

## MEMORIA

### FISCAL DE SALA COORDINADOR DE EXTRANJERÍA

#### 1. Actividad de los Fiscales Especialistas de Extranjería en el ámbito de la jurisdicción penal.

La actuación de los Fiscales Delegados de Extranjería [FDE] se ha desplegado durante el año 2013 en la persecución de los distintos delitos que nos están especialmente atribuidos según nuestras normas internas:

##### 1.1. Delito de trata de seres humanos y conexos de explotación.

La actividad de los fiscales se ha desarrollado en los tres sectores en que – según el derecho internacional vinculante para España- se ordena la lucha contra la trata de seres humanos: la prevención del crimen, la persecución del delito y la protección integral de la víctima.

Dada la imposibilidad de recoger en un texto de estas características la labor desarrollada por la Fiscalía en todos y cada uno de esos sectores y las conclusiones alcanzadas –de notorio valor para el cumplimiento por el Ponente Nacional de lo dispuesto en el artículo 20 de la Directiva 36/2011 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- su estudio jurídico y criminalístico se incorpora a la **página web [www. fiscal.es](http://www.fiscal.es)** (fiscal especialista, extranjería, documentos y normativa, bajo la denominación “*Diligencias de Seguimiento del delito de trata de seres humanos*”) en el que se analiza el estudio de las 143 Diligencias de Seguimiento incoadas durante 2013 por la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado: 10 por presuntos delitos de trata con fines de explotación laboral (3´10 %); 4 por delitos de trata con fines de mendicidad (1´22 %) y 129 por delitos de trata con fines de explotación sexual (95´65%).

En este lugar basta con reflejar que durante el año 2013 se han formulado 29 escritos de acusación por el Ministerio Fiscal que interesan la aplicación del artículo 177 bis CP, lo que representa un aumento del 16% respecto del año anterior. Sin embargo si analizamos los hechos recogidos en los escritos de acusación hay que sumar otros 12 calificados en el año analizado que relatan hechos constitutivos de trata de seres humanos cometidos con anterioridad a la reforma del Código Penal de 2010 (artículo 318 bis Núm. 2 en concurso con el artículo 188 CP).

En la mayoría de las ocasiones se ha acusado por delito de trata con fines de explotación sexual (37=90´24%), en dos ocasiones por trata con fines de explotación laboral y en otras dos con fines de mendicidad. Todas las víctimas por explotación sexual han sido mujeres: 23 paraguayas, 22 rumanas, 14 brasileñas, 8 nigerianas, 7 chinas, 4 tailandesas, 2 moldavas, 2 nicaragüenses, 1 española, 1 guineana y 1 rusa. Los imputados por trata también son de varias nacionalidades: 43 rumanos, 37 españoles, 25 nigerianos, 20 chinos, 2 tailandesas, 2 colombianas, 2 moldavos, 3 portugueses, 5 brasileños, 3 nicaragüenses, 7 paraguayos, 2 argentinos, 2 ecuatorianos, 1 sudanés y 1 guineana

En casi todas las calificaciones se relatan hechos de extraordinaria gravedad por la violencia ejercida sobre las víctimas, el sometimiento a constantes amenazas y las gravosas condiciones de vida a las que están sometidas.

Durante el año 2013 se nos han comunicado siete sentencias –todas ellas condenatorias- por delitos de trata de seres humanos: seis con fines de explotación sexual y 1 por trata con fines de mendicidad. De ellas dos se refieren a trata de ciudadanas nigerianas, cuatro de ciudadanas rumanas y una de ciudadanas brasileñas y venezolanas.

Además se han dictado otras 12 sentencias (nueve condenatorias y 3 absolutorias) en la que se enjuiciaban episodios de trata realizados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo artículo 177 bis CP (en tres se enjuiciaban trata de mujeres nigerianas, dos de mujeres rumanas, dos de mujeres paraguayas, una de mujeres nicaragüenses, una de mujeres bolivianas, una de una mujer rusa y una de mujeres brasileñas).

En total han sido condenados: 11 nigerianos, 11 rumanos, 9 españoles, 5 brasileños, 2 nicaragüenses, 1 albanés, 1 boliviana, 1 colombiana, 1 chino, 1 marroquí, y 1 rusa. Se les ha reconocido víctimas de trata a: 12 nigerianas, 7 rumanas –2 menores de edad-, 1 boliviana, 4 brasileñas, 2 nicaragüenses, 4 paraguayas, 4 rusas, y 1 venezolana).

En el año 2013 los juzgados de instrucción españoles han incoado 289 Diligencias Previas por delitos de prostitución coactiva (artículo 188 CP) y de corrupción de menores de edad (artículo 187 CP). Se han abierto 2 diligencias de investigación del artículo 5 EOMF y se han presentado 41 escritos de acusación por esos delitos. Sin embargo del seguimiento efectivo llevado a cabo por los FDE se infiere que una gran parte de los procedimientos incoados van a ser archivados por varios motivos, significadamente por carecer de relevancia penal la conducta perseguida (*proxenetismo consentido*) o no llegar a acreditarse los elementos abusivos. Es relativamente sencillo llevar adelante una acusación cuando se prueba la utilización de violencia o intimidación para determinar o mantener la prostitución de la víctima adulta o en todo caso de corrupción de menores. Es prácticamente imposible obtener una sentencia condenatoria cuando el medio comisivo consiste en el abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima mayor de edad. Hasta tal punto es así que de las 41 calificaciones formuladas sólo han sido objeto de seguimiento especial 13 que han sido remitidas a la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General. Muchas otras o son dúplica de las que ya se encuentran registradas como supuestos de trata de seres humanos o de tráfico ilegal de inmigrantes con fines de explotación sexual o difícilmente van a desembocar en una sentencia condenatoria.

Los protagonistas de este tipo de conductas coinciden con los de la trata. Se ha acusado a españoles (18), rumanos (6), brasileños (3), chinos (3), búlgaros (3) y de otras nacionalidades (14) por imponer coactivamente la prostitución a 28 mujeres entre las que destacan 19 menores de edad y dos discapacitadas psíquicas.

Otro tanto cabe afirmar de los delitos de explotación laboral (contra los derechos de los trabajadores extranjeros tipificados en el artículo 312.2 CP). Aunque se hayan incoado 408 procedimiento judiciales la mayor parte de ellos

se archivarán sin que el Fiscal formule escrito de acusación por quedar los hechos bajo la cobertura –en su caso- del derecho sancionador administrativo. Al parecer se han formulado 27 calificaciones por el delito del artículo 312.2 CP, sin embargo sólo 12 han sido objeto de seguimiento por los FDE: en ellas se acusan a 10 españoles, 3 pakistaníes, 1 peruana, 12 brasileños, 1 argentino y 1 dominicana por haber impuesto condiciones de trabajo patentemente abusivas y gravosas a 114 hombres y mujeres indistintamente de China (73), de Brasil (15), de Marruecos (8), de Nicaragua (6), de Bolivia (5) la India (2) o del Pakistán (1).

Estos trabajadores han sido explotados en una variedad de actividades: restauración (2 calificaciones), servicio doméstico (1 calificación), textil (2 calificaciones), supermercado (2 calificaciones), cuidado de ancianos (2 calificaciones), tala de árboles (1 calificación), limpieza (1 calificación) y construcción (1 calificación).

## 1.2. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318 bis CP).

La Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado ha recibido 83 escritos de acusación por delitos tipificados en el artículo 318 bis CP (6 menos que el año 2012). Ha descendido de manera importante el número de calificaciones contra patrones y pilotos de pateras o embarcaciones similares (-48'27%) pero han aumentado en mayor medida los supuestos de entrada en territorio nacional con documentación falsa o a nombre de otro así como las maniobras falsarias y fraudulentas en los expedientes administrativos para la obtención de permisos de trabajo y/o de residencia (+114'28%). La pretensión de entrar en España escondidos en vehículos a motor ha aumentado un 9'09%, aunque lo realmente llamativo es que dos han sido descubiertos en Barcelona en automóviles transportados en el Ferry que une Tánger con la Ciudad Condal.

CALIFICACIONES REMITIDAS POR LOS FDE POR DELITO DEL ARTÍCULO 318 BIS CP									
MEDIOS	CALIFICACIONES			ACUSADOS			VÍCTIMAS		
	2011	2012	2013	2011	2012	2013	2011	2012	2013
Pateras y embarcaciones	3	20	8	20	29	15	122	498	121
Ocultos vehículos motor	12	33	38	19	44	48	21	34	45
Falsedad/tramitación falsaria exped.	24	34	35	52	70	150	51	134	389
Otros	6	2	2	33	13	4	95	12	9
TOTAL	45	89	83	124	156	217	289	678	564

Hay un aspecto que tiene una cierta relevancia según las calificaciones remitidas: en dos llegadas a las costas andaluzas de pateras se han producido enfrentamientos muy violentos por algún ocupante de las pateras –que iba provisto de palos- con la Guardia Civil. Igualmente se ha atravesado el puesto fronterizo de Melilla con un vehículo a toda velocidad y de manera extremadamente peligrosa poniendo en grave peligro no sólo a los funcionarios

de policía que allí se encontraban sino también a los inmigrantes que transportaban.

La nacionalidad de los acusados y de las víctimas en el caso de la llegada en pateras es múltiple. En el caso de los acusados pertenecen a 11 países distintos (Argelia, Gambia, Ghana, Guinea Bissau, Malí, Marruecos, Nigeria, República Democrática del Congo, Senegal, Ucrania y Uganda). Las víctimas son 16 argelinos, 4 vietnamitas y 101 subsaharianos.

En el caso de las calificaciones mediante ocultamiento en vehículos a motor todos los acusados son marroquíes o de origen marroquí (dos franceses y dos españoles). Por el contrario, las víctimas tienen varias nacionalidades (16 subsaharianos, 23 marroquíes, 1 somalí, 5 guineanos, 3 malienses, 5 de Guinea Conakry, 2 del Níger y uno sin determinar). Los que pretenden traspasar a inmigrantes con documentación falsa son mayoritariamente marroquíes (19) aunque también han sido imputados 1 francés, 1 italiano, 2 albaneses y 2 congoleños. Otro tanto ocurre con las víctimas: 9 marroquíes, 2 albanesas, y dos menores congoleños.

En la tramitación fraudulenta de permisos participan sujetos de múltiples nacionalidades y actividades (han sido imputados desde un abogado hasta un policía jubilado) y, en ocasiones perfectamente encuadrados en organizaciones criminales. Es de reseñar dos calificaciones contra sendos grupos organizados de inmigración clandestina de ciudadanos ucranianos, otra de facilitación de permisos falsos a 210 ciudadanos chinos, u otra de matrimonio simulados de 28 ciudadanos cubanos.

La unidad de criterio en la interpretación del artículo 318 bis CP y los medios utilizados determina que un porcentaje muy elevado de las sentencias dictadas sea condenatorio (92'5%). En efecto, se nos han comunicado por los FDE 40 sentencias pronunciadas durante 2013 de las cuales han sido condenatorias 37, nueve de ellas por conformidad de las partes (24'32%).

## 2. Ministerio Fiscal y expulsión de ciudadanos extranjeros.

1. Con carácter general puede afirmarse que el régimen de la sustitución del proceso penal por la expulsión administrativa del ciudadano extranjero previsto en la legislación de extranjería ha sido ejecutado correctamente y sin graves disfunciones. A ello ha contribuido que los criterios de interpretación del artículo 57.7 LOEX establecidos por la Circular 2/2006 *sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España* completados por el punto VI.7 de la Circular 5/11 *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración* han sido aplicados con normalidad por la generalidad de los Fiscales.

INFORMES SOBRE EXPULSIONES SUSTITUTIVAS DEL PROCESO PENAL (ART. 57.7 LOEX) *									
IMPUTADOS					PREVENTIVOS				
2009	2010	2011	2012	2013	2009	2010	2011	2012	2013
1.930	3.165	3.186	2.255	2.502	58	84	98	127	71

(\*) No se han computado los informes emitidos en las Fiscalías Provinciales de Toledo, Barcelona y Castellón por defecto de registro de los datos en el sistema informático.

Durante el año 2013 se han emitido 2.573 dictámenes favorables a la sustitución del proceso por la expulsión de extranjeros imputados en causas penales: 2.502 en relación con extranjeros sancionados administrativamente que se hallaban imputados en causas penales sin estar decretada su privación de libertad cautelar y 71 sobre presos preventivos, según la información que regularmente remite a esta Unidad de Extranjería la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Se observa que la cifra de preventivos expulsados ha caído notoriamente respecto del año 2012 (-79%), mientras que el total se incrementa ligeramente (10%), respecto de este mismo año.

La adecuada aplicación del sistema sustitutivo establecido en el artículo 57.7 LOEX cuando afecta a sujetos que se encuentran encartados en una pluralidad de procesos penales instruidos por una variedad de juzgados – incluso de distintas localidades- ha exigido establecer diversos sistemas de coordinación entre los Fiscales Delegados de Extranjería y las Brigadas Provinciales de Extranjería con objeto no sólo de garantizar que se inste la autorización correspondiente de la expulsión sustitutiva en todos los juzgados afectados y con todas las garantías previstas en el artículo 247 del Reglamento de Extranjería (significadamente la audiencia del reo) sino también para evitar la iniciación de los trámites previstos en dicho precepto cuando por la propia naturaleza del delito, su pena o por la concurrencia de otras razones excepcionales, dicha solicitud de autorización –*ab initio*- está abocada al fracaso. Cuando así ha sido preciso para dar cumplimiento a las exigencias legales y reglamentarias relativas a esta modalidad de expulsión, a nivel central, desde esta Unidad de Extranjería y a través de la Policía de Enlace, se han mantenido las comunicaciones que han sido necesarias con la Unidad Central de Expulsiones y Repatriaciones (UCER) de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras.

Siguiendo la reiterada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación de la expulsión de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea (en relación con la delimitación de los conceptos de orden público, seguridad pública y salud pública) se está realizando una aplicación restrictiva del artículo 57.7 LOEX cuando la expulsión administrativa deriva de un expediente incoado según las normas del RD 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*.

2. Como ya se expuso en la memoria correspondiente al año 2012, la aplicación del artículo 89 CP está normalizada, a salvo las lógicas divergencias impuestas por la valoración de las peculiaridades concurrentes en cada caso concreto no sólo en lo relativo a las circunstancias personales del imputado sino de las del delito.

El instrumento básico de interpretación para los Fiscales se encuentra recogido en la Circular 5/11 *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*.

La unidad de criterio del Ministerio Fiscal en este punto no discurre paralela a los criterios sustentados por Jueces y Tribunales que, en cuanto a la valoración del concepto de arraigo, en algún caso son patentemente divergentes. En este sentido resulta llamativa, por mencionar un ejemplo, la

resolución dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, con sede en Mérida, en virtud de Auto de Apelación de 03/10/2013, que aprecia arraigo en el imputado por tener una hija que reside en España, a pesar de que el procedimiento penal se seguía contra él precisamente por maltrato físico y psicológico de la menor y por tenerla abandonada. También merece mención la postura mantenida por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa que reiteradamente viene sosteniendo que la incomparecencia del acusado a juicio impide su expulsión al considerar que en estos casos, no se ha respetado el derecho de audiencia.

INFORMES SOBRE EXPULSIONES SUSTITUTIVAS DE LA PENA (ART. 89 CP)										
SUSTITUCUÓN DE LA PENA NO PRESOS						SUSTITUCIÓN DE LA PENA PRESOS				
2008	2009	2010	2011	2012	2013	2009	2010	2011	2012	2013
7.551	5.479	4.910	4.717	6.194	5.026	929	1.027	817	812	804

Durante el año 2013 los Fiscales españoles han interesado en sus escritos de acusación la sustitución íntegra de la condena (Art. 89.1 CP) por la expulsión en 5.026 ocasiones, lo que implica un importante descenso sobre las cifras del año 2012 (-23%), si bien es verdad que en esta cifra no se incluyen las expulsiones penales informadas en las Fiscalías Provinciales de Málaga y Castellón, por defecto en el registro de los datos en la aplicación informática y, sólo muy parcialmente y por la misma razón, las informadas por la Fiscalía Provincial de Sevilla; por ello el descenso ha de ser evaluado con las debidas reservas. Por el contrario, la sustitución parcial de la condena (artículo 89.5 CP) se mantiene en los mismos niveles del año 2012 pues se ha aplicado a 804 presos (796 hombres y 89 mujeres).

En 661 casos (13% sobre el total) la sustitución de la pena por expulsión del territorio español fue solicitada durante la ejecutoria. En el año 2012 este porcentaje había sido del 9,7% (602 casos sobre un total de 6194 expulsiones) lo cual refleja un alza en el uso de esta modalidad.

Se ha mejorado el flujo de información que permite a los miembros el Ministerio Fiscal conocer con la debida antelación la situación administrativa del extranjero en España a fin de realizar una puntual petición de sustitución de la pena privativa de libertad por la medida prevista en el artículo 89 del CP. El acceso a la base de datos Adextra facilitada a los fiscales en el año 2012 (con algunas carencias derivadas del navegador puesto a disposición de algunas Fiscalías Provinciales), pero sobre todo la excelente colaboración prestada, sin excepción, por las Brigadas Provinciales de Extranjería y Fronteras ha hecho posible este avance.

La solicitud por parte del Ministerio Fiscal de sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión en el Procedimiento de Juicio Rápido (artículos 795 y siguientes LECrim) lleva aparejada de forma casi sistemática la oposición por parte del acusado a conformarse con el escrito de calificación. En buena medida esta oposición va unida a la legítima aspiración a recopilar el material probatorio tendente a acreditar las razones por las que el Juzgador debería desestimar esa solicitud de expulsión. Sin embargo, como resultado negativo y desproporcionado para el acusado desaparece la posibilidad de obtener la reducción penológica prevista en el artículo 802 de la Ley de Enjuiciamiento

Criminal. *Lege ferenda* debería corregirse esta solución, pues el reconocimiento de los hechos imputados no tiene relación alguna con la concurrencia de los requisitos de la sustitución de la condena por la expulsión.

Durante el año 2013 los extranjeros a quienes se sustituyó la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio español fueron ingresados cautelarmente en Centros Penitenciarios (DA 17 de la LO 19/2003) en proporción semejante a la de los internados en CIE (artículo 89.6 CP). Ello supone un cambio de tendencia respecto del año 2012 en que los ingresos en Centros de Internamiento a este fin eran notablemente inferiores a los ingresos en prisión. Sin embargo y analizando las cifras en su conjunto se observa que la tendencia por parte de los Jueces y Tribunales a evitar la privación de libertad (bien en CIE bien en Centro Penitenciario) a los extranjeros sin residencia legal condenados en causa penal no sólo se mantiene sino que se incrementa.

MEDIDA CAUTELAR DISPOSICIÓN ADICIONAL 17 LO 19/2003			
INGRESO EN PRISIÓN (DA 17 LO 19/03)		INGRESO EN CIES	
2012	2013	2012	2013
1.125	703	779	695

La sustitución parcial de la pena por expulsión del territorio español, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 89.5 del CP que prevé esta posibilidad una vez cumplidas las tres cuartas partes de la condena o progresado el interno al tercer grado penitenciario, sigue resolviéndose, como en años anteriores, mediante una estrecha colaboración con la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, que facilita al tribunal sentenciador y al Ministerio Fiscal la información precisa, generalmente sobre la base de la propia petición realizada por el interno. El procedimiento a través del cual se articula la obligada audiencia de las partes es habitualmente escrito. Aun cuando no han surgido disfunciones serias –obviado lo laboriosa que resulta la aplicación de este precepto en los supuestos de acumulación de condenas- sí debemos mencionar algunos casos puntuales en los que se ha instrumentalizado la progresión a tercer grado a fin de poner en marcha el expediente de sustitución, mediante resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en la que se ha acordado la clasificación en tercer grado de un penado a los efectos, según dice la resolución, de “posibilitar un pronunciamiento judicial sobre la aplicación del artículo 89 del Código Penal”. De estos supuestos ha sido informada esta Unidad de Extranjería que ha dado las debidas indicaciones a los Fiscales Delegados directamente afectados sobre el mejor proceder.

La solicitud de sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión del territorio español en caso de penados nacionales de los estados miembros de la Unión Europea se resuelve con arreglo al criterio establecido en la Circular 5/11 FGE que limita esta posibilidad a la existencia previa de resolución administrativa de expulsión dictada en aplicación del *RD 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*. Jueces y Magistrados han

mostrado sus reticencias a resolver positivamente estas solicitudes bien por entender que resulta una respuesta en extremo leve ante la comisión de un hecho delictivo, bien por cuestionar su eficacia habida cuenta de la libertad de circulación en el ámbito comunitario, bien por ambas razones. Un buen número de FDE muestran similar inquietud ante esta medida sustitutiva de la pena, cuando se trata de aplicarla a nacionales comunitarios.

### 3. Medida cautelar de internamiento y control CIE.

1. Durante el año 2013 los fiscales españoles han emitido un total de 10.063 informes sobre internamiento de los cuales 6.988 (69´2%) fueron favorables y 3.075 desfavorables (30´8%). El número de dictámenes sigue en línea descendente al igual que el porcentaje de los que fueron favorables a la solicitud de la autoridad gubernativa.

INFORMES SOBRE PRIVACIONES DE LIBERTAD EN CENTROS DE INTERNAMIENTOS DE EXTRANJEROS					
AÑO 2011		AÑO 2012		AÑO 2013	
TOTAL: 14.004		TOTAL: 11.760		TOTAL: 10.063	
FAVORABLES	DESFAVORABLES	FAVORABLES	DESFAVORABLES	FAVORABLES	DESFAVORABLES
10.272	3.732	8.807	2.953	6.988	3.075

Los criterios de los fiscales para pronunciarse sobre el internamiento de extranjeros están normalizados, aplicándose sin disfunciones las pautas establecidas en la Circular 2/2006 FGE y la precedente Circular 3/2001 FGE sobre los diferentes supuestos de riesgo de incumplimiento de la orden de expulsión previstos en el artículo 62.1 párrafo segundo LOEX (ausencia de domicilio conocido, carencia de documentación identificativa, realización de actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, existencia de condena o sanciones administrativas previas, pendencia de procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores).

Los informes en esta materia son habitualmente realizados por el fiscal encargado de atender el servicio de guardia del Juzgado de Instrucción ante el que la autoridad gubernativa presenta la solicitud de internamiento. Por el contrario los informes en vía de recurso de apelación contra el auto de internamiento son despachados, salvo contadas excepciones, por los Fiscales Delegados de Extranjería.

Se ha observado una notable mejora en la motivación de las solicitudes de internamiento por parte de la autoridad gubernativa, en la documentación que acompaña a la solicitud de internamiento y en la información incorporada al expediente. Sin embargo el principal escollo con el que choca la valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso es el escaso margen de tiempo con que cuenta el propio extranjero interesado para recoger y facilitar en el acto de su comparecencia, a través de su letrado, la documentación que pudiera sustentar una *contra alegación* sobre la inexistencia de riesgo de fuga vinculada al arraigo en España. A resultas de ello, en numerosas ocasiones carece igualmente el Ministerio Fiscal y el Juez de Instrucción de datos bastantes, los cuales habitualmente son aportados en vía de recurso contra el auto de internamiento. A fin de obtener en la medida de lo posible esta información con la debida anticipación, cada vez en mayor medida los FDE

articulan mecanismos de comunicación previa a la comparecencia, bien con las Brigadas Provinciales de Extranjería bien con el propio letrado defensor del extranjero cuyo internamiento se solicita.

Sigue abierto el debate sobre la respuesta que ha de ofrecerse ante la solicitud, por parte de la autoridad gubernativa, de internamiento en CIE de ciudadanos nacionales de alguno de los Estados Miembros de la Unión Europea. En la Memoria del pasado año se mencionaba expresamente esta cuestión, que merece una vez más un análisis especial, con una perspectiva y enfoque actualizados.

En las Jornadas de FDE del año 2010 se debatió la posibilidad de internamiento de ciudadanos comunitarios respecto a los que se había dictado decreto de expulsión en aplicación del artículo 15 y siguientes del RD 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 parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*. Las posturas enfrentadas eran (y siguen siendo) entre los FDE dos: la primera defiende que es conforme a ley la adopción de la medida de internamiento para los ciudadanos comunitarios cuando concurren las exigencias de excepcionalidad y proporcionalidad propias de una medida restrictiva de un derecho fundamental como es esta medida cautelar. Esta postura halla fundamento en una argumentación poco objetable desde el punto de vista de la coherencia interna del ordenamiento jurídico a que debe tender la interpretación de las normas: no es posible permitir la consecuencia más gravosa (expulsión) y no dotar al operador material que tiene que llevarla a cabo de un instrumento excepcional pero muchas veces necesario. La excepcionalidad debe proyectarse sobre la decisión de expulsión, no sobre la idoneidad del internamiento posterior e instrumental para ejecutarla. Las disposiciones que en materia de internamiento en CIE contiene la LOEX habrán de ser consideradas normas cautelares a través de las cuales se materializa la sanción, y en cuanto tales, aplicables subsidiariamente a los ciudadanos comunitarios con base a lo dispuesto en la Disposición Adicional 2 a del RD mencionado (norma de remisión). Frente a esta postura favorable a la posibilidad de internamiento existe otra contraria apoyada en la carencia de previsión legal expresa para sustentar la medida de internamiento a que nos referimos y en la apreciación de que la expulsión de un ciudadano de la Unión debería llevarse a cabo diligentemente –entiéndase dentro de las 72 horas posteriores a su detención- lo cual haría del internamiento una medida desproporcionada.

En las citadas Jornadas del año 2010, 12 FDE apoyaron la primera de las posturas (favorable al internamiento) y 26 la segunda (desfavorable al internamiento). Ninguna conclusión resultó refrendada manteniéndose hasta la fecha la diversidad de criterios.

Desde entonces hasta la fecha merecen mención los siguientes hitos: 1) En el ámbito de la *Fiscalía Provincial de Madrid* en abril de 2011, se debatió, a propuesta de la FDE, cuál debía ser el sentido de los informes que debían evacuar los Fiscales de esa Comunidad, alcanzándose el acuerdo de que debía informarse negativamente al internamiento en tales supuestos. El referido acuerdo fue posteriormente plasmado en la Instrucción 2/11 de la *Fiscalía Provincial de Madrid*, del siguiente modo: “*Cuando se solicite el internamiento de un ciudadano extranjero nacional de un país miembro de la UE, a fin de que*

*pueda materializarse una resolución administrativa de expulsión del territorio nacional en aplicación de la regulación establecida en el RD 240/07 de 16 de febrero, los Sres./Sras. Fiscales, informaran negativamente a tal solicitud, toda vez que ha de estimarse que en tales supuestos no cabe la aplicación de la LEX, que regula la medida cautelar de internamiento para asegurar la sanción administrativa de expulsión, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.3 de la misma".* 2) Durante el año 2013, desde esta Unidad de Extranjería se realizó una consulta individualizada a cada uno de los Fiscales Delegados de Extranjería a fin de pulsar cual era el criterio que, transcurridos tres años, se mantenía en su respectiva Fiscalía Provincial. Las respuestas fueron las siguientes: A) a favor del internamiento de ciudadanos comunitarios: 28; en contra 13; un total de 9 no contestaron categóricamente. El vuelco respecto de la postura mantenida durante la celebración de las Jornadas de Fiscales Delegados de Extranjería del año 2010 es patente. 3) En la Memoria elaborada por el Fiscal Superior de Madrid relativa al ejercicio 2013 se expresan serias dudas sobre la posibilidad de que resulte de aplicación a los nacionales comunitarios el régimen de internamiento previsto en el artículo 61 LOEX, y se contiene una propuesta de reforma del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, en el sentido de incluir de forma expresa la posibilidad de acordar el internamiento de los extranjeros no comunitarios para asegurar la ejecución material de la expulsión, sugerencia que desde esta Unidad se respalda.

2. Durante el año 2013 los FDE realizaron un total de 12 visitas de control a los CIES españoles (una al CIE de Aluche en Madrid, cuatro al CIE de Barcelona, una al CIE de "Barranco Seco" en Gran Canaria, único en esta Isla tras el cierre definitivo del CIE de Fuerteventura, tres al CIE de Murcia, una al CIE de Hoya Fría en Tenerife, y dos al CIE de Valencia), Las visitas al igual que años anteriores alcanzan a una revisión del estado de las instalaciones y a una entrevista individualizada con los internos que así lo solicitan. La finalidad perseguida es la de garantizar el normal funcionamiento del establecimiento y el respeto a los derechos de los extranjeros allí alojados.

En términos generales las instalaciones con que cuentan los CIES son solamente aceptables. Los episodios de sobre-ocupación, frecuentes en otras épocas con mayor afluencia de población extranjera irregular, que agravaban la penuria del internamiento en instalaciones en ocasiones obsoletas, se encuentran actualmente superados. Sin embargo no debe olvidarse que ninguno de los CIES actualmente en funcionamiento permite la separación de los extranjeros internados en aplicación del artículo 89.6 del CP (condenados) y aquellos que lo han sido por infringir la Ley de Extranjería.

Sigue habiendo carencias puntuales dignas de mención: el deficiente sistema de cierre y apertura de las puertas de las habitaciones del CIE de Madrid, que puede ocasionar problemas en caso de evacuación de urgencia, las inadecuadas instalaciones de las habitaciones del CIE de Barcelona, el insuficiente periodo de conservación de las imágenes grabadas por los sistemas de video vigilancia del este mismo CIE, y la general vetustez del CIE de Algeciras.

Los servicios de asistencia sanitaria son claramente mejorables en el CIE de Barcelona donde no hay habitaciones o dependencias separadas para internos que padezcan alguna enfermedad, no se dispone de programa específico para la detección del riesgo auto lítico y de protocolo de Prevención

de Suicidios, no se realizan pruebas cualitativas de detección de drogas cuando el interno ingresa, ni sistemática de analíticas sobre enfermedades infectocontagiosas. Se observan igualmente algunos defectos en materia de tratamiento, formato y confidencialidad de las historias clínicas de los pacientes internos en los CIES de Barcelona y Valencia.

Los CIES de Las Palmas y Algeciras carecen de servicio de asistencia social, que en este último se supe con el voluntarismo policial cuyos funcionarios asumen funciones ajenas a su cometido y por la colaboración de ONGs diversas, debiendo destacarse especialmente el papel jugado en este ámbito por Prolibertas, Fundación Tierra de Todos, y Proyecto Alma, brillando esta última en lo relativo a su labor de prevención de la Trata de Seres Humanos. Por el contrario merece señalarse que en el CIE de Barcelona la plantilla de personal de Cruz Roja presente en el CIE ha aumentado durante el año 2013 de 5 a 10 personas (3 trabajadores sociales, 1 educador social y 6 monitores).

Durante el año 2013 en relación a 15 internas del CIE de Madrid se ha activado el protocolo previsto para la detección y tratamiento de posibles víctimas de trata de seres humanos, habiéndoseles hecho el ofrecimiento de derechos previsto en el artículo 59 bis de la LOEX y acordado el cese del internamiento en todos los casos. La información de que las citadas mujeres podrían ser víctimas de este tipo de delitos ha sido facilitada en todos los supuestos por las ONGs que habitualmente acuden al CIE para entrevistarse y asistir a los internos. Igualmente ha habido casos puntuales de identificación de víctimas de trata en el CIE de Algeciras gracias a la labor de la ONG "Proyecto Alma" que se hizo cargo –una vez acordada la libertad- de la protección de las mismas.

No se han producido sucesos violentos de gravedad en el año 2013 derivados de enfrentamientos ocurridos dentro de los CIES. Los incidentes más relevantes se concentraron en los CIES de Barcelona y Madrid.

En Barcelona merece mención el fallecimiento en la madrugada del día 3 de diciembre de 2013 de un interno de nacionalidad armenia cuando se hallaba en el habitáculo destinado a la separación preventiva de internos. Por este hecho se tramitan las Diligencias Previas Núm. 5432/13 del Juzgado de Instrucción 21 de Barcelona donde interviene directamente el Fiscal Delegado de Extranjería. Aunque la instrucción no ha concluido, se puede constatar la etiología suicida de la muerte y no se ha formulado imputación penal contra ningún interno o funcionario policial alguno.

Un segundo episodio sucedió el 31 de diciembre y días siguientes en que se produjeron enfrentamientos y altercados a consecuencia de los cuales se personaron en el CIE tres equipos de la Unidad de Intervención Policial del CNP y resultaron lesionados algunos internos del CIE. Estos hechos están siendo investigados en las Diligencias Previas Núm. 123/14 del Juzgado de Instrucción 9 de Barcelona.

En el CIE de Madrid el único suceso que ha de mencionarse, acaeció en la noche del 10 de diciembre cuando al parecer, internos de origen subsahariano habían sido insultados y agredidos por algunos agentes del Cuerpo Nacional de Policía de servicio aquella noche. Por estos hechos, tras denuncia del Fiscal

Provincial de Madrid, se siguen DP Núm. 5417/13 en el Juzgado de Instrucción 18 de Madrid.

Ni la Ley de Extranjería ni la LOPJ perfilan adecuadamente la figura y competencias de los Jueces de Control de Estancia. Ello está provocando situaciones conflictivas de diverso contenido (sobre todo en los que concierne a la delimitación de competencias con los jueces de instrucción que adoptan la medida) que, como ha ocurrido en Las Palmas de Gran Canaria, han sido resueltas a través de la doctrina generada por la Audiencia Provincial. Parece que es una exigencia elemental que una materia tan comprometida debiera tener una respuesta general y uniforme en todo el territorio nacional.

Un buen número de quejas recibidas por los Jueces de Control de Estancia son archivadas puesto que se refieren a cuestiones ajenas a su competencia, en concreto los internos suelen cuestionar el motivo de expulsión alegado por la autoridad gubernativa. Sin embargo, si tienen relevancia dos resoluciones de los Jueces de Control de Estancia de Barcelona y de Murcia sobre el derecho de los internos a relacionarse con las ONG especializadas en la protección de los derechos de los inmigrantes.

#### 4. Menores extranjeros no acompañados.

1. Inmigración infantil: cuantificación. Por tercer año consecutivo desciende el número de menores extranjeros no acompañados llegados a las costas españolas en pateras u otras embarcaciones similares. En 2013 han sido localizados 159 MENA, en 2012 fueron 275 y en 2011 ascendían a 357. La mayoría (151=94´96%) son de sexo masculino, sólo 8 son niñas. Por nacionalidades, el mayor número son niños argelinos (96=60´77%), seguidos de marroquíes (34=21´38%); el resto son nacionales de distintos estados subsaharianos (29=18´23%).

Ese significativo descenso contrasta con la llegada en pateras a lo largo del año 2013 de 43 bebés o niños de muy corta edad en unión de adultos que afirmaban tener vínculo paterno-materno filial con el niño sin acreditarlo de manera fehaciente. Ello supone un incremento del 22´8% respecto de los 35 niños que arribaron a España de la misma forma en el año 2012. En estos casos 24 son niños y 19 niñas procedentes mayoritariamente de países subsaharianos: Nigeria (13), Camerún (13), Malí (3), República del Congo (3), Gabon (2); Gambia (1), Ghana (1), Costa de Marfil (1), Togo (1), y Sierra Leona (1). Sólo 4 vienen del Magreb: 3 de Argelia y 1 de Marruecos.

LLEGADA DE MENORES EN PATERAS A LAS COSTAS ESPAÑOLAS				
NO ACOMPAÑADOS			BEBÉS ACOMPAÑADOS	
2011	2012	2013	2012	2013
357	275	159	35	43

No disponemos de las cifras precisas sobre menores que se han introducido en España por vía terrestre ocultos en vehículo de motor o por otros medios.

En el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, a fecha de 31 de diciembre de 2013, figuraban inscritos un total de 2.632 MENA tutelados por los

servicios de protección de menores de las comunidades autónomas: 1.014 están en Andalucía; 391 en el País Vasco; 252 en Melilla; 233 en Cataluña; 155 en Ceuta; 117 en Valencia; 107 en Canarias; 98 en Madrid; 78 en Murcia; 45 en Asturias; 36 en Castilla-La Mancha; 28 en Castilla y León; 21 en Galicia; 17 en Cantabria; 15 en Extremadura; 10 en Aragón; 9 en Baleares; 4 en Navarra y 2 en La Rioja. Dado que en el año 2012 su número ascendía a 3.261, se ha producido un descenso del 19'28%.

Los MENA tutelados en su mayor parte son marroquíes (2001=76'02%). Hay 142 argelinos (5'5%); 334 subsaharianos (12'68%); 75 asiáticos (2'84%); 61 sudamericanos (2'31%) y 19 europeos (0'72%).

Se mantiene estable la cifra de menores que abandonaron en su momento los centros y que no constan que estén integrados actualmente en los sistemas públicos de protección. Actualmente figuran en esta situación un total de 1.138 menores lo que supone un incremento de 1'5 % en relación a los 1.121 del año 2012. De ellos 943 son de Marruecos; 117 de Argelia; 65 del resto de África; 7 sudamericanos; 3 asiáticos y 3 europeos.

Asimismo, constan inscritos un total de 289 menores de la Unión Europea lo que representa un descenso de 13'21 por cien en relación a los 333 que constaban en el año 2012. De dichos menores, 209 figuran como activos y 80 como fugados.

5.2. Protocolo Marco Menores Extranjeros. Durante el año 2013 la Fiscalía General del Estado ha continuado participando activamente en los trabajos preparatorios del Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados que están siendo coordinados por la Secretaria General de Inmigración y Emigración en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 190.2 REX.

El primer borrador, elaborado por la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado y posteriormente debatido en el seno del Grupo de trabajo que interviene en su elaboración, se ha visto enriquecido en el año 2013 por las aportaciones de diversas Comunidades Autónomas. Sus propuestas han sido analizadas, extensamente debatidas y, alguna, incorporada al texto definitivo (como la relativa a la ampliación de uno a tres meses para que por parte de los servicios de protección se inste la correspondiente solicitud de autorización de residencia).

Ha merecido una especial preocupación el estudio de cuáles deban ser los instrumentos técnicos y jurídicos para combatir el fenómeno conocido como de los "*niños ancla*"; esto es, aquél en que una persona simula ser la madre o el padre de un lactante o de un niño de corta de edad, pretendiendo mediante dicho ardid obtener un estatuto jurídico de *progenitor con niño* que facilitará su inserción en España y dificultará notablemente su expulsión administrativa. Estas situaciones alcanzan un nivel extraordinariamente preocupante cuando el niño es instrumentalizado por redes mafiosas de trata de seres humanos para lograr la permanencia y posterior explotación de "*su madre postiza*".

Todos hemos convenido que la manera más efectiva de detección de filiaciones fingidas no es otra que la de someter al niño y al presunto progenitor a la realización de la prueba del ADN, previo consentimiento informado del adulto. El protocolo fija el procedimiento a seguir, órgano competente para practicarlo, el método científico a seguir, el procedimiento de la obtención de

muestras, conservación y análisis a practicar y la comunicación de sus resultados. En este sentido se han redactado unos anexos que incorporan modelos de acta sobre consentimiento informado para las pruebas de determinación de edad –elaborados por la Fiscalía- y de consentimiento y toma de muestras de ADN elaborados por el Ministerio de Interior en coordinación con el de Justicia.

También se consideró necesario incorporar los resultados de las pruebas a una base de datos de ADN con la única finalidad de cotejar los resultados de ADN obtenidos de los niños con la de menores que figuren como desaparecidos en bases de datos de otros países. Dentro del Grupo de Trabajo se adoptó la decisión de consultar a la Agencia de Protección de Datos la viabilidad y requisitos de dicha base. Tal consulta fue evacuada en 2014.

La falta de aprobación del Protocolo Marco no sólo ha paralizado la elaboración de los protocolos provinciales sino también ha obligado a adoptar soluciones provisionales para resolver problemas perentorios. En este sentido es trascendente la Instrucción Núm. 2/2013, de 25 de febrero, de la Comisaría General de Extranjería y fronteras, dictada a solicitud de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado. En ella se proyectan las previsiones del borrador de Protocolo en materia de reseña de todo MENA, en particular la toma de la impresión dactiloscópica e inscripción en el Registro de MENA a cualquier menor en situación de riesgo, estén o no documentados, considerándose que dicha situación de riesgo acaecerá cuando el menor se halle en alguno de los siguientes supuestos: 1º) Por venir acompañado de uno o más adultos que no puedan probar documentalmente la relación de parentesco que afirman verbalmente tener con el menor. 2º) Porque el menor haya entrado irregularmente sin seguir los cauces legales y no tenga arraigo en España. 3º) Por existir indicio de trata de seres humanos o de instrumentalización del menor en la realización de actividades delictivas. 4º) Cuando se aprecie cualquier otro factor de riesgo que opere sobre dichos menores.

La falta de aprobación de un texto definitivo del Protocolo Marco ha ralentizado igualmente la elaboración por esta Unidad de Extranjería de una propuesta de Circular al Fiscal General del Estado que analice las principales cuestiones jurídicas, problemas y divergencias interpretativas existentes en materia de MENA.

3. “Niños ancla” y “madres postizas”. La Fiscalía de Córdoba ha señalado cómo los menores, una vez cumplida la finalidad pretendida por el adulto de permanecer en territorio nacional, pueden resultar abandonados o sometidos a la custodia de personas que terminan en ocasiones atentando contra su integridad física o psíquica o contra su vida (en Córdoba se detectaron dos casos de este tipo de maltrato, uno por muerte y el otro por lesiones graves causadas al menor, habiendo sido ya juzgado y condenada la responsable del primero de los hechos). El FDE de Jaén también expone cómo los menores se utilizan para controlar a la madre en el ejercicio de la prostitución para pago de su deuda.

Resulta precisa una actuación conjunta de los centros de acogida de madres que atienden a mujeres extranjeras en situación administrativa irregular con niños a su cargo, la Fiscalía, CNP y Guardia Civil, y otras ONG para

detectar estas situaciones e intervenir de forma inmediata en aras a la protección del menor. En este sentido se han realizado reuniones con la Cruz Roja Española tanto a nivel central por la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado, como a nivel provincial en las que se ha establecido una buena coordinación según nos informan los FDE de Córdoba, Jaén y Sevilla.

4. Diligencias Preprocesales de determinación de edad (Art. 35.3 LOEX). Durante 2013 se ha incoado un total de 1.732 diligencias preprocesales de determinación de edad conforme al artículo 35.3 LOEX. Ha descendido su número en 241 diligencias lo que representa un 12'21% menos.

EXPEDIENTES DE DETERMINACIÓN DE EDAD (ART. 35.3 LOEX)											
INCOADOS (*)			RESULTADO						ARCHIVADOS		
			MENOR EDAD			MAYOR EDAD					
2011	2012	2013	2011	2012	2013	2011	2012	2013	2011	2012	2013
2.418	1.973	1.732	1.242	1.079	843	1.122	761	723	54	133	166
(*) En Murcia en unas mismas diligencias se han agrupado a varios MENA, criterio que ya se ha corregido. No incluimos en la estadística las 27 diligencias preprocesales incoadas y que, por pedir aclaraciones o ampliaciones del informe médico, no se han concluido el 31 de diciembre de 2013. Tampoco incluimos los decretos dictados por Fiscalía que confirman, modifican, o corrigen erratas o precisan datos como la fecha de nacimiento de decretos anteriores dictados por la misma Fiscalía.											

Melilla concentra el mayor número de diligencias realizadas en España (422=24'36%), seguida por Algeciras (231= 13'33%) y Ceuta (191=11'02%). El resto de la costa andaluza y murciana representan el 21'36% (370), mientras en Barcelona se ha alcanzado la cifra de 181 (10'45%), casi el doble que Madrid (103= 5'94%) o el País Vasco (85=4'90%).

En Almería (57'76%), Algeciras (62'33%) y Málaga (74'07%) han prevalecido los decretos de mayoría de edad. Por el contrario en Madrid (62'63%), Barcelona (75'29%), Asturias (87'17%) y Vizcaya (86'66%) se han decretado un mayor número de minorías de edad. En el resto de provincias con un número significativo de MENA los resultados han sido equilibrados.

En Melilla destaca el elevado número de archivos por incomparecencias del menor a la realización de las pruebas médicas (115 de 422).

El propósito prioritario de esta Unidad de Extranjería es conseguir la unidad de criterio en todas las Fiscalías territoriales en la labor de dirección del expediente de determinación de edad encomendada por el Art. 35.3 LOEX. Con esta finalidad se analizan todos y cada uno de los decretos dictados por los Fiscales territoriales de conformidad con la Instrucción FGE 1/2012, *sobre la coordinación del Registro de MENA*, comunicándose individualmente caso a caso las recomendaciones oportunas sobre las correcciones que deben llevarse a cabo en la elaboración o tramitación de los expedientes de determinación de edad y, particularmente, en el contenido de los decretos. Asimismo, existe una disponibilidad permanente de la Unidad de Extranjería de la FGE de atención y respuesta a cualquier consulta que se plantee, bien por vía telefónica, de correo electrónico o en el foro de FDE del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia.

No obstante, con vocación de mayor generalidad, ante los problemas jurídicos detectados en consultas formuladas por diversas fiscalías provinciales se han dictado por la Unidad de Extranjería Notas Internas dirigidas a los FDE que buscan fijar pautas de actuación homogéneas en todas las partes del territorio Nacional. Así, cabe citar por su especial relevancia la Nota Interna 1/2013, de 9 de enero, sobre recomendaciones a seguir por el fiscal en los procedimientos judiciales en materia de protección de menores en que se cuestione la determinación de edad de un supuesto menor por entrar en contradicción con la fecha de nacimiento que consta en un documento público extranjero.

Una cuestión especialmente problemática que se ha planteado en diversos territorios (Las Palmas, Murcia, Madrid) es la relativa a la competencia para tramitar y resolver sobre la determinación de la edad de internos en Centros de Extranjeros que manifiestan ser menores de edad. Algún Juez de Control de Estancias no sólo ha acordado la práctica de pruebas médicas dirigidas a determinar la edad sino también ha llegado interesar de la Policía el cese del internamiento. En este sentido tiene mucha importancia el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Auto 25 octubre de 2013) resolviendo un recurso de queja presentado por el FDE por el que se acepta la recurribilidad de los autos dictados por el Juez de Control de Estancia cuando queden al margen de las previsiones del artículo 62.6 LOEX (resolución de quejas y peticiones de los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales). La Sala considera que, en el caso analizado, las diligencias de determinación de edad que realicen los Jueces de Control de Estancia son recurribles ya que la decisión adoptada puede afectar a la competencia de otro órgano judicial. En este sentido precisa –como resulta evidente ex artículo 61 LOEX- que el único órgano para decidir sobre la adopción, mantenimiento o cese del internamiento es el Juez de Instrucción del lugar en el que se produjo la detención y autorizó el internamiento.

Durante el año 2013 se ha elaborado un boletín de jurisprudencia que recoge toda la doctrina judicial dictada entre los años 2010 y 2013 por el Tribunal Constitucional, Salas I, II y III del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales directamente sobre MENA o sobre aspectos que inciden directamente en su régimen jurídico, como el valor que debe darse a los documentos públicos extranjeros. En él se analizan, entre otros aspectos, los conflictos probatorios entre prueba médica y documentación, las garantías del expediente de determinación de edad, el régimen jurídico aplicable a los polizones, los procesos de repatriación y la doctrina sobre documentación del menor. Destaca en dicho boletín la doctrina del TC reflejada en los Autos Núm. 151/2013, de 8 de julio y Núm. 172/2013, de 9 de septiembre sobre el carácter vinculante para la Administración del Decreto del Fiscal de determinación de edad y la necesidad de que conste en dicho decreto la fecha de nacimiento del menor como parte del derecho a su identidad.

5. Expedientes de repatriación. Otro año más el procedimiento de repatriación se erige en una figura jurídica cuasi-ornamental con escasísima transcendencia práctica.

No hay constancia más que de la incoación de un solo procedimiento. El resto de las iniciativas repatriadoras se paralizan en la fase preliminar de

indagación y gestión ante las representaciones diplomáticas como paso previo a la incoación del expediente de repatriación o tras el correspondiente estudio de las circunstancias personales del MENA.

EXPEDIENTES DE REPATRIACIÓN DE MENAS COMUNICADOS A FISCALÍA								
INCOADOS			INFORMADOS POR EL FISCAL			EJECUTADOS		
2011	2012	2013	2011	2012	2013	2011	2012	2013
115	22	1	6	5	1	2	4	1

La única repatriación llevada a cabo durante el año 2013 fue la de una adolescente colombiana de quince años que residía en Navarra que quiso ser reagrupada con su madre en Colombia. Además de madre e hija informaron favorablemente a su repatriación los servicios públicos de protección y la Fiscalía Provincial de Pamplona.

A pesar de haberse presentado a las autoridades marroquíes por el Cuerpo Nacional de Policía una relación pormenorizada de MENA que podrían ser repatriados al amparo del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos *en el ámbito de la prevención de la inmigración ilegal de Menores Extranjeros No Acompañados, su protección y su retorno concertado* (firmado en Rabat el 6 de marzo de 2007 y aprobado por el Consejo de Ministros el 18 de marzo de 2008 que ha sido publicado en el BOE el 22 de marzo de 2013), al día de hoy no se ha obtenido respuesta alguna.

6. Registro de MENA. Durante el año 2013 se ha ido consolidando el sistema de control y coordinación del Registro MENA siguiendo las pautas definidas por la Instrucción FGE 1/2012. Todavía hay que estar en alerta frente a los errores o deficiencias que su aplicación diaria produce. Sin embargo, en términos generales, el modelo implantado funciona razonablemente bien. Tanto es así que ha sido considerado como referencia de primer orden para los agentes de otros países de nuestro entorno con problemática común y con competencias en materia de MENA.

Tres son los mecanismos claves que han permitido alcanzar dichos resultados: Primero, la existencia de una Policía de Enlace con la Comisaría General de Extranjería que, entre otras funciones, lleva a cabo un examen exhaustivo y permanente de todos los decretos de determinación de edad dictados por las Fiscalías territoriales comprobando su correcta grabación en el Registro de MENA. Segundo, las diversas reuniones de coordinación que periódicamente se celebran entre las diferentes Fiscalías y las autoridades policiales, a las que asisten eventualmente los servicios públicos de protección correspondientes, vertebrando el triple eje institucional sobre el que recae los aspectos sustanciales de la intervención sobre los MENA. Dichas reuniones son el cauce en el que se exteriorizan los diversos problemas que pueden afectar al debido suministro de información al Registro y determinan las pautas a seguir para resolverlos. Tercero, en ocasiones, se dictan por la Fiscalía Notas Internas o dirigidas a otras instituciones que buscan asegurar el correcto funcionamiento del Registro. Tal es el caso, por ejemplo, de la Instrucción de la Fiscalía Superior de Madrid 1/2013, de 28 de mayo, *sobre coordinación para el registro de los datos de menores extranjeros no acompañados*; o la Nota Interior 2/2013, de 4 de junio, de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía

General, dirigida a los FDE en que se exponía la detección de una serie de anomalías que resultaba preciso solventar para asegurar o facilitar la grabación de los decretos en el Registro.

Al finalizar el año 2013 se ha logrado que desaparezcan zonas territoriales opacas o en penumbras para el Registro. Merece resaltarse el esfuerzo desarrollado por la Fiscalía Provincial de Barcelona, Policía Nacional, Mossos d'Esquadra y los demás agentes institucionales en el volcado de información al Registro. Así, de los 30 menores que constaban en el Registro en el año 2012 dependientes de los servicios públicos de protección de Cataluña se ha pasado a 233 MENA grabados en el año 2013.

Las verdaderas disfunciones son de carácter tecnológico. Siguen siendo numerosos los problemas de compatibilidad entre los sistemas informáticos de alguna Fiscalía y el fichero policial ADEXTRA; esto provoca que el Fiscal carezca de la posibilidad de consultar directamente el Registro y deba acudir necesariamente al auxilio de la Brigada de Extranjería. Tampoco en todos los territorios existe una posibilidad de cotejo inmediata y durante las 24 horas del Registro MENA. No obstante, actualmente los tiempos medios de respuesta son razonables y no dilatan la tramitación del expediente de determinación de edad.

7. Documentación. La Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado durante el año 2013 ha contribuido a la formación de criterios unificados de los FDE en materia de documentación de MENA mediante la emisión de un Dictamen interesado por el FDE de Málaga (Diligencias de seguimiento Núm. 2259/2013) sobre la necesidad de deslindar la actividad de identificación del MENA de la actuación de documentación de dicho MENA, la inaplicabilidad del plazo máximo de duración del procedimiento de repatriación del MENA a la solicitud del ente de protección de autorización inicial de residencia y la no necesidad de agotar los plazos del procedimiento de asilo para iniciar el proceso de documentación.

A instancia del FDE de Córdoba, conjuntamente con la Fiscalía de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, se ha elaborado un modelo de recurso de reposición administrativo y demanda contencioso administrativa, cuando hubiera intención de recurrir la denegación de la autorización de residencia de un MENA por el Delegado o Subdelegado de Gobierno. Por cierto, en el caso cordobés, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Núm. 3 de Córdoba (Autos PA 230/12) estimó en su totalidad el recurso del Fiscal. En el otro recurso de reposición interpuesto –en este caso por la Fiscalía de La Rioja- si bien fue desestimado por la Delegación de Gobierno de la Rioja, lo cierto es que se procedió de manera inmediata a documentar al menor con lo que no fue preciso acudir a la vía judicial.

## **5. Fiscales de Extranjería y Registro Civil.**

1. La utilización institución matrimonial con el único propósito de beneficiarse de las ventajas que la Ley de Extranjería otorga al extranjero no comunitario que contrae matrimonio con un ciudadano español se proyecta de manera distinta en el área del derecho civil y en el ámbito penal.

Siguen provocando importantes problemas la realización de la audiencia reservada de los contrayentes tal y como hemos advertido en memorias anteriores.

Existe en la materia de los matrimonios simulados un importante reto de coordinación interinstitucional que las Fiscalías provinciales han superado con éxito: a) destaca la labor realizada por las unidades de la UCRIF del Cuerpo Nacional de Policía, en un doble sentido: como mecanismo de comunicación a Fiscalía, bien al servicio de extranjería o a las secciones civiles, de aquellos expedientes matrimoniales sobre los que recaen sospechas de fraude y, de otro practicando las diligencias que el Fiscal precisa para comprobar la realidad del fraude, en particular investigando si los contrayentes conviven juntos y aportando una serie de datos como fecha de la boda, lugar de nacimiento, la edad; b) es permanente la coordinación con los registros civiles que comunican a Fiscalía las sospechas que advierten y facilitan los documentos originales que el Fiscal precisa para interponer la demanda de nulidad matrimonial; c) resulta clave la coordinación dentro de la Fiscalía entre el Fiscal, normalmente de civil o el que tiene asignado el Registro Civil que estudia el expediente y decide interponer la demanda con el Fiscal que va a asistir a la vista, pudiendo coordinarse para que sea el Fiscal especializado que ha estudiado el asunto quien vaya a juicio si los señalamientos son exclusivamente de nulidades matrimoniales. Dicha coordinación debe extenderse a las Fiscalías de área cuando, como ha ocurrido ocasionalmente, el Juez que conoce de la demanda, contra el criterio de Fiscalía, haya remitido el asunto a los Juzgados del territorio donde se encuentra el domicilio del contrayente.

En la esfera penal, resulta problemática la persecución penal de estos delitos. Las Fiscalías provinciales insisten en la dificultad de ubicar estas conductas dentro de algunos de los tipos penales vigentes y los numerosos archivos que se producen en sede de instrucción en los procedimientos judiciales iniciados por atestados de la UCRIF. La Fiscalía de Barcelona manifiesta que la sección de civil está valorando los criterios que deben seguir los Fiscales adscritos a los Juzgados de Instrucción para que puedan prosperar dichos atestados.

La Unidad de Extranjería de la Fiscalía General dentro del boletín semestral que realiza sobre el delito de inmigración ilegal del Art. 318 bis CP incluye un apartado específico sobre los matrimonios simulados, recogiendo los aspectos sustantivos y procesales más relevantes de la doctrina judicial en esta materia.

2. Durante el año 2013 se han multiplicado la incoación de expedientes de adquisición de nacionalidad como consecuencia del plan intensivo de agilización emprendido por el Ministerio de Justicia para desatascar el volumen de este tipo de asuntos acumulados entre los años 2009 y 2012. Hasta tal punto se han llegado a colapsar los Registros que en Madrid se ha formulado citaciones al interesado para noviembre de 2016.

Dos son los trámites decisivos en el expediente de nacionalidad. El examen de la documentación aportada por el peticionario que se ha simplificado sensiblemente al no hacerse exigible que deba incorporar inicialmente los antecedentes penales o el certificado de la Policía Nacional que acredite la situación del promotor en España. Esta simplificación ha comportado que la labor de la Fiscalía se haya centrado en examinar los documentos del Estado

de origen del solicitante y otros que acrediten sus medios de vida, además de investigar si cuenta con alguna sentencia dictada o procedimiento penal incoado por los juzgados, pero sin poder emitir normalmente un informe definitivo ante la carencia de estos dos documentos, por lo que el informe del Fiscal se realiza precisando que deben quedar cumplimentados y acreditados en la ulterior fase ante la Dirección General de los Registros y del Notariado los requisitos de residencial legal y falta de antecedentes judiciales o policiales cuando dichos extremos, en particular el de la conducta incívica, no se ha podido acreditar por la labor investigadora específica desarrollada por el Fiscal.

La específica vía seguida para adquirir la nacionalidad obliga a examinar otros documentos. Es el caso de los menores que por opción solicitan la nacionalidad española por estar sujetos a la patria potestad de un español del Art. 20.1.c) CC. Hay que comprobar que la documentación y certificados que acreditan que son respectivamente padres e hijos es correcta y prestar especial atención a los supuestos en que algunos promotores ya cumplieron los 18 cuando a sus progenitores se le concedió la nacionalidad española, dado que en ese caso nunca habrían estado sujetos a la patria potestad de un español.

El otro gran momento por el que se desarrollan estos expedientes es la práctica de las audiencias reservadas practicadas por los encargados del Registro Civil dirigidos a verificar el grado de arraigo del solicitante de nacionalidad. En dicha audiencia se valora si el promotor del expediente habla y entiende la lengua castellana o autonómica, si se relaciona con personas del país, si está adaptado a las costumbres y modo de vida españoles y si tiene un conocimiento suficiente de la vida política, social y cultural de España en particular de los principales protagonistas de nuestro sistema político, problemática actual del país y su conocimiento de medios de comunicación españoles. En algunas ocasiones se ha informado de forma negativa por falta de medios del promotor/a para vivir en España, situación frecuente en la actualidad. También se ha informado negativamente por unos resultados académicos pésimos.

Ha subsistido durante el año 2013 el problema para poder determinar la nacionalidad española de personas de origen, en particular la dificultad para acreditar la identidad de los solicitantes y el reconocimiento de la validez de la documentación de la denominada República Árabe Saharaui Democrática que se aporta en estos expedientes.

Como en años anteriores, se siguen apreciando irregularidades en la documentación, tanto española como extranjera, aportada en expedientes promovidos por ciudadanos cubanos para la adquisición de la nacionalidad española. Ejemplo de la importancia de los consulados españoles para la detección del fraude es la actuación del Consulado General de España en Bolivia, que informa a las autoridades españolas de la posible falsedad de los documentos de los registros civiles locales que se presentan para tramitar expedientes en el registro civil español.