarez (Delegada), don Salvador Ortolá Fayos, doña Victoria Iparraguirre, doña María Ángeles Castro Vázquez y doña Ana García Merino; **Murcia:** don José Francisco Sánchez Lucerga (Delegado); **Navarra:** doña Ana Carmen Arboniés Lenaroz (Delegada); **País Vasco:** Araba: doña Pilar Pomposo Romero; Gipuzkoa: don Francisco Javier Larraya Astibia (Delegado) y Don Tomás Calvete Morán (Irún, Tolosa, Azpeitia, Eibar y Vergara); y, Bizkaia: doña Ana María Sola Ibarra (Delegada) y don Emilio Villar. En este punto es obligado agradecer el esfuerzo y compromiso del Fiscal Jefe Provincial de Madrid, que por primera vez y a pesar de la conocida penuria que en materia de personal caracteriza a esta Fiscalía, ha conferido carácter de exclusividad a la Delegación de Extranjería representada por la FD Beatriz Sánchez Álvarez, a quien auxilian otros cuatro fiscales, si bien estos no en régimen de exclusividad.

<sup>8</sup> Sin perjuicio de que ambos participan conjuntamente en todas las funciones atribuidas al Fiscal de Sala –incluida la tramitación de las Diligencias Informativas abiertas no solo con ocasión de las quejas presentadas por el Defensor del Pueblo, sino también cualesquiera otras directamente recibidas–, el nuevo nombramiento ha servido para distribuir entre los dos fiscales adscritos el control preferente de distintas áreas. Mientras, la Ilma. Sra. fiscal Patricia Fernández se preocupa de los delitos contra los ciudadanos extranjeros en general, y de la trata de seres humanos en particular, el Ilmo. Sr. fiscal Luís Lafont Nicuesa realiza prioritariamente el seguimiento de MENAs y Registro Civil. El trabajo de ambos no sólo es sobresaliente desde todos los puntos de vista, sino extraordinariamente valorado tanto ad intra –por los propios compañeros FDE que a ellos acuden incesantemente recabando asesoramiento por las más variadas cuestiones– como ad extra por la fluida relación que desarrollan tanto con representantes institucionales como los de todos los ámbitos sociales. Sin su excelente predisposición, labor, y eficaz colaboración, sería imposible llevar a cabo el servicio de extranjería encomendado al Fiscal de Sala.

título 59 bis LOEX, se han creado los cimientos sobre los que construir el sistema de protección integral de las víctimas de trata de seres humanos que preconiza el Convenio de Varsovia de 2005 y que recientemente ha ratificado la Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

Nadie puede dudar que estas dos relevantes reformas legislativas constituyen los presupuestos jurídicos imprescindibles con los que España se incorpora decididamente a la *acción mundial contra la trata* de seres humanos impulsada por Naciones Unidas y, en nuestro continente, tanto por el Consejo de Europa como por la Unión Europea. Sin embargo afirmar que los nuevos artículos 177 bis CP y 59 bis LOEX sean unos instrumentos imprescindibles, no significa reconocer que sean suficientes.

En efecto, la lucha contra la trata de seres humanos solo puede devenir eficaz a través de una multitud de medidas –no necesariamente normativas– que cierren el círculo de la prevención del delito <sup>9</sup>, la persecución penal concertada y coherente <sup>10</sup> y la integral protección de las víctimas <sup>11</sup>, en los términos que previenen la práctica totalidad de instrumentos internacionales que directamente nos vinculan.

---

<sup>9</sup> La prevención del delito implica una multiplicidad de acciones dirigidas a conocer en profundidad todos los aspectos de relevancia criminológica del delito, desde su verdadera cuantificación hasta su etiología, indagando las causas que lo favorecen tanto en el lugar de origen como de destino de las víctimas; a realizar campañas de sensibilización pública sobre la gravedad del fenómeno; y a favorecer no sólo la formación cualificada y especializada de los responsables estatales llamados a combatirla (jueces, fiscales y policía), sino también reforzar la cooperación entre todos ellos.

<sup>10</sup> La persecución concertada y coherente, además del presupuesto básico –en España ya cumplido– de la tipificación del delito conforme a las exigencias del derecho internacional, exige una adecuación de la técnica de investigación del delito y del derecho procesal que lo garantiza. En este sentido se trata de encontrar elementos de prueba que no dependan necesariamente de la denuncia o testimonio de las víctimas; en otras palabras, debe lograrse que el procedimiento siga su curso aunque la víctima se retracte o retire su denuncia. Para ello es decisiva la utilización racional de las intervenciones telefónicas, vigilancia con medios electrónicos e investigación financiera que son medios propicios e idóneos para la investigación de este delito, pero es también necesario contar con grupos operativos de investigación especializados. Desde otro punto de vista, dado que habitualmente es de carácter transnacional, exige potenciar todos los mecanismos de cooperación jurídica y policial internacional.

<sup>11</sup> Integral significa que comprenda tanto el reconocimiento de un status procesal específico (ya como testigo protegido –separación entre explotadores y víctima, garantía de la privacidad de sus datos identificativos, celebración de sus declaraciones a puerta cerrada, evitación de la reiteración de testimonios de la víctima a lo largo del proceso– como de víctima stricto sensu –derecho a personarse en el proceso penal y a tener adecuada asistencia jurídica–) como el efectivo desarrollo del sistema de intervención e identificación de las víctimas –en el que hay que incluir la concesión de un período de reflexión a la presunta víctima que se halle en España sin las pertinentes autorizaciones adminis-

Desde ese punto de vista, todavía estamos en el inicio de un camino largo y complicado al que decididamente se han incorporado los fiscales especialistas de Extranjería con la pretensión de ayudar a que se llegue a buen término.

Así, durante el año 2010, los fiscales dedicados a esta especialidad hemos participado decididamente en cualquier actividad social dirigida a sensibilizar a la opinión pública sobre este gravísimo fenómeno criminal<sup>12</sup>, hemos contribuido a profundizar en el conocimiento y formación de los llamados a combatir ese delito tanto dentro como fuera de España<sup>13</sup>, hemos regularizado la comunicación y

---

trativas— que garantice su completa recuperación física, psicológica y social, le cree una situación de seguridad completa, le dote de toda la información que necesite, le atribuya el derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios sufridos por sus tratantes, y, en el caso de encontrarse en España en situación de irregularidad administrativa, se le conceda el derecho a permanecer en territorio nacional o, si prefiere optar por volver a su país, se le faciliten los medios de un retorno asistido y seguro.

<sup>12</sup> No solo acudiendo a las múltiples llamadas de los medios de comunicación que se han preocupado de ello, sino también colaborando con todas las iniciativas públicas cuando nos lo han requerido. En este sentido es de destacar como la Fiscalía General del Estado, representada por el Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería, fue llamada especialmente para participar y apoyar—como así se hizo— en todos los actos de presentación y divulgación de la Campaña Corazón Azul, una iniciativa de sensibilización para luchar contra la trata de personas y su impacto en la sociedad, proyectada en 2008 por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y a la que el entonces Ministerio de Igualdad se sumó en julio de 2010.

<sup>13</sup> No es posible relacionar todas las actuaciones llevadas a cabo. No solo se ha colaborado en los cursos de formación inicial de fiscales, sino también en los de formación continuada (destaca entre ellos, el Curso impartido en el Centro de Estudios Jurídicos por el FDE de Málaga, Juan Bermejo, sobre la persecución internacional de la trata de personas desde una perspectiva de género, en noviembre de 2010). Se ha intervenido en actividades de esa naturaleza organizadas desde el ámbito universitario (I Jornada sobre inmigración, trabajo y derecho penal, Granada, mayo 2010; Jornadas organizadas por Universidad del País Vasco, la Universidad Pública de Navarra y la Universidad de Pau, sobre «El delito de trata en la reforma del Código Penal», San Sebastián, diciembre de 2010), social (mujer inmigrante y violencia de género, Fundación Isadora Duncan, León noviembre de 2010; Ley de Extranjería y Código Penal, organizado por la Asociación de Mujeres Juristas THEMIS, Madrid, diciembre de 2010), Sindical (igualdad de trato y oportunidades y trabajo, UGT, Madrid, mayo 2010) y colegial (20.º Encuentro de Abogados de Extranjería y Asilo, organizado conjuntamente por la Comisión de Extranjería del ICAB y la Subcomisión de Extranjería del CGAE, Barcelona, mayo 2010). A nivel internacional hemos compartido experiencias e intercambiado información en el Seminario Regional Para Promover la Cooperación Judicial Recíproca entre los países del África Occidental afectados por el Tráfico ilícito de Estupefacientes y el Tráfico Ilícito de Migrantes (que tuvo lugar en Dakar, Senegal entre el 18 y 21 de mayo de 2010); hemos aportado nuestra contribución a la Reunión Internacional celebrada en Bruselas, en la sede de la Comisión Europea los días 18 y 19 de octubre de 2010, convocada bajo el título «Hacia una aproximación internacional en prevención de la trata de seres humanos, persecución del delito y protección de víctimas»; hemos sido invitados por CCME (Churches' Commission of Migrants in Europe) a intervenir en la reunión internacional que bajo el título «Primeros pasos en la lucha contra la trata con fines de explotación laboral» se celebró en Bruselas los días 12 a 14 de octubre de 2010, dentro del proyecto Mirror; en la exposición a la delegación de fiscales suecos sobre legislación y práctica judicial española en lo referente al delito de trata de seres humanos, Madrid, septiembre de 2010; la FDE de Pontevedra, Susana García-Baquero,

relación con las asociaciones, fundaciones y Organizaciones no gubernamentales<sup>14</sup>, hemos fortalecido y estrechado las relaciones con la Comisaría General de Extranjería, significadamente con la UCRIF<sup>15</sup>, y, a nivel de intercambio de información hemos mantenido un adecuado grado de comunicación con el Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad.

En este marco también se inscriben los debates y las respectivas conclusiones que han llevado a cabo los fiscales delegados de Extranjería en sus reuniones anuales. Precisamente en la última de ellas –celebrada en Baiona los días 4 y 5 de octubre de 2010– se aprobó por unanimidad que la actuación en relación con la protección de las víctimas de los delitos tipificados en el artículo 177 bis CP se verificará sobre la base de los principios recogidos en la Ficha del Fiscal de Sala de Extranjería «*Síntesis del sistema de la lucha contra la trata de seres humanos*»<sup>16</sup>.

Este documento de «*principios generales*» junto con las imprescindibles aportaciones de la Ilma. Sra. FDE de Pontevedra Susana García Baquero brillantemente trasladadas al «*Protocolo de actuación institucional sobre adopción de medidas de prevención, investigación y tratamiento de las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual*» suscrito entre la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Galicia y la Xunta de Galicia<sup>17</sup>, han sido una de las fuentes más influyentes en la

---

acudió en mayo de 2010 como ponente al Seminario organizado por el AECE en Cartagena de Indias (Colombia) sobre la persecución del delito de trata de seres humanos y la protección de víctimas; Teseida García (FDE de Las Palmas), en abril de 2010, acudió a México DF en representación del Ministerio Fiscal español a tratar sobre idénticos cometidos en la reunión de expertos convocados por UNODC (Naciones Unidas).

<sup>14</sup> La relación con la Red Española Contra la Trata de Seres Humanos, es periódica y fluida (pues no solo se desarrolla en las reuniones que se celebran en sede de Fiscalía –al menos una vez al mes, sino también por vía de correo electrónico y vía telefónica).

<sup>15</sup> Por parte del Fiscal de Sala de Extranjería y de los fiscales adscritos se mantienen regulares encuentros –uno al mes, alternativamente en sede de la UCRIF y en Fiscalía– con cuyos responsables hay una magnífica colaboración, intercambio de información y desarrollo de buenas prácticas. Del mismo modo, a nivel territorial se está generalizando este tipo de comunicación de los FDE con las respectivas Brigadas Provinciales.

<sup>16</sup> Publicado en la Web de Fiscalía: [fiscal.es / fiscal especialista / Documentos y normativa](http://fiscal.es/fiscal_especialista/).

<sup>17</sup> Además, en la minuciosa Memoria que presenta este año, esta ejemplar fiscal realiza un estudio pormenorizado sobre las nuevas formas de actuación de la sección provincial de extranjería en relación con la identificación de las presuntas víctimas de trata de seres humanos en general, y de las que son objeto de explotación sexual en particular, que, dada su extensión, no podemos recoger en este lugar. Sin embargo, por el interés que presentan sus aportaciones generales y los modelos de aplicación serán remitidos a todos los FDE para que les sirvan de orientación en su quehacer diario hasta tanto se incorporen a los instrumentos normativos internos de

que han bebido los redactores de los artículos 140 a 146 del Proyecto de Nuevo Reglamento de Extranjería (Capítulo IV del Título V, *sobre residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de extranjeros víctimas de la trata de seres humanos*)<sup>18</sup>; también constituirán una de las bases sobre la que se elaborará el futuro «protocolo marco de protección de víctimas de trata de seres humanos» que se está llevando a cabo conjuntamente por las Secretarías de Estado de Inmigración y Emigración, de Justicia, de Seguridad y de Igualdad<sup>19</sup>.

2. Una vez completado el sistema integral de lucha contra la trata de seres humanos se estará en condiciones de superar los verdaderos obstáculos que impiden la efectiva persecución de este delito que, como señalan reiteradamente los FDE en sus Memorias, derivan fundamentalmente de la escasa colaboración de las víctimas por su

---

la Fiscalía General del Estado que se dicten en desarrollo del Nuevo Reglamento de Extranjería o a los Protocolos provinciales respectivos.

<sup>18</sup> Definitivamente aprobado y publicado en el BOE de 30 de mayo de 2011 como Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

<sup>19</sup> Está formada una comisión con sede en el Ministerio de Justicia en la que participa muy activamente la Ilma. fiscal adscrita al Fiscal de Sala de Extranjería, Patricia Fernández Olalla. La exigencia de un protocolo marco deriva de varias circunstancias. La primera, de que el delito de trata de seres humanos –como atentado a los derechos fundamentales de la persona– ha dejado de ser una subespecie del delito de tráfico ilícito de inmigrantes (anterior redacción del núm. 2 del artículo 318 bis CP), por lo que la víctima del delito puede serlo cualquiera –nacional o extranjero y, en este último caso, con residencia regular o no en España– de tal manera que todos los cuerpos y fuerzas de seguridad –estatales y autonómicos– pueden en el curso de una investigación llegar a tomar contacto con potenciales víctimas de trata que necesiten la aplicación del específico sistema de protección (identificación de la víctima, concesión del período de reflexión, asistencia sanitaria y social y condiciones de colaboración con la investigación del delito), de tal manera que se hace preciso un régimen general de coordinación; en segundo lugar, de que el cúmulo de derechos asistenciales de las víctimas solo pueden garantizarse mediante compromisos alcanzados a nivel autonómico o provincial, por encontrarse transferidas a la correspondiente comunidad autónoma su respectiva gestión; y, en tercer lugar, porque se hace preciso establecer el modo de intervención de las ONGs en los respectivos territorios, pues no todas ellas son de implantación nacional. Ello es acorde con las previsiones reglamentarias más sobresalientes: que actuaciones dirigidas a la identificación de las víctimas estén atribuidas a expertos policiales en la investigación de estos delitos; el modo garantista en el que se regula la forma de llevarse a cabo los contactos con la víctima y su toma de declaración, el reconocimiento de la activa participación de las ONGs en todo ese delicado período, y las medidas de protección que pueden adelantarse. Del mismo modo hay que reconocer que el artículo 142 del Nuevo Reglamento no sólo ha llevado a cabo una adecuada transposición del Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes, sino también que –según se lleve a cabo la ejecución protocolaria– es un instrumento normativo que no impide dar protección integral a potenciales víctimas de trata cualquiera que sea su nacionalidad.

situación de dominación, la inexistencia de diseño de una estrategia de investigación adecuada a las características criminológicas del delito<sup>20</sup> y la falta de coordinación entre las *diferentes policías judiciales* llamadas a combatirlo<sup>21</sup>.

Con todo, durante el año 2010 se han formulado 30 escritos de acusación por *delitos de explotación sexual* de ciudadanos extranjeros, lo que representa un aumento del 20 por 100 en relación con los presentados durante el año 2009 que fueron 25. El número de personas acusadas ha alcanzado la cifra de 167 lo que implica un considerable incremento respecto del año anterior (106 = + 57,54 por 100). Por nacionalidades, los ciudadanos rumanos constituyen el colectivo más implicado en este tipo delictivo no sólo porque representan el mayor número de acusados (90 = 53,89 por 100), sino también de víctimas (74 = 44,04 por 100). Los españoles ocupan el segundo lugar de los imputados (42 = 25,14 por 100), seguidos de brasileños (12 = 7,18 por 100) y nigerianos (10 = 5,99 por 100). Tras las mujeres rumanas (74 = 44,04 por 100), las brasileñas han sido las más afectadas (40 = 23,80 por 100). Siete de las víctimas identificadas eran menores de edad y, por primera vez, hemos detectado dos varones.

---

<sup>20</sup> No puede diseñarse una misma estrategia investigadora para los delitos de trata de seres humanos de estructura sencilla y los realizados en el ámbito de la delincuencia organizada que entran en concurso con otras graves manifestaciones delictivas, incluso con ramificaciones transnacionales. Muchas veces da la sensación de que se buscan resultados inmediatos en lugar de los realmente efectivos contra este tipo de delincuencia que suelen ser producto de una correcta planificación, coordinación y unidad de dirección. Ejemplo paradigmático nos lo señala el FDE de Cádiz en relación con unas diligencias previas incoadas por el Juzgado de Instrucción de Chiclana de la Frontera en el que junto, con la explotación sexual de ciudadanas extranjeras, se persiguen otros delitos contra la salud pública y contra la hacienda pública. En todo caso una investigación de esta naturaleza no puede realizarse a modo de suma de compartimentos estancos; al contrario, debe obedecer a un plan perfectamente diseñado que dé como resultado un cuantioso material probatorio que pueda ser presentado por el fiscal al juicio oral.

<sup>21</sup> Como botón de muestra la FDE de Las Palmas comenta que «la fiscal delegada recibe toda la información de la Policía sobre las investigaciones en curso. Sin embargo, si bien ello es válido para la Brigada de Extranjería del CNP de la provincia de Las Palmas, ha existido más dificultad en el caso de investigaciones que puedan seguir otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad como la Guardia Civil. De hecho, han sido varios los casos en los que la investigación y las diligencias judiciales han comenzado sin que la fiscal delegada haya tenido conocimiento de ello, puesto que solo en el momento en el que ha dado traslado del procedimiento para informe o calificación es cuando se ha tenido conocimiento de dicha investigación por parte de la Sección de Extranjería. Esto ha provocado que en algunas ocasiones ya sea demasiado tarde para poder realizar alguna diligencia de vital importancia como pudiera ser una prueba anticipada de la propia víctima del delito, quedando en consecuencia impunes estas conductas».

<b>ESCRITOS DE ACUSACIÓN REMITIDOS AL FISCAL DE SALA CE POR DELITOS DE EXPLOTACIÓN SEXUAL</b>											
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	
2009	2010	2009	2010	2009	2010	2009	2010	2009	2010	2009	2010
12	18	13	12	67	43	49	125	40	57	56	110
+ 50 por 100		- 7,69 por 100		- 35,82 por 100		+ 155,10 por 100		+ 42,5 por 100		+ 96,42 por 100	

La información recibida del CICO confirma –a nivel policial– no sólo la tendencia señalada, sino también los parámetros definidores de este fenómeno criminal en España. En el año 2010 las fuerzas policiales han realizado 2.344 inspecciones en lugares donde se realizaba la prostitución, en las que se han detectado 15.075 personas en situación de riesgo (un 144,84 por 100 superior al año 2009) de las que han sido identificadas como víctimas de explotación sexual y trata 1.641 (un 26 por 100 superior al año 2009), lo que sin embargo no ha supuesto un aumento del número de atestados instruidos (335 = - 15 por 100) o de personas detenidas (694 = - 4 por 100).

Son los españoles (42 por 100) y rumanos (17 por 100) quienes representan el mayor número de detenidos por ese delito. Las víctimas de trata con fines de explotación sexual identificadas por la policía son mayoritariamente mujeres rumanas (23 por 100) y brasileñas (16 por 100), lo que acredita que nos encontramos ante una modalidad de los *delitos de género*. En efecto, sólo el uno por 100 de las personas valoradas en situación de riesgo es del sexo masculino. Es de destacar que todavía en España, conforme a los datos del CICO referidos al año 2010, no es significativa la cifra de víctimas menores de edad, pues sólo se han detectado tres casos.

3. Por el contrario, durante el año 2010, no tenemos noticias de que se haya dado ningún supuesto que pudiera encajar en la definición típica de trata laboral. Ningún FDE nos ha referido caso alguno en el que se haya producido la captación, traslado o recepción de persona del lugar de su residencia a otro extraño mediante alguno de los medios comisivos definidos en el artículo 177 bis CP con fines de explotación laboral en régimen de esclavitud o de servidumbre.

Lo que sí se han producido son situaciones de intolerable abuso de aquellos ciudadanos extranjeros que, encontrándose sin las correspon-

dientes autorizaciones administrativas de residencia en España, se les ha contratado imponiéndoles unas condiciones de trabajo o de seguridad social manifiestamente ilegales o patentemente leoninas, tipificadas en el artículo 312 CP.

<b>ESCRITOS DE ACUSACIÓN EXPLOTACIÓN LABORAL REMITIDOS AL FISCAL SALA [ART. 312.2 CP]</b>					
ACUSACIONES		VÍCTIMAS		ACUSADOS	
2009	2010	2009	2010	2009	2010
27	22	82	88	51	35

Por este motivo se han formulado 22 escritos de acusación (-18,51 por 100). Los acusados son en su mayoría ciudadanos españoles (62,85 por 100) sin que ninguna otra nacionalidad haya destacado especialmente. El número mayor de víctimas apreciadas en los escritos de conclusiones de los fiscales corresponde a los ciudadanos rumanos (22,72 por 100), seguidos de marroquíes (17,05 por 100), guatemaltecos (11,36 por 100) y de Bangladesch (10,22 por 100). Puede afirmarse que todas las actividades productivas donde no se exige una cualificación especial de mano de obra se han visto afectadas, destacando la construcción (20,93 por 100), agricultura (13,95 por 100), hostelería y alimentación (11,62 por 100) y el trabajo doméstico o de cuidador de ancianos (9,30 por 100).

#### 7.4.3 DELITOS «CONTRA LOS DERECHOS» DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS: ARTÍCULO 318 BIS CP

1. En España, tal como viene redactado el tipo básico y los subtipos agravados del artículo 318 bis CP, antes y después de la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, solo de manera muy indirecta puede afirmarse que tiene como objetivo el amparo de los derechos de los ciudadanos extranjeros. En realidad, el bien jurídico preferentemente protegido lo constituye el interés del Estado en la defensa de la indemnidad del territorio Schengen y el control de los flujos migratorios, hasta tal punto, que aunque utilice disyuntivamente los términos *tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*, lo que está tipificando con rigurosa gravedad son las conductas previstas en el artículo 1.1, letra a) de la Directiva 2002/90/CE, del Consejo de 28

de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. En este sentido, al quedar penalizado cualquier acto de favorecimiento de la entrada y tránsito por territorio nacional de ciudadanos nacionales de Estados que no pertenecen a la Unión Europea con violación de las normas de extranjería sin exigir el ánimo de lucro en sus autores (elemento determinante de su existencia para el Derecho de Naciones Unidas<sup>22</sup>) se está penalizando una serie de conductas que –al menos algunas de ellas– bien podrían tener cabal respuesta en el Derecho administrativo sancionador.

El legislador de 2010 no ha modificado el artículo 318 bis CP (salvo, obviamente, la supresión del ordinal segundo de la anterior redacción) por lo que los FDE, en la interpretación y aplicación de este precepto, deben enfrentarse con la necesidad de atemperar los excesos punitivos que se derivarían de una interpretación meramente formal o literal, a través de una correcta delimitación del subtipo privilegiado del apartado cinco<sup>23</sup>.

En efecto, los FDE de Fiscalías que comprenden las zonas del estrecho de Gibraltar o de las Islas Canarias lugares, de enjuiciamiento más habitual de las conductas recogidas en aquél precepto, tras reconocer que el artículo 318 bis CP no plantea graves problemas de calificación, señalan sin embargo, como excepción, los casos de favorecimiento de la inmigración clandestina por familiares muy cercanos que, lejos de cualquier otro móvil espurio, lo único que pretenden es lograr un reagrupamiento familiar fuera de los cauces legales<sup>24</sup>, o los supuestos de exacerbación de las penas en los casos en que el favorecimiento a la inmigración clandestina no se realiza en un solo acto sino de manera sucesiva<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> «Por tráfico ilícito de migrantes se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material» [artículo 3 a) del Protocolo de Palermo sobre tráfico ilícito de migrantes].

<sup>23</sup> «Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada».

<sup>24</sup> En perfecta síntesis, el FDE de Cádiz expone que «no se destacan especiales problemas de calificación salvo los de integrar la amplia casuística de la zona en los distintos supuestos del artículo 318 bis, así el problema de quien introduce en España a su hijo o hermano menor de edad con relación a la aplicación de los párrafos tercero y sexto, supuesto que se viene aplicando en las calificaciones y que también recogen las sentencias de las secciones de la Audiencia; de quien introduce a la víctima en el maletero, en los bajos de un autobús (dentro de algún compartimiento) con relación a la aplicación del supuesto previsto sobre si existe o no peligro para la vida».

<sup>25</sup> Merece la pena recoger lo argumentado por la FDE de Las Palmas al respecto: «uno de los problemas que subyace en este tipo de delitos es, sin duda, la pena a la que se ha de enfrentar el acusado. De acuerdo con lo dispuesto en el Código Penal la pena del tipo básico oscila entre 4 y 8 años de prisión. Sin duda se trata de una pena muy grave, pero que nuevamente no es más

La necesidad de atemperar el delito de la manera más ajustada al principio de intervención mínima<sup>26</sup>, no solo es una exigencia de la justicia, sino también de la propia efectividad del interés del Estado en el control de los flujos migratorios pues en el ámbito del derecho sancionador administrativo no se exige el mismo rigor probatorio que el que se requiere para destruir la presunción de inocencia en el ámbito penal o para apreciar la concurrencia de algunos de sus elementos, significadamente el intencional<sup>27</sup>.

---

que fruto de las Directivas de la Unión Europea sobre la materia de inmigración irregular. Ciertamente el artículo 318 bis 6 (actual 318 bis 5, tras la reforma del CP por Ley Orgánica 5/2010), permite rebajar un grado la pena solicitada de forma que se atemperaría la pena a los hechos en supuestos como el que analizamos (de 2 a 4 años). Sin embargo, y de acuerdo a los criterios de la Circular de la FGE 2/2006, se tendrán que calificar tantos delitos como personas se hayan favorecido o promovido su llegada a España, salvo que como ocurre en los supuestos de las pateras vengan muchas personas, pero en una sola acción. En el caso analizado, la pena solicitada finalmente por el fiscal ascendía a 8 años de prisión si ya se rebajaba un grado el tipo básico y si además se solicitaba el mínimo de su extensión; puesto que las 4 personas de las que se obtuvo prueba que llegaron a España y permanecieron en el país como consecuencia de la acción del acusado fueron traídas en momentos distintos y por tanto en cuatro acciones diferentes. Es difícil por lo tanto adecuar la justicia formal a la justicia material, atendiendo a la gravedad de los hechos, por lo que y a pesar de seguir los dictados de la Unión Europea en la materia –que pretende ser muy estricta con el control de los flujos migratorios–, quizá se pudieran buscar mecanismos legales para poder imponer penas más proporcionadas en determinados supuestos cuyo rigor penológico, sin duda, son difíciles de entender para la sociedad, incluyendo a las autoridades judiciales que deben dictar sentencia».

<sup>26</sup> La FDE de Santa Cruz de Santa Cruz de Tenerife nos relata diversos episodios que justifican una rigurosa persecución penal: «pendientes de calificación están dos sumarios de Valverde del Hierro, los Sumarios 1 y 3 /2009, por delitos del artículo 318 bis, así como de homicidio, embarcaciones que arribaron a las costas de la isla del Hierro con diversos fallecidos, no solo fruto de la dureza de la travesía, sino también de la conducta de los patronos, quienes privaron conscientemente de alimento y bebida a las víctimas, reservando sin embargo para sí los víveres necesarios para su supervivencia, tal y como declararon los testigos protegidos, muchos de los cuales presentaban a su llegada hipotermia, y diversas lesiones lo que, a efectos jurídico penales supone, no ya una conducta encuadrable en el subtipo agravado consistente en puesta en peligro de la salud, vida o integridad física de las personas de a bordo –art. 318 bis núm. 3 CP–, sino lindante con homicidios perpetrados con dolo eventual. Supuesto distinto que no ofrece duda de tipificación jurídico penal implican las conductas de aquellos patronos que, con la finalidad de salvaguardar su integridad o incluso bienestar personal, privan a los pasajeros de los víveres más elementales, induciendo a estos a beber su propia orina o agua de mar con consecuencias casi siempre letales. En supuestos como éstos en los que, arribados a puerto se comprueba que, junto a los cadáveres, restaban agua y alimentos suficientes –reservados en exceso para exclusivo uso de los patronos– se aprecia a efectos de calificación el concurso ideal del delito de inmigración clandestina con tantos delitos de imprudencia con resultado de muerte por cada fallecimiento acreditado».

<sup>27</sup> Así el FDE de Cádiz manifiesta que «la mayor parte de las sentencias absolutorias han sido dictadas por la Sección de la Audiencia Provincial en Ceuta respecto de acusados que portaban en sus vehículos a personas que pretendían entrar ilegalmente en España, valiéndose de documentos falsos, los cuales eran presentados por él o por el acusado a la policía en el control de entrada. Las sentencias suelen hacer referencia a las vehementes sospechas que existen sobre el conocimiento por el acusado de la falsedad de los documentos presentados, pero consideran insuficientemente acreditado ese extremo y, consecuentemente, por falta de otros elementos de

2. Los escritos de acusación del Ministerio Fiscal por el delito de apoyo o ayuda a la entrada ilegal en territorio nacional han disminuido notablemente en relación con el año anterior, de la misma manera que ha disminuido el flujo migratorio hacia España, debido tanto a la situación de crisis económica en la que nos encontramos, que hace decrecer su atractivo como país de destino como al despliegue de mecanismos de control que se han llevado a cabo en los diferentes países de donde provenían habitualmente los inmigrantes<sup>28</sup>.

---

prueba, se dictan sentencias absolutorias por no haber quedado destruida la presunción de inocencia». A su vez, la FDE de Las Palmas profundiza igualmente sobre la falta de prueba del elemento subjetivo del injusto: «el acusado sabía perfectamente, y así lo reconoció ante el Tribunal, cuál era el procedimiento para contratar a personas extranjeras, y en tres ocasiones obvió todo ese procedimiento porque económicamente no le convenía esperar a que la administración española le diera los correspondientes permisos de trabajo y residencia. El acusado pagaba los billetes de avión y el alojamiento durante los tres primeros meses, de forma que los extranjeros llegaban a España con un visado de turista y comenzaban a trabajar. El acusado prometía el arreglo de la documentación de los mismos a posteriori, pero salvo en una ocasión, y ya transcurrido más de un año de la llegada del extranjero a España –quien le exigió su regularización–, no lo hizo para los demás. Respecto a la mujer de uno de sus «trabajadores», se limitó a traerla a España mediante una carta de invitación, comprándole el billete de avión. El acusado reconoció todos los hechos del escrito del Ministerio Fiscal, pero el Tribunal estimó que no existía dolo y que, en todo caso, estaríamos ante una infracción administrativa, acogiendo así la tesis de la defensa, alegando además que para estar ante un delito los trabajadores debían de estar «explotados», o que el acusado no «había tratado de eludir las vías normales y ordinarias de entrada en nuestro país».

<sup>28</sup> El total de cayucos y pateras llegados a las costas españolas ha descendido un 18,15 por 100, mientras que el número de inmigrantes localizados llegados por vía marítima ha bajado un 50,14 por 100 (3.632 en 2010 frente a 7.285 en 2009). En el caso de Canarias tiene relevantes consecuencias. La FDE de Las Palmas señala que durante el año 2010 «se ha mantenido la espectacular bajada de llegadas de cayucos y pateras, por lo que la disminución de procedimientos penales y, por lo tanto, el descenso de carga de trabajo que implica la menor dedicación de esfuerzos a estos pleitos, ha permitido que se pueda profundizar en la resolución de otros tipos de infracciones penales, directamente ligadas al fenómeno de la inmigración irregular y de más compleja persecución y represión (falsificaciones documentales, trata de seres humanos para explotación sexual, etc.)». Por su parte la FDE de Santa Cruz de Tenerife apunta: «el aspecto más destacado del año 2010 en lo que al Servicio de Extranjería se refiere, es sin duda alguna, el descenso de la inmigración ilegal, lo que se evidencia no solo en la marcada reducción del número de internamientos, como también el número de expulsiones y de procedimientos incoados». El FDE de Cádiz, en relación con el descenso de la inmigración de menores afirma que «la explicación puede deberse a la inauguración del Puerto Tánger Med, en Marruecos, dotado de mayores medidas de seguridad, y desde el que se canaliza el tráfico marítimo con Algeciras. Este nuevo puerto está situado a unos 30 kilómetros de Tánger, y debido a la distancia de la ciudad y a las medidas de seguridad de las que está dotado, puede ser la causa de la disminución de entradas por esta vía. Esta hipótesis viene corroborada por el aumento de menores que han llegado al Campo de Gibraltar en pateras, tomando por éstas no embarcaciones, sino barcas inflables de juguete, tablas de surf, cámaras de neumáticos de camiones, y otros artilugios por ellos realizados para cruzar el Estrecho de Gibraltar, con el riesgo que la utilización de estos medios supone para sus vidas». Las previsiones de futuro para todo el resto de España apuntan a la misma dirección. De acuerdo con el informe sobre «Proyección de la población de España a corto plazo 2008-2018» publicado en por el INE en el mes de enero del año 2009 la migración exterior en España fue el factor clave del crecimiento en los últimos años puesto que representó entre el 84,4 por 100 y el 92,8 por 100 del crecimiento demográfico anual durante el período 2002-2007. Sin embargo el

<b>CALIFICACIONES REMITIDAS POR DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS</b>									
Cayucos, pateras y otras embarcaciones				Ocultos en vehículos		Falsedad documental		Otras modalidades	
Mediterráneo		Canarias		2009	2010	2009	2010	2009	2010
2009	2010	2009	2010						
4	5	46	2	25	16	13	10	17	14

Frente a las 50 calificaciones presentadas durante el año 2009 por las que se acusó a capitanes y pilotos de cayucos o pateras, en el año 2010 solo se han realizado 7 lo que representa un descenso del 86 por 100; los escritos de acusación contra quienes trataban de introducir a inmigrantes ocultos en vehículos a motor se han reducido en un 36 por 100; se han formulado tres calificaciones menos por facilitar la inmigración clandestina utilizando documentación falsa o a nombre de otro (-23,07 por 100); y, por fin, el resto de modalidades que pueden subsumirse en el artículo 318 bis CP han dado lugar a catorce escritos de acusación (-17,64 por 100).

Han descendido cuantitativamente los delitos de favorecimiento de la inmigración clandestina pero, en lo que concierne a la inmigración por vía marítima, se han agravado cualitativamente. En este sentido, la FDE de Las Palmas llama la atención sobre la circunstancia de

---

mencionado informe ya señalaba que de acuerdo con las estimaciones de futuro la inmigración en España sufriría una severa corrección durante los años 2009 a 2011 pasando de los 958,3 miles de inmigrantes registrados durante 2007 a 447,8 miles en 2010. Al respecto cabe señalar que de acuerdo con el Informe estadístico «Extranjeros residentes en España. Principales resultados» que el día 1 de marzo de 2011 hizo público la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, el año 2010 se cerró para España con una cifra de residentes extranjeros muy similar a la del anterior: 4.926.608 personas por 4.791.232 del año 2009, lo que supone un incremento del 2,8 por 100. En el último año aumentó el número de ciudadanos de países de la Unión Europea residentes en España, mientras que disminuyó la cifra de extranjeros de otros países. De este modo, el peso de los extranjeros residentes en España a los que se aplica el derecho de libre circulación y residencia del Régimen Comunitario (48,75 por 100) se ha igualado prácticamente al de los extranjeros del Régimen General (51,25 por 100). A lo largo de 2010, el número de ciudadanos del Régimen Comunitario residentes en España creció en 172.432 mientras que la del resto de extranjeros bajó en 37.056 personas. Por nacionalidades puede señalarse que de los extranjeros con residencia legal en España el porcentaje más alto corresponde a ciudadanos de Rumania (17,1 por 100), Marruecos (16 por 100), Ecuador (8,1 por 100), Colombia (5,5 por 100), Reino Unido (4,6 por 100), Italia (3,5 por 100), Bulgaria (3,3 por 100), China (3,2 por 100), Perú (2,8 por 100) y Portugal (2,7 por 100). Respecto de los extranjeros que se encuentran en España en situación irregular, su situación de clandestinidad impide la aproximación de cifras fiables como no sea atendiendo a los datos de empadronamiento y su comparación con los que tienen legalizada su situación o cuando afloran en la medida en que resultan afectados por un expediente administrativo o judicial, lo que permite que alimenten las estadísticas oficiales.

que se está generalizando el aprovechamiento de la misma embarcación donde se transporta ilegalmente a los inmigrantes para realizar actos de tráfico ilícito de drogas, e incluso de otro tipo de mercancía sometida a control oficial<sup>29</sup>.

#### 7.4.4 LA EXPULSIÓN DE CIUDADANOS EXTRANJEROS EN SUSTITUCIÓN DEL PROCESO PENAL (ART. 57.7 LOEX) Y DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD (ART. 89 CP)

1. La intervención del Ministerio Fiscal en relación con la medida de la expulsión de los ciudadanos extranjeros sujetos a determinados procesos penales –en cualquiera de sus dos modalidades, como sustitutiva del proceso (art. 57.7 LOEX) o de las penas privativas de libertad (art. 89 CP)– constituye una de las actuaciones de mayor relevancia sometidas a la coordinación de los fiscales delegados de Extranjería y de mayor incremento evolutivo si tomamos en consideración los datos remitidos a esta Fiscalía de Sala por los fiscales delegados de Extranjería de España.

Es cierto que la concurrencia de una pluralidad de circunstancias impide el conocimiento preciso y exacto del número de dictámenes emitidos sobre la materia<sup>30</sup>, pero –a pesar de su carácter relativo– la información recibida acredita que hay una evidente tendencia de una

---

<sup>29</sup> Destaca, con carácter general, que «los patrones que llegan en pateras desde las costas de Marruecos, no solo trasladan inmigrantes de forma irregular, sino que además, en muchas ocasiones, transportan sustancias estupefacientes –señaladamente hachís–, por lo que el procedimiento no solo se sigue por un delito de inmigración irregular (art. 318 bis CP), sino también por un delito contra la salud pública (art. 368 CP)»; y, en particular, hace referencia a las «Diligencias Previas 4228/10 que se siguen en el Juzgado de Instrucción Núm. 6 de Las Palmas de Gran Canaria, como consecuencia de la llegada de un buque «negrero» VAPE I al puerto de Las Palmas, y del que se tuvo conocimiento por la información manejada por el Cuerpo Nacional de Policía. Como todo barco «negrero», consistía en un buque «chatarra», aprovechado para un último viaje, donde los principales autores eran dos personas de nacionalidad rusa. Pero el buque no solo traía a inmigrantes, sino que además portaba gran cantidad de hachís, así como diamantes. El buque procedía de Sierra Leona».

<sup>30</sup> Ya se ha señalado las carencias del sistema informático. Ello significa que cada FDE debe realizar directamente el control de los dictámenes emitidos en la respectiva Fiscalía lo cual solo es posible si –según el Decreto de Delegación de la Jefatura– tiene atribuida en exclusividad la formulación de esos dictámenes, en los demás casos dependerá del grado de cumplimiento de las instrucciones recibidas sobre el traslado de información por el resto de fiscales, lo que según qué tipo de Fiscalía muchas veces es de muy difícil realización. En lo que concierne a las Fiscalías de Málaga y Sevilla, los FDE manifiestan la imposibilidad de aportar dato alguno fiable en relación con la aplicación del artículo 89 CP. A su vez, el FDE de Barcelona comunica esa misma dificultad en relación con los supuestos contemplados en el artículo 57.7 LOEX; por fin otros muchos FDE advierten de la relatividad de los datos suministrados.

cada vez mayor utilización de la expulsión como instrumento al servicio de la política de extranjería<sup>31</sup>.

En concreto, los fiscales al menos se han pronunciado favorablemente por la sustitución del proceso o de la pena en 8.371 ocasiones durante el año 2010, esto es, en un 12,25 por 100 superiores al año 2009 que lo hicieron 7.409 veces.

<b>DICTÁMENES SOBRE EXPULSIÓN DE CIUDADANOS EXTRANJEROS SUJETOS A PROCESO PENAL (*)</b>					
■		Sustitución penas artículo 89 CP (***)			
Informes artículo 57.7 LOEX		Sustitución total		Sustitución parcial	
2009	2010 (**)	2009	2010	2009	2010
1.930	3.165 (+63,98 por 100)	5.384	4.990 (-7,31 por 100)	95	216 (+121 por 100)

(\*) Según información directamente remitida a la Oficina del Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería por los fiscales delegados de toda España.

(\*\*) No comprende los emitidos por la Fiscalía de Barcelona;

(\*\*\*) No comprende los emitidos por las Fiscalías de Málaga y Sevilla.

Además, las cifras también señalan otros dos datos relevantes. En primer lugar, que se ha trasladado la efectividad del sistema, desde el mecanismo de la sustitución total de la pena privativa de libertad (art. 89.1 CP) al de la sustitución del proceso (art. 57.7 LOEX). En este sentido mientras ha disminuido en un 7,31 por 100 los informes favorables a la expulsión judicial (4.990 en 2010, frente a 5.384 en 2009), han aumentado muy llamativamente –en un 63,98 por 100– el número de dictámenes favorables a la expulsión administrativa (3.165 en 2010, frente a 1.930 en 2009).

En segundo lugar, que durante el año 2010 se ha acrecentado significativamente los supuestos de escritos de acusación que interesaron

<sup>31</sup> Al fin y al cabo, las condiciones de recopilación de cifras son idénticas a las del año precedente, por lo que la valoración evolutiva debe ser considerada correcta. A mayor abundamiento, la tendencia favorable al aumento de la utilización de ambas modalidades de expulsión sustitutiva se confirma por la estadística facilitada por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias: en el caso del artículo 57.7 LOEX, a lo largo de 2010 han sido extrañados a su país de origen 84 imputados que se encontraban en situación de prisión provisional, un 20,68 por 100 superior al año 2009, que fueron 58; del mismo modo, las cifras de extranjeros excarcelados para ser expulsados del territorio español en aplicación del artículo 89 fue de 1.027 reclusos (97 de los cuales sufrían condenas iguales o superiores a seis años), cifra muy superior a los 870 reclusos a los que se aplicó esa medida en 2009 (+ 18,04 por 100).

la sustitución parcial por la expulsión de las penas privativas de libertad iguales o superiores a seis años. Si el año pasado se pidió la aplicación a 95 ciudadanos extranjeros en situación irregular, durante 2010 lo ha sido a 216, lo que supone el incremento del 127,33 por 100<sup>32</sup>.

De la información recibida en la oficina del Fiscal de Sala de Extranjería, tras la recepción de los escritos de acusación formulados por las distintas Fiscalías territoriales españolas en los que se interesa la sustitución total de la pena privativa de libertad por la expulsión del artículo 89.1 CP, resulta que durante el año 2010 se ha aplicado mayoritariamente en relación con delitos contra la propiedad (19,2 por 100), delitos de violencia de género (13,9 por 100), delitos contra la propiedad intelectual e industrial (12,7 por 100), delitos de falsedad (10,4 por 100), y contra la salud pública de menor entidad (10,4 por 100). Ello significa que se mantienen prácticamente las mismas constantes del año 2009<sup>33</sup>.

Por nacionalidades, los datos recogidos acreditan que los más afectados por la expulsión judicial han sido ciudadanos marroquíes (18,8 por 100) mayoritariamente en causas seguidas por delitos de robo (39,75 por 100), senegaleses (10,3 por 100) fundamentalmente por delitos contra la propiedad intelectual e industrial (79,1 por 100), argelinos (7,8 por 100) por delitos contra la propiedad (48 por 100), ecuatorianos (5,2 por 100) por delitos de violencia de género (34 por 100), colombianos (4,5 por 100) por delitos contra la propiedad (16 por 100) y bolivianos (4 por 100) también en su mayoría por violencia de género (46 por 100).

---

<sup>32</sup> Qué duda cabe que a ello ha contribuido las estrictas instrucciones dirigidas al conjunto de fiscales en aras a cumplir de forma rigurosa el párrafo segundo del artículo 89.1 CP en su redacción anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 5/2010. De todas formas, Instituciones Penitenciarias aporta otros datos de cierto valor sobre la proyección de futuro, una vez normalizada la aplicación de la reforma del Código Penal de 2010. En efecto, durante el año 2010 un total de 5.220 reclusos extranjeros fueron puestos en libertad provisional y 4.063 fueron excarcelados al cumplir la condena. El total asciende a 9.283 penados extranjeros de los que seguramente un buen número carece de autorización administrativa de residencia, de tal manera que con la legislación derogada en la mayoría de los casos han debido cumplir íntegramente la pena de prisión impuesta, sin haber podido alcanzar la libertad provisional ni poder acceder al tercer grado, precisamente por no haberse previsto en la sentencia condenatoria su expulsión. Ello significa que han estado sometidos a un régimen de ejecución de las penas mucho más gravoso que los españoles o los extranjeros en situación de regularidad, pues una vez hayan cumplido en su integridad la pena privativa de libertad, serán expulsados administrativamente en aplicación del ordinal segundo del artículo 57 LOEX. Además, según esta misma fuente solo 255 internos (seis más que en 2009) fueron excarcelados para cumplimiento de condena en su país de origen y 640 (21,8 por 100 más que en 2009) fueron excarcelados para disfrute de la libertad condicional en su país de origen en aplicación del artículo 197 del RP.

<sup>33</sup> Únicamente cabe apreciar un ligerísimo aumento de peticiones de expulsión por delitos de violencia de género que el año 2009 alcanzaba el 12 por 100.

2. Durante prácticamente todo el año 2010 se encontraba vigente la redacción del artículo 89 CP, según fue realizada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. En consecuencia no es posible en estos momentos relacionar los problemas exegéticos o de mera relevancia práctica derivados de la experiencia de las distintas fiscalías en la aplicación de aquel precepto tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010.

Sin embargo, la acreditada probidad profesional y excelente formación jurídica de la mayoría de los FDE, les ha obligado a hacer mención –en sus respectivas memorias– de algunos aspectos de la reforma que les producen cierta inquietud y que deben ser convenientemente analizados por una futura Circular de la FGE que unifique los criterios de actuación del Ministerio Fiscal sobre este tipo sustitutivo de las penas privativas de libertad<sup>34</sup>.

Muchas son las cuestiones controvertidas que deberán ser resueltas de futuro: en lo que concierne al fundamento y naturaleza jurídica de la medida sustitutoria que tras la reforma de 2010 parece que trata de sustituir el automatismo de aplicación previsto en la legislación derogada, por un criterio de «*aplicación preferente*»; en lo que respecta al ámbito subjetivo de aplicación, la revisión no solo del concepto de residencia legal a la luz de los cambios introducidos por la última reforma de la Ley de Extranjería, sino también por el tratamiento específico que de los ciudadanos extranjeros no residentes legales solicitantes de asilo o de protección internacional subsidiaria lleva a cabo la Ley 12/2009, de 30 de octubre; en cuanto al ámbito objetivo, la debida reconsideración del alcance normativo de lo que debe entenderse por penas privativas de libertad o, en su caso, determinar de manera coherente con los

---

<sup>34</sup> Es de justicia destacar dos aportaciones. En primer lugar, el completo estudio teórico realizado por el FDE de Sevilla, Ilmo. Sr. don Luís Fernández Arévalo, que analiza la nueva redacción del artículo 89 CP desde todas las perspectivas posibles, hasta el punto que constituirá una de las fuentes documentales más importantes en que se apoye la futura Circular. Evidentemente no es posible recoger en estas páginas tan extenso trabajo doctrinal que, según indica, en lo fundamental se ha publicado en la Revista electrónica *Lex Nova* y en la Revista de *Inmigración y Extranjería*; y, en segundo lugar, el brillante análisis realizado por el FDE de Málaga, Ilmo. Sr. don Juan Bermejo, significadamente sobre la problemática que introduce el ordinal sexto del artículo 89 CP (cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa). Del mismo modo, a raíz de la reunión de FDE de Baiona se acordó la confección de una encuesta dirigida a conocer la opinión de todos los FDE sobre los once puntos de más dudosa interpretación. Las contestaciones recibidas serán adecuadamente valoradas por el proyecto de circular que próximamente remitiremos al Excmo. Fiscal General de Estado.

principios rectores de la institución sustitutiva en general, los casos de pluralidad de condenas, ya sea por delitos conexos o no, que impidan la aplicación del precepto por fundarse en criterios meramente formales<sup>35</sup>; sobre los efectos de la supresión de la prohibición expresa de la incompatibilidad de esta medida con la suspensión de la ejecución de la pena de prisión (arts. 80 y ss CP) o con la sustitución del artículo 88 CP, en relación con el principio de no discriminación en la determinación de las penas; sobre el momento de decisión de la medida y las condiciones de su aplicación, según las diferentes modalidades que la nueva regulación establece; sobre la delimitación más acorde con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del grupo de circunstancias integradoras de la «razones» que –al margen de la gravedad del delito<sup>36</sup>– pueden justificar una decisión contraria a la no expulsión del ciudadano extranjero, entre ellas, la correcta configuración de la circunstancia de *arraigo*, tan mal entendida por algunos aplicadores del derecho.

Precisamente, en relación con la interpretación de la legislación derogada, uno de los aspectos más polémicos que se han producido durante el año 2010, y sobre los que más ha incidido los FDE, son los referidos a valorar la concurrencia de esa circunstancia de *arraigo* como justificadora de la inaplicación de la medida sustitutiva<sup>37</sup>. Si

---

<sup>35</sup> En este sentido el FDE de Málaga lamenta que se haya «desaprovechado la oportunidad de extender la sustitución judicial de las penas a las penas no privativas de libertad, verdadero escollo que impide en la práctica que los efectos que se consiguen atendiendo a la voluntad del legislador sean diametralmente opuestos a los que la Exposición de Motivos de la norma predica».

<sup>36</sup> De ahí que de forma generalizada se afirme por los FDE que si bien la solicitud de sustitución de la pena por expulsión sigue siendo la regla general, se excluye en los casos de determinados delitos contra la salud pública, contra la libertad sexual, graves delitos de robo con violencia o en casa habitada o determinados delitos contra las personas.

<sup>37</sup> La interpretación que se vierte en algunas resoluciones judiciales sobre lo que haya de entenderse por «arraigo» es tan diversa y curiosa que, con el objeto de unificación de criterios, en la últimas Jornadas de fiscales delegados de Extranjería celebradas en Baiona en 2010 fue uno de los temas tratados monográficamente. La ponencia corrió a cargo del Ilmo. Sr. don Santiago Herraiz España, FDE de La Rioja, en la que con la profundidad que le caracteriza analizó el concepto de «arraigo» a la vista de la doctrina del TEDH. Las conclusiones del ponente fueron aprobadas por unanimidad de los fiscales especialistas y pueden ser consultadas en la página Web de la Fiscalía General del Estado: [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es) / fiscal especialista / extranjería / documentos y normativa / Conclusiones Jornadas de FDE Baiona 2010. La FDE de Burgos relaciona ordenada y correctamente: la situación familiar, duración del matrimonio, duración de la estancia en el país, vínculos con el estado de destino, nacimiento de hijos y su edad, naturaleza y gravedad de la infracción, nacionalidad de las personas afectadas, período transcurrido entre la infracción y la expulsión y la conducta del interesado durante dicho período, poniéndose en relación de modo simultáneo con la influencia que la medida de expulsión pudiera tener en la situación de bienestar de las personas afectadas en el supuesto de producirse la expulsión. La FDE de Ciudad Real, a su vez, recuerda la doctrina contenida en el Auto núm. 54/2010 de 19 de mayo del Tribunal Constitucional resolviendo la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Barcelona, en relación con el actual artículo 31.5 de

bien, con carácter general, la delimitación de ese concepto no debería plantear graves problemas tras haberse asentado una jurisprudencia pacífica y consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en interpretación del alcance del artículo 8 de la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, es lo cierto que se han llegado a pronunciar determinadas resoluciones judiciales extremadamente controvertidas.

En efecto, por algunos órganos judiciales, obviando la pacífica doctrina sobre la carga de la prueba en el proceso penal, se ha entendido que, a pesar de haber quedado fehacientemente acreditada la situación de ilegalidad administrativa del extranjero enjuiciado y no impedirlo la naturaleza del delito, no procede acceder a la expulsión sustitutiva interesada por el fiscal si no se ha «*practicado en el plenario prueba relativa a la existencia de la situación de arraigo*»<sup>38</sup>. Es evidente que una lectura constitucional del artículo 89 CP impide la

---

la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por posible vulneración del artículo 39 CE, por considerar que el requisito de ausencia de antecedentes penales, sin excepciones, para la obtención de autorización de residencia puede afectar al derecho a la familia. El Tribunal Constitucional inadmite a trámite la cuestión planteada y expone que «la situación de arraigo viene determinada por la existencia de vínculos que unen al extranjeros a este país, ya sea de tipo económico, social, familiar, laboral, académico o de otra índole. Ahora bien, la existencia de tales vínculos no impone, por sí sola, la prevalencia de ese interés particular enervando los intereses públicos eventualmente concurrentes con el mismo. La exigencia de vínculos en nuestro país no permite obviar que estos también se hacen patentes mediante el respeto a las normas de convivencia que expresan las normas penales, respeto que es el que se manifiesta en el requisito cuestionado».

<sup>38</sup> Muchas resoluciones se podrían citar en este sentido pero reflejaremos dos ejemplos: el primero extraído de la Memoria de la FDE de Cuenca que, tras exponer la diversidad de criterio en esta materia entre el Juzgado de lo Penal Núm. 1 y el Núm. 2 de la capital, señala: «este último ha adoptado un criterio claramente desfavorable a dicha sustitución. En este caso, en la mayoría de las resoluciones dictadas sí se contempla en su fundamentación jurídica el expreso rechazo a la medida sustitutoria, amparándose en una doble motivación: o bien al no constar con la suficiente claridad la situación administrativa del ya penado se difiere la posibilidad de su expulsión al inicio de un incidente en ejecución de sentencia, o bien se inadmite de plano la petición argumentándose la necesidad de valorar las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar e incluso llegando a señalar que «ninguna prueba se ha practicado en el plenario sobre el arraigo o no del acusado en este país desconociéndose cualquier dato al respecto, lo que impide efectuar el juicio de proporcionalidad y de ponderación de los derechos en conflicto que exige el Tribunal Constitucional (Sentencia 147/10 de 17 de mayo)»; El segundo ejemplo es el de la Sentencia de 24 de febrero de 2010 de la Sección 26 de la AP de Madrid (Rollo 119/2010) que revoca la expulsión sustitutiva que había acordado el Juzgado de lo Penal Núm. 14 de Madrid argumentando que: «en la video-grabación comprobamos que no se ha practicado ningún tipo de prueba ni interrogado al acusado y a la víctima sobre las circunstancias de arraigo concurrentes ... ni tampoco las partes introdujeron en sus informes ninguna mención específica a la sustitución de la pena .. En definitiva no se facilitó al Juzgador ningún dato para ponderar los intereses en juego ni se oyó al acusado sobre el particular por lo que debió desestimar la sustitución de la pena, no haciendo recaer en el acusado la carga de alegar y probar la excepción de arraigo».

aplicación automática de la expulsión sustitutiva, pero no hasta el punto de aceptar –como presunción *iuris tantum*– que el arraigo concurre en todos los ciudadanos extranjeros que se hallen en España en situación irregular, obligando al Ministerio Fiscal la carga de alegar y probar su inexistencia en el caso concreto.

Conforme a la nueva regulación, la sustitución –total o parcial– de la pena privativa de libertad por expulsión podrá acordarse tanto en sentencia como posteriormente durante la tramitación de la ejecutoria. Esta novedad permitirá superar los escollos que hasta la fecha se planteaban cuando, como consecuencia de no tener conocimiento el fiscal sobre la situación administrativa del acusado al presentar el escrito de acusación, muy singularmente en el caso de juicios rápidos, se frustraba la expulsión sustitutiva al no solicitarse tal medida en el escrito de conclusiones<sup>39</sup>.

Otra consecuencia positiva de este aspecto de la reforma la indica el FDE de Sevilla cuando afirma que se revitalizarán «*dos preceptos del Reglamento Penitenciario al que la reforma de la Ley Orgánica 11/2003 del CP había dado muerte indirectamente, al vedar la expulsión en fase de ejecución. Nos referimos en primer lugar al artículo 197.2 RP, que señala que con el fin de poder dar cumplimiento a la medida de expulsión prevista en el artículo 89 del Código Penal, con antelación suficiente, se comunicarán al Ministerio Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria, en el que se harán constar expresamente las fechas de cumplimiento de las dos terceras partes y de las tres cuartas partes de su condena o condenas*»; y en segundo lugar al artículo 27 RP, que establece que «*también se notificará al Ministerio Fiscal la fecha previsible de extinción de la condena en los supuestos legales de sustitución de la pena por medida de expulsión del territorio nacional y, en todo caso, cuando se trate de penados extranjeros que extingan condenas inferiores a seis años de privación de libertad*».

El párrafo 2 del artículo 89 del CP establece en su nueva redacción que «*el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado*», sustituyendo la anterior prohibición de regreso en diez años por una graduación que permitirá tener en cuenta variables como la duración

---

<sup>39</sup> Efectivamente, mientras que las Memorias de los FDE no denuncian disfunciones o defectos de información en los casos de atestados instruidos por el CNP, respecto de los atestados instruidos por otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o de las policías autonómicas –si bien se ha avanzado en este punto– todavía hay casos en los que no se facilita la información precisa. Esta situación expresamente se denuncia por los FDE de Madrid, Castellón, Alicante, Málaga y Badajoz.

de la pena, y las circunstancias personales del reo de conformidad con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>40</sup>.

Sin embargo, la modificación más llamativa, generadora de una importante inquietud entre los FDE ha sido la introducción en el párrafo 6 del nuevo artículo 89 de la posibilidad de que el Juzgado o Tribunal que hubiera acordado la expulsión sustitutiva (total o parcial) de la pena privativa de libertad por expulsión respecto de un extranjero que no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad, pueda acordar *para asegurar la expulsión* su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros *en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa*.

La nueva medida legislativa evidentemente está dirigida a tratar de superar la escasa –por no decir inexistente– aplicación por los Juzgados y Tribunales de la Disposición Adicional 17.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 19/2003, de modificación de la LOPJ<sup>41</sup>, debido esencialmente a la falta de proporcionalidad de la medida. Muchos jueces y tribunales consideraban improcedente el ingreso en centro penitenciario de personas que, en circunstancias normales, es decir no tratándose de extranjeros sin residencia legal, no habrían sufrido tal privación de libertad, sobre todo en el caso de penas de corta duración<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> A tal fin en enero de 2010 el Fiscal de Sala remitió a los FDE una nota interna a la que acompañaban pautas orientativas sobre la solicitud de sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión en los escritos de acusación, entre las cuales se incluye la siguiente: «En el caso de que se pida la prohibición de vuelta a España durante el máximo –10 años–, en la conclusión primera deberán señalarse las razones que lo motiven. Ponderando aquellas circunstancias personales que se acrediten en juicio, podrá modificarse la duración de la expulsión inicialmente pedida en la calificación provisional. Una escala orientativa puede ser: –Pena inferior a dos años de prisión: 5 años de expulsión, –Pena entre dos y tres años de prisión: 6 años de expulsión, –Pena entre tres y cuatro años de prisión: 7 años de expulsión, –Pena entre cuatro y cinco años de prisión: 8 años de expulsión, –Pena entre cinco y seis años de prisión: 9 años de expulsión, –Pena de prisión de seis años en adelante: 10 años de expulsión».

<sup>41</sup> Como es sabido, el párrafo segundo de la citada norma impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de comunicar a la autoridad gubernativa las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional, y añade que «en estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial».

<sup>42</sup> Además apunta el FDE de Málaga otro tipo de motivos: «que la población reclusa extranjera haya aumentado considerablemente y crezca sin parar, muy por encima de la evolución de los presos españoles ha podido llevar al legislador, para aliviar la masificación que sufren nuestras prisiones, no solo a intensificar las posibles sustituciones de pena o autorizaciones de expulsión sobre presos extranjeros en situación preventiva, sino también a introducir por Ley Orgánica 5/2010 reformas legales, como lo es la nueva previsión contenida en el artículo 89.6 del Código Penal,

Sin embargo, la solución por la que ahora se apuesta tiene una serie de inconvenientes prácticos de elemental contenido material dado que, como apunta la FDE de Madrid, los Centros de Internamiento de Extranjeros tienen carácter no penitenciario y no se encuentran preparados, ni por el personal que presta servicio en los mismos (que no son funcionarios de prisiones), ni por su disposición arquitectónica y organizativa (que no permite la clasificación de las personas ingresadas) para el control e intervención sobre población penitenciaria. Por otro lado se impone la obligada convivencia entre ciudadanos extranjeros ejecutoriamente condenados por la comisión de delitos de una cierta gravedad y aquellos otros que solo son responsables de una mera falta administrativa<sup>43</sup>.

Desde otro punto de vista, según informan la generalidad de los FDE, es de apreciar que se va normalizando en los órganos jurisdiccionales la interpretación sobre el alcance del requisito de la audiencia del extranjero como condición previa a la decisión sobre su expulsión sustitutiva. Así, si en la Memoria correspondiente al año 2009 señaláramos las contradictorias resoluciones analizadas en los casos en que el acusado había voluntariamente decidido no comparecer a juicio y recordábamos que, a los efectos de considerar cumplido el trámite de audiencia, es suficiente –en tales supuestos– que la solicitud de sustitución haya sido debidamente incorporada por la acusación en el escrito de calificación, este año debemos señalar que esta tesis, ratificada además por la propia doctrina de la Sala II del TS, se ha generalizado salvo en el ámbito de los Juzgados de lo Penal de Barcelona y

---

que permite con relación a aquellos penados a los que se les ha sustituido la pena privativa de libertad impuesta por su expulsión judicial, a acordar, en lugar de un establecimiento penitenciario, su ingreso en un centro de internamiento mientras se materializa la misma, si no quedan efectivamente privados de libertad en ejecución de la pena impuesta, no siéndoles de aplicación en tal supuesto lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoséptima de la LOPJ. Ello sin duda aliviará de ciudadanos las prisiones, lo cual supondrá paralelamente un importante ahorro económico para el sistema penitenciario español, finalidad a la que en su día respondió la introducción del sustitutivo penal en nuestro Código y que incluso el Tribunal Supremo ha utilizado como argumento, pero, aunque sea pronto para valorar, resulta previsible que cree problemas en los Centros de Internamiento, dada la situación de precariedad de muchos de ellos, al mezclar penados con internos sujetos exclusivamente a una medida cautelar de carácter administrativo».

<sup>43</sup> Como señala el FDE de Málaga cuando afirma que: «por su parte, el ciudadano extranjero privado de libertad exclusivamente a consecuencia de una medida cautelar adoptada en el seno de un procedimiento administrativo podrá preguntarse: ¿Si el Tribunal Constitucional (STC 115/87 de 7 de julio), cuando se refiere al internamiento como medida cautelar afirma que constituye una garantía adicional que trata de evitar que sea sometido al tratamiento propio de los centros penitenciarios»? ¿Qué garantías ahora tiene, habiendo cometido solo una infracción administrativa cuando se ve sometido como ciudadano, de hecho, a un régimen similar propio de un centro penitenciario, ya que se le está obligando por Ley a compartir estancia, conviviendo con ciudadanos penados a penas privativas de libertad? ¿No cabría preguntarse si ello resulta contrario al artículo 15 del texto Constitucional?».

San Sebastián, donde el mantenimiento de la tesis contraria ha determinado la interposición de los correspondientes recursos.

La entrada en vigor de la reforma del CP en la medida en que amplía considerablemente la posibilidad de aplicación de la medida (tanto en lo que concierne al momento de su decisión de la sustitución total como de la parcial –en sentencia y en ejecución–), planteó la posibilidad de su aplicación retroactiva a los penados extranjeros que *voluntariamente* así lo solicitaran una vez alcanzado el tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas parte de la condena. A tal fin se celebraron una serie de reuniones entre representantes de la DG de IIPP y el Fiscal de Sala de Extranjería para arbitrar la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión del territorio español en ejecución de sentencia a petición del propio reo y tras la valoración de las circunstancias concurrentes, dentro de los términos de la nueva redacción del artículo 89 CP.

Queda por último señalar que los FDE de Sevilla y Málaga se lamentan de que la reforma del artículo 89 no haya sido acompañada de la correspondiente modificación del artículo 108 del mismo texto legal, lo que da lugar a un tratamiento diferente a los extranjeros inimputables conforme a las eximentes primera, segunda y tercera del artículo 20 y atenuante primera del artículo 21 del Código Penal, respecto de aquellos en quienes no concurren estas circunstancias<sup>44</sup>.

3. El orden sancionador administrativo de la extranjería articulado en el Título III de la LOEX, tal como ha sido delimitado por la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, no configura la sanción de expulsión como la dirigida a extrañar a los *inmigrantes* –sea en situación regular o irregular– que han llegado a España con vocación de desarrollar un proyecto más o menos duradero de vida estable respetando la

---

<sup>44</sup> En este sentido el FDE de Sevilla llama la atención sobre que: «la redacción del artículo 108-1-I CP establece que «si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España». La particularidad proviene no de que deba hacerse en sentencia, pues el principio de revisabilidad periódica de las medidas de seguridad siempre dejó abierta la posibilidad de aplicación en fase de ejecución de la medida de seguridad –art. 97 CP–, sino por el hecho de que la exclusión facultativa sigue refiriéndose a la «naturaleza del delito», y no a «razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España» ... «el art. 108.2 CP señala que «el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión», con lo que no asistimos a la determinación judicial de la prohibición de regreso reducida de 5 a 10 años, y graduable en atención a la duración de la medida sustituida y circunstancias personales del sentenciado, contemplada en el artículo 89.2 CP para los casos de expulsión sustitutiva de penas»... «no se contempla la solución del cumplimiento de la medida de seguridad originaria en caso de conculcación consumada de la prohibición de regreso, a diferencia de la previsión expresa del inciso primero del artículo 89.4 CP».

legalidad, sino de aquella *minoría de extranjeros* que, cualquiera que sea su situación administrativa, han acreditado un comportamiento hostil al orden público nacional, una voluntad contraria a una mínima integración en la sociedad española o con desprecio de nuestro ordenamiento jurídico.

Con este presupuesto, tiene pleno sentido la previsión contenida en el artículo 57.7 LOEX conforme a la cual cabe suspender el curso de un proceso penal respecto del extranjero a quien se ha impuesto la sanción administrativa de expulsión siempre y cuando sea autorizada por los jueces y tribunales tras ponderar el interés general de la justicia y la proporcionalidad de la medida en relación con las circunstancias particulares del afectado dentro de los términos fijados por la Ley. En teoría nada impide que la *expulsión sustitutiva del proceso* pueda ser valorada como un instrumento idóneo para congeniar los intereses del Estado relacionados con la política de extranjería que le incumbe legítimamente diseñar y los propios del derecho penal.

En verdad, si la virtualidad práctica de ese precepto dependiera únicamente de la interpretación de los requisitos y presupuestos jurídicos que prevé, salvo algún supuesto puntual al que posteriormente nos referiremos, no presentaría problemas de ningún orden.

Sin embargo, la realidad es bien distinta pues la aplicación normalizada del artículo 57.7 LOEX se hace depender de la precisa información por la autoridad administrativa competente de la existencia de procesos penales pendientes contra el afectado. Sólo cuando ese hecho consta en el expediente administrativo de expulsión es preceptivo para la Administración acudir a la autoridad judicial en petición de la correspondiente autorización. Si aquel dato no consta a la autoridad administrativa, ésta podrá legítimamente expulsar a un ciudadano extranjero, aunque efectivamente estuviera imputado por un delito de extrema gravedad. Pues bien, la experiencia acredita que las insuficiencias de información existen.

A ello contribuyen varios factores de la más variada naturaleza, significadamente los derivados del ámbito subjetivo de aplicación del artículo 57.7 LOEX dado que se extiende a todos los ciudadanos extranjeros cualquiera que sea su situación en España –regular o irregular–; la intervención de una pluralidad de policías en la elaboración de atestados (Policía Nacional, Guardia Civil, policías autonómicas e, incluso para un limitado número de delitos, las policías municipales); la posibilidad de que el afectado por el expediente de expulsión se encuentre imputado en una pluralidad de procesos penales, no solo por Juzgados de una misma localidad, sino ubicados en provincias muy distantes; y, por fin, que existan defectos de identificación del ciudadano extranjero que ha utilizado diversos nombres y apellidos por todo el territorio nacional.

La instauración de un sistema de intercambio de datos e información precisa y completa entre las diferentes fuerzas de seguridad estatales, autonómicas y locales, por un lado, y entre éstas y los órganos jurisdiccionales por otro, sigue siendo una necesidad.

Es verdad que, en relación con años precedentes, se han mejorado esos mecanismos de colaboración y comunicación<sup>45</sup>, pero todavía se denuncian por algunos fiscales delegados de Extranjería la constatación de casos patológicos<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> En ocasiones, por iniciativa de la propia Fiscalía. Así, la FDE de Las Palmas señala: «Para que realmente todo el trabajo en conjunto (Fiscalía, Juzgado, Policía Nacional) sea efectivo y eficaz, es necesario actuar con cierta rapidez en la tramitación de la causa en este aspecto. De esta forma, en la mayor parte de las veces, el extranjero que se encuentra en situación irregular está sujeto a una medida cautelar de internamiento en el Centro de Internamiento para Extranjeros, por lo que existen como máximo 60 días para poder emitir los informes en todas las causas penales que pueda tener abiertas. La Policía Nacional es quien tiene un conocimiento más completo de las causas penales que el extranjero tiene abiertas, y en consecuencia, de los Juzgados en donde hay que obtener la previa autorización. Por lo tanto, en ocasiones, estando ya próximo el plazo de vencimiento de la medida cautelar de internamiento, o bien cuando se tiene previsto proceder a la expulsión del extranjero antes de la expiración de ese plazo, siempre que no haya aún resolución judicial que autorice o no dicha expulsión, se produce una comunicación directa con el fiscal de Extranjería a fin de poder determinar si efectivamente se ha emitido informe, así como el sentido del mismo, para evitar inútiles gestiones y gastos en billetes de avión (no hay que olvidar también que la expulsión implica muchas veces la necesidad de escoltas policiales hasta el país de origen del extranjero). En el mes de diciembre, se acordó con la Brigada de Extranjería del Cuerpo Nacional de Policía en Las Palmas que, periódicamente, junto a los datos que diariamente se envían por correo electrónico referentes a los extranjeros sometidos a medidas cautelares de internamiento en la provincia, se incluyeran los datos de aquellos extranjeros que, estando en situación irregular, tuvieran causas penales abiertas a fin de que, definitivamente, por parte de la Fiscalía pudieran controlarse las mismas y emitir el correspondiente informe».

<sup>46</sup> El FDE de Albacete expone dos casos: El juicio oral Núm. 521/2009 del Juzgado de lo Penal Albacete-3, hubo de archivar al mediar expulsión administrativa, no autorizada judicialmente, del acusado. A la Administración no le constaba la pendencia de esa causa. No obstante, en el escrito de acusación se pedía la sustitución de la pena por la expulsión. En la ejecutoria 404/2008, del Juzgado de lo Penal Albacete-1, la pena devino inejecutable, con archivo provisional de la causa, al mediar también expulsión administrativa del extranjero. A la Administración no le constaba la existencia del procedimiento penal, que se había iniciado por atestado de la Policía Local. En la provincia de Cáceres, según recoge en su memoria el FDE, se ha dado al menos un supuesto (Procedimiento Abreviado Núm. 79/10 del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Cáceres). Igualmente el FDE señala que en Almería: «se insiste a la Brigada de Extranjería para que se evite este hecho, del cual se ha tenido noticia a veces al intentarse su citación para celebración del acto de juicio oral». En sentido parecido y apelando a la necesaria comunicación entre CNP y GC el FDE de Alicante observa: «uno de los problemas básicos de la aplicación de este precepto es la referencia a que tiene que constar acreditado en el expediente de expulsión (instruido por las Brigadas de Extranjería del Cuerpo Nacional de Policía) el hecho de que el extranjero está inculpado por un delito. Normalmente este trámite se cumple con la consulta de la Base de Datos del referido Cuerpo Policial si bien puede resultar que el hecho delictivo se haya investigado por la Guardia Civil y se haya registrado la detención del imputado en sus archivos, con lo que no siempre se detecta la existencia de un proceso penal abierto contra el extranjero que va a ser objeto de expulsión». El FDE de Córdoba apunta que «dado que la Brigada de Extranjería y Fronteras toma como referencia para la consulta de los procedimien-

La interpretación de los presupuestos de aplicación del artículo 57.7 LOEX –en cuanto norma de conflicto dirigida a solventar los supuestos de colisión entre la potestad sancionadora de la Administración y la potestad jurisdiccional– no ha generado problemas dignos de mención. Los fiscales delegados de Extranjería han seguido dictaminando en los respectivos procedimientos siguiendo las pautas establecidas por la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado.

Los únicos problemas exegéticos derivan de una declaración de dudosa naturaleza contenida en la citada Circular conforme a la cual *«en los supuestos en los que cuando por haberse iniciado las sesiones del juicio oral no sea posible aplicar el artículo 57.7 LOEX 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»*<sup>47</sup>. Obviamente, tal afirmación fundada en criterios interpretativos meramente formales, conduciría en la mayoría de los casos a que, no obstante estar justificada la autorización desde cualquier punto de vista, ésta no podría llevarse a cabo, dando lugar precisamente a una situación que el legislador pretendía evitar, esto es, *«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»*. Por ello, la generalidad de los jueces y tribunales sentenciadores o de ejecución de penas con apoyo de los fiscales intervinientes ha flexibilizado la interpretación conjunta de los artículos 57.7 LOEX y 89 CP, dictando resoluciones favorables a la efectiva ejecución de las expulsiones administrativas en aquellos casos.

---

tos penales abiertos a un extranjero en situación ilegal los datos suministrados por el Juzgado Decano y que éste al proporcionar este dato lo refiere al número de diligencias previas y al Juzgado de Instrucción en el que se tramitan o se han tramitado, no resulta infrecuente que sigan incorporándose a ejecutorias penales solicitudes de la Brigada de Extranjería para obtener la autorización en base al artículo 57.7 de la LOEX«.

<sup>47</sup> Lo cierto es que no se recoge en las correspondientes conclusiones finales.

En lo demás, salvo algún caso excepcional<sup>48</sup>, no se han producido disfunciones apreciables sobre la interpretación del contenido y alcance del control judicial sobre la resolución administrativa de expulsión en el que pacíficamente se siguen los criterios definidos por la Circular 2/2006 de la FGE en su Conclusión X, apartado 10.

Por el contrario, durante el año 2010 ha cobrado fuerza el debate –en su día resuelto ponderadamente por la Circular 2/2006– acerca de la posibilidad de aplicar el artículo 57.7 LOEX a las expulsiones administrativas de ciudadanos de la Unión Europea previstas hoy en día en el artículo 15 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que traspone a la legislación española la Directiva 2004/38.

El tema es de tal relevancia que ha sido tratado específicamente en la reunión de fiscales especialistas de Extranjería de Baiona donde se aprobó por mayoría negar el carácter supletorio de las disposiciones de la Ley de Extranjería relativas al procedimiento sancionador en relación con el Real Decreto 240/2007, por considerar que no nos hallábamos ante un supuesto de *norma favorable* a la que se refiere el artículo 1.3 LOEX y porque, incluso en el supuesto de así entenderse, resultaría contraria a los principios que rigen la política migratoria y la política criminal a terceros Estados<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> El FDE de Badajoz refiere la «llamativa resolución judicial en Diligencias Previas Núm. 4256/2009 del Juzgado de Instrucción Núm. 3 de Badajoz, denegatoria de la aplicación del artículo 57.7 LOEX respecto de dos ciudadanos chilenos bajo la argumentación de equiparar la pendencia de un trámite procesal (ofrecimiento de acciones al perjudicado) con las circunstancias excepcionales a que alude dicho precepto. La resolución no había sido notificada al fiscal (que sí había informado favorablemente la aplicación del artículo 57.7 LOEX), y tuvimos conocimiento de la misma a través del Inspector Jefe de la BPEF de Málaga –donde habían sido detenidos–, procediendo inmediatamente a la interposición del recurso y obteniendo finalmente la modificación de la resolución debatida».

<sup>49</sup> El artículo 1.3 LOEX dispone en efecto que «Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables». Por su parte el FDE de Málaga añade que «si un ciudadano de la Unión Europea o país asociado comete un hecho ilícito en España, sea falta o delito, deberá ser juzgado por ello, con independencia de que luego la Administración pueda expulsarlo por el ilícito administrativo». La falta de una previsión legal que permita autorizar expulsiones administrativas de ciudadanos de la UE o de países asociados que aparecen imputados o procesados en ilícitos penales, tendría su explicación siguiendo la exposición señalada en que «no se debe ni se puede hacer dejación del «ius puniendi» del Estado con relación a dichos ciudadanos, a quienes serían de aplicación los diversos instrumentos de cooperación jurídica internacional de aplicación en el ámbito de la UE y muy especialmente la Orden de Detención Europea.

Esta interpretación, fundada en sólidos argumentos, sin embargo no es pacífica ni en la doctrina científica ni en la doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como de parte significativa de los tribunales españoles, por lo que ha quedado en suspenso, siguiéndose aplicando –como no podría ser de otro modo– los criterios de la Circular 2/2006 FGE, conforme a la cual con carácter general y salvo supuestos excepcionales se informará negativamente las solicitudes de expulsión relativas a ciudadanos comunitarios y asimilados.

#### 7.4.5 MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

1. Por quinto año consecutivo ha descendido el número de menores extranjeros no acompañados localizados en España. Todos los indicadores así lo señalan: no solo han disminuido los Menas que llegaron por vía marítima en cayucos, pateras u otras embarcaciones similares<sup>50</sup>, sino también los que han sido detectados cuando pretendían introducirse en la Península en vehículos a motor a través de la frontera de Algeciras<sup>51</sup>.

Como es sabido, la intervención de los FDE en relación con los menores extranjeros (expedientes de determinación de edad de los extranjeros localizados sin la documentación precisa y de cuya minoría de edad se duda y procedimientos administrativos de retorno o reagrupación familiar a sus países de destino) se encuentra regulada por el artículo 35 LOEX que –al sufrir una importante modificación por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre– ha estado pendiente durante todo el año 2010 de su correspondiente desarrollo reglamentario<sup>52</sup>; es más, se prevé que todavía durante el año 2011, carecerá de una total virtualidad práctica pues necesariamente deberá ser completado a través de la elaboración de un conjunto de protocolos de actuación que el propio nuevo Reglamento prevé<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> Según los datos facilitados por la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, durante el año 2010 han sido detectados 265 (44,21 por 100 inferior a 2009 que fueron 475). En el año 2006 entraron 1.378; en 2007, 1.172; en 2008, 995.

<sup>51</sup> El FDE de Cádiz manifiesta que frente a los 327 MENAs detectados en 2009, en el 2010 fueron 258.

<sup>52</sup> En el *BOE* de 30 de abril de 2011, ya se ha publicado el texto del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

<sup>53</sup> Evidentemente no es éste el lugar adecuado para realizar un análisis del contenido del nuevo Reglamento. Baste con llamar la atención muy someramente sobre los aspectos más sobresalientes: la atribución a la Fiscalía General del Estado de la función específica de coordinación del Registro de Menores Extranjeros No Acompañados que se encuentra ubicado en la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil (art. 215 REX), lo que exigirá elaborar una serie de instrucciones internas dirigidas a los FDE sobre el modo en que deberán cumplimentar el nuevo cometido y desarrollar la funciones de seguimiento y control que les corresponden, así como esta-

Con el completo desarrollo del artículo 35 LOEX estamos convenidos que muchas de las dificultades con las que tropiezan los FDE –denunciadas sus respectivas memorias provinciales, fundamentalmente referidas a los expedientes de determinación de edad–, serán definitivamente solventadas.

2. Durante el año 2010, en el conjunto de las Fiscalías españolas se han incoado 2.508 diligencias preprocesales dirigidas a determinar la edad de ciudadanos extranjeros de conformidad con el artículo 35 LOEX. Supone un descenso del 21,57 por 100 respecto de las incoadas en el año 2009. Sin embargo, se ha decretado la minoría de edad en 2.134 ocasiones, esto es un 55,2 por 100 superiores al año 2009.

Si atendemos al número de diligencias incoadas por las distintas Fiscalías territoriales españolas podremos establecer cual es la ruta migratoria de la mayor parte de los menores en la Península. Tras entrar en territorio nacional por Ceuta, Melilla o Algeciras –normalmente ocultos en vehículos a motor– o llegados a las costas del Mediterráneo en distintos tipos de embarcaciones, muchos de ellos se desplazan al norte de España para posteriormente, buena parte de ellos, trasladarse a Barcelona y Madrid. Por el contrario, la llegada de menores a las costas de Canarias se ha reducido extraordinariamente<sup>54</sup>.

Eso lo acredita el dato de que durante el año 2010 el mayor número de diligencias de determinación de la edad se incoaron por las Fiscalías de Ceuta y Melilla (18,74 por 100), las Fiscalías de la costa andaluza y alicantina (22,7 por 100), las Fiscalías del norte de España (Asturias el 5,62 por 100, Fiscalías de Gipuzkoa, de Cantabria, y de Araba el 8,99 por 100), y Bilbao (8,29 por 100), la Fiscalía de Barcelona (14,01 por 100) y la Fiscalía de Madrid (6,37 por 100).

---

blecer con el Ministerio de Interior el marco jurídico regulador de esa coordinación; la imposición a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración de la obligación de impulsar la adopción de un Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados destinado a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del servicio público de protección de menores y documentación (art. 140 REX), lo que facilitará la ordenación racional y unificada de todas las instituciones públicas y privadas intervinientes en el proceso identificativo en sintonía con las conclusiones aprobadas en la reunión conjunta de fiscales especialistas de menores y extranjería celebradas en Madrid el día 10 de abril de 2010; y la ordenación sistemática del proceso repatriativo de los menores siguiendo escrupulosamente los principios informadores del procedimiento administrativo y la doctrina del Tribunal Constitucional directamente aplicable al retorno de menores.

<sup>54</sup> Por ello, en el año 2010 solo ha significado el 4,96 por 100 de las incoadas en toda España, cuando en el año 2009 representaba el 14,57 por 100 y, en el año 2008, casi la mitad nacional, el 43,27 por 100. También existen diferencias sustanciales entre las practicadas por la Fiscalía de Las Palmas (se incoaron 105 diligencias) y Santa Cruz de Santa Cruz de Tenerife que solo abrió un expediente.

EXPEDIENTES DE DETERMINACIÓN DE EDAD							
Incoados (*)		Resultados					
■	■	Menor		mayor		Otros / ausentes (**)	
2009	2010	2009	2010	2009	2010	2009	2010
3.198	2.508	1.375	2.134	764	740	531	180

\* Debe advertirse inicialmente que no se cuenta con dato alguno procedente de Toledo y Murcia. Dentro de estas diligencias se excluyen las 447 diligencias preprocesales de la Fiscalía de Área de Algeciras que al ser de mero seguimiento de la inscripción del MENA en el Registro no son de determinación de edad. Se incluyen las 26 actuaciones de la Fiscalía de Gipuzkoa en relación a posibles modificaciones de los Decretos de Fiscalía sobre edad.

\*\* Dentro de este concepto se comprende algún supuesto excepcional como unas diligencias preprocesales incoadas en Palencia que fueron archivadas al existir una identificación errónea del menor y todos aquellos casos (71 en toda España) en que los supuestos menores, antes o después de ser informados del contenido de las pruebas médicas y sus consecuencias legales, optaron por no comparecer al examen médico correspondiente, abandonado por propia iniciativa el centro de protección de menores. Resulta destacable que en Araba ello ocurriera en el 28,04 por 100 de las diligencias incoadas (en 23 ocasiones de un total de 82 diligencias). En Palencia, de 7 diligencias incoadas, cinco personas no se sometieron a las pruebas médicas.

Desde otra perspectiva, llama la atención los diferentes resultados de las pruebas médicas practicadas. En Zaragoza (43 pruebas) y Sevilla (25), el 100 por 100 de las pruebas han determinado un resultado de minoría de edad. En Asturias, de 141 pruebas, 139 (98,58 por 100) eran menores de edad. Por el contrario, en otros territorios los resultados de minoría de edad han sido sensiblemente inferiores: en Araba, de 82 diligencias incoadas, solo resultaron menores 6 (7,3 por 100), en Granada, de 96 pruebas realizadas, 28 (un 22,58 por 100) dieron un resultado de minoría de edad. Barcelona tuvo un porcentaje muy similar de mayores y menores, 136 mayores (45,48 por 100) y 163 menores (54,51 por 100).

Según exponen en sus respectivas memorias los FDE la aplicación e interpretación del artículo 35 LOEX, tras la doctrina asentada por la Circular 2/2006 y completada por la Consulta 1/2009, no plantea especiales problemas en relación con la tramitación y decisión de este tipo de expedientes<sup>55</sup>, salvo cuando lo que se pretende por las autoridades

<sup>55</sup> En este aspecto los problemas más conflictivos tienen que ver con la unificación de los criterios médicos que debe valorar el fiscal, no solo los relativos a las pruebas a que deben someterse los afectados, sino también a la redacción de las correspondientes conclusiones que deberán establecer en la medida de lo posible una horquilla de edad que incorpore el potencial error, que pueda producirse. Es claro que el fiscal no puede imponer los métodos médicos que deben seguirse, pero sí debe exigir un resultado concluyente que fije claramente el margen de error debiendo rechazarse y pedir aclaración sobre aquellos informes que incorporen resultados vagos o dudosos. La conclusión 4 de la reunión de fiscales delegados de menores y extranjería de 20 de abril estableció que «los informes médicos sobre determinación de edad deben especificar el porcentaje de incertidumbre o desviación

autonómicas que tienen atribuida la tutela del menor o por el propio menor es que el Ministerio Fiscal modifique su decreto inicial.

Por ello diversas Fiscalías han incidido en el problema que supone la presentación de documentación –normalmente pasaportes expedidos por los consulados del país de origen– contradictoria con el Decreto del fiscal que anteriormente había fijado una edad siguiendo el dictamen médico. En efecto, se han dado supuestos en que los menores indocumentados a los que el fiscal había establecido su minoría de edad, en el mismo día en que según aquel Decreto del fiscal alcanzaba la edad de dieciocho años, entregaban un pasaporte en el que se le hacía constar de nuevo una minoría de edad en flagrante contradicción con el dictamen médico<sup>56</sup>.

---

estándar. Cuando se reciban informes que por no incorporar la horquilla de edades o que por cualquier otro motivo deban considerarse insuficientes, habrán de solicitarse las ampliaciones o aclaraciones oportunas. No se dictará Decreto de determinación de la edad sin disponer de un informe médico suficiente. En caso contrario, habrá de esperarse a la realización, ampliación o aclaración de las pruebas sin perjuicio de que el presunto menor quede mientras tanto bajo la custodia de los servicios de protección de menores, debiendo a tales efectos el fiscal remitir el correspondiente oficio. No son admisibles informes en los que se haga referencia a que la edad es de «aproximadamente 18 años», o expresiones similares («alrededor de 17 años» o «superior de 17 años»). En este sentido expone la Fiscalía de Granada que «en los casos de duda, bien porque la prueba practicada recoja frases como «aproximadamente 18 años de edad o expresiones similares alrededor de 17 años o superior a 17 años», o bien porque el interesado se oponga en el momento de la notificación del Decreto, se notifica de nuevo al fiscal de Menores dicha situación, que en estos casos, ordena la práctica de la prueba médico-forense a tal efecto... En las Diligencias Preprocesales 829/10-L en donde se hablaba de edad aproximada de dieciocho años, supuesto en el que se solicitó informe forense sobre determinación de la edad y se actuó en los términos expuestos una vez se emitió éste». El FDE de Cádiz manifiesta que «los informes médicos han superado las antiguas deficiencias referentes a la omisión de la horquilla de edad aplicable, constando en todos los casos, aunque en algunas ocasiones la Fiscalía ha tenido que solicitar la ampliación del informe al Jefe del Servicio de Radiología, remitiendo una copia de la solicitud a la Directora Gerente del Área Sanitaria del Campo de Gibraltar».

<sup>56</sup> Algún FDE refleja dudas interpretativas sobre la Consulta 1/2009. En este sentido hay que tomar nota de la manifestación recogida por el FDE de Huelva por la que tras señalar que no ha habido ningún problema a lo largo del año 2010 expone que «la laguna fundamental de dicha Consulta es que no proporciona a los Sres. fiscales la lista de países de cuya documentación deben recelar, lo que está causando problemas de aplicación y/o interpretación de la Consulta». Es evidente que no se está refiriendo a los supuestos de modificación de un Decreto del MF, pues inmediatamente después afirma que «en la Fiscalía de Menores de Huelva estamos aplicando la Consulta de manera estricta, en cuanto que realizamos las pruebas oseométricas a los menores indocumentados o cuya documentación pueda parecer falsa. O en aquellos casos que, a pesar de la autenticidad de los documentos, los datos que aparecen, como la edad, revisten de falta de veracidad por la disonancia entre la edad que aparece en el pasaporte y la que aparenta el supuesto menor. Pero en aquellos casos en que la Policía nos afirma que el pasaporte es auténtico, y que el presunto menor se corresponde físicamente con la edad que recoge el documento, no estamos realizándole dichas pruebas, siendo derivados los menores a la entidad pública... no consideramos ajustado al principio de seguridad jurídica el dudar de pasaportes auténticos que recogen una minoría de edad de los menores coincidente con su apariencia física, pasaportes que han sido emitidos por países reconocidos por España, con embajadas en nuestro territorio, si antes no hay un listado emitido por la Fiscalía General del Estado que nos diga a los nacionales de qué países hay que realizarles las pruebas de determinación de la edad por dudar de la veraci-

Sobre esta cuestión, en su elaborada Memoria, se pronuncia el FDE de Gipuzkoa que, recogiendo la solución dada por la Consulta 1/2009, exige no solo la presentación del pasaporte, sino también otra documentación que confirme los datos consignados en el mismo, en particular, el certificado de nacimiento, el certificado de empadronamiento o de vecindad y el libro de familia, esta documentación –continúa– se analiza caso por caso, comprobando si reúne los requisitos de autenticidad y si alcanza el suficiente grado de fiabilidad o certeza para determinar la modificación del Decreto<sup>57</sup>.

De todas formas hay que convenir que –no obstante el acertado contenido de la Consulta 1/2009– en algunas Fiscalías territoriales todavía existen dudas sobre la valoración que deba otorgarse a cualquier documentación extranjera en general y a los pasaportes en particular, por lo que compartimos la idea del FDE de A Coruña de que las mismas sean resueltas en el futuro Protocolo Marco de Determinación de la Edad y los Protocolos que se desarrollen a nivel provincial<sup>58</sup>, que mejoren o

---

dad de los datos contenidos en sus pasaportes». En efecto no puede discutirse que el expediente de determinación de la edad del menor por el MF solo puede incoarse como consecuencia de que se le hayan transmitido las dudas sobre la minoría de edad del afectado por la policía o –en su caso– por los servicios competentes de protección de menores dados los términos y finalidad del artículo 35 LOEX y, obviamente las trasladará al fiscal solo cuando se den los supuestos que el FDE de Huelva relaciona.

<sup>57</sup> En parecidos términos se pronuncia la FDE de Bizkaia cuando expone que el Decreto del fiscal «se deja sin efecto cuando el menor presenta su documentación legal. Tenemos que poner de manifiesto que cuando la Diputación realiza los trámites para asumir la tutela del menor la mayoría recaba de sus familiares en el País de origen la documentación referida».

<sup>58</sup> El FDE de A Coruña señala sobre «este problema que cada vez se da con más frecuencia y que trata la consulta 1/2009 de la FGE ante las dudas que surgen se adoptan como medidas, en espera de otras que puedan establecerse por la Fiscalía General o en el protocolo autonómico, las siguientes. Si se trata de pasaporte que cumple todos los requisitos legales, habrá que estar al mismo y si se trata de otros documentos no autenticados o legalizados y sin foto, se estará a la prueba médica. La FDE de Las Palmas da validez al pasaporte si el mismo es auténtico «el fiscal ordena a la Brigada de Policía Científica del CNP que realice una prueba pericial del pasaporte a fin de acreditar su autenticidad. Conforme al resultado de la prueba se procederá bien a confirmar el Decreto inicial o bien a modificarlo para declarar una edad concreta, de acuerdo a lo establecido en el pasaporte». La FDE de Las Palmas relata dos casos en que se dio primacía al resultado de las pruebas óseas tras comprobar la Policía a través de la oportuna prueba pericial que el título de viaje era falso. En uno de ellos «menor de nacionalidad igualmente congoleña, que llegó desde Mauritania acompañado por una persona mayor de edad, que no pudo acreditar la relación de parentesco con el menor, y contra el que se incoaron unas Diligencias Previa por un presunto delito de inmigración clandestina del menor. Dicho menor venía con dos pasaportes con distintos nombres, pero con la misma foto y con dos fechas de nacimiento diferentes. Esta circunstancia fue puesta de manifiesto por la Policía Nacional del Aeropuerto de Gran Canaria a la Fiscal de Extranjería, incoándose el correspondiente expediente de determinación de la edad, y realizándose la pertinente prueba ósea que dio como resultado que, efectivamente, se trataba de un menor de edad. Obviamente esta circunstancia fue importante a la hora de la calificación del hecho delictivo por el que se acusó al mayor de edad que llegó acompañando a este menor». Por el contrario, la FDE de Las

corrijan los actualmente en funcionamiento desarrollados al amparo de la Circular 2/2006<sup>59</sup>.

En el lado contrario, se encuentran los supuestos en que por iniciativa de la entidad tuteladora del menor extranjero, éstos son sometidos a nuevas pruebas médicas fuera del control del Ministerio Fiscal. Esta fue una de las cuestiones específicamente abordadas en la reunión de fiscales de Sala y Delegados de menores, Secretaría Técnica y Extranjería de 27 de abril de 2010 en la que se aprobó (conclusión 5) que si tras el Decreto del fiscal aparecen datos que cuestionen la edad determinada, la Entidad Pública de Protección de Menores podrá realizar pruebas de determinación de edad complementarias. Sin embargo para que tengan validez deben respetar las garantías y condiciones de realización recogidos por la Consulta 1/2009 FGE<sup>60</sup>. En todo caso, se estableció que la Entidad Pública de Protección de Menores no puede por su propia autoridad modificar la edad fijada en el Decreto del Ministerio Fiscal, debiéndole remitir las pruebas complementarias que haya practicado al fiscal para que tras su valoración modifique, en su caso, el Decreto inicial de determinación de edad<sup>61</sup>.

En el ámbito de esta problemática, es de destacar que la práctica de pruebas médicas por la propia Administración sin ponerlo en cono-

---

Palmas rechaza revisar el Decreto ante la petición de la entidad de protección ante supuestos de «menores problemáticos, que no aceptan las normas de régimen interno de los centros, o bien mantienen problemas de convivencia con los demás menores».

<sup>59</sup> Y que, además de satisfacción a la moción aprobada el día 25 de febrero de 2010 por el Pleno del Congreso de los Diputados que acordó instar al Gobierno a que, a través del Ministerio de Justicia, se trasladara a la Fiscalía General del Estado la necesidad de generalizar, en colaboración con las CCAA la adopción de protocolos de actuación en relación con los MENAs con el fin de homogeneizar la aplicación del artículo 35 de la Ley Orgánica 2/09 de 11 de diciembre. Para dar cumplida respuesta a este requerimiento se convocó la Reunión Conjunta entre fiscales especialistas de menores, de la Secretaría Técnica y de Extranjería el día 20 de abril a la que ya hemos hecho referencia en varias ocasiones. Se aprobaron un conjunto de conclusiones de la más variada naturaleza (plazo máximo para realizar las gestiones dirigidas a verificar si la repatriación es posible y constituir la tutela, plazo máximo para documentar al menor, contenido de las pruebas médicas de determinación de edad, posibilidad de que la Administración practique pruebas complementarias de determinación de edad y reglas para el correcto funcionamiento del Registro de MENAs) que, por su razonabilidad y fundamentación jurídica, estamos seguros que se insertarán en todos los Protocolos de futuro.

<sup>60</sup> Es decir deberá mediar consentimiento informado del afectado mayor de 16 años, o en su caso, si fuere menor de esa edad, nombrarle defensor judicial.

<sup>61</sup> Por este motivo, la FDE de Las Palmas, comenta cuando la entidad de protección se dirige al fiscal señalando que la apariencia física del menor no coincide con la edad que el médico determinó en la prueba ósea interesando un nuevo reconocimiento médico, se ha rechazado esa pretensión por la Fiscalía, «entendiendo que en estos casos es la propia Administración la que podrá realizar las pruebas que estime convenientes y presentarlas ante el fiscal quien, tras su valoración podrá, en su caso, modificar el Decreto inicial».

cimiento del Ministerio Fiscal, tal y como ocurrió en Araba durante el año 2009, ya ha sido corregida<sup>62</sup>. Durante el año 2010, la Diputación Foral se ha dirigido a la Fiscalía para que sea ésta la que decida, en aplicación del artículo 35 LOEX, sobre la correspondiente determinación de la edad<sup>63</sup>.

Una situación similar es la planteada en la Comunidad de Madrid donde el Instituto Madrileño del Menor y la Familia sobre la base de pruebas médicas unilaterales practicadas sin supervisión del fiscal procedió a considerarlos mayores, cesando la guarda y denunciando penalmente a los supuestos menores por falsedad documental. Ello determinó una Comunicación de la Fiscalía Provincial de Madrid 23 de marzo de 2010 al citado Instituto en la que tras recoger los aspectos argumentales más sobresalientes de la Consulta 2/2009 FGE, le recuerda que la determinación provisional de la edad del MENA de conformidad con el artículo 35 LOEX corresponde al fiscal<sup>64</sup>.

Otro supuesto anómalo es el recogido en la Memoria de la Fiscalía de Valencia que relata el caso de tres polizones que se trasladaban en un buque de bandera alemana y que, tras ser sorprendidos y manifestar que eran menores de edad, fueron sometidos a una prueba ósea ordenada directamente por la Administración, comunicando posteriormente por vía fax su resultado (mayor de edad) al Ministerio Fiscal que ya no tuvo ocasión de intervenir toda vez que, cuando tuvo noticias de ello, el barco ya había zarpado rumbo a Canarias. Tras el correspondiente aviso a la FDE de Las Palmas, una vez llegaron a puerto, se abrieron y

---

<sup>62</sup> La FDE de Araba señala cómo «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 Araba (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».

<sup>63</sup> Esta es la razón por la que la Fiscalía de Vitoria tramitó 82 diligencias preprocesales de determinación de edad.

<sup>64</sup> En esa comunicación se afirma que «la Entidad Pública de Protección de Menores no puede unilateralmente fijar una edad distinta a la previamente establecida en el Decreto del fiscal... Lo mismo ocurrirá en el supuesto de que, sin la existencia de un previo Decreto de determinación de la edad, la Entidad Pública haya practicado excepcionalmente, por ejemplo, por contradicción en la documentación que conste del presunto menor, pruebas complementarias. En este caso, la Entidad Pública de Protección de Menores pondrá en conocimiento de la Fiscalía las pruebas complementarias y la documentación relativa al menor, para que el fiscal dicte el correspondiente Decreto de determinación de edad».

tramitaron los correspondientes expedientes de determinación de la edad como exige el artículo 35 LOEX. Bastó una puesta de conocimiento de los criterios de Fiscalía al responsable policial de fronteras del puerto de Valencia para que esa disfunción fuera corregida. En verdad, los casos de presuntos menores que se trasladan como polizones no han presentado especiales problemas en el resto de España<sup>65</sup>.

3. Durante el año 2010 se han incoado 294 procedimientos de repatriación de MENAs, fundamentalmente en las zonas de recepción inicial, pues en Málaga, Cádiz y Granada han abierto el 72,97 por 100 del total de España. Sin embargo, solo han superado la fase de instrucción doce sobre los que ha tenido que informar el Ministerio Fiscal, pronunciándose favorablemente al reagrupamiento familiar en siete ocasiones.

Del mismo modo, ha podido llevarse a cabo el retorno efectivo en seis ocasiones que han afectado a un menor argelino, dos brasileños, una paraguaya y dos rumanos. La prácticamente nula efectividad de las repatriaciones incoadas se debe en la mayoría de los casos a la imposibilidad de cumplir con las exigencias del artículo 35 LOEX por falta de colaboración de las autoridades consulares del país de origen<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Así, el FDE de A Coruña relata que «... un presunto menor marroquí que llegó como polizón al puerto de Ferrol en un buque de bandera chipriota. En este caso, se nos puso en conocimiento dicha situación por la Brigada de Extranjería, autorizando este fiscal la práctica de la prueba de determinación de la edad, dando como resultado que el mismo era menor e ingresando, por tanto, en los sistemas de protección pertinentes». Por el contrario, la FDE de Pontevedra describe también el hallazgo de dos polizones de nacionalidad ghanesa, indocumentados y que alegaban su minoría de edad, a bordo del buque VIRANA, de bandera Noruega, que atracó en el puerto de Vigo, «dadas las manifestaciones de ambos, se remitió oficio al fiscal el cual ordenó su traslado al servicio de radiología y al forense con el fin de realizar pruebas de determinación de edad, que arrojaron un resultado de una edad ósea de 19 años». La ONG CEAR EUSKADI presentó demanda de protección de derechos fundamentales ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 3 de Pontevedra alegando que los polizones eran menores de edad y que se vulneró su derecho fundamental a la integridad física, alegando también infracción del artículo 24 CE ya que los polizones entraron en España cuando fueron trasladados para hacer las pruebas médicas y que, por tanto, la Administración debió dictar resolución denegando la entrada, llamando a letrado de oficio y notificando tal resolución a efecto de recurso. La fiscal manifestó que las pruebas de determinación de edad fueron realizadas correctamente y que los citados ciudadanos tampoco solicitaron entrar en territorio español, sino que por el contrario fue el capitán del buque el que al descubrir a los polizones, decidió conducirlos hasta el puerto de Vigo y, por lo tanto a España, con lo que no está clara dicha voluntad. Al no haber formulado ninguna solicitud, la administración tampoco estaba obligada a dictar pronunciamiento alguno y, por lo tanto, la presencia de letrado era innecesaria, ya que ni siquiera se incoó ningún expediente administrativo a tales efectos. La Sentencia del Juzgado acogió estos argumentos».

<sup>66</sup> Distintos FDE inciden en este aspecto. Así, la FDE de Huesca alude al caso de dos menores marroquíes «los cuales no pueden ser repatriados al no contar con el correspondiente

Excepcionalmente, no ha podido llevarse a cabo el retorno asistido por haber cumplido la mayoría de edad antes de concluirse el expediente repatriativo<sup>67</sup> o cuando –según los informes obrantes, entre ellos los de la propia entidad pública tuteladora– no era aconsejable para el interés del menor<sup>68</sup>.

La relación con las autoridades administrativas instructoras del procedimiento repatriativo y los Delegados o Subdelegados de Gobierno competentes para la decisión, a los efectos del desarrollo de nuestra función en este ámbito procedimental, no ha planteado problema alguno. Al Ministerio Fiscal se le han comunicado la incoación de los expedientes de repatriación<sup>69</sup> y se le ha dado la

---

informe del Consulado de Marruecos haciendo constar que se dan las adecuadas condiciones familiares en el país de origen del menor, por lo que han quedado a cargo de los servicios sociales españoles». El FDE de León afirma que «los representantes de la Subdelegación del Gobierno de León... informaron... que durante 2010 se iniciaron dos Expedientes de Repatriación de Menores No Acompañados, de los que hubieron de desistir casi inmediatamente debido a la nula colaboración de las autoridades diplomáticas y consulares del Reino de Marruecos acreditados en Madrid».

<sup>67</sup> El FDE de Almería indica que «en el año 2010 se ha incoado un expediente de repatriación de un menor argelino, siendo informado favorablemente por el Ministerio Público el expediente administrativo. Por la Fiscalía Especial previamente se había puesto en antecedentes a la Fiscalía Provincial, teniéndose conocimiento de las vicisitudes del menor. No obstante el expediente fue archivado finalmente puesto que, antes de su finalización, el menor alcanzó la mayoría de edad».

<sup>68</sup> La Fiscalía de Córdoba explica que «se han realizado dos informes desfavorables a la repatriación de menores, conforme al principio de superior interés del menor. Dichos informes, que han sido elaborados en plena coordinación con el fiscal delegado de Extranjería, se han fundado en considerar, en base a los datos acreditados obrantes en los expedientes, que no constaba suficientemente acreditado que esta medida fuese la que más favoreciese a los menores ante la ausencia de garantías de adecuadas condiciones en su familia de origen, unido a su excelente evolución, motivación, para la formación, relación con los demás, dominio del idioma castellano, integración del menor en España y negativa de éste a la medida propuesta». En el mismo sentido, el FDE de Barcelona afirma «en los expedientes 2/10 y 3/10... que afectaban a menores de nacionalidad argelina, se ha dado traslado para informe al fiscal que en los dos se ha opuesto a la repatriación. De forma resumida, el informe negativo del Ministerio Público se ha basado en dos razones, por un lado, el criterio contrario a la repatriación manifestado por la entidad tutelar en base a la existencia de un proyecto de vida para el menor en nuestro país, y, por otro, el desconocimiento de las concretas circunstancias familiares del menor en el país de origen».

<sup>69</sup> En algunos casos se desiste del procedimiento de repatriación en un momento tan temprano que no se realiza la comunicación al fiscal de la incoación del procedimiento. El FDE de Palencia señala que «si bien se ha constatado al solicitar datos a la Subdelegación, la existencia de expedientes incoados y pendientes de diligencias de averiguación de familiares del menor, sin que exista ninguno en el que se haya obtenido información favorable para su continuación (audiencia del menor, etc.). En el futuro se ha interesado por la Fiscalía que se comunique a la misma la mera incoación de diligencias, aun cuando sean de averiguación inicial». En el acta de la reunión interinstitucional de 12 de diciembre de 2010 en la que intervino la Fiscalía de León se hizo constar que «los miembros de la Subdelegación del Gobierno informaron a su vez que en el presente año se registraron dos expedientes de repatriaciones de menores, de lo que no se dio traslado a la Fiscalía de Menores al haberse desistido en ambos casos. No obstante lo anterior se

posibilidad de participar en las audiencias del menor<sup>70</sup> de manera normalizada<sup>71</sup>.

<b>EXPEDIENTES DE REPATRIACIÓN DE MENAS COMUNICADOS A FISCALÍA</b>					
Incoados		Informados		Ejecutados	
2009	2010	2009	2010	2009	2010
224	294	30	12	11	6

4. Cuestión distinta al procedimiento repatriativo de menores son los episodios de «*rechazo en frontera*» de menores acompañados, ocurridos en los aeropuertos del Prat (Barcelona) y Madrid-Barajas que motivaron diversas quejas del Defensor del Pueblo.

La problemática que suscita fue analizada por el entonces FDE de Madrid, Eleuterio González en un detallado informe en el que pone de relieve la diversidad de supuestos que comprende y –consiguientemente– las distintas soluciones que proceden, que en todo caso deben regirse por el principio de «*dar preferencia a la protección del interés de menor cuando éste puede sufrir menoscabo de resultas de una inadecuada atención del adulto acompañante*»<sup>72</sup>.

apuntó la conveniencia de dar puntual información de tales iniciativas independientemente de la resolución final del expediente que se incoe».

<sup>70</sup> El FDE de Barcelona señala cómo en los dos expedientes de repatriación tramitados «... se ha dado audiencia al menor mediante su comparecencia personal en la Subdelegación del Gobierno y asistencia a la misma del Ministerio Fiscal». El FDE de Valladolid expone cómo «este año se nos ha convocado a la exploración de un menor que se encontraba en un domicilio de Valladolid, bajo la guarda de una ONG, al objeto de oírle con motivo de un expediente de repatriación tramitado en las Islas Canarias». La FDE de Santa Cruz de Tenerife indica que «en el ‘Protocolo’ en el que se trabaja se ha indicado la necesaria inmediatez del Ministerio Fiscal al tiempo de ser oído el menor».

<sup>71</sup> A efectos de seguimiento de esta actividad y del cumplimiento de los acuerdos con los países de origen sobre repatriación de menores hay constituido un Grupo de Trabajo en el seno de la Secretaría de Estado de Inmigración formado por representantes del Cuerpo Nacional de Policía y el Ministerio de Asuntos Exteriores en el que participa el fiscal adscrito al Fiscal de Sala, Luís Lafont. La función de la Fiscalía de Sala en dicho grupo ha sido la de coordinar la actuación de los FDE de Extranjería en las provincias en las que se estaban tramitando los procedimientos.

<sup>72</sup> En síntesis, diferencia tres grandes grupos de supuestos. De un lado, menores que reúnen los requisitos para el cruce externo de la frontera pero no lo hace el adulto que lo acompaña. Si quien acompaña al menor resulta ser padre, tutor o guardador de hecho y no se localizan familiares distintos en España que puedan hacerse cargo, cabría avalar por la vía del artículo 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa –si se planteara– la suspensión cautelarísima del regreso del menor con el fin de proteger la unidad familiar. Dentro de dicho primer grupo matiza si el menor es español o comunitario. En el primer supuesto, el derecho del menor a entrar en España tiene rango constitucional, quedando comprendido en el ámbito del artículo 19 CE y no es concebible que sufra un rechazo en frontera, siendo tal acto administrativo

En las Jornadas de fiscales delegados de Extranjería celebradas en Baiona (Pontevedra) los días 4 y 5 de octubre de 2010 se acordó como conclusión que *«en los casos de menores que pretendan acceder a territorio español sin reunir los requisitos administrativos para su entrada, deberán analizarse las circunstancias concurrentes en cada caso, de tal manera que si es en interés superior del menor, éste deberá seguir el destino de sus padres incluso aunque estos se encuentren en España en situación irregular»*.

5. El correcto funcionamiento del Registro de MENAs, en 2010 todavía regulado por el artículo 111 RE, es indispensable para la debida aplicación del artículo 35 LOEX. No solo constituye un sistema de seguimiento e identificación de los menores extranjeros incorporados a los sistemas públicos de protección, sino también es un instrumento indispensable para lograr la aplicación normalizada de los expedientes de determinación de edad de los menores encomendada al Ministerio Fiscal e impedir que se produzcan los indeseables casos de Decretos del fiscal contradictorios, hechos demasiado frecuentes cuando el afectado se desplaza de una Comunidad Autónoma a otra cambiando de identidad.

---

de rechazo nulo, conforme al artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, por lesionar un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional. Si se trata de un menor comunitario su derecho a la entrada tiene un mero rango legal si bien el conflicto de intereses se resuelve de forma análoga facilitando la entrada en España mediante su puesta a disposición del progenitor o familiar residentes y avalando la suspensión cautelar de la medida de regreso. El segundo supuesto es el del menor de edad que no reúne las condiciones para el cruce de frontera que se presenta acompañado de un adulto que sí reúne tales requisitos. En tal hipótesis, procede la denegación de entrada del menor y el deber de regresar al punto de origen acompañado del adulto. Ahora bien, si el adulto decide ejercitar su derecho autónomo a entrar en territorio español, no se puede obligar al menor a regresar salvo que existan las indispensables garantías de que en el punto de origen va a ser acogido por sus padres o personas que cuiden de él, así como órganos estatales o no estatales. El retorno de un MENA es una medida de control policial admisible para el Consejo de la Unión Europea (Resolución de 26 de junio de 1997, núm. 221) pero está rodeada de tales garantías que resulta inviable en la práctica. Si no cabe el retorno, el menor podrá entrar en España en cuanto el interés del menor proscriba que quede privado de la asistencia de un adulto. Ello se refuerza si el adulto es el progenitor o un tutor en cuyo caso el regreso supondría la separación en frontera y una posible lesión del principio rector de protección de la protección económica, social y jurídica de la familia. Del mismo modo se advierte en el informe citado que la conducta del adulto puede ser indicativo de un ánimo de eludir fraudulentamente el procedimiento administrativo de la repatriación lo que podría justificar la incoación de un atestado policial por un delito de inmigración clandestina del artículo 318 bis CP. El tercer supuesto es el de un menor que viaja solo y no reúne los requisitos de entrada en territorio español. En ese caso, en protección del interés del menor y la primacía del derecho a la vida familiar, se permitirá la entrada del menor para facilitar la puesta a disposición de su padres, tutores, o guardadores residentes en España y de no ser localizados será tratado como un MENA sujeto a las medidas de protección y repatriación de los artículos 35 LOE y 92 RE.

Según las respectivas apreciaciones de los FDE es patente que la implantación del Registro de MENAs no es uniforme en toda España de tal manera que, aunque en algunas provincias pueda ser bien valorado <sup>73</sup>, en otras se resaltan graves deficiencias en su funcionamiento <sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Varios FDE se muestran satisfechos con su funcionamiento y resultados del Registro. El FDE de Cádiz indica que «es práctica habitual el previo cotejo policial del Registro MENA, y la inscripción posterior en el Registro». También se señala por dicho fiscal delegado que «cuando un menor recibe la documentación original y auténtica del país de origen, normalmente Marruecos, ésta se comunica a la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación, la cual expide un nuevo NIE con la identidad verdadera, inscribiéndose posteriormente en el Registro Menas, donde queda reflejado con relación a la misma reseña dactiloscópica, la identidad inicialmente facilitada, y la posteriormente documentada, eliminándose de esta forma la duplicidad de inscripciones bajo sendas identidades que anteriormente se estaban produciendo»; La FDE de Ourense manifiesta que «el grado de implantación y utilización del Registro de Menores Extranjeros no Acompañados, los resultados empiezan ser bastante positivos». El FDE de León también afirma que en una reunión con «el Jefe de la Brigada Provincial de Extranjería de la Comisaría de Policía Nacional en León celebrada en diciembre de 2010 éste manifestó «que dicho Registro se mantenía en perfecto funcionamiento y se actualizaba con periodicidad mensual». El FDE de Palencia informa que «se constata que las actuaciones de protección, y atestados vienen habitualmente con la información del menor, según el citado registro». La Fiscalía de Granada expone que «la solicitud de autorización para la práctica de determinación de la edad se dirige a esta Sección donde se hace constar ...la consulta al Registro de MENAs ...a fin de hacer constar si existe ya previamente determinación de la edad...ya de forma adecuada durante el año 2010, en concreto, y ante la afluencia de estos menores, se produce en esta Comunidad, la consulta al Registro, se trata de que sea previa a la realización de las pruebas y en su defecto, o ante la imposibilidad de ello, practicadas las pruebas, y una vez que el menor ha ingresado en el centro de Protección, si se tratase de un menor de edad según Decreto del Fiscal, se procede a la consulta y actualización de aquel. En la actualidad, el seguimiento, documentación y acceso de los datos de estos menores al Registro en la provincia y salvando lo anterior, es aceptable». El FDE de Valladolid expone que «aunque en Valladolid, en el último año tan solo ha sido necesario determinar la edad de dos personas, la consulta al registro a través de la policía suele ser constante, principalmente por la Fiscalía de Menores, al objeto de comprobar las identidades y datos de filiación que se facilitan por menores y mayores de edad penal con motivo de la realización de ilícitos penales». La Fiscalía de Bizkaia expone que el Registro «está actualizado».

<sup>74</sup> La FDE de Castellón indica cómo «subsiste el problema derivado de la falta de acceso por parte de la Guardia Civil a las bases de datos de menores extranjeros indocumentados de la Brigada de Extranjería de la Policía Nacional a fin de comprobar la existencia de reseña de los mismos en el correspondiente registro con carácter previo a la autorización por el fiscal para la realización de las pruebas radiológicas, situación que se ha puesto en conocimiento de la Sección de Extranjería de la Fiscalía a fin de mantener de forma coordinada criterios de actuación para solventar el problema». El FDE de Alicante afirma que «existen problemas para la consulta del Registro de MENAs, ya que la mayoría de los miembros de las Fuerzas de Seguridad del Estado que detienen al presunto menor y lo ponen en conocimiento del fiscal de Menores de Guardia, no saben entrar en el mencionado registro y efectuar la consulta». De hecho –conforme señala dicho fiscal delegado– en el nuevo formulario que se ha elaborado de Decreto de determinación de la edad para adaptarlo a la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre «se reseña que no hay registros del menor porque suele ser el resultado habitual». «El FDE de Girona expone que «debe tenerse en cuenta que la grafía de nombres extranjeros no se recoge correctamente cuando se facilitan verbalmente lo que puede dificultar la búsqueda en dicho registro». El FDE de Ávila manifiesta que el Registro «no se utiliza». El FDE de A Coruña señala cómo en la reunión interinstitucional de 25 de febrero de 2010 se expuso que se «han recibido en Fiscalía varias peticiones para practicar pruebas de determinación de la edad que se han llevado a cabo directamente por los servicios autonómicos de Protección de

En este sentido el FDE de A Coruña, tras un elaborado análisis y exposición de contrastadas experiencias habidas, sintetiza su principal disfunción al afirmar que *«no dudamos que desde un punto de vista técnico el registro de MENA funcione, ahora bien, si en las distintas provincias, por las distintas fuerzas policiales, no se introducen de forma correcta y completa los datos de cada menor, será imposible que después el contenido del Registro pueda ser útil»*<sup>75</sup>. Precisamente, los defectos de funcionamiento también fueron analizados en la reunión de fiscales delegados de Menores, Secretaría Técnica y Extranjería tantas veces citada, resaltándose como más habituales los siguientes: en algunos lugares existen limitaciones horarias para consultar el Registro; se han constatado algunas deficiencias de colaboración entre Policía Nacional, Guardia Civil y Policías Autonómicas, a fin de que todos ellos puedan tener acceso al Registro; en muchas ocasiones no se ha incorporado datos relevantes exigidos por el artículo 111 REX, en especial la reseña decadactilar y la fotografía; se han apreciado defectos en las inscripciones individualizadas por MENA, incluso cuando por ser indubitadamente menores de edad no se practican las pruebas por la vía prevista en el artículo 35 LOEX; y, no consta la anotación en el Registro de la existencia de Decreto del fiscal de determinación de la edad, muchas veces por falta de la debida comunicación del fiscal<sup>76</sup>.

---

Menores, por este fiscal se pone de manifiesto a los presentes que dichas pruebas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35 de la Ley de Extranjería y 92 y ss. del Reglamento de desarrollo, deben ser solicitadas por la brigada de extranjería..., para así garantizar, además, que antes de practicarse tal prueba se haya consultado al registro MENA».

<sup>75</sup> El FDE de A Coruña pone como ejemplo «las Diligencias Preprocesales 116/2008 que tramitamos en esta Fiscalía. Se nos pidió autorización para la práctica de la prueba de determinación de la edad de un presunto menor extranjero, manifestando que consultado el registro de MENA aparecía solo su nombre y una fecha de nacimiento, pero sin prueba de determinación de la edad, señalando que esa fecha era simplemente la que él manifestaba. Autorizamos la prueba de determinación de la edad y, posteriormente, ante las insistencias del menor en que la edad que le habíamos fijado por Decreto no se correspondía con la verdadera, hicimos gestiones con las Fiscalías de lugares donde nos constaba que había estado el menor para comprobar si se había practicado alguna prueba médica y/o si se había dictado algún Decreto, dando como resultado que en Bilbao sí se había dictado un Decreto, que nada tenía que ver con la fecha que constaba (por simple manifestación del menor) en el Registro MENA. Nos encontramos en este caso con que contamos con tres edades del menor: la fijada por nuestra Fiscalía por Decreto, la fijada por la Fiscalía de Bilbao por Decreto y la que constaba en el Registro MENA por simple manifestación del menor. Esto supone que cuando se inscribieron los datos del menor en el registro MENA no se hizo constar el resultado de la prueba de determinación de la edad sino la fecha de nacimiento manifestada por el menor. Esta situación anómala entendemos que no es tan excepcional y que se estarán dando muchas que no han sido detectadas».

<sup>76</sup> Diversos FDE han incidido en la necesidad de que el Registro incorpore el Decreto del Fiscal. El FDE de Gipuzkoa señala cómo «según información facilitada por la Sección de

La solución de futuro de todas esas deficiencias, tal como hemos adelantado, la prevé el nuevo Reglamento de Extranjería en el artículo 215, atribuyendo a la Fiscalía General del Estado la función coordinadora del Registro de MENAs<sup>77</sup>.

6. Anteriormente hemos hecho referencia a que muchos de los problemas que afectan a la aplicación efectiva del artículo 35.3 LOEX serán solventados por la elaboración de un Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados, cuyo impulso se encomienda reglamentariamente a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, *destinado a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a dis-*

---

Extranjería de la Policía Nacional, no se hacen constar en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, los Decretos del fiscal de determinación de la edad, estimando este fiscal que sería conveniente que se hicieran constar en dicho Registro». Son varias las Fiscalías que remiten copia de los Decretos a efectos de que se incorporen al Registro. El FDE de Alicante indica que «el Decreto del fiscal se comunica en todo caso a la Comisaría Provincial de Policía para la inscripción en el Registro de MENAs con copia del atestado». La FDE de Burgos señala que, de acuerdo a las conclusiones de la reunión de 20 de abril de 2010, se ha dirigido a la Brigada de Extranjería para que haga constar en el Registro el Decreto del fiscal. La Fiscalía de Bilbao señala como «desde la Fiscalía se remite mensualmente a los encargados del mismo copia... de los Decretos derivados de los resultados de dichas pruebas». La FDE de Las Palmas afirma como «se tiene constancia que todos y cada uno de los Decretos de determinación de la edad que son realizados por esta Fiscalía tienen acceso al mismo, de forma que no solo se incluyen los datos del menor, sino la fecha del Decreto y el número de procedimiento. De igual forma acceden aquellos Decretos que modificaron, en su caso, el inicial, donde figurarían ya no solo una fecha concreta de nacimiento, sino además se procedería a corregir el nombre y los apellidos del menor, que muchas veces era escrito incorrectamente. De hecho, y como resultado de consultar este Registro, se han recibido solicitudes de auxilio judicial de otras Fiscalías, en orden al envío de los correspondientes Decretos de menores necesarios para otros procedimientos judiciales». Dicha fiscal incide en la importancia de la comunicación del Decreto del fiscal declarando la mayoría de edad al Cuerpo Nacional de Policía, así «una vez que el mayor pretendiera la práctica de una nueva prueba ósea, si quedara constancia de que ya había sometido a una, no cabría la nueva práctica de la prueba ni la incoación de un nuevo procedimiento». Un ejemplo concreto de lo señalado por la FDE de Las Palmas lo ofrece la FDE de Ciudad Real cuando manifiesta que «... en relación con un extranjero natural de Ghana que aportaba una documentación de su país para su identificación, según la cual era menor de edad, a través de sus impresiones dactilares comprobadas en el Registro Central de Extranjeros, se constató que el mismo figuraba como mayor de edad, por haberlo acordado así por Decreto la Sección de Menores de la Fiscalía de Granada, tras la realización de las pruebas oseométricas y que, en realidad la documentación aportada no correspondía a su portador». Por fin, el FDE de A Coruña señala que «desde la Fiscalía debe exigirse que se consulte el Registro antes de autorizar una prueba médica y que se inscriban los datos resultantes de la prueba y del Decreto del fiscal, remitiendo a la Fiscalía justificante impreso de introducción y/o modificación de los datos que constan en el Registro».

<sup>77</sup> «En la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil existirá un Registro de Menores No Acompañados, con efectos exclusivos de identificación, que estará coordinado por la Fiscalía General del Estado, para el cumplimiento de las competencias que tiene atribuidas el Ministerio Fiscal por el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, en el ámbito de su función de garantía y protección del interés superior del menor».

*posición del servicio público de protección de menores y documentación.* En él deberán incorporarse todas las buenas prácticas y experiencias positivas adquiridas en la ejecución de los Protocolos que se encuentran en funcionamiento al amparo de la Circular 2/2006 FGE.

En este sentido, será oportuno recordar que la valoración que realizan los FDE sobre el funcionamiento de los Protocolos provinciales existentes es positiva<sup>78</sup>, sin perjuicio de que algunos de ellos propugnen su ampliación o mejoramiento, según las experiencias habidas de su aplicación<sup>79</sup>. En los territorios en que por el escaso número de

---

<sup>78</sup> Así se pronuncian las FDE de Zaragoza y Las Palmas y el FDE de Cádiz. No solo permiten fijar pautas coordinadas y uniformes de actuación de todas las instituciones implicadas en la materia y resolver muchos de los problemas que surgen habitualmente, sino también corregir las actuaciones que no se ajustan al artículo 35 LOE. En este sentido, la Fiscalía de Bizkaia manifiesta que «dado que muchos de estos menores inicialmente cuando son localizados por la Policía le manifiestan a ésta un nombre y una identidad, luego cuando ingresan en el Centro dan otros datos, ello supone una gran dificultad para llevar un control en los archivos de Fiscalía, dado que a todos los menores se les abre un expediente de protección en la Sección de Menores. Por esta razón se recogió en el Protocolo la necesidad de que en todos los oficios que se lleven a cabo para la determinación de las pruebas y que se incorporara la expediente del menor se incluya la referencia del atestado donde se recoge la identidad y demás circunstancias personales del presunto menor que se elabora como consecuencia de su localización». La FDE de Las Palmas expone cómo «por esta Fiscalía se han hecho esfuerzos para finalmente desterrar los problemas existentes años atrás respecto a presuntos menores que eran directamente conducidos por agentes de la Policía Local, fundamentalmente (pues no se conocía ningún caso que afectara a la Guardia Civil), a los Centros de Protección de Menores Extranjeros no Acompañados, sin que se practicara la correspondiente prueba ósea, o se determinara por otro medio su edad. El problema era detectado con posterioridad, cuando el menor aportaba un pasaporte, circunstancia que era puesta en conocimiento del fiscal, comprobándose la inexistencia de expediente alguno abierto». Con la correcta aplicación del Protocolo aprobado en 2008 «todos aquellos agentes de la autoridad que tengan conocimiento de la existencia de un posible menor no acompañado e indocumentado, lo ponen en conocimiento de la fiscal delegada de Extranjería a fin de iniciar los trámites correspondientes para la determinación de la edad». O los que manifiesta la Fiscalía de Bizkaia: «se constata igualmente que se están produciendo desajustes en cuanto a la realización de las pruebas de determinación de la edad en el hospital de Basurto, puesto que hay un solo día fijado para ello». Manifiesta la fiscal vizcaína que es importante resaltar que el médico forense cuenta con la facilitación por parte del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza, al médico forense de una radiografía del carpo de la mano izquierda, una ortopantomografía y en algunos casos de una radiografía del tercio interno de la clavícula «es este número de pruebas las que pueden determinar ciertos desajustes en la realización de las pruebas, junto con la necesidad de un aviso previo temporal de la llegada de los menores para realizar la prueba, al objeto de que se abran las oportunas historias y registros clínicos que permita la realización de las pruebas», por ello indica como el Protocolo «en el momento actual ha experimentado algunos cambios en su aplicación práctica debido al importante incremento de llegada de MENAs a la provincia de Bizkaia en los últimos años. De este modo, ya no se llevan los menores por la policía al hospital, sino que aquella los envía al centro, desde donde se remiten acompañados por responsables del centro al hospital de Basurto. Se constata igualmente que se están produciendo desajustes en cuanto a la realización de las pruebas de determinación de la edad en el hospital de Basurto, puesto que hay un solo día fijado para ello».

<sup>79</sup> El FDE de A Coruña señala que en la reunión interinstitucional de 25 de febrero de 2010 se «dio a conocer a los presentes los avances existentes en la elaboración de un Protocolo de actuación con los MENA a nivel autonómico a firmar entre la Fiscalía de la Comunidad

MENAs no hay protocolos provinciales, la función del protocolo se sustituye habitualmente por reuniones de colaboración interinstitucional o por notas de servicio internas de la Fiscalía<sup>80</sup>.

7. No procede terminar este apartado, sin llamar la atención sobre las deficiencias apreciadas por distintos fiscales delegados de Extranjería en el efectivo reconocimiento del derecho a la documentación que el artículo 35 LOEX reconoce a los MENAs<sup>81</sup>. Contribuye a tal problemática la interpretación que se viene haciendo, contra el criterio de la Fiscalía, por parte de la Administración de considerar el plazo de nueve meses que fija el artículo 92.5 del Reglamento para documentar al MENA como *termino a quo* y no como plazo máximo<sup>82</sup>.

---

Autónoma y la Xunta de Galicia». La Fiscalía de Valencia manifiesta «que se está estudiando reelaborar el Protocolo Interinstitucional relativo a Menores Extranjeros No Acompañados del año 2005, a fin de considerar no solo los casos de menores extranjeros no documentados, sino también los documentados e incluir los supuestos de polizonaje, a fin de adecuar la actuación de todas las Instituciones al cumplimiento de las garantías constitucionales». Tienen manifestada esa voluntad la Fiscalía de Valladolid. Del mismo modo, se informa por la Fiscalía de León que en una reunión interinstitucional con fuerzas y cuerpos de seguridad, entidades de protección, Subdelegación de Gobierno y autoridades penitenciarias celebrada el 12 de diciembre de 2010 «se informó por la Fiscalía sobre la conveniencia de aplazar siquiera temporalmente los trabajos que se venían realizando para la elaboración de un Protocolo Provincial sobre Menores Extranjeros no Acompañados (MENAs), a la espera de las posibles iniciativas en curso para la elaboración por las autoridades estatales de una norma de ámbito general».

<sup>80</sup> Caso de la Fiscalía de La Rioja donde, como expone el FDE «se ha recordado a través de notas internas la necesidad de cumplir la Consulta 1/2009 de la Fiscalía General en el sentido de dictar, en todo caso, un Decreto del fiscal que dictamine provisionalmente la edad del menor y sirva como primera referencia al acudir al centro de protección de menores».

<sup>81</sup> La FDE de Ourense manifiesta que «los mayores problemas siguen siendo en lo referente a la documentación, así como a una comunicación de las entidades donde a veces se encuentran dichos menores y su comunicación a la Administración, lo que dificulta a su vez dicha documentación». La FDE de Pontevedra resalta que «sin embargo, el verdadero caballo de batalla lo encontramos en la documentación del menor. Por una parte, hay cierta tardanza en la resolución de desamparo y asunción de tutela, por otra, una gran desidia o desconocimiento de la necesidad de documentar al menor... Por otra parte, las Subdelegaciones de Gobierno tienen mucha reticencia en la documentación, probablemente porque se carece de información fiable como para expedir un permiso de residencia a favor de un menor. Por lo general las embajadas y consulados tardan mucho en dar respuesta a sus requerimientos. También hemos observado una cierta descoordinación y falta de comunicación entre las Brigadas de Extranjería que se ocupan de la documentación y los centros de acogida de los menores, ya que éstos obtienen a través de entrevistas datos valiosos que pueden ser usados para obtener datos a efectos de documentación y, sin embargo, no son transmitidos a la respectiva Brigada». Describe la FDE de Pontevedra el caso de una menor que lleva cinco años acogida y con 17 años cumplidos no ha sido documentada. La menor posee una inscripción auténtica de nacimiento del Registro Civil de un pueblo portugués, donde consta su fecha de nacimiento, lugar de nacimiento –en Portugal– si bien no es nacional portuguesa y la filiación de sus padres. Pues bien, desde la Subdelegación de Gobierno de Pontevedra consideran, que no cabe expedir la autorización de residencia sin un pasaporte o documento de identidad válido, de su país de origen.

<sup>82</sup> Como señala el fiscal de A Coruña en la reunión interinstitucional se trató «la problemática de la interpretación del plazo de 9 meses que se establece en el Reglamento de Extranjería

Hasta tal punto es así que por diversas Fiscalías se han adoptado medidas activas dirigidas a asegurar la documentación del menor<sup>83</sup> y en la Reunión Conjunta de fiscales delegados de 20 de abril de 2010 se tuvo que abordar dicho problema acordando que los fiscales delegados de Extranjería acudirán a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa frente a la falta de concesión de la autorización de residencia al MENA por parte de la Autoridad Gubernativa sin causa justificada<sup>84</sup>.

#### 7.4.6 REGISTRO CIVIL Y EXTRANJERÍA

1. La presentación, en septiembre de 2010, al Congreso de Diputados del Proyecto de Ley del Registro Civil (PLRC) en el que se prevé una importante desjudicialización del sistema y, correlativamente, una

---

para entregar de forma imperativa la documentación a los menores. Se pone de manifiesto la disparidad de criterios entre la Fiscalía: los 9 meses son el plazo máximo pudiendo y debiendo entregarse antes la documentación y los de la Subdelegación del Gobierno, que sigue instrucciones directas del Gobierno central, en el sentido de que siempre hay que esperar 9 meses para entregar la documentación a los menores».

<sup>83</sup> La FDE de Araba señala cómo, tras requerir a la Diputación Foral para que dicte las resoluciones de tutela, a lo que la misma se ha negado por considerar que existen dudas sobre la edad, dudas que no se plantearon a Fiscalía se han iniciado los trámites legales oportunos para que, por vía judicial, se reclame de la Diputación Foral el dictado de resoluciones de tutela de los MENAs y puedan estas personas regularizar su situación administrativa. El FDE de Córdoba relata cómo «en relación a los menores tutelados, siguiendo las instrucciones de la Fiscalía Delegada, 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...», se remiten oficios a la Entidad pública, para que informen de la situación en que se encuentran estos menores, conforme al artículo 37.2 de la Ley 1/08 de los derechos y atención al menor, que impone a la Entidad Pública el seguimiento posterior «al menos», durante el año siguiente a la salida de los menores de un centro de protección, para comprobar que su «integración socio-laboral sea correcta»... En oficio de 22-2-10, se instó a la Entidad Pública para que realizaran cuantas gestiones fueran pertinentes para la agilización de la obtención de ese permiso en el caso un menor que, con oferta de trabajo, veía comprometido su futuro laboral por la tardanza en la obtención del permiso». La FDE de Burgos expone «la necesidad de que en sus decretos de determinación de edad conste que por la administración pública que ostente la tutela del menor la necesaria activación de la tramitación de su documentación, sin esperar, ni permitir que se espere de forma automática al plazo de 9 meses previsto en el artículo 92.5 RE (repatriación) que debería operar como límite máximo y no como término mínimo «a quo».

<sup>84</sup> Esta actuación de los fiscales delegados de Extranjería debe ponerse en relación con la labor atribuida a las secciones de fiscales de Menores en dichas conclusiones. De un lado, considerándose que tres meses es tiempo suficiente para que la Entidad de Protección transforme la guarda de hecho en una tutela legal se acordó que pasado dicho tiempo sin que se haya formalizado la tutela legal, el fiscal de Menores ejercerá las acciones legales correspondientes ante la Jurisdicción Civil. De otro lado y partiendo de que las gestiones dirigidas a determinar si es posible la repatriación deberán realizarse con la máxima celeridad y considerando que un mes es un tiempo prudencial, pasado dicho plazo, salvo que concurra causa justificada, la Entidad Pública de Protección de Menores debe promover ante las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno la tramitación necesaria para la concesión de la autorización de residencia. La Sección de Menores de Fiscalía, en su caso, deberá a tales efectos, sin esperar a que se agote el plazo de nueve meses, acudir al procedimiento judicial correspondiente.

restricción del ámbito de actuación de Ministerio Fiscal<sup>85</sup>, con carácter general ha sido bien recibida por los fiscales delegados de Extranjería que, en coordinación con los fiscales Encargados del Registro, deben intervenir en el control y seguimiento de los denominados matrimonios simulados y adquisiciones irregulares de la nacionalidad española.

La proyectada *administrativización* del sistema, racionalizará la función de control jurisdiccional<sup>86</sup>, descargará a muchos juzgados de un trabajo que no podía ser atendido con el rigor necesario<sup>87</sup> y facilitará la especialización de los expertos que requiere la materia<sup>88</sup>.

2. Desde la Circular 1/2002 FGE, de 19 de febrero, *sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del fiscal en materia de extranjería*, la prevención de los matrimonios de complacencia o simulados, constituye una de las funciones más delicadas

---

<sup>85</sup> Muy sintéticamente puede señalarse que desaparece la audiencia preceptiva del fiscal en todos los expedientes gubernativos que se recogen en el artículo 97 de la actual Ley del Registro Civil, atribuyéndole específicamente funciones de recepción de comunicaciones sobre contradicciones esenciales entre el Registro y la realidad (art. 30.3 PLRC); la facultad de solicitar que se extienda una anotación registral (art. 40.2 PLRC); se mantiene el deber de promover la inscripción de hechos inscribibles (art. 42.1 PLRC) y de menores no inscritos (art. 48.2 PLRC), así como la legitimación para promover procedimientos registrales (art. 89 PLRC).

<sup>86</sup> El FDE de La Rioja considera necesario «que esta importantísima parcela sea traspasada del ámbito judicial al administrativo, sin perjuicio del sistema de tutela jurídica que debe implantarse para articular las concesiones o denegaciones de lo solicitado. Son masivas las peticiones de personas de origen diverso que aportan un amplísimo catálogo de documentos de diferentes países que acreditan situaciones civiles necesarias para la concesión del status que se pretende: antecedentes penales, cédulas de nacimiento, matrimonio, divorcio, etc. Hoy por hoy, y sin perjuicio de la labor de control que estamos seguros existirá en el Ministerio de Justicia, en la recepción de la documentación en los distintos Registros Civiles, no existe la más mínima formación para poder discriminar la idoneidad de los documentos o su autenticidad, tratándose de una mera recopilación de documentos, pronunciándose en base a lo que aparentemente se desprende... Este tipo de orientaciones hacen pensar que muchas de las solicitudes iniciales no prosperan finalmente, no funcionando correctamente un mínimo filtro inicial de idoneidad en los juzgados que atienden el Registro Civil que se ven obligados a la incoación del expediente y al traslado al fiscal. En definitiva, la situación actual aconseja la creación de organismos técnicos, asistidos por especialistas documentales y con acceso a herramientas adecuadas y eficaces para valorar muchas de estas peticiones».

<sup>87</sup> La FDE de Ciudad Real, en su modélica Memoria, llama la atención sobre que la reforma propuesta será beneficiosa para «Registros Civiles como los de esta provincia en los que, todos los Jueces Encargados de ellos son titulares de Juzgados mixtos de instrucción y primera instancia, tienen el control de registros ubicados en pueblos a distancia de hasta 100 kilómetros de su sede, carece de sentido mantener la situación actual, sobre todo en cuanto se refiere a expedientes como aquellos incoados por peticiones de nacionalidad por residencia cuya resolución corresponde por delegación a la Dirección de los Registros y del Notariado y en que la función del Registro, su encargado y el fiscal se reduce prácticamente a comprobar si se ha aportado toda la documentación y si está legalizada, cuando proceda».

<sup>88</sup> Pues, cómo oportunamente recuerda el FDR de Barcelona, «la nueva Ley, merece en conjunto una opinión favorable, atendiendo a la escasa atención que los jueces Encargados del Registro Civil conceden al mismo con excepción de los jueces especializados titulares de juzgados con dedicación exclusiva al Registro Civil y de los que en España hay únicamente quince, tres de ellos en Cataluña».

atribuidas a los FDE. En España, sobre todo a partir del último quinquenio de siglo pasado, ha ido aumentando el número de supuestos fraudulentos en que el matrimonio es utilizado, fuera de su natural función, como medio exclusivo para acceder más fácilmente la obtención de la nacionalidad española o para la consecución de un permiso administrativo de residencia que permita a uno de los contrayentes permanecer de forma estable en España o en territorio Schengen<sup>89</sup>.

Al margen de los casos fraudulentos más groseros que normalmente indican la comisión de un delito de favorecimiento de la inmigración ilegal del artículo 318 bis CP o en su caso de falsedad<sup>90</sup>, la lucha contra ese fenómeno debe desarrollarse preventivamente, esto es detectando el vicio del consentimiento matrimonial antes de proceder a la inscripción registral.

Se comprende por tanto que los aspectos atinentes a la prueba de la simulación –obviamente de naturaleza indiciaria– constituyan la preocupación más importante de los fiscales que deben informar en los expedientes registrales matrimoniales.

La ausencia de convivencia previa de los futuros esposos –como dato para la detección de un matrimonio fraudulento– es un indicio

---

<sup>89</sup> El FDE de Huesca recuerda que no es extraña la conducta del esposo extranjero que abandona España inmediatamente después de haber contraído el matrimonio. En ocasiones, cuando los contrayentes ven rechazados su propósito de contraer matrimonio vuelven a intentarlo en otro Registro Civil; la Fiscalía de Valencia destaca que «se ha detectado...la existencia de contrayentes que habiendo obtenido ante un Registro Civil una resolución matrimonial denegatoria han instando un nuevo expediente ante otro Registro Civil distinto; por lo que se considera necesaria la conexión telemática entre los distintos Registros Civiles, a fin de evitar así dichas disfunciones y situaciones telemáticas posiblemente fraudulentas». La FDE de Ciudad Real señala que «se crea una cierta sensación de trabajo inútil, ya que, en caso de denegación pueden reproducir su petición ante otro Registro Civil con solo empadronarse uno de los contrayentes en la localidad correspondiente, sometiéndose a una nueva audiencia con la experiencia ganada, todo ello al no existir tipo de Registro al que se tenga acceso desde todos los Registros Civiles y en el que consten las denegaciones dictadas»; o en el ámbito del matrimonio canónico La FDE de Zamora resalta «el aumento de matrimonios eclesíásticos por ciudadanos extranjeros para evitar las expulsiones, ya que estos están libres de los controles policiales y judiciales, habiéndose llevado a efecto en algún caso dicho matrimonio tras la negativa del matrimonio civil por evidente fraude de Ley».

<sup>90</sup> En relación a los procedimientos penales relativos a matrimonios fraudulentos informa la FDE de Soria que «se está investigando en Soria una trama de matrimonios fraudulentos celebrados todos ellos entre súbditos nigerianos y ciudadanos comunitarios, que han presentado en el Registro Civil de Soria certificaciones eclesíásticas falsas, supuestamente expedidas por el párroco de la iglesia El Salvador de Soria. Todo ello ha dado lugar a la incoación de las Diligencias Previas número 289/2009, seguidas en el Juzgado de Instrucción número 3 de Soria, por un presunto delito de falsedad documental. Hasta el momento y dado que tales hechos se están siendo objeto de una investigación, solo hemos interesado la cancelación en el Registro Civil de uno de estos matrimonios, el supuestamente celebrado entre un ciudadano nigeriano y una ciudadana alemana, todo ello al haberse decretado el archivo de las actuaciones respecto de él, habiéndose procedido a su expulsión en virtud de Auto de 18 de febrero de 2009».

importante, pero no es decisivo por sí solo<sup>91</sup>. Por ello la valoración probatoria se fundará normalmente en el propio testimonio de los futuros contrayentes realizado separadamente ante el Juez del Registro en audiencia reservada, lo que conduce a examinar individualizadamente cada caso, incluso llegándose a indagar sobre la génesis de la relación<sup>92</sup>.

Las Memorias territoriales indican la variedad de dificultades probatorias con las que se enfrentan los fiscales. Se señalan como más significativos los casos en que se pretende la inscripción de matrimonios celebrados en el extranjero, los supuestos en que los solicitantes ni siquiera hablan el mismo idioma (Fiscalías de Murcia, Huesca), el desconocimiento de aspectos esenciales de la vida personal de la persona con la que pretende casarse como la formación, aficiones y familia del otro cónyuge o de la forma y fecha en que se conocieron (Fiscalías de Tenerife, Madrid, Alcalá de Henares, Soria, Zaragoza). En otros casos, lo que llama la atención es la completa uniformidad en las respuestas de los contrayentes<sup>93</sup>.

Según resaltan los fiscales territoriales, en la prevención del fraude matrimonial es muy importante la colaboración que presta el Cuerpo Nacional de Policía, no solo dando noticia de la posible presencia de matrimonios fraudulentos a los efectos de que se valore el ejercicio de la acción civil de nulidad o se interponga, en su caso, una denuncia

---

<sup>91</sup> La FRC de Murcia relata cómo «se entiende que la convivencia continuada en toda o en la mayor parte del tiempo de relación es indispensable para que se produzca el conocimiento mínimo que lleve a resolver la verdadera intención de un proyecto de vida común. La Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997 señala esa falta de relación como uno de los factores que hacen presumir la existencia de un matrimonio de conveniencia». El FRC de Barcelona expone como ha existido en algún caso oposición «por entender que no existía realmente convivencia conyugal, entre el promotor y su cónyuge de nacionalidad española». El FDE de La Rioja advierte que «la falta de convivencia, es un concepto que no es definitivo ya que la obligatoriedad que el Código Civil proclama es de carácter teleológico más que físico. Si el matrimonio puede ser disuelto sin más causa que la alegación de ambos en el plazo de tres meses desde su celebración, nadie puede cuestionar como inverosímil que ese matrimonio, tres meses después o incluso antes desde su celebración, está atravesando una crisis de pareja que les ha hecho decidir y adoptar libre y provisionalmente una separación de mutuo acuerdo. En esta línea de dificultad de prueba se está pronunciando la DGRN, quien en resolución de 17 de enero de 2003 llega a no considerar como determinante el desconocimiento de uno de los contrayentes sobre la fecha de nacimiento del otro, doctrina que nos hace en ocasiones desistir del intento de una acción de nulidad». La FDE de Huesca valora, entre otros aspectos que el domicilio no sea común.

<sup>92</sup> En este sentido, la FRC de Murcia señala que «los supuestos más dudosos lo constituyen aquéllos en que uno de los contrayentes todavía no ha entrado en territorio español, su conocimiento ha sido a través de una tercera persona que, de alguna manera, les ha puesto en contacto y a partir de ello manifiestan haber continuado una relación».

<sup>93</sup> La Fiscalía de Área de Alcalá de Henares resalta «otras veces las contestaciones fueron absolutamente idénticas en ambos interesados, lo que generó duda sobre la espontaneidad y, por ende, verdadera intención de los futuros contrayentes». El FRC de Valladolid concluye que la detección de «la utilización fraudulenta y espuria de la institución matrimonial es una labor muchas veces intuitiva».

penal<sup>94</sup>, sino también aportando elementos relevantes para poder determinar la credibilidad del consentimiento matrimonial<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> La FDE de Huesca expone otra vía de conocimiento de los matrimonios sospechosos de fraude «las Diligencias de Fiscalía se incoan mediante comunicación de la Oficina de Extranjeros de la Subdelegación del Gobierno en Huesca, que ante las sospechas de matrimonio fraudulento, paraliza el expediente de solicitud de Tarjeta Familiar de ciudadano de la UE y da traslado a Fiscalía». En el mismo sentido el FDE de Palencia. Como indica el FDE de Alicante, «el fiscal interviene en los expedientes previos a la celebración del matrimonio, aunque no se suelen detectar casos de fraude en la tramitación del procedimiento, sino que es más bien al contrario, la investigación policial sobre matrimonios fraudulentos (con el fin de lograr la regularización) es la que lleva a la incoación de causas penales y a instar después la nulidad de los matrimonios celebrados con la reseñada finalidad». Relata el FDE de Córdoba que «durante el año 2010 y a través de investigaciones llevadas a cabo por la Brigada Provincial de Extranjería y Frontera de la Policía Nacional, se tuvo conocimiento de determinados matrimonios mixtos que presentaban dudas razonables sobre la finalidad del matrimonio contraído», señala dicho fiscal delegado que las 6 diligencias de investigación fueron todas archivadas al no constar acreditadas la posible comisión de un delito de falsedad aplicando la doctrina de la Sentencia núm. 1004/1997 de 9 de julio que señala que el matrimonio de complacencia o conveniencia «podrá tratarse de un ilícito civil con consecuencias civiles y matrimoniales, más nunca llegar a la incriminación de tal conducta en el contexto del Código Penal. Las razones o causas generadoras de esa unión por conveniencia son múltiples y variadas, dentro de la casuística más original y pintoresca». El FDE de La Rioja señala «seguimos recibiendo periódicamente atestados policiales donde se ponen de manifiesto situaciones susceptibles de ser matrimonios fraudulentos, contraídos con la exclusiva finalidad de obtener la residencia comunitaria o la nacionalidad española. Una vez más tenemos que destacar la dificultad en la valoración de los matrimonios que se plantean. Hay un porcentaje mínimo donde uno de los contrayentes ante las preguntas de la Policía reconoce haberse casado a cambio de dinero. En estos casos no hay duda posible. Sin embargo en la mayoría de los casos, la Policía plantea supuestos muy dudosos y fronterizos donde la prueba la constituye la falta de convivencia actual de los cónyuges...o bien la falta de coincidencia en el conocimiento de datos básicos del otro cónyuge». La FDE de Ourense expone «asimismo se incoaron las diligencias preprocesales núm. 8/10 a instancias de la Policía Nacional sobre una persona extranjera no comunitaria a la que se le había concedido autorización para contraer matrimonio civil, sin embargo por comprobaciones hechas por la Policía a instancias de la Subdelegación de Gobierno podía no estar viviendo el ciudadano nigeriano con su esposa española y que el matrimonio fuera fraudulento, motivo por el que se incoaron las Diligencias preprocesales citadas, en las que se comprobó si estábamos antes un posible matrimonio nulo o no, oyéndose en dichas Diligencias a los dos contrayentes del citado matrimonio e investigándose si los vecinos del edificio conocían a los esposos, contestando unos que sí y otros que no, y se recibió declaración a dos vecinos del inmueble que fueron testigos del matrimonio quienes depusieron en el sentido de afirmar la realidad del matrimonio, dichas diligencias se archivaron ya que después de la Diligencias de Investigación acordadas no se hallaron indicios suficientes que determinaran la fraudulencia o no del matrimonio, razón por la cual ante la falta de indicios no se llegó a plantear la demanda civil de nulidad del matrimonio».

<sup>95</sup> Tanto los relativos a la situación administrativa en España o las condiciones de convivencia de los futuros contrayentes, como los que versan acerca del carácter genuino de los documentos extranjeros aportados a los expedientes. El FDE de León indica que en los expedientes que tramitan «se oficia a la Policía para que informe si el contrayente extranjero reside legalmente en España y si le consta orden de expulsión y también para que tras las averiguaciones oportunas informe si ambos residen en los domicilios que han manifestado y, en su caso, si conviven en el domicilio que indican». La Fiscalía de Pontevedra expone como «el encargado del Registro Civil de Vigo solicita previamente a la Brigada de Extranjería la elaboración de un informe sobre las circunstancias concurrentes en la pareja». La Fiscalía de Lugo indica como «dentro de los expedientes matrimoniales que se incoan en este sentido, se solicita por la Fiscalía y se acuerda por los Juzga-

Dado que los representantes del Ministerio Fiscal no pueden estar presente en todas las audiencias reservadas que los Jueces del Registro Civil llevan a cabo, por algunas Fiscalías se ha dispuesto de un sistema de selección en coordinación con el Encargado del Registro para garantizar su presencia en los casos que por las circunstancias previas que constan en el expediente pueden ser calificados de «*dudosos*»<sup>96</sup>.

3. Al margen de la prevención contra los matrimonios fraudulentos, la actividad de los FDE también se extiende a coadyuvar en el control de las inscripciones de la nacionalidad española con valor de simple presunción que realizan los fiscales del Registro Civil.

Como es bien sabido, la problemática de este tipo de inscripciones derivaba del hecho de que el sistema de adquisición de la nacionalidad de determinadas repúblicas sudamericanas no se regía por el principio del *ius sanguinis*, de tal manera que no aceptaban la inscripción consular de los hijos de sus ciudadanos nacidos en España, por lo que se hacía preciso acudir la vía del ordinal tercero del artículo 17 del

---

dos, el librar oficio a la Brigada de Extranjería a fin de conocer no solo la situación del extranjero que quiere contraer matrimonio, sino también si tiene expediente de expulsión y ello con carácter previo a emitir informe por el Ministerio Fiscal, como complemento de la audiencia reservada que se realiza judicialmente». La FDE de Ourense señala como dentro del estudio pertinente se pondera, entre otros aspectos «el informe de la Policía de que convivían juntos y eran conocidos por los vecinos como pareja sentimental, siendo un caso significativo el de un matrimonio tramitado en O Barco de Valdeorras en que si bien contra ella se había dictado resolución de expulsión, sin embargo la Policía hacía poco tiempo (un año) había declarado que la resolución de expulsión era inejecutable ya que la misma tenía un hijo de muy corta edad y por razones humanitarias no cabía su expulsión, siendo correcta las coincidencias y conocimiento mostrado en la audiencia reservada y comprobado que los dos promotores vivían juntos y eran considerados por la sociedad colindante como pareja». La FRC de Madrid que «ante la posible falsificación de los documentos aportados en algunos expedientes para contraer matrimonio con ciudadanos españoles, por el Registro Civil de Madrid este año se ha remitido a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, Brigada Provincial de Extranjería y Documentación, la documentación, en su mayoría de procedencia nigeriana, correspondiente a 50 expedientes».

<sup>96</sup> La FDE de Ciudad Real indica al respecto que «en el Registro Civil de la capital ...se ha establecido con el Registro un sistema por el que, no siendo posible la asistencia del fiscal a la totalidad de las audiencias reservadas con motivo de los expedientes matrimoniales, sí acude a aquellos que para el funcionario encargado de los mismos resulte «sospechoso» de tratarse de un matrimonio de conveniencia, empezando por fijarse un día al mes para la celebración de dichas audiencias con asistencia de esta representación, pero que posteriormente hubo que aumentar a dos ante el aumento del número de expedientes de estas características». El FDE de Palencia expone que «al notable incremento de los expedientes de matrimonio entre españoles y extranjeros, y a su vez, al incremento de los matrimonios nulos por simulación, que la tramitación de éstos se centralizará y se realizará por los Jueces Encargados de los partidos judiciales donde residan los promotores, ya que implicaría un mayor control de los mismos y la presencia efectiva del fiscal en la audiencia reservada, que se ve imposibilitada si tuviera que asistir además de a las que llevan a cabo los Jueces profesionales a las que se practican en los 28 Juzgados de Paz de la provincia de Palencia».

Código Civil. Habiéndose reformado buena parte de aquellas legislaciones nacionales se ha desvanecido buena parte del problema<sup>97</sup>.

De todas formas los obstáculos con los que se enfrenta el fiscal a la hora de dictaminar este tipo de expedientes no son de carácter interpretativo, sino de la carencia de información incorporada al expediente, toda vez que no se exige por el Ministerio de Justicia al interesado que aporte documentación alguna, por cuanto la Dirección General de los Registros y del Notariado puede acceder directamente por vía telemática a las bases de datos correspondientes y realizar las comprobaciones oportunas. El fiscal, por el contrario, debe dictaminar en tinieblas lo que limita la posibilidad de oposición<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> No obstante, continúan produciéndose algún fleco conflictivo. Como señala la FRC de Madrid durante el año 2010 «ha debido promover 175 expedientes para la cancelación de la nacionalidad española con valor de simple presunción, declarada incorrectamente, por haber nacido los menores con posterioridad al 7 de febrero de 2009, fecha en que entró en vigor la nueva Constitución de Bolivia, ya que el Consulado General de Bolivia en Madrid seguía certificando que el menor no adquiriría la nacionalidad boliviana de sus padres a pesar de lo establecido en sentido contrario por la referida norma».

<sup>98</sup> Incide la FDE de Ciudad Real, en que ni siquiera es necesario aportar con la solicitud acreditación de que se cumplen los períodos de residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud ni el certificado español de antecedentes penales del promotor». En el mismo sentido, el FDE de La Rioja manifiesta como «existen muchos conceptos que diversas resoluciones de la DGRN han dispensado de acreditar a los peticionarios: en concreto en las solicitudes de nacionalidad por residencia, en la mayoría de los supuestos que se analizaban no se encontraba prueba documental suficiente que acreditara una residencia durante diez años, legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición más allá de alegación del interesado. Cuando tratamos de instar a completar la documentación se nos alegó la resolución de la DGRN que prescindía de esta obligación en cuanto que, antes de la concesión por parte del Ministerio de Justicia, desde los organismos oficiales se tiene acceso a las bases de datos en las que comprobar más fehacientemente la realidad y duración de la residencia». De igual forma, el FRC de Barcelona resalta que «el pronunciado descenso en el número de oposiciones deriva de la creciente falta de información que sufre el fiscal debido a que, en virtud de la Instrucción de la Dirección General de los Registros de fecha 26 de julio de 2007, se ha suprimido la obligación del extranjero de aportar a su Expediente certificación policial acreditativa de su tiempo de residencia en España, arguyendo que tal certificación, ya la pedirá la propia Dirección General de los Registros a la Policía por vía telemática. Con ello, los jueces y fiscales que llevan Registro Civil han quedado a oscuras, sobre el verdadero tiempo de residencia legal en España de los peticionarios de naturalización por residencia. Tampoco existen ya oposiciones del fiscal por constarle al promotor antecedentes penales españoles no rehabilitados, ya que la antes referida Instrucción de 26 de julio de 2007 suprime también la obligación del solicitante de aportar certificación sobre sus antecedentes penales en España: de nuevo, es la Dirección General de los Registros la que pedirá tales antecedentes penales por vía telemática». Como señala dicho FRC la oposición a la adquisición de la nacionalidad española queda reservado a casos evidentes de « la falta del preceptivo tiempo de residencia en España del interesado, así, menores nacidos en Marruecos o Pakistán de solo cinco o seis años de edad, no es posible que tengan ya diez años de residencia en España. Otras oposiciones (en aumento, debido a la mayor severidad en el examen de la actual Juez Encargada) son por no entender el promotor en absoluto ninguno de los idiomas españoles y requerir la ayuda de un familiar u otra persona como intérprete». El FRC de Valladolid considera que el «que sea la propia DGRN quien reclame la aportación de la documentación relativa a los plazos de resi-

Los otros expedientes de adquisición de la nacionalidad española no han planteado problemas que afecten directa o indirectamente a nuestra actividad. Ello no significa que –fuera del ámbito estrictamente jurídico– algún caso haya tenido cierta relevancia pública<sup>99</sup>.

4. Por fin, según informa el FDE de Córdoba, durante el año 2010, se ha seguido la labor dirigida a corregir los defectos en tramitación y resolución de los 139 expedientes incoados para la cancelación de inscripciones de ciudadanos saharauis por el Juzgado Encargado del Registro Civil de la Córdoba<sup>100</sup>.

#### 7.4.7 LA MEDIDA CAUTELAR DE INTERNAMIENTO

1. Los fiscales españoles durante el año 2010 han emitido un total de 13.506 informes sobre peticiones gubernativas interesando la aplicación de la medida cautelar de internamiento, lo que supone un ligero incremento sobre los informes emitidos en el año 2009 (13.165 = + 2,5 por 100). De ellos, 9.745 (72,1 por 100) fueron favo-

---

dencia legal y a los antecedentes penales o policiales en España» simplifica los expedientes de nacionalidad

<sup>99</sup> Evidentemente nos referimos al que recoge en su memoria la Fiscalía de Getafe-Leganés «la polémica suscitada este año en los medios de comunicación sobre los requisitos exigidos en el Registro Civil de Getafe para la adquisición de la nacionalidad española; polémica que responde a la realidad, pues el Juez Encargado del Registro Civil, en las audiencias reservadas a los solicitantes de nacionalidad, lleva a cabo auténticos exámenes de historia española antigua y contemporánea, de literatura, política española, etc., que dudamos que pudiéramos superar muchos nacionales».

<sup>100</sup> Se han dictado un total de doce sentencias, todas ellas estimando las demandas de juicio declarativo ordinario interpuestas por el Ministerio Fiscal ejercitando la acción para la declaración de nulidad de la resolución acordada en la comparecencia efectuada. Dichas sentencias han acordado la nulidad de la resolución del Encargado del Registro Civil, declarando igualmente la nulidad y cancelación de la inscripción principal de nacimiento y de las inscripciones marginales en las que se declaraba que el inscrito tenía la nacionalidad española de origen». Por último, se ha iniciado la revisión del último grupo de expedientes 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, habiéndose optado por promover nuevos expedientes, solicitando que se dictase resolución en la que se declarase 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, cancelándose la anotación contradictoria. El «efecto llamada» que se produjo en Córdoba ha disminuido en otras localidades si bien prosiguen las investigaciones penales abiertas en aquellos casos en que se ha apreciado que detrás de tal efecto hay acciones delictivas.

rables a la privación de libertad, porcentaje inferior al año 2009 que se situó en el 85,82 por 100<sup>101</sup>.

Los criterios que han inspirado a los fiscales a la hora de informar favorablemente el internamiento son los establecidos por la Circular 2/2006, por lo que los problemas aplicativos se circunscriben a determinar, tras un examen individualizado de cada supuesto, la proporcionalidad de la medida. Las pautas seguidas por los fiscales<sup>102</sup> pueden considerarse generalizadas y uniformes en todo el territorio nacional sin que se haya señalado por los FDE de toda España discordancias dignas de mención.

Ello no significa que en ocasiones pueda resultar para el extranjero muy difícil probar la existencia de circunstancias personales que le librarían de someterse a esa medida cautelar (dado el escaso lapso de tiempo que transcurre entre la detención y la puesta a disposición judicial para resolver sobre el internamiento y la circunstancia de encontrarse detenido). En estas ocasiones, solo el eventual recurso contra el auto de internamiento abrirá el cauce para hacerlas valer

---

<sup>101</sup> En algunas provincias como Córdoba las solicitudes de internamiento informadas han alcanzado casi el doble de las del año 2009, destacando que ello ha provocado dificultades para la obtención de plazas. La carencia de CIEs en la mayor parte del territorio nacional ha llevado a la posibilidad de habilitar otros lugares para dicho fin. En este sentido, la FDE de León, tras llamar la atención de inexistencia de CIEs en todo el norte de España, señala cómo en una de las reuniones interorgánicas celebradas en el ámbito provincial se planteó la posibilidad de habilitar nuevas instalaciones aprovechando la infraestructura existente en el desocupado Centro Penitenciario de León y las modernas instalaciones del Centro de Inserción Social anejo a aquel, que pudiera dar servicio a todo el noroeste peninsular.

<sup>102</sup> La FDE de Madrid recoge los hechos que deben valorarse según las instrucciones recibidas: 1) factores que se estiman como indiciarios de riesgo de no localización posterior: carencia de acreditación de domicilio estable y conocido, utilización de diversas identidades o «usas», carencia de documentación, existencia de antecedentes policiales, judiciales y administrativos (relacionados estos últimos con la Legislación de Extranjería), dificultades constatadas en el expediente de localización para notificación de las resoluciones administrativas (casos en los que no se le ha podido localizar tras varios intentos, y el decreto de expulsión ha debido de ser notificado mediante su publicación en el correspondiente Boletín Oficial), carencia de medios de vida acreditados, carencia de familia y bienes en España; 2) factores que se valoran positivamente como indiciarios del decrecimiento del riesgo de localización posterior: acreditación de domicilio estable mantenido durante un período de tiempo considerable (vg mediante la aportación de contrato de arrendamiento a su nombre), acreditación de residencia en España durante más de cuatro años (vg mediante certificado de empadronamiento), acreditación de la existencia familiares directos en España conviviente con él, en situación regular o de nacionalidad española, acreditación de cónyuge (o pareja de hecho) y/o de hijo de nacionalidad española. (vg mediante la aportación del correspondiente libro de familia), acreditación de realización de trabajo remunerado, inexistencia de antecedentes policiales, judiciales y administrativos (relacionados estos últimos con la Legislación de Extranjería).

como expresamente se preocupan de señalar los FDE de Castellón, Madrid, Valladolid o Salamanca <sup>103</sup>.

La intervención del fiscal se desarrolla mediante su presencia física en el Juzgado de Guardia que ha de resolver sobre el internamiento, si bien según señalan algunos FDE en ocasiones el informe se emite por videoconferencia, habiéndose suprimido la emisión de dictámenes por escrito (Burgos) <sup>104</sup>.

<b>INFORMES MINISTERIO FISCAL SOBRE INTERNAMIENTOS CAUTELARES DE EXTRANJEROS EN CIE</b>							
Emitidos		Favorables				Desfavorables	
		2009		2010			
2009	2010	TOTAL	por 100	TOTAL	por 100	2009	2010
13.165	13.506	11.299	85,82	9.745	72,1	1.866	3.761

Tras la entrada en vigor de la reforma de 2009, el tiempo máximo de privación de libertad al que pueden ser sometidos los

<sup>103</sup> Señala la FDE de Madrid como a las frecuentes carencias en la documentación que acompaña a la solicitud de internamiento se une la preocupante omisión de información relativa a la existencia de previos internamientos del extranjero. Es éste un dato especialmente sensible pues la reiteración del internamiento por causa o causas comprendidas en un mismo expediente aparece claramente restringida en la LEX. La omisión o el error en la información suministrada al Juzgado de Guardia genera un alto riesgo de extralimitación del límite máximo fijado por el legislador. Se ha de enfatizar por ello que, entre los datos que debe suministrar la Administración al Juzgado, deben comprenderse los períodos previos de internamiento a los que se ha visto sujeto el extranjero, con determinación precisa del número de días que permaneció privado de libertad, los cuales habrán de ser descontados del límite temporal máximo que se fije en la decisión judicial autorizatoria del nuevo internamiento. Cuando en el visado de los expedientes de extranjería por parte del Delegado/a, se ha detectado que en la declaración judicial prestada por el extranjero se hace constar que con anterioridad ya ha estado ingresado en el CIE, desde la Sección se comprueba la veracidad de tal afirmación contactando con el personal del Centro de Internamiento, el cual, tras consultar su base de datos, informa por escrito, mediante fax, sobre lo solicitado. De comprobarse que efectivamente ha existido un internamiento previo en virtud de la misma resolución administrativa, se informa de ello al Juzgado de Instrucción, mediante el correspondiente recurso de aclaración, interesando se proceda al descuento de los días que previamente el extranjero había estado ingresado».

<sup>104</sup> En algunas capitales el control del Ministerio Fiscal se establece *ex ante*, señalando el FDE de Palencia que a fin de asegurar dicho control «se interesó en el pasado año, de la Brigada de Extranjería que la petición de solicitud de internamiento se presente no solo al Juzgado, sino también y simultáneamente mediante copia en la Fiscalía a efectos de que bien el fiscal Delegado o bien el fiscal de Guardia tenga conocimiento de esa petición y pueda intervenir; observándose que dicha indicación se está cumpliendo escrupulosamente, recibiendo el fiscal, incluso antes que el Juzgado de Guardia, copia de la petición de internamiento».

extranjeros afectados por el expediente de expulsión es de sesenta días. Sin embargo sabido es que tal plazo opera como límite máximo y que la regla básica es la de que *el internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente*, tal como señala el artículo 62.2 LOEX y recuerda el artículo 15 de la Directiva 2008/198CE y la pacífica doctrina del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, los autos analizados y notificados a los FDE reflejan en este punto relativo al plazo de internamiento criterios diversos. Así en ciertos casos, los jueces fijan el plazo de sesenta días con carácter cuasi automático como señala el FDE de Palencia; o fijan un plazo inicial de treinta días que llegado el caso prorrogan por otros treinta (Valladolid), habiéndose constatado que en algunos Juzgados durante un tiempo se ha seguido fijando un plazo de internamiento por cuarenta días por empleo de modelos desfasados (Valladolid, Ceuta y Palma de Mallorca).

En este punto alguno de los FDE se plantean si el incremento del plazo máximo de internamiento de cuarenta a sesenta días resultaba necesario a la vista de los resultados obtenidos <sup>105</sup>.

En los primeros meses del año 2010 en ocasiones se cursaron por la autoridad administrativa solicitudes de prórroga de internamientos, que habían sido autorizados bajo la legislación derogada, cuando llegados los cuarenta días de plazo máximo la expulsión no se había materializado y se pretendía aprovechar la diferencia de veinte días hasta completar los sesenta previstos en la nueva regulación. Tales casos obtuvieron un informe en contra por parte de los fiscales sobre la base de considerar no retroactivo el nuevo plazo máximo por ser desfavorable para el administrado.

---

<sup>105</sup> El FDE de Barcelona expone que «en el año 2010 la media de estancia de un interno en el CIE fue de 24,3 días. Tan solo tres internos sufrieron una permanencia en el CIE superior a los 40 días, concretamente fueron 41, 43 y 45 días. Estas cifras permiten concluir, al menos en lo que respecta al CIE de Barcelona y al año 2010, que la ampliación del plazo máximo de duración del internamiento a 60 días introducido por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, resulta en buena medida innecesaria y, por ende, desproporcionada. Los referidos datos parecen demostrar que el plazo anterior de los 40 días era adecuado y suficiente, en términos generales, en orden a una eficaz tramitación de las expulsiones.» En igual sentido el FDE de Málaga señala como «en principio, la experiencia indica, salvo supuestos excepcionales, que la concesión de un plazo entre 20 y 40 días, resulta más que suficiente para materializar las referidas expulsiones/devoluciones. En todo caso de no ser así, la administración siempre puede solicitar –como de ordinario lo viene haciendo– una prórroga hasta el período máximo permitido, razón por la cual los fiscales que informan el internamiento especifican en todo caso el plazo que se considera idóneo, que de ordinario no tiene que resultar superior a los 40 días».

El nuevo art 62.3 de la LOEX<sup>106</sup> al derogar el artículo 153.3 REX ha solucionado muchos problemas que ese precepto ocasionaba al exigir que –no obstante resultar imposible efectuar la expulsión por haber desaparecido las condiciones prevista por la LOEX– no podía ponerse en libertad al extranjero sin obtener previamente la autorización del juez que había acordado el internamiento. La imposibilidad material de obtener dicha autorización, por ejemplo durante los fines de semana, alargaba de forma indebida la permanencia del extranjero en una situación de privación de libertad. Con arreglo a la nueva regulación, la propia autoridad administrativa podrá decidir el cese del internamiento sin más requisito que la posterior comunicación al Juzgado que lo haya autorizado<sup>107</sup>. En este punto ha de señalarse que no se han observado con carácter general disfunciones de clase alguna<sup>108</sup>. Sí merece una especial mención en esta Memoria la perfecta coordinación existente entre la FDE de Tenerife, la Dirección del CIE de Hoya Fría y la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras.

2. Desigual acogida ha tenido la creación de la figura del llamado Juez de Control de Estancia, que ha visto la luz gracias a la novedad incorporada en el párrafo 6 del art 62 LOEX<sup>109</sup> y el apartado 2 del artículo 87 de la LOPJ añadido por la DA 4.<sup>a</sup> de la propia Ley Orgánica 2/2009.

---

<sup>106</sup> «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 su internamiento. 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.»

<sup>107</sup> Plantea el FDE de Málaga la cuestión relativa al procedimiento a seguir cuando la expulsión deviene imposible por causas diversas a las contempladas en los preceptos mencionados, señalando que en tales casos el cese del internamiento sí debería ser autorizado por el Juez de Instrucción.

<sup>108</sup> Sólo el FDE de Cáceres refleja un caso en el que se solicitó por la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras al Juzgado que había acordado el internamiento el cese del mismo, lo que suponía un alargamiento innecesario de la medida cautelar. En este caso (Diligencias Previas núm. 398/10 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Cáceres) se recordó a la Policía que conforme a lo dispuesto en el artículo 62.3 de la Ley Orgánica 4/2000 (modificada por Ley Orgánica 2/2009) no era necesaria la autorización judicial para el cese del internamiento, debiendo ponerse inmediata y directamente por la autoridad administrativa al ciudadano extranjero en libertad, y ello, sin perjuicio de su posterior comunicación al Juzgado.

<sup>109</sup> A los efectos del presente artículo, el Juez competente para autorizar y, en su caso, dejar sin efecto el internamiento será el Juez de Instrucción del lugar donde se practique la detención. El Juez competente para el control de la estancia de los extranjeros en los Centros de Internamiento y en las Salas de Inadmisión de Fronteras, será el Juez de Instrucción del lugar donde estén ubicados, debiendo designarse un concreto Juzgado en aquellos partidos judiciales en los que existan varios. Este Juez conocerá, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales. Igualmente, podrá visitar tales centros cuando conozca algún incumplimiento grave o cuando lo considere conveniente.

En primer lugar señalaremos que a pesar de la claridad de la LOEX al señalar que este Juez de Control existirá en aquellos *lugares* en que estén ubicados los CIES y deberá ser un Juez de Instrucción en concreto, las respuestas obtenidas son de la más variada índole. Así en la provincia de Cádiz, según informa el FDE, por acuerdo de la Junta de Jueces de Algeciras de 28 de octubre de 2010 se decidió que la competencia en cada caso correspondería al Juzgado de Instrucción que hubiese acordado el internamiento, lo que ha sido aprobado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. *«Consiguientemente, el acuerdo aprobado es contrario a la dicción legal, pues...impide que un juzgado concreto realice las visitas, así como entienda de las quejas de los internos que fueran ingresados por autorización de Juzgados de otras poblaciones.»*

En términos muy parecidos e igualmente elocuentes se manifiesta el FDE de Barcelona cuando, tras señalar que en fecha 19 de marzo de 2010 se acordó atribuir con carácter general al Juzgado en funciones de guardia de incidencias la competencia para resolver las quejas y peticiones de los internos a que se refiere el artículo 62.6 LOEX, es decir, sin designar uno concreto de entre los de instrucción apunta que *«la asignación de estas funciones al Juzgado de Guardia de Incidencias supone en realidad atribuirles a la totalidad de los Juzgados de Instrucción que por turno van rotando por la guardia y no a uno concreto. Ello impide por un lado, la aconsejable especialización de un Juzgado en esta materia y, por otro, que se pueda efectuar un seguimiento y control continuado de las deficiencias que en su funcionamiento y organización pudiera padecer el centro»*<sup>110</sup>.

En la provincia de Málaga, en Las Palmas, Fuerteventura y Santa Cruz de Santa Cruz de Tenerife sí ha sido designado un Juez de Instrucción, como Juez de Control de Estancia.

---

<sup>110</sup> «Es opinión de esta Sección que, sin perjuicio atribuir efectivamente al Juzgado de Guardia la resolución de los expedientes urgentes que no admiten demora, debía haberse designado como Juez de Control de Estancia a uno determinado de entre los de Instrucción. Por ello, se han llevado a cabo diversos contactos y reuniones con el Juez Decano a fin de que la Junta de Jueces de Instrucción reconsidere la decisión en su día adoptada y se realice una designación más acorde con lo previsto en el artículo 62.6 LOEX. La necesidad de modificar ese acuerdo en el sentido indicado se acentúa si tenemos presente la nueva realidad a la que se enfrentan los CIES como consecuencia de la reforma operada en el artículo 89 del Código Penal por la reciente Ley Orgánica 5/2010. Como es conocido, este artículo prevé el internamiento en CIE como medida de aseguramiento de la expulsión judicial substitutiva. Ello va a provocar de forma inevitable un incremento muy significativo de los internamientos en el centro y va a complicar su organización y funcionamiento pues habrán de convivir internos por expulsiones gubernativas con internos por expulsiones judiciales, extranjeros sin antecedentes penales y extranjeros condenados en firme en Sentencia por delitos con penas de hasta 6 años de prisión.»

Merece atención expresa el caso de Madrid donde han sido nombrados tres Jueces de Instrucción de la capital en funciones de Jueces de Control que se turnan mensualmente, sin relevo de trabajo de clase alguna. Actúan individualmente cuando el objeto del expediente se refiere a peticiones y quejas individuales de los internos, y de forma colegiada cuando se trata de peticiones, quejas o problemas colectivos o que afectan al funcionamiento del centro en general. Los procedimientos se tramitan como «expedientes gubernativos» que concluyen por «acuerdo»<sup>111</sup>.

Quedan sin embargo por resolver algunas deficiencias que apuntan en sus respectivas Memorias los FDE de Barcelona y de Madrid: la limitación legal de actuación a instancia del interno y no de oficio ni a instancia tercero, la indefinición del marco procedimental donde deberá encuadrarse su actuación, la forma que han de adoptar sus resoluciones, organización, medidas que pueden acordar, carácter de las mismas, igualmente la definición de su competencia, haciendo uso de una fórmula genérica («conocerán de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales»), lo que puede dar lugar a conflictos de carácter competencial con el Juzgado de instrucción que autorizó el internamiento<sup>112</sup> o el inex-

---

<sup>111</sup> Estos tres Jueces de Control, según señala la FDE de Madrid han paliado y, en algunos casos resuelto, importantes problemas de régimen interno del CIE de Madrid, concernientes a derechos de los extranjeros ingresados, siendo de destacar los acuerdos adoptados como consecuencia de las anomalías detectadas en las visitas giradas al mismo y las consecuencias positivas posteriores derivadas de aquellos. Durante el año 2010, los Jueces de Control de Estancia de Madrid, han instruido 85 expedientes gubernativos, derivados de las visitas efectuadas al CIE, a la Sala de Inadmitidos del aeropuerto de Barajas y de las diferentes quejas y peticiones recibidas. La mayor parte han concluido con el archivo del expediente toda vez que versaban sobre cuestiones ajenas a su competencia, teniendo por objeto básicamente la pretensión de que se dejara sin efecto el internamiento acordado, alegando diferentes razones especialmente el arraigo del extranjero. Como excepción podemos señalar los acuerdos de 28 de enero de 2010 posterior a la primera de las visitas giradas sobre adopción de medidas para la mejora de servicios higiénicos, de telefonía, y régimen de visitas, el de 11 de febrero de 2010 sobre empleo de medidas de contención o de 22 de abril de 2010 sobre acceso de Notario al CIE para prestar sus servicios a un interno.

<sup>112</sup> A este respecto el Acuerdo del Juzgado de Instrucción Núm. 20 de Madrid en funciones de control del CIE, dictado en el Expediente Gubernativo 45/10 de 20-5-2010, – Ilmo. Sr. Magistrado Juez don Antonio Viejo Llorente–, señala «el artículo 62.6 de la Ley de Extranjería no concibe al Juez de Control como órgano ingerente en las decisiones de la administración con competencias sancionadoras de las situaciones de entrada, estancia y permanencia de los extranjeros en territorio español, ni sobre las atribuidas al Juez de Instrucción en materia de internamiento cautelar o preventivo o las que legalmente se residencian en el Juez de lo Contencioso. Las competencias de cada uno de estos órganos, administrativos y jurisdiccionales, han sido legalmente diseñadas para el ejercicio de funciones diversas que convergen sobre derechos de los extranjeros en España. Al Juzgado de Control se le ha atribuido, la supervisión del respeto por parte de la administración de los derechos que ostentan los internados mientras se encuentran sujetos a la relación jurídica de internamiento derivada de la adopción de la medida cautelar

plicable, aunque subsanable, silencio respecto a la intervención del Ministerio Fiscal en los expedientes tramitados por él.

3. Durante el año 2010 se han realizado por los FDE de las respectivas provincias las siguientes visitas a los Centros de Internamiento de Extranjeros existentes en España: tres visitas al CIE de Barcelona, una visita al CIE de Algeciras, una al CIE Barranco Seco en Gran Canaria, una al CIE de El Matorral en Fuerteventura, una al CIE de Madrid, seis al CIE de Málaga, una al CIE de Santa Cruz de Tenerife, una al CIE de Murcia y cuatro al CIE de Valencia. La carga de trabajo existente en las Fiscalías ha imposibilitado la realización de más visitas.

Al igual que pasados años, las carencias puestas de manifiesto por los FDE en las visitas giradas durante el año 2010 se refieren en ocasiones a la propia estructura del Centro y en otras a los servicios ofrecidos por el mismo.

En materia de instalaciones la nota negativa la ponen el CIE de Algeciras y el de Málaga, no detectándose problemas de tipo estructural dignos de mención en los restantes CIES. En lo que concierne al CIE de Algeciras, el FDE de Cádiz reproduce cuanto ha venido denunciando en años anteriores: el aspecto carcelario de las instalaciones poco ofrece en cuanto a posibilidades de mejora si bien han sido eliminadas un buen número de las cancelas carcelarias existentes y se han afrontado obras de mejora en los dormitorios consistentes en la colocación de puertas de aluminio abatibles en los retretes, elevación de las paredes, para proteger la intimidad de los internos y alicatado de las duchas. Respecto del CIE de Málaga, cuyo cierre demanda expresamente el FDE de esa Provincia, sus instalaciones son calificadas, una vez más, sencillamente como *deplorables*. La penosa situación en que se halla ha determinado que su capacidad se haya limitado a 20 hombres y 25 mujeres <sup>113</sup>.

---

privativa de la libertad y no otras que vienen legalmente encargadas a la Administración o a otros órganos jurisdiccionales».

<sup>113</sup> El FDE de Málaga señala: «reclamar el cierre del CIE de Málaga, lo cual venimos haciendo año tras año, constituye una obligación moral. Consideramos que un país como el nuestro no puede permitirse tener un Centro de Internamiento de Extranjeros como el de Málaga. La situación del edificio impide poder apreciar el buen trabajo que desarrolla la Policía en su interior. En cuanto a la posible construcción de un nuevo centro en el polígono Guadalhorce no hemos vuelto a tener noticias de ello» ... «Los problemas en función de su gravedad los podemos resumir en: 1.º Estabilización de la estructura que soporta la primera planta del mismo, afectando principalmente a las habitaciones de los internos situadas en la zona oeste y estudio de la posible repercusión de las obras sobre las habitaciones situadas en su segunda planta (trabajos recientemente finalizados). 2.º Desescombros, estabilización e impermeabilización de las plantas situadas sobre las siguientes zonas del CIE: Administración, dirección, archivo, servicios-aseos y sala de espera de visitas. (Trabajos en ejecución) 3.º Reforma del patio de hombres del

Destaca la baja ocupación de los CIES de Barranco Seco en Fuerteventura y de Hoya Fría en Santa Cruz de Santa Cruz de Tenerife que albergaban siete internos cada uno los días en que se giraron visitas por los FDE, en contraposición a la alta ocupación del CIE de Algeciras, masificado sobre todo en verano, y la del de Madrid; no obstante lo cual, las instalaciones y funcionamiento son calificados, con alguna reserva, como buenos por la FDE de la capital <sup>114</sup>.

La preocupación generalizada para los FDE de aquellas provincias en que se ubican los centros de internamiento, sin embargo, nace del convencimiento de que las instalaciones de los CIES españoles no son las más adecuadas para albergar a delincuentes penados a quienes se haya sustituido la pena privativa de libertad por expulsión en aplicación del nuevo artículo 89.6 del Código Penal. La opinión de estos fiscales que tienen conocimiento directo del estado y funcionamiento de los CIES debe ser tenido en consideración.

Por lo que hace referencia a la necesidad de mejorar determinados servicios a los que tienen derecho los internos hay que destacar: la exigencia de un plan de seguridad y emergencia integral contra incendios en el CIE de Barranco Seco en Gran Canaria; la implantación de servicios sociales en el CIE de Algeciras y de Hoya Fría; y, el estable-

---

CIE remozando principalmente muros y reparación de escaleras, piletas y retretes, dotándolo de material antivandálico y dosificación de agua. (Sin realizar) 4.º Picado y remozado de paredes y techo de los comedores de hombres. La humedad provoca que continuamente la cal se desprenda del techo cayendo sobre los alimentos. Picado y remozado de las paredes y techos de los espacios comunes del CIE afectados por la humedad especialmente la primera planta (Sin realizar) 5.º Instalación de puertas antipánicos en pasillos de hombres de las dos plantas para salida de emergencia al patio. (Sin realizar) 6.º Reforma de las habitaciones de hombres empezando por la planta baja instalado parámetros tipo burladero para garantizar la intimidad en retretes y duchas, cambio de las actuales piezas sanitarias por piezas antivandálicas y dosificadores de agua tipo fluxor. Construcción de obra de casillas adosadas al muro a razón de una por plaza para la ubicación de ropa y enseres de los internos. Lo cual ya se solicitó por esta Fiscalía en el año 2007 y al día de hoy sigue sin llevarse a cabo. 7.ª Instalación de dos retretes en el patio de mujeres, remodelación del recinto de administración del CIE, remodelar las habitaciones con carencia de luz natural con instalación de lavadoras-secadoras de ropas de internos. (Sin realizar) 8.º Remodelación del antiguo almacén de enseres de internos para zona de descanso del personal policial y resto de servicios del Centro, división mediante tabique del locutorio. (Sin realizar) 9.º Adecuación del plan de emergencia y evacuación e instalación de un sistema de climatización en el Centro. (Sin realizar). De hecho en invierno los internos soportan un frío excesivo, lo cual hemos podido comprobar personalmente».

<sup>114</sup> Es justo reconocer que muchas de las mejoras operadas en el CIE de Madrid han sido resultado de las actas levantadas con ocasión de las visitas giradas al establecimiento por los tres Jueces de Control de Estancia a las que siguió un encuentro con en el Ministerio del Interior con el Secretario de Estado de Seguridad, el Sr. don Antonio Camacho Vizcaíno, a la que también asistió el Ilmo. Sr. Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Madrid, don Eduardo Esteban Rincón.

cimiento normalizado de una adecuada asistencia jurídica a los internos en el CIE de Hoya Fría y en el CIE de Madrid <sup>115</sup>.

Al margen de algún episodio más o menor violento entre internos (riñas o disputas), los incidentes más relevantes producidos durante el año 2010 son puntuales casos transitorios de huelgas de hambre registrados en Hoya Fría, Barranco Seco y Málaga y la fuga de tres internos de Hoya Fría y un intento de fuga en Málaga, incidentes todos ellos solventados sin problemas.

Más trascendencia tiene el fallecimiento en el CIE de Barcelona de un interno de nacionalidad marroquí en circunstancias que –si bien

---

<sup>115</sup> Señala la FDE de Madrid: «asimismo, entendemos que debe mejorarse el sistema para facilitar la comunicación de los internos con sus respectivos letrados, de hecho, en las entrevistas mantenidas con diferentes internos tras la inspección, la mayor parte de las quejas de los mismos eran referidas a este punto, produciéndoles una gran angustia la circunstancia de desconocer el estado de sus expedientes por falta de comunicación con su letrado del que, en muchos casos, desconocen sus datos y con el que, por tanto, no pueden contactar. El Servicio de Asistencia Jurídica del Centro, ha venido a paliar solo tangencialmente este problema. Así cuando un interno manifiesta a uno de los letrado del servicio jurídico del Centro, que desconoce quién es el abogado que le fue designado y que desea ponerse en contacto con él para informarse del desarrollo que sigue su expediente, ponen tal circunstancia en conocimiento del Colegio de Abogados de Madrid, el cual a su vez, se encarga de identificar al abogado en cuestión, localizarle y comunicarle lo anterior. Sin embargo, tal sistema, no garantiza que el interno pueda ver satisfecho su deseo de contactar con su abogado, a fin de estar informado sobre su situación, pues ello depende de que, posteriormente, el letrado en cuestión tenga a bien contactar con el interno en cuestión, dado que los abogados que prestan asistencia jurídica en el Centro, tras la petición del interno, no les facilitan los datos de identidad y teléfono de su abogado, concretándose su actuación a la anteriormente descrita. De hecho, como ya hemos anunciado anteriormente, las quejas de los internos giran mayoritariamente sobre este punto; es decir, la desinformación sobre el desarrollo de sus respectivos expedientes al no haber vuelto a tener contacto con sus abogados tras la comparecencia en la que se acordó su internamiento en el CIE, no sabiendo, por ejemplo, si se ha interpuesto o no recurso contra la resolución judicial que así lo autorizó, desconociendo asimismo, el desarrollo de sus expedientes administrativos. Esta situación se ve agravada por la circunstancia de que el internamiento de muchas de las personas ingresadas en el CIE de Madrid, son autorizados por Juzgados de otras provincias, siendo consecuentemente, los letrados que les asistieron en su día del lugar donde fueron detenidos y puestos a disposición judicial, no residiendo en esta capital, lo que dificulta notablemente la comunicación con los mismos por parte de los internos. Además, debe de tomarse en consideración que, si bien existen numerosas cabinas en el Centro a disposición de los internos, las llamadas de salida, deben ser abonadas por el interno que las realiza, careciendo algunos de ellos de recursos económicos, y que, debido al gran número de llamadas de entrada que se reciben, no siempre es fácil contactar con una persona ingresada en el CIE, debiendo realizarse en ocasiones numerosos intentos hasta lograr comunicar con un interno. Para solventar o aminorar esta disfunción, entre otras, entendemos precisas la adopción de las siguientes medidas: La inclusión en la ficha personal del expediente abierto a cada interno del nombre y número del Colegiado que le asiste y del número de teléfono de contacto con el mismo con el fin de facilitar las comunicaciones entre ambos, realizar propuesta al Colegio de Abogados de Madrid a fin de que los letrados que prestan asistencia jurídica en el CIE, ante la reclamación que los internos les realicen en este sentido, no se limiten a poner el hecho en conocimiento del Colegio para que este a su vez se lo comunique al letrado del interno, sino que también faciliten al propio interno los datos y teléfono del abogado que les corresponde, a fin de que aquel pueda contactar directamente con él, la facilitación a los internos que carecen de recursos económicos, de llamadas gratuitas a su abogado, al menos una vez cada 10 días y la reserva de una de las líneas telefónicas exclusivamente para recepción de llamadas de letrados».

apuntan al suicidio— ha dado lugar a la incoación de las Diligencias Previas Núm. 2411/10 del Juzgado de Instrucción Núm. 2 de Barcelona en las que no se ha formulado hasta la fecha imputación alguna.

Además merece llamarse la atención sobre la preocupante situación de inseguridad que se respira en el CIE de Algeciras, generada habitualmente por la presencia en el CIE de Extranjeros especialmente conflictivos y peligrosos, con condenas penales ya cumplidas, pero que han de permanecer privados de libertad en el CIE, en tanto se materializa su expulsión administrativa, y que han de compartir instalaciones con otros que carecen de antecedente alguno. Los informes reflejan la frecuencia de actos vandálicos, fabricación de armas blancas y objetos contundentes a partir de enseres domésticos, habiéndose agravado la situación desde el verano de 2010, entre otras cosas por la escasez de funcionarios del CNP ya que las Unidades de Intervención Policial dejaron de prestar servicio de apoyo a la seguridad del Centro a principios de 2010<sup>116</sup>.

Por fin, procede destacar que, tras años de obras de remodelación, finalmente el Centro de Internamiento de Extranjeros existente en Murcia, concretamente en Sangonera la Seca, fue reabierto en el último trimestre del año 2010, siendo objeto de inspección por el FDE de Murcia, que destaca las condiciones óptimas de habitabilidad del citado Centro, así como la especial dedicación de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía en las labores de vigilancia.

---

<sup>116</sup> Informa el FDE de Cádiz que «en ese contexto, se han incrementado las medidas de seguridad, habiéndose intervenido objetos punzante realizados por los internos con piezas de hierro obtenidas de los somieres de las literas, así como objetos contundentes procedentes de la rotura de una litera, de la que han obtenido los hierros del cabecero para el forzamiento de los barrotes de las ventanas y roturas de cristales. Incluso han agudizado el ingenio, y a la vista de que al pasar a los dormitorios-celdas se les pasa un detector de metales, han llegado a elaborar un pincho afilado con un cepillo de dientes. Como colofón a la inseguridad detectada, un interno procedente del Centro Penitenciario de El Puerto de Santamaría, de donde fue excarcelado, el día 27 de diciembre, sacó de las duchas, recientemente reformadas, unas piedras olvidadas en el hueco superior, y tras meterlas en un calcetín, se dedicó a golpear insistentemente la puerta de una de las habitaciones, lo que motivó que dos funcionarios acudieran para averiguar qué ocurría, y una vez dentro, sin mediar palabra, se abalanzó sobre uno de ellos y utilizando el calcetín como una onda, golpeó con las piedras a un funcionario en la cabeza, el cual quedó inconsciente. Como consecuencia de este altercado, los dos funcionarios resultaron lesionados, uno con una herida en el cuero cabelludo y el otro, con una posible rotura de menisco».