

## 7.4 Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería

### 7.4.1 INTRODUCCIÓN

1. Un año más, en las líneas que siguen, trataremos de reflejar la actividad desarrollada por los Fiscales especialistas en el ámbito del derecho de la extranjería según el cúmulo de competencias atribuidas por los distintos instrumentos de la Fiscalía General reguladores de nuestra función que se extiende tanto por los órdenes jurisdiccionales ordinarios –con excepción de la militar– como especializados (vigilancia penitenciaria o registro civil).

A treinta y uno de diciembre de 2011, han sido 111 los Fiscales que han llevado a cabo esa función en las distintas Fiscalías provinciales y en las Fiscalías de la Audiencia Nacional y Antidroga.

2. La regla general sigue siendo que los FDE compatibilizan este cometido con otros (adscripción a uno o varios Juzgados de Instrucción de la provincia, celebración de juicios ante los Juzgados de lo Penal, Audiencias Provinciales o Tribunales del Jurado, atención a los servicios de guardias, o la asunción de alguna otra delegación distinta de la extranjería).

Por ello la labor de coordinación atribuida a los FDE en sus respectivos territorios se verifica de formas diversas, intensificando los contactos y reuniones con los Fiscales encargados del despacho de los asuntos, respondiendo a cuantas consultas se plantean por los mismos y girando notas internas para unificación de criterios<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Esta solución que resulta aceptable en provincias con escasa incidencia del fenómeno de la extranjería, no parece, sin embargo, la más adecuada en otras en las que por la especial complejidad que presenta este fenómeno –como es el caso de Cádiz, Málaga o Barcelona– quizás fuera necesaria una mayor adscripción de Fiscales o, en su caso, la atribución en régimen de exclusividad de la función al FDE. Solamente la FDE de Madrid, Ilma. Sra. doña Beatriz Sánchez Álvarez, desarrolla su función en régimen de exclusividad, hecho por el que merece una especial mención el esfuerzo de la jefatura provincial al apostar por esta solución, que ha generado un auténtico vuelco en la labor de coordinación institucional con excelentes resultados. Hay que destacar igualmente el patente mejoramiento que se ha producido en la Fiscalía Provincial de Barcelona, en la que si bien sólo existe un Fiscal encargado de la sección de extranjería, el Ilmo. Sr. don Fernando Rodríguez Rey, se ha logrado por primera vez en los últimos años que la Sección goce de cierta estabilidad e indudable eficacia en su funcionamiento. Como el mismo afirma *ello ha permitido consolidar el esquema organizativo diseñado en el último trimestre del año 2010 mediante numerosas notas internas que se fueron dictando para la creación de un circuito interno de comunicación y transmisión de información y documentos entre las distintas oficinas de la Fiscalía y la propia Sección de Extranjería. Creado este circuito, al inicio del año 2011 se elaboró por la Sección y se aprobó por la Jefatura la Nota de Servicio Núm. 1/2011 que fija y delimita las concretas competencias y funciones a desarrollar por la Sección; Nota que ha sido completada por otras posteriores destinadas a ampliar el catálogo de delitos competencia de la Sección extendiéndolo al delito de mendicidad de los artículos 232 y 233 del Código Penal y al despacho de la totalidad de las ejecutorias y expedientes relacionados con la*

La mayor parte de los FDE han tenido que realizar un extraordinario esfuerzo para compensar las carencias de personal auxiliar y las limitaciones de medios materiales<sup>5</sup>. Especialmente preocupante es la insuficiencia del sistema informático instaurado tanto por su dependencia del registro judicial<sup>6</sup> como por su inadecuación a las exigencias de nuestra especialidad<sup>7</sup>.

---

*aplicación de la expulsión sustitutiva parcial del último tramo de la pena actualmente regulada en el artículo 89.5 del Código Penal.*

<sup>5</sup> En lo referente a la dotación de personal administrativo y de gestión, no hay una sola fiscalía en toda España en la que exista un solo funcionario adscrito en exclusividad a la sección de extranjería. En algunas provincias como es el caso de Castellón, sencillamente la FDE no cuenta con personal auxiliar de clase alguna, ocupándose ella personalmente y las fiscales que con ella colaboran, del registro y tratamiento, por supuesto manual y doméstico, de los datos. En este sentido, algunos FDE (Málaga, Almería, Huelva, Córdoba, Cuenca entre otros) expresan su profunda preocupación porque el aumento de atribución de competencias al Ministerio Fiscal y su nuevos cometidos derivados del principio de especialización con la creación de Secciones Especializadas (Cooperación Jurídica Internacional, Extranjería, Urbanismo, Delincuencia Económica, Delitos informáticos, Anticorrupción, Siniestralidad Laboral y Seguridad vial) no haya sido acompañado de un aumento de los medios personales en lo que a la tramitación se refiere, imprescindible para poder soportar la actual carga de trabajo y cumplir con las exigencias de registro y llevanza de asuntos. La escasez de determinados medios es puesta de manifiesto por el FDE de A Coruña: *«en cuanto a medios materiales, las carencias son claras y son las comunes de otras Secciones y otras Fiscalías. No existiendo ningún sitio realmente adecuado para recibir a los agentes de la Brigada de Extranjería, personal de la Xunta, gente de ONGs, que, con cierta frecuencia mantienen contacto con el presente Fiscal, no existiendo ni siquiera un despacho individual para poder llevar a cabo tales reuniones».*

<sup>6</sup> Como señalan los FDE de Zaragoza, Barcelona, Gerona, Málaga, Soria o Cuenca, la falta de rigor en el registro de los expedientes y procedimientos incoados relativos a nuestra especialidad, se acredita cuando los funcionarios de los Juzgados por no saber encuadrarlos en un primer momento los denominan *«delitos sin especificar»*. El FDE de Cádiz llama la atención de que esta falta de rigor *conduce a resultados patológicos al observar cómo bajo el epígrafe «delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros» pueden haberse registrado casos de delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros y viceversa y como existe también confusión en el registro de los delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros que a veces incorporan datos propios de delitos asociados con la siniestralidad laboral*. En este mismo sentido el FDE de Málaga afirma *«cómo esta falta de rigor ha conducido a confundir delitos de prostitución con delitos de trata de seres humanos y viceversa y como se ha observado igualmente confusión entre delitos de trata de seres humanos con fines de explotación laboral y delitos contra los derechos de los trabajadores».*

<sup>7</sup> Las memorias de los FDE reflejan de forma unánime la falta de adecuación del sistema informático implantado a las necesidades de nuestra especialidad (Almería, Córdoba, Huelva, Granada Cádiz, Málaga, Sevilla, Jaén, Teruel, Huesca, Baleares, Albacete, Cuenca, Segovia, Gerona, Cáceres, Barcelona, Orense, Lugo, Pontevedra, Madrid, Navarra, Valencia, Castellón). Por poner un ejemplo, algo tan elemental como la intervención del Ministerio Fiscal en las autorizaciones de internamiento cautelar en CIE no tiene acceso al sistema Fortuny, así como tampoco la intervención del Ministerio Fiscal en expedientes de registro civil que afectan a la especialidad de extranjería. El Ilmo. Sr. don Álvaro Conde, FDE de Cádiz, es sumamente expresivo señalando ejemplos concretos *«la Fiscalía de Área de Ceuta, ya tiene aplicación informática Fortuny, pero cuando se hace alguna consulta por el Fiscal Delegado aparece que la consulta no generó ningún resultado»*. Por su parte el FDE de Granada pone de manifiesto como la aplicación Fortuny *«impide registrar un asunto en más de una especialidad, verbi gracia, cuando un ciudadano extranjero en situación de ilegalidad participa presuntamente como autor*

Gracias a ese ímprobo esfuerzo, los cuadros estadísticos y la información que incorporamos en esta exposición tienen un alto grado de fiabilidad pues recogen los datos contrastados por los FDE según los relacionan en sus respectivas memorias provinciales o en los informes semestrales que nos remiten.

3. Seguidamente, de manera muy sucinta, relataremos la actividad desplegada por los FDE en los procedimientos penales propios de su especialidad (trata de seres humanos, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, prostitución coactiva, delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros y alguna modalidad de los delitos falsarios documentales); la expulsión del territorio español como medida sustitutiva del proceso penal o de la pena (art. 89 CP); se dedicarán especiales apartados a explicar la intervención del Ministerio Fiscal en los expedientes de determinación de la edad y repatriación de los menores extranjeros no acompañados (en adelante MENAs) (art. 35 LOEX); su actuación en los expedientes de privación de libertad de extranjeros como medida cautelar y las acciones de control de Centros de Internamiento de Extranjeros (en adelante CIES) (art. 62 LOEX); y, se abordarán cuestiones de naturaleza civil resultantes de la intervención del Ministerio Fiscal en expedientes de registro civil con elemento extranjero, especialmente adquisiciones de la nacionalidad española o expedientes matrimoniales en casos sospechosos de fraude, que en los últimos tiempos, se han convertido en foco de especial atención.

Sin embargo, con carácter previo, conviene adelantar que durante el año 2011 se ha producido una serie de modificaciones normativas sobre nuestro ámbito de actuación que deben ser muy positivamente valoradas.

En primer lugar, debemos recordar la modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración

---

*o como cómplice o bien es víctima de un hecho delictivo susceptible de tipificarse como constitutivo de un delito contra la seguridad vial, o de violencia de género...».* En algunas Fiscalías como las de Ciudad Real, León y Palencia, la necesidad de contar con un sistema fiable ha motivado la creación de sistemas de registro y seguimiento autónomos y específicos para la sección de extranjería, que funcionan de manera ejemplar dadas las ventajas que ofrecen fiscalías de tamaño intermedio en las cuales la comunicación personal entre los miembros de la plantilla es posible. Al igual que en años anteriores merece una especial mención, el sistema ideado por la Fiscalía de León que a través de un programa, elaborado en base Access-97 de Microsoft, en apenas 75 apartados organizados en 6 tablas debidamente relacionadas, cumple de forma modular con el registro de todas las materias propias de la Extranjería. Dada su utilidad se procederá a colgar de la página Web [fiscal.es](http://fiscal.es) la exhaustiva explicación que en cuanto a su funcionamiento realiza la FDE y que por su extensión y carácter técnico, no resulta posible recoger aquí.

social (LOEX) llevada a cabo por la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio. Esta Ley ha ampliado las medidas de protección a las mujeres víctimas de violencia de género y a las víctimas de trata de seres humanos que decidan denunciar al maltratador o al explotador.

En segundo lugar, hay que valorar muy positivamente la publicación del nuevo Reglamento de Extranjería aprobado por RD 557/2011, de 20 de abril (REX). En él, como aspectos más destacables nos interesa subrayar que ejecuta de manera muy precisa y ajustada a las exigencias de nuestro derecho constitucional y al derecho internacional vinculante para España tres materias de trascendente importancia. Por una parte, desarrolla el artículo 59 bis LOEX en materia de protección de víctimas de trata de seres humanos, con la previsión –ya cumplida– de la elaboración de un Protocolo Marco de Protección de Víctimas de Trata de Seres Humanos en el que se deben recoger las bases de coordinación y actuación de las instituciones y administraciones con competencias relacionadas con la identificación, derivación y protección de aquellas (art. 140 REX). Desde otra perspectiva, siguiendo lo ordenado por el artículo 35 LOEX, regula minuciosamente los expedientes de determinación de edad y los procedimientos de repatriación de los menores extranjeros no acompañados (MENA) mejorando el régimen jurídico anterior regulado por el artículo 92 del Reglamento derogado (arts. 189 y ss REX). Por fin, orientado por el mismo propósito de dar mayor efectividad al sistema, se atribuye a la Fiscalía General del Estado la nueva responsabilidad de coordinar el Registro de MENA que se localiza en la Dirección General de la Policía (art. 215 REX).

No puede acabarse este apartado de la Memoria sin recordar que el día 2 de noviembre de 2011 el Fiscal General del Estado aprobó la Circular 5/2011 *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, dirigida a establecer la unidad de criterio del Ministerio Fiscal en la interpretación y aplicación del delito de trata de seres humanos tipificado en el nuevo artículo 177 bis CP así como de los delitos de explotación normalmente a ella vinculados (prostitución coactiva del art. 188 CP y delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros del art. 312 CP), la exégesis del artículo 318 bis CP (sobre los delitos de favorecimiento de la inmigración clandestina), y la delimitación del nuevo régimen jurídico de la expulsión judicial del extranjero en situación de irregularidad como medida sustitutiva de la pena privativa libertad impuesta en causa criminal (art. 89 CP).

#### 7.4.2 ACTIVIDAD DE LOS FISCALES ESPECIALISTAS DE EXTRANJERÍA EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN PENAL

1. Esta Circular, siguiendo las bases marcadas por la Instrucción 5/2007 FGE, atribuye a los Fiscales especialistas en extranjería la responsabilidad de coordinar la actividad del Ministerio Público en la persecución de aquella pluralidad de delitos, fundándose en unos casos en el hecho de que los sujetos pasivos lo constituyen normalmente los ciudadanos extranjeros (trata de seres humanos y prostitución coactiva) –estando en la Ley Orgánica 4/2000, *sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España* (LOEX) el régimen específico de su protección (art. 59 bis LOEX)– y, en otros, por constituir la *extranjería* uno de los elementos configuradores del tipo (delitos de los arts. 312 y 318 bis CP).

El año 2011 es el primero en el que podemos disponer de cifras relativas a la cuantificación de los procedimientos judiciales incoados en todo el territorio nacional por el delito tipificado en el artículo 177 bis CP. Las Diligencias Previas incoadas (en total 64) representan un número importante si tenemos en cuenta la gravedad del delito de trata de seres humanos. En su mayoría lo han sido respecto de la modalidad de explotación sexual (92,18 por 100). Se encuentran en tramitación un 78,12 por 100, habiéndose archivado –especialmente por haberse inhibido a otro Juzgado– el 21,87 por 100 de ellas, todas en relación con los delitos de trata con fines de explotación sexual.

#### DILIGENCIAS PREVIAS POR DELITOS DEL ARTÍCULO 177 BIS CÓDIGO PENAL (\*)

Explotación sexual			Explotación laboral/ mendicidad		
Incoadas	Archivadas (**)	En tramitación	Incoadas	Archivadas	En tramitación
59	14	45	5	0	5

(\*) La información que reflejamos proviene de los informes incorporados en las respectivas memorias elaboradas por los FDE provinciales en las que relacionan los procesos efectivamente controlados por ellos, especificando en muchos casos de manera pormenorizada los datos concernientes al Juzgado instructor, número identificativo de las correspondientes Diligencias Previas incoadas, situación procesal en que se encuentran e, incluso, señalando muchas veces las circunstancias características de los hechos perseguidos.

(\*\*) Transformadas, inhibidas o sobreseídas.

Dado que el artículo 177 bis CP entró en vigor en diciembre de 2010, durante el año 2011 no ha concluido ninguna instrucción judicial por lo que todavía no se ha formulado ningún escrito de acusación por el nuevo delito de trata de seres humanos.

Al margen de los procedimientos judiciales incoados en persecución de ese delito, por los FDE se han abierto durante el año 2011 hasta un total de 31 Diligencias de Investigación del artículo 5 EOMF.

Obviamente, por el momento procesal en que se encuentran las investigaciones –buen número de ellas judicialmente declaradas secretas–, no nos es posible reseñar ningún dato relevante sobre su contenido que pusiera en riesgo el buen fin de instrucción o la seguridad y protección de las presuntas víctimas. No obstante, se puede indicar que se están indagando episodios típicos de trata de la más variada naturaleza, tanto los llevados a cabo por grupos organizados u organizaciones criminales como por personas individuales; supuestos de explotación de mujeres adolescentes llevados a cabo por sus propios familiares como por extraños; captación, traslado y explotación de la víctima a través de casi todos los medios comisivos típicos; y, en relación con víctimas procedentes de cuatro continentes.

Cuatro de los procedimientos incoados por trata con fines de explotación laboral tienen que ver con la captación engañosa de ciudadanos del este de Europa para explotarlos en trabajos agrícolas (como temporeros en la recogida de fruta). El otro supuesto afecta a una víctima del norte de África trasladada a España para ser dedicada al servicio doméstico en régimen de servidumbre.

Según informan los FDE a 149 mujeres presuntas víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación sexual se les ha hecho ofrecimiento directo para acogerse a las previsiones del artículo 59 bis LOEX (periodo de reflexión, régimen de residencia excepcional y protección integral) habiéndolo aceptado sólo 24 de ellas (16,10 por 100). El índice de aplicación del referido precepto es todavía muy reducido, teniendo que ver con la tardía aprobación del Protocolo Marco de Protección de Víctimas de Trata<sup>8</sup>.

El mayor número de los procedimientos incoados lo han sido por denuncia de la propia víctima (directamente o a través de ONGs) tras su identificación por las fuerzas policiales en los controles efectuados en los lugares donde son explotadas<sup>9</sup>. Este es el motivo por el que en

---

<sup>8</sup> Uno de nuestros objetivos prioritarios a cumplimentar durante 2012 consiste en el desarrollo provincial de los correspondientes protocolos de protección que facilitarán enormemente la efectividad del artículo 59 bis LOEX. Hasta entonces por los Cuerpos y Fuerza de Seguridad se están aplicando los protocolos preexistentes (Galicia), incluso de manera supletoria el propio Protocolo Marco.

<sup>9</sup> Según se deriva de la información facilitada por el Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO) en relación con los delitos de explotación sexual se han llevado a cabo 2.375 inspecciones en lugares donde se ejerce la prostitución por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado durante el año 2011. Esto es, la investigación se inicia normalmente tras la

demasiadas ocasiones el testimonio de la víctima –en situación de extrema vulnerabilidad– constituye la única prueba de cargo eficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. Ello tiene graves consecuencias para el buen éxito de la futura acusación, sobre todo teniendo en cuenta que la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales es un instrumento patentemente deficiente –incluso contraproducente– para enfrentarse a este tipo de delincuencia organizada transnacional <sup>10</sup>.

El FDE de Málaga explica en su Memoria como debe reconducirse las pesquisas de éste tipo delincuencia transnacional. De manera telegráfica podemos resumir su proposición de la siguiente manera: que se lleve a cabo la debida modificación de la Ley Enjuiciamiento Criminal en la que se atribuya al Ministerio Fiscal la investigación criminal, por cierto –añadimos nosotros– única institución que en el ámbito de la Administración de Justicia está en condiciones de alcanzar el suficiente grado de especialización que le cualifique como *experto* en la lucha contra la esclavitud del siglo XXI según exigen los distintos organismos internacionales comprometidos en su erradicación; que se potencien determinados medios de investigación <sup>11</sup>, hoy patentemente infrautilizados; que se amplíen las pesquisas a las actividades paralelas desarrolladas por los tratantes, siempre en coordinación no sólo con las distintas policías que intervienen en cada caso, sino también del personal altamente cualificado que coadyuvan en su

---

detección de mujeres en situación de riesgo (14.370 personas) de las que han sido identificadas efectivamente como víctimas de explotación sexual 1.082.

<sup>10</sup> En efecto son muy comunes no sólo las retractaciones provocadas por el miedo a los explotadores (sobre todo cuando, al estar integrados en grupos organizados, cuentan con suficientes medios para mantener en constante presión psicológica a los afectados durante el curso de la instrucción hasta la celebración del juicio oral), sino también son numerosísimas las huidas y deserciones de las víctimas que desconfían del aparato policial y judicial del Estado. Por esta razón se ha generalizado por los Fiscales la petición de la practica de prueba testifical preconstituida de la presunta víctima, aunque seamos conscientes de que su eficacia es mucho menor de lo que algunos operadores jurídicos pregonan.

<sup>11</sup> *Intervenciones telefónicas, la vigilancia y seguimiento de personas y de cosas, la búsqueda de información en base de datos e Internet, el rastreo de telecomunicaciones, la interceptación y grabación de otras formas de telecomunicación, la inspección de lugares públicos, la Interceptación del correo postal, la tele vigilancia, así como de aquellos medios de investigación válidos específicos en la trata de personas como la recopilación y análisis de información confidencial (combatir a los tratantes sin denuncias ni pruebas de las víctimas) basado en el principio de comercialización del producto –si se puede localizar a la víctima se puede localizar a los tratantes. Del mismo modo, que deben explorarse: la investigación financiera paralela; las entregas vigiladas; la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas; órganos mixtos de investigación; un tratamiento del delincuente colaborador: informantes o testigos (mitigación de la pena o inmunidad judicial), operaciones y vigilancias, etc.*

persecución (Inspectores de Hacienda, Trabajo, etc.)<sup>12</sup>; y, por fin, incrementar el uso de los distintos instrumentos internacionales destinados a combatir ese crimen, especialmente a través de la cooperación jurídica internacional, esforzándose en salvar muchos de los obstáculos existentes<sup>13</sup>.

En definitiva se trataría de fortalecer los tres grandes métodos de investigación suficientemente conocidos y desarrollados por la técnica policial: la investigación *reactiva* (sobre la base de los testimonios de las víctimas), la investigación *proactiva* (originada desde la información confidencial<sup>14</sup> sobre la base de actuaciones policiales<sup>15</sup>)

---

<sup>12</sup> *Las investigaciones financieras paralelas y la utilización de técnicas especiales de investigación pueden producir también resultados apreciables, en particular cuando equipos conjuntos de investigación aplican estos métodos de manera sistemática. Ello se completa con la transmisión de información confidencial entre los Estados y en ocasiones con la colaboración de los delinquentes. Todos estos medios deben de tener siempre presente el deber de respetar y proteger los derechos de las víctimas de la trata. En cuanto a la investigación financiera paralela parte de la premisa de que «el que sigue la pista al dinero, encuentra a los traficantes». El delito gira todo él en torno al dinero, la trata es un delito que toma tiempo emprender y desarrollar. Por lo tanto se convierte el delito en un estilo de vida.*

<sup>13</sup> *En muchos Estados hacen falta reformas legislativas, tanto de carácter sustantivo como de procedimiento para que la trata de personas y los delitos conexos sean considerados delitos graves. Se depende de pruebas obtenidas en el extranjero, de intérpretes y traductores adecuados. En ocasiones falta la debida colaboración por parte de los países de procedencia. Existe una añadida dificultad para identificar a las víctimas al faltar personas especializadas en dicho cometido. Las estrategias razonables para vencer dichos obstáculos pasan por propiciar entre todas una mejor cooperación jurídica internacional, utilizando los instrumentos existentes, colaborando de manera eficaz con los servicios de asistencia a las víctimas y estableciendo medidas más vigorosas de protección a los testigos y finalmente realizando una adecuada capacitación. Para abordar eficazmente su lucha debemos aplicar estrategias globales basadas en los derechos humanos, especialmente para las víctimas que tienen que ser atendidas, que tengan en cuenta fundamentalmente (salvo excepciones) el carácter transnacional del problema... Existen problemas de Cooperación jurídica internacional, así la concurrencia de diversos sistemas sustantivos y procesales, la insuficiencia de medios, el desconocimiento y desconfianza mutua, la falta de especialización, la afección de material sensible de la soberanía –dado que en muchos de los países sus ordenamientos jurídicos con matizaciones, suelen establecer el principio de extraterritorialidad en la persecución de estos delitos, o al menos de perseguirlos fuera de las fronteras si se dan ciertas condiciones, así, sirva de ejemplo, en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile Colombia, Costa Rica, España, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay y República Dominicana.*

<sup>14</sup> *La información confidencial en el plano operativo puede ofrecer igualmente un buen resultado en la investigación de éste tipo de delitos como: los medios de captación (engaño, coacción, rapto, etc.), los medios de publicidad (transmisión boca a boca, medios de publicidad, impresos), los documentos de identidad falsificados (elaboración y adquisición), los títulos falsos de derecho a visado (preparación y adquisición), los documentos de viaje (método de pago utilizados y localización de los agentes), las rutas y medios de viaje (rutas seguidas, modalidad de transporte), el alojamiento en pisos francos (localización y suministro), los medios de comunicación (correo electrónico, teléfonos móviles y aparatos de fax), la inteligencia financiera (operaciones con relación a todas las actividades mencionadas), la Información detecciones y servicios consulares de visados, información de líneas aéreas y agencias de viajes).*

<sup>15</sup> *Consiste en la investigación, detención y enjuiciamiento satisfactorios de los traficantes sin tener que depender de la cooperación de la víctima. Cuando no se cuenta con la denuncia de*



y la investigación de *desarticulación* (opción basada en la actuación policial cuando ninguna de las otras dos opciones resulta indicada)<sup>16</sup>.

Es evidente que hay que mejorar y potenciar todos los instrumentos y estrategias de investigación. Para ello en España contamos –de lo que damos fe en este momento– con un buen número de especialistas policiales –tanto en la UCRIF como en la Guardia Civil– dotados no sólo de excelente cualificación técnico profesional, sino también provistos del grado de sensibilización y compromiso personal que exige la persecución de este gravísimo crimen. Pero, por buenas que sean las estrategias diseñadas e inmejorables los funcionarios públicos que las lleven a la práctica chocarán con una serie de obstáculos insalvables derivados, en última instancia, de la indiferencia social («*invisibilidad de la trata*») que se traduce en la aceptación sin límites ni control de cualquier actividad vinculada al proxenetismo en general, o de la *intermediación lucrativa* en el *comercio sexual*, en particular.

La admisión pura y llana de la figura del comerciante sexual (individual o colectivo) y la proliferación de establecimientos u otros lugares en donde se lleva a cabo el incontrolable comercio sexual de mujeres, determina que –dada la mecánica comisiva de los delitos de trata y sus características criminológicas– queden encubiertos multitud de casos en que el ejercicio de la prostitución o es impuesto *ab initio* a la mujer a modo de esclava sexual, o, incluso habiendo prestado inicialmente su consentimiento, es posteriormente sometida por

---

*la víctima o con la colaboración de la misma, no queda otra opción que recurrir a una combinación de información confidencial, vigilancia por medios humanos y técnicos, actuaciones encubiertas y técnicas habituales de investigación para que los investigadores puedan identificar a los traficantes y garantizar su incriminación efectiva. El empleo de ésta opción consiste en el reconocimiento por parte de los órganos encargados de hacer cumplir la ley, de las dificultades reales que enfrentan a las víctimas de la trata, que tal vez no deseen prestar declaración en su contra. En Esta opción si se examina el delito desde una perspectiva comercial resulta efectiva. Los traficantes pueden variar su «modus operandi», modificar sus rutas, cambiar de identidad y utilizar una variedad de tácticas para conseguir los máximos beneficios, pero hay un aspecto del delito al que no pueden sustraerse si desean que el negocio sea rentable y es la necesidad de comercializar el producto. Este imperativo comercial constituye un talón de Aquiles para los tratantes. Si un investigador sabe donde buscar siempre podrá descubrir y localizar el trabajo forzado o la explotación sexual que son la base misma del delito; y si se puede localizar a la víctima se puede localizar a los tratantes. El acoso a los tratantes debe ir dirigido a elevar el peligro que los mismos deben correr en sus operaciones, haciendo que sus negocios ilegales no sean rentables y reduciendo las oportunidades de que exploten a determinadas comunidades.*

<sup>16</sup> Muchas de estas consideraciones en materia de *prueba* se discutieron en el curso sobre «*Delincuencia organizada: la Trata de Personas*» que tuvo lugar en la Ciudad de Cartagena de Indias en julio del año 2011 organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, La Fiscalía General del Estado y el Ministerio de Justicia, corriendo a cargo del FDE de Málaga, la coordinación de uno de los dos talleres que se llevaron a cabo, precisamente sobre la «*Prueba en el delito de trata de personas*». Dado el interés de las conclusiones alcanzadas serán publicadas en la página Web (Fiscal.es) Fiscal de Extranjería.

su «*empleador*» a condiciones «*laborables*» insufribles e indignas sin que en ningún caso a ella reviertan los beneficios de su «*actividad profesional*». Estamos convencidos de que el superior valor de la protección de los derechos humanos –tan gravemente afectados por el crimen de trata y la explotación sexual– exige el desarrollo de una legislación específica que de manera clara y precisa impida sin fisuras, desmantele con prontitud e imposibilite definitivamente la estructura final en la que se asienta una de las etapas finales en las que se desarrolla la trata de seres humanos con fines de explotación sexual; con otras palabras, que se prohíba cualquier comercio o negocio sexual planificado y desarrollado por otra persona que no sea la propia afectada<sup>17</sup>. Los bienes jurídicos comprometidos por ese delito así lo imponen.

2. Tras la reforma de 2010, las Diligencias Previas incoadas en persecución de delitos de explotación sexual durante el año 2011, lo han sido –al contrario que en años anteriores– exclusivamente en persecución de presuntos delitos de prostitución coactiva sin entrar en concurso con el derogado apartado segundo del 318 bis CP. Han sido abiertas por ese motivo 106 Diligencias Previas de las que 83 (78,30 por 100) se encuentran en fase de tramitación.

**DILIGENCIAS PREVIAS POR DELITOS DE EXPLOTACIÓN SEXUAL  
(ART. 187 Y 188 CP)**

Incoadas	Archivadas	En tramitación
106	23	83

Por el contrario, las calificaciones del Ministerio Fiscal redactadas durante el mismo periodo se refieren todas ellas a hechos cometidos bajo la vigencia del derogado ordinal segundo del artículo 318 bis CP y artículo 188 CP que, tratándose de víctimas nacionales de Estados comunitarios, podrían ser subsumidos actualmente en el artículo 177

<sup>17</sup> Es difícil comprender, desde el respeto a la dignidad de la mujer, que todavía un sector mayoritario de la sociedad española viva en la ignorancia sobre las verdaderas circunstancias en que se desarrolla este hipócritamente llamado *oficio más antiguo del mundo* (?) (pobreza, desinformación, discriminación, drogadicción, desesperación). De todas formas, aún admitiendo hipotéticamente que una mujer con pleno desarrollo de su personalidad y consciente libertad «*tiene derecho*» y «*ha decidido ejercer*» ocasional, habitual, o profesionalmente la prostitución, tendremos que convenir que su ejercicio debe de realizarse en tales condiciones de seguridad y autocontrol que quede excluido cualquier atisbo, ni siquiera remota posibilidad, de explotación por tercero. Eso nunca ocurrirá mientras se tolere la intermediación lucrativa sin límite alguno.

bis CP. En su conjunto, como supuestos de explotación sexual se han realizado 27 calificaciones, 17 por delito del artículo 188 CP (62,96 por 100) y 10 por el artículo 318 bis n.º 2 CP (37,03 por 100).

Un año más, de los escritos de acusación del Ministerio Fiscal, se constata que el mayor número de víctimas de la explotación sexual en España son ciudadanas rumanas (26,31 por 100), brasileñas (15,68 por 100) y paraguayas (14,47 por 100)<sup>18</sup>. Salvo dos hombres explotados sexualmente (2,63 por 100), todas las víctimas son mujeres de las cuales un 5,26 por 100 eran menores de edad.

**CALIFICACIONES PROVISIONALES POR DELITOS DE PROSTITUCIÓN  
COACTIVA REMITIDAS**

Núm.	Víctimas		Acusados	
	Mayores	Menores	Españoles	Extranjeros (2)
17	36	4	9	31

Los acusados son mayoritariamente ciudadanos españoles (36,70 por 100) y rumanos (34,17 por 100)<sup>19</sup>.

**CALIFICACIONES PROVISIONALES POR DELITOS DE INMIGRACIÓN  
CLANDESTINA Y PROSTITUCIÓN**

Núm.	Víctimas		Acusados	
	Mayores	Menores	Españoles	Extranjeros
10	36	0	20	19

En la mayoría de los casos se ha logrado imponer la explotación sexual bajo amenazas directas con causar un mal a la propia víctima o a familiares en su país de origen, pero en nueve ocasiones el Fiscal refleja que se ha utilizado la violencia física o distintos tipos de agresión (acusando del delito de lesiones en dos supuestos), en otros cuatro casos se acusa en concurso con delitos de detención ilegal, y en otro de violación. La imposición coactiva de la prostitución no tiene límites familiares, así se ha acusado a un matrimonio rumano por obli-

<sup>18</sup> Pero también afecta a ciudadanas argentinas (7,87 por 100), chilenas y venezolanas (3,94 por 100 en los dos casos) y rusas (2,63 por 100). En un 18,42 por 100 en el escrito de acusación no se facilitan datos sobre el origen de la víctima.

<sup>19</sup> Aunque también han sido acusados 7 argentinos, 4 brasileños, 3 portugueses, 4 colombianos, 2 paraguayos y un nacional de Nigeria, de Venezuela y de Argelia.

gar a ejercer la prostitución a una sobrina a su cargo, o a otro individuo que determinó coactivamente el ejercicio de aquella a su propia esposa.

3. Durante el año 2011 se han incoado 287 Diligencias Previas por imposición de condiciones laborales ilegales a ciudadanos extranjeros que carecen de permiso de trabajo en España. De ellas se encuentran en tramitación el 79,09 por 100. No comprenden los supuestos de trata de seres humanos con fines de explotación laboral (anteriormente mencionados) sino de aquellos casos en que el empresario abusa de la situación de irregularidad del inmigrante extranjero que al no poder obtener el correspondiente permiso de trabajo debe aceptar condiciones muy lesivas y discriminatorias en relación con los trabajadores que cuentan con la correspondiente autorización. Muchas veces se producirá el archivo de las actuaciones porque una vez constatada su situación –precisamente para eludir cualquier tipo de sanción administrativa de extranjería, especialmente por temor a ser expulsado– abandona la localidad donde reside y no comparece ante la autoridad judicial para prestar los debidos testimonios. En otros, siguiendo rigurosamente la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre el alcance y significación del artículo 312 CP, el propio Ministerio Fiscal interesa el sobreseimiento de la causa penal por quedar sólo acreditada la comisión de una falta administrativa de contratación ilegal de extranjeros sin el permiso oportuno (art. 54.1, letra *d*, LOEX).

**DILIGENCIAS PREVIAS POR DELITOS DE EXPLOTACIÓN LABORAL  
(ART. 312 CP)**

Incoadas	Archivadas	En tramitación
287	60	227

Ese es el motivo de que durante el año 2011 se hayan formulado 22 acusaciones por el delito del artículo 312.2 CP. Los Fiscales que redactaron las calificaciones provisionales han apreciado la existencia de supuestos de explotación laboral producidas preferentemente en el ramo de la restauración y hostelería (31,81 por 100), en la agricultura (18,18 por 100), en el sector textil y en la construcción (en ambos casos el 9,09 por 100).

**ESCRITOS DE CALIFICACIONES PROVISIONALES POR DELITOS DE  
EXPLOTACIÓN LABORAL (ART. 312 CP)**

Núm.	Víctimas		Acusados	
	Mayores	Menores	Españoles	Extranjeros
22	57	0	15	16

Prácticamente es coincidente el número de ciudadanos españoles (48,38 por 100) y extranjeros acusados (51,61 por 100), siendo una constante que las víctimas provenientes de países asiáticos son explotadas por compatriotas suyos. Así han sido acusados nueve ciudadanos chinos (56,25 por 100 de los extranjeros imputados) por someter a dieciocho nacionales de su país (31,57 por 100 del total de víctimas), así como dos pakistaníes y un indio en relación con cinco nepalíes y dos indios. Sin embargo los acusados españoles lo han sido por imponer condiciones laborales abusivas a ciudadanos del este de Europa (rumanos, 21,05 por 100 de las víctimas) y latinoamericanos (seis paraguayos, tres nicaragüenses, cuatro bolivianos, un hondureño y un venezolano).

4. Se han presentado hasta 45 escritos de acusación por delitos de favorecimiento de inmigración clandestina del artículo 318 bis CP. Tres de ellos han sido dirigidos contra veinte personas por patronear, pilotar o realizar funciones de marinería en el transporte de cayucos, pateras o embarcaciones sumamente precarias e inseguras, en las que se trasladaban a 122 inmigrantes para ser introducidos de manera subrepticia en las costas españolas. En una de ellas se imputa además un delito de homicidio imprudente y otro de lesiones al haber zozobrado la embarcación y producirse el fallecimiento de uno de los migrantes y lesiones en otras personas. En otra, se acusa también por delito contra la salud pública, al aprovechar el viaje algunos de los acusados para transportar una significativa cantidad de *droga* para traficar con ella.

Se han formulado once calificaciones provisionales por tratar de pasar las fronteras terrestre españolas del Norte de África y de Algeciras a 20 ciudadanos africanos ocultos en vehículos a motor y una en Barcelona por el mismo motivo (el turismo había llegado a puerto en un buque).

### CALIFICACIONES REMITIDAS INMIGRACIÓN CLANDESTINA (ART. 318 BIS)

	Víctimas	Acusados	Números
Pateras y embarcaciones ...	122	20	3
Ocultos vehículos a motor .	21	19	12
Doc. falsa/tram. falsaria ....	51	52	24
Otros .....	95	33	6
Total .....	289	124	45

El mayor número de acusaciones por el artículo 318 bis CP se han dirigido frente a cincuenta y dos acusados, ya por intentar traspasar la frontera con documentación falsa o a nombre de otra persona, ya por aportar documentación falsa en la tramitación de los expedientes ante las autoridades policiales competentes para obtener los oportunos permisos de entrada en España.

5. Desde el mes de julio –momento en el que se instauró un sistema específico de seguimiento de los atestados instruidos el por Cuerpo Nacional de Policía al que nos referiremos en el apartado siguiente– se han recibido hasta final de año un total de 1.050 notas informativas de las cuales 647 (61,6 por 100) se refieren a delitos de falsedad cometidos por extranjeros en situación irregular con la finalidad de obtener de manera fraudulenta beneficios en materia de extranjería. Junto con las acciones falsarias tradicionales (alteración de contratos de trabajo y simulación de ofertas de empleo) se está detectando una importante proliferación de las conductas de alteración de certificados de matrimonio, certificados de empadronamiento o contratos de arrendamiento fundamentalmente con la finalidad de simular la existencia de una relación familiar (matrimonio, unión de hecho o filiación) mediante la cual pueda accederse a la obtención de la correspondiente autorización de residencia en España.

El problema se agudiza en los supuestos de solicitudes de reagrupación familiar fundadas en la existencia de *una relación de afectividad análoga a la conyugal* toda vez que el nuevo Reglamento de Extranjería exige su acreditación por la inscripción en un registro público establecido a esos efectos, y no se haya cancelado dicha inscripción (art. 53 *b* REX). En efecto, al no existir un régimen jurídico nacional uniforme de los Registros de Parejas de Hecho<sup>20</sup> y carecer de un sistema común de control y comprobación que garantice la veraci-

<sup>20</sup> Las diecisiete Comunidades Autónomas, salvo Murcia –cuya regulación es municipal– cuentan con su propia reglamentación.

dad de los datos inscritos se facilita extraordinariamente la presentación e incorporación de documentación falsa o falsificada (pasaportes, cartas de identidad, certificados de estado civil y certificados de empadronamiento)<sup>21</sup>.

Las uniones de hecho fraudulentas –en su caso matrimonio simulados– encaminadas exclusivamente a la obtención de beneficios en materia de residencia que han sido detectadas en la Oficina del Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería, implican de forma casi exclusiva a nacionales españoles a quienes motiva la obtención de beneficios económicos presentando como *aparentes parejas* a ciudadanos o ciudadanas procedentes de una variedad de países<sup>22</sup>.

La importancia del fraude detectado exige un replanteamiento del régimen jurídico sancionador administrativo sobre la materia pues –dada la conocida imposibilidad de la persecución penal en una gran mayoría de los casos– el artículo 53.2 b) LOEX resulta manifiestamente inadecuado para combatir esas conductas fraudulentas.

6. El Ministerio Fiscal, a través de la red de FDE y de la propia Oficina del Fiscal de Sala de Extranjería ha desarrollado una actividad de coordinación, relación, y colaboración con el conjunto de instituciones públicas u organizaciones que directa o indirectamente están comprometidas en la persecución de los delitos a nosotros encomendados o la protección de sus víctimas.

Así, desde el mes de julio de 2011 funciona un sistema de comunicación en tiempo real entre la oficina del Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería y el Centro de Inteligencia y Análisis de Riesgos de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras de la Dirección General de la Policía, en virtud del cual se reciben por correo electrónico de manera diaria todas las notas informativas sobre las operaciones desarrolladas contra redes de inmigración y falsedades, trata de seres humanos y delitos contra los trabajadores extranjeros en toda España. Este protocolo de comunicación y coordinación entre la Oficina del Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería y la UCRIF Central ha

---

<sup>21</sup> A modo de ejemplo, han sido detectadas inscripciones simultáneas como pareja de hecho en diversos ayuntamientos españoles o casos de reagrupación de diez personas haciéndolas pasar por hijos del solicitante.

<sup>22</sup> Mayoritariamente proceden de Nigeria, Guinea Ecuatorial, India y Pakistán (más del 50 por 100). También utilizan esta vía ciudadanos marroquíes y dominicanos. En menor medida se han detectado casos que implican a senegaleses, brasileños y ghaneses. Respecto al grupo de las uniones entre ciudadanos comunitarios no españoles y extranjeros extracomunitarios afecta mayoritariamente a ciudadanos rumanos. Los FDE que expresamente muestran su preocupación por este problema son los de Almería, Cantabria, Ciudad Real, Rioja, Tenerife, Rioja y Córdoba, si bien los casos analizados en la Oficina del Fiscal de Sala afectan también de manera muy llamativa a la Comunidad de Murcia.

resultado muy útil por varias razones, de las cuales pueden mencionarse las siguientes: en primer lugar ha servido para que los asuntos de especial trascendencia o que requieren la adopción de medidas urgentes, sean conocidos de forma inmediata por los FDE a quienes se les transmite la información según ésta es recibida y ha sido convenientemente analizada. Con ello no sólo se ha potenciado la comunicación directa entre las Brigadas Provinciales de Extranjería y Fronteras y cada FDE provincial, sino también ha supuesto un avance sin precedentes en la lucha contra la criminalidad competencia de esta sección; en segundo término, ha facilitado extraordinariamente el conocimiento e información a nivel nacional de la realidad delincuenciales desde la perspectiva policial y de cómo esa realidad se ve reflejada en la práctica forense, lo cual permitirá extraer conclusiones prácticas y posibles recomendaciones de cara al futuro.

En cualquier caso y adicionalmente se mantiene contacto directo, por vía telefónica y correo electrónico siempre que surge la más mínima necesidad con las diferentes secciones de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras. Dentro de ella, además se mantiene una reunión mensual con los responsables de la UCRIF (Unidad Central contra Redes de Inmigración y Falsedades). En estas reuniones se estudian casos concretos que requieren seguimiento y también se tratan pautas generales de actuación.

Es permanente la conexión vía electrónica o telefónica con la Red Española contra la Trata de Seres Humanos con la cual se mantiene, además, una reunión mensual en la Sede de Fiscalía. Este tipo de contacto ha sido determinante en el conocimiento de la problemática real de las víctimas de trata de seres humanos que tuvo su adecuado reflejo en el Protocolo de Protección de Víctimas de Trata de Seres Humanos<sup>23</sup>.

Desde el año 2011 el Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería forma parte del punto de contacto español de la Red Europea de Migraciones, iniciativa de la Comisión Europea, cuyo objetivo es satisfacer las necesidades de información de las instituciones comunitarias y de las autoridades e instituciones de los Estados miembros, proporcionando información actualizada, objetiva, fiable y compara-

---

<sup>23</sup> Durante el año 2011 la Oficina del Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería participó muy activamente en la Comisión interministerial de redacción del Protocolo de Protección de Víctimas de Trata de Seres Humanos que finalmente se firmó en el mes de octubre de 2011 por parte del FGE, CGPJ y Ministros de Justicia, Interior, Sanidad, Política Social e Igualdad y Trabajo e Inmigración.



ble en materia de migración y asilo, con el fin de respaldar el proceso de toma de decisiones de la Unión Europea en estos ámbitos.

A nivel provincial la colaboración interinstitucional por parte de los FDE se encuentra normalizada en general, tal y como éstos nos informan en sus memorias, si bien no podemos dejar de mencionar algunos casos especialmente significativos de buena coordinación entre los FDE y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado –fundamentalmente Brigadas Provinciales de Extranjería y Fronteras y, también últimamente Guardia Civil– como la que se ha alcanzado en Pontevedra, Huelva, Castellón, Tenerife, Sevilla, Cantabria, Ciudad Real, Guadalajara, León, Lleida, Barcelona, Orense, Coruña, Navarra, Rioja y Valencia, en que dicho contacto es especialmente fluido, fructífero y sumamente eficaz<sup>24</sup>.

Del mismo modo los Fiscales especialistas de extranjería han participado activamente –según las exigencias impuestas por una pluralidad de instrumentos internacionales sobre la lucha contra la trata de seres humanos– en todo tipo de actividades de carácter formativo dirigidas a miembros de las carreras judicial y fiscal, letrados y representantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en España<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Estos contactos se mantienen igualmente con la policía autonómica –según nos informan los FDE de Barcelona y Navarra– y con las ONG implicadas en la protección de los derechos de los inmigrantes o víctimas de trata de seres humanos como Jaén Acoge o la «Red Cánabra Contra el Tráfico de Personas y la Explotación Sexual».

<sup>25</sup> Sin ánimo de exhaustividad se puede mencionar nuestra participación como ponentes, a nivel nacional en el «Curso sobre Trata de Seres Humanos», dentro del Seminario «El Fiscal Defensor de los Derechos Humanos» celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos en Madrid en el mes de septiembre 2011; «Curso sobre protección de víctimas de trata de seres humanos» dirigido conjuntamente a miembros del CNP y Guardia Civil, celebrado en Madrid en diciembre 2011; «Curso sobre trata de seres humanos y protección de víctimas» dentro del Plan de Especialización en Policía Judicial para miembros de la Guardia Civil celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos en noviembre de 2011; Curso organizado por el Centro de Estudios Jurídicos sobre el «Tratamiento penal de los extranjeros en los procedimientos penales» celebrado en Madrid los días 27, 28 y 29 de junio de 2011; «Jornadas de Extranjería» organizadas por el Colegio de Abogados de Cantabria los días 18 y 19 de octubre de 2011; «Seminario sobre Trata de Seres Humanos, aspectos penales y protección de víctimas» organizado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en el mes de mayo de 2011; Seminario sobre «La trata de personas con fines de explotación sexual. Perspectiva del ministerio fiscal en la represión del delito de trata», organizado por la Universidad de Granada los días 15 y 16 de diciembre de 2011; Seminario Internacional sobre Inmigración y Seguridad celebrado en el Centro Superior de Investigaciones Científicas los días 24 y 25 de octubre de 2011; Seminario Internacional sobre lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual organizado por la OIM, celebrado en Madrid los días 18 y 19 de octubre de 2011; Seminario sobre «La trata de seres humanos un realidad invisible y cercana» organizado por Apramp en Almería el 23 de septiembre de 2011; Seminario sobre «Niños y niñas víctimas de trata: desafíos y respuestas para su protección» organizado por Save the Children y AECID, celebrado en el ICAM el 2 de diciembre de 2011.

Su presencia e intervención también ha sido requerida en seminarios y foros internacionales tanto desde la Comisión Europea como de Naciones Unidas<sup>26</sup>, e, incluso desde otras Fiscalías de Estados europeos especialmente preocupados con el fenómeno de trata<sup>27</sup>.

#### 7.4.3 EL FISCAL Y LAS EXPULSIONES DE CIUDADANOS EXTRANJEROS

1. Durante el año 2011 los Fiscales han emitido 3.186 dictámenes informando favorablemente la sustitución del proceso por la expulsión del extranjero que se encontrara procesado o imputado en causa criminal, de conformidad con el artículo 57.7 LOEX<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Acudimos invitados como expertos a la «Reunión de expertos sobre la elaboración del compendio de casos de delincuencia organizada transnacional» celebrada en Roma, del 23 al 26 de mayo 2011; participamos como ponentes en el «Seminario de trabajo contra la trata de seres humanos» organizado dentro del proyecto TAIEX (Comisión Europea) en colaboración con la Secretaría de Seguridad y el Departamento de Investigación Criminal del Reino de Jordania, que tuvo lugar en Amman los días 28 y 29 de marzo de 2011, en el que junto a la representación española fueron convocados expertos de Holanda, Bélgica e Italia; el FDE de Málaga Ilmo. Sr. don Juan Bermejo Romero de Terreros acudió como ponente al Seminario celebrado en Cartagena de Indias (Colombia) en junio de 2011 al seminario sobre «Delincuencia organizada: trata de personas»; la FDE de Castellón, Ilma. Sra. doña Carolina Lluch participó como ponente en el seminario «Buenas Prácticas de la Unión Europea en la lucha contra la trata de seres humanos» organizado en el marco del proyecto TAIEX, dentro del programa referido a la lucha contra la trata de seres humanos, los días 15 y 16 de diciembre de 2011 en la ciudad de Bakú (Azerbaián), en el que también intervinieron ponentes de Italia, Holanda y Bélgica; la FDE de Tenerife, Ilma. Sra. doña Carolina Barrio Peña, tuvo una destacada intervención en la Reunión del Grupo de Trabajo de UNODC sobre trata de seres humanos con fines de extracción de órganos celebrada en Viena los días 10 a 12 de Octubre de 2011, grupo cuyo objetivo es asesorar y estudiar las medidas necesarias para la aplicación y cumplimiento del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional. A dicha reunión asistieron representaciones de 70 países y acudieron observadores de 15 países más.

<sup>27</sup> Fuimos invitados a participar en el «Seminario Internacional sobre trata de seres humanos» organizado por el Instituto Sueco, celebrado en Estocolmo los días 15 y 16 de junio de 2011, encuentro auspiciado por el Instituto Sueco, en colaboración con la Fiscalía y la Policía sueca al que asistimos en compañía de expertos de Italia, Bélgica, Portugal y Francia. Organizamos en colaboración con la UCRIF y el Instituto Sueco el seminario sobre «Trata de seres humanos y prostitución y la experiencia sueca y española, en Madrid los días 29 y 30 de Noviembre de 2011. Por fin acudimos al seminario sobre «Investigación sobre Trata de Seres Humanos con fines de explotación laboral» organizado por el Ministerio del Interior de la República Checa celebrado en Praga los días 3 y 4 de Mayo 2011, en el que coincidimos con expertos de Bélgica, Holanda y Bulgaria.

<sup>28</sup> No están incluidas por imposibilidad de registro las expulsiones informadas en Barcelona, Murcia, Toledo, Valencia y Las Palmas debido a las carencias del sistema informático que no ha sido posible compensar por la comunicación interna dado el régimen de reparto establecido en esas Fiscalías. En concreto, señala el FDE de Barcelona que «la intervención del Ministerio Fiscal en el trámite previsto en el artículo 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se produce de forma completamente dispersa en la totalidad de los Juzgados de Instrucción y servicios de guardia del conjunto de los partidos judiciales de Barcelona ciudad y provincia. Además, la emisión de

**INFORMES FAVORABLES EXPULSIONES SUSTITUTIVAS DEL PROCESO PENAL**

Año 2009	Año 2010	Año 2011
1.930	3.165	3.186

Según la información remitida por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, las expulsiones de ciudadanos extranjeros imputados en causas penales, que se encontraban en situación de prisión preventiva durante el año 2011 ascendió a la cifra de 98, observándose un incremento continuado desde el año 2009 en los siguientes términos:

**EXPULSIONES SUSTITUTIVAS DEL PROCESO PENAL (PRESOS PREVENTIVOS)**

Año 2009	Año 2010	Año 2011
58	84	98

La aplicación del artículo 57.7 LOEX ha sido normalizada en todo el territorio nacional, imperando criterios y valoraciones uniformes en orden a conformar el sentido del dictamen (gravedad del hecho, pago de las responsabilidades civiles, y aseguramiento de la prueba en el juicio oral en el caso de varios coimputados<sup>29</sup>).

Cuestión distinta son los supuestos –es verdad que cada vez más excepcionales– de errores de comunicación judicial o de consulta por la Autoridad administrativa del expediente sancionador que ha procedido a la materialización de la expulsión del ciudadano extranjero desconociendo que estaba encausado en procedimiento penal<sup>30</sup>.

---

*los informes se puede producir y, de hecho, se produce también en días festivos, fines de semana y periodos vacacionales. Ello provoca que sea materialmente imposible que por parte del Delegado de Extranjería se pueda no solo asumir el despacho de estos informes, sino tampoco el visado o control de los mismos antes de su presentación. Igualmente y por el momento, dados los medios y estructura de la Fiscalía Provincial en su conjunto, tampoco es posible recabar la totalidad de los informes que se emiten en este trámite». No obstante dado que esas mismas dificultades existían en años anteriores la cifra puede considerarse relativamente fiable y reveladora de cierta estabilización de las expulsiones después del considerable incremento que se experimentó en el año 2010.*

<sup>29</sup> Los FDE de Toledo, Zamora, Palencia o Segovia afirman que con ello se trata de evitar que los imputados no expulsados atribuyan la comisión de los hechos a los ya expulsados. Señala la FDE de Vizcaya cómo en aquella provincia se tiene en cuenta, además, la proximidad en el señalamiento del juicio oral en casos de especial entidad, en los que se considera prudente que la expulsión sea acordada en vía judicial.

<sup>30</sup> El FDE de Almería refleja algunos casos aislados en los que ha llevado a efecto la expulsión de un ciudadano extranjero por infracción de la Ley de Extranjería, que se encontraba impu-

Aún cuando apenas ha tenido vigencia la Circular 5/2011 durante el año analizado por haber sido aprobada en noviembre de 2011, ha sido muy bien valorado por la generalidad de los FDE<sup>31</sup> el nuevo criterio interpretativo recogido en la Conclusión VI.7 sobre el ámbito de aplicación objetiva del artículo 57.7 LOEX, conforme al cual *«de haberse dictado resolución administrativa de expulsión respecto del extranjero condenado (a penas privativas de derechos en relación con hechos de escasa trascendencia), habrá que entender que no existe obstáculo procesal a la materialización de la expulsión administrativa dado que tales condenas a penas no privativas de libertad caen fuera del ámbito de aplicación artículo 89 del CP, quedando expedita la vía administrativa sujeta al control en su caso, de la jurisdicción contencioso administrativa»*.

2. La aplicación del nuevo régimen jurídico de la medida de expulsión de los ciudadanos extranjeros que no se hallaren legalmente en España en sustitución de la pena privativa de libertad impuesta (art. 89 CP) tampoco ha originado graves problemas.

Durante el año 2011, en la Oficina del Fiscal de Sala se recibieron, registraron y examinaron 4.642 peticiones de expulsión sustitutiva de penas privativas de libertad inferiores a seis años y 75 solicitudes en relación a penas privativas de libertad de seis o más años<sup>32</sup>.

Por nacionalidades los datos disponibles reflejan que los más afectados por la expulsión judicial han sido ciudadanos marroquíes (25,5 por 100 frente al 18,8 por 100 del año 2010), argelinos (14,5 por 100 frente al 7,8 por 100 del año 2010), colombianos (4,3 por 100 frente al 4,5 por 100 del año 2010), ecuatorianos (3,7 por 100 frente al 5,2

---

tado en un procedimiento penal y sin que se solicitara autorización alguna al Juzgado Instructor ni se pusiera en su conocimiento. Por su parte el FDE de Alicante señala que este defecto en la información aparece con más frecuencia en el caso de causas penales iniciadas a raíz de atestados instruidos por la Guardia Civil que pueden no figurar registrados en las bases de datos del CNP. En otras Fiscalías como Huelva, Santa Cruz de Tenerife o Las Palmas han sido los propios FDE los que han tomado la iniciativa estableciendo un sólido canal de comunicación con el CNP a fin de optimizar tiempo y esfuerzos. Merece por fin destacarse como en la Fiscalía de Cuenca los Fiscales cuidan en aquellos supuestos en los que se tiene constancia de la existencia de alguna causa penal distinta a la referenciada en la petición de expulsión en la que el mismo sujeto está encartado, de así hacerlo constar en el informe emitido instando consecuentemente a la autoridad gubernativa a formular expresa solicitud de expulsión de manera individualizada en todas y cada una de las causas pendientes.

<sup>31</sup> Con dos excepciones importantes –FDE de Córdoba y Málaga– que, aún conformes con la solución dada, consideran que debería haberse realizado de manera expresa por cambio legislativo y no por vía interpretativa integradora de una laguna o imprevisión legal.

<sup>32</sup> Si bien ambas cifras ha de ser notablemente superiores porque no se han podido computar los datos correspondientes a Málaga, Sevilla, Las Palmas y Valencia.

por 100 del año 2010) y senegaleses (1,3 por 100 frente al 10,3 por 100 del año 2010).

Analizada su proyección por delitos, la expulsión sustitutiva de penas privativas de libertad se ha aplicado mayoritariamente en relación con delitos contra la propiedad (28,9 por 100 frente al 19,2 por 100 del año 2010), delitos de lesiones (15,8 por 100 frente al 5,4 del año 2010), violencia de género (10,8 por 100 frente al 13,9 por 100 del año 2010), delitos contra la propiedad intelectual e industrial (0,4 por 100 frente al 12,7 por 100 del año 2010), delitos de falsedad (14,1 por 100 frente al 10,4 por 100 del año 2010), y contra la salud pública de menor entidad (14,1 por 100 frente al 10,4 por 100 del año 2010)<sup>33</sup>.

Debe señalarse que los escritos de acusación en los que se solicita la expulsión sustitutiva parcial de penas (cumplidas las tres cuartas partes de la condena o alcanzado el tercer grado penitenciario) ha decrecido notablemente. Ello se debe a que la reforma introducida en el artículo 89 CP permite diferir a la fase de ejecución de sentencia la apertura del incidente de expulsión.

#### **INFORMES SOBRE EXPULSIONES DEL ARTÍCULO 89 CP**

Penas inferiores a seis años		Penas iguales o superiores a seis años	
Año 2010	Año 2011	Año 2010	Año 2011
4.694	4.642	216	75

3. De acuerdo con la información remitida por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, las expulsiones del territorio español en sustitución de la pena privativa de libertad impuesta a extranjeros sin residencia legal en España (art. 89 del CP) que se encontraban en situación de cumplimiento de penas en centros penitenciarios españoles durante el año 2011 afectaron a un total de 817 internos (724 condenados a penas inferiores a seis años y 93 internos condenados a penas de seis o más años).

<sup>33</sup> La despenalización de los denominados «top manta» (delitos contra la propiedad intelectual e industrial) ha significado un descenso importante en relación con las penas privativas de libertad impuestas por delito, como de los ciudadanos senegaleses que eran quienes copaban con arreglo a los datos publicados en la memoria del año pasado, las acusaciones por delitos de esta naturaleza. Por el contrario, aumentan de forma notabilísima las acusaciones con solicitud de sustitución de pena por expulsión, contra extranjeros en situación de residencia ilegal por delitos de lesiones y por delitos contra la propiedad (robos y hurtos).

**EXPULSIONES SUSTITUTIVAS DE CONDENA. INTERNOS EN CENTROS PENITENCIARIOS**

Año 2009		Año 2010		Año 2011	
- 6 años	6 o más años	- 6 años	6 o más años	- 6 años	6 o más años
870	59	930	97	724	93

4. Muchos de los problemas exegéticos que plantea la nueva regulación del artículo 89 CP han sido respondidos por la Circular 5/2011 de la FGE que –al sintetizar los problemas suscitados y debatidos en las últimas Reuniones de Fiscales Especialistas de Extranjería– ha sido recibida de buen grado por la generalidad de los FDE. Algunos de sus criterios han sido llevados con prontitud a la práctica, significadamente la delimitación del concepto y efectos del arraigo conforme a la doctrina asentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como excepción a la regla general<sup>34</sup>.

Se ha producido igualmente un moderado mejoramiento de la presentación al proceso de la documentación acreditativa de la condición administrativa del acusado<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> La FDE de León menciona en su memoria las Diligencias Previas 3184/10 del Juzgado de Instrucción Núm. 1 de León, relativas a ciudadano dominicano por un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud. En el escrito de Acusación de fecha 1 de febrero del 2011 se solicitó la expulsión con prohibición de regreso durante ocho años, no obstante en el acto del juicio se retiró dicha petición, atendiendo los criterios señalados en la Circular 5/11 que establece, acogiendo los argumentos de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 8/3/11, que la paternidad de un hijo español excluye la aplicación de la expulsión sustitutiva cuando existe convivencia y dependencia, al acreditar en el acto del juicio el nacimiento reciente de un hijo con una española. Por su parte la FDE de Salamanca menciona un caso en el que se consideró improcedente la expulsión de una acusada en situación irregular, al acreditarse que era madre de un menor nacido en España en noviembre de 2010 y de padre de nacionalidad española.

<sup>35</sup> No obstante, es cierto que siguen apreciándose algunas disfunciones en el caso de atestados instruidos por la Guardia Civil, policías autonómicas y policías locales, que expresamente denuncian los FDE de Teruel, Albacete, Alicante, Lleida, Madrid, Cádiz, Castellón, Orense, Huesca, Cáceres, Cuenca, Las Palmas, y en algunas comisarías de CNP de Tenerife o Segovia. Dichas disfunciones no se corregirán hasta que se materialice el sistema de acceso de los fiscales a la base de datos Adextra del CNP, lo cual ya anunciábamos en la memoria del año pasado y lamentablemente no hemos logrado poner en marcha todavía. La solución apuntada por la Circular 5/11 consistente en el contacto bien directo, bien a través del FDE, con la Brigada Provincial de Extranjería se ha convertido en un mecanismo ágil y útil, en los casos de diligencias urgentes de juicio rápido. En otro caso se opta o bien por solicitar la incorporación de la documentación como diligencia complementaria o por diferir a la fase de ejecución de sentencia la decisión sobre la expulsión sustitutiva, y se tiende a evitar la solicitud de información por «otrosí» ante la constatación de que estas peticiones no resultan en general cumplimentadas por los juzgados, como expresamente señalan los FDE de Huesca, Segovia,

No ha originado controversia entre los FDE la posibilidad de acordar la expulsión sustitutiva de penas leves privativas de libertad en aquellos casos a que expresamente se refiere la Circular 5/11, singularmente, cuando se trata de extranjeros sin residencia legal ejecutoriamente condenados en numerosas ocasiones, que reflejan una conducta antisocial indiscutible<sup>36</sup>.

Tampoco ha originado problemas la interpretación favorable a la expulsión sustitutiva de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa que contiene la Circular 5/2011<sup>37</sup>.

---

Alicante o Valencia. En este punto es de destacar el sistema establecido en la fiscalía de Huelva cuyo FDE expone: *se estableció el Protocolo de oficiar al Grupo Operativo de Extranjeros cada jueves remitiendo el listado de imputados extranjeros no comunitarios que serían objeto de enjuiciamiento en los Juicios Orales señalados para la semana siguiente, obteniendo vía fax en 24 horas los Informes de situación que se unen a la carpeta para que el Fiscal que acude a Juicio lo aporte como documental previa y pueda ser objeto de debate. Ciertamente es que la nueva redacción del artículo 89 CP conforme a la LO 5/2010 de 22 de junio ya no obliga a efectuar el pronunciamiento en sentencia, pero por esta Fiscalía –sin perjuicio de algunas distorsiones en el sistema provocadas durante el año 2011 por una baja por enfermedad del Fiscal Delegado y por un deficitario control por la Oficina Judicial– se trata de mantener en lo posible dicha forma de actuación, en orden a evitar la dispersión que provoca efectuar dicho pronunciamiento en fase de Ejecutoria». Merece igualmente destacarse que en Alicante existe desde el año 2010 el Centro de Coordinación de Extranjería «CECOR», que funciona como un servicio de 24 horas en la Brigada de Extranjería, con sede en la Comisaría principal de la capital y que tiene acceso a las Bases de Datos Policiales y también al Registro de Extranjeros. De este modo, expone el FDE, se puede obtener con rapidez (por ejemplo mediante fax, correo electrónico, etc.) información sobre la situación legal o no del extranjero ante cualquier trámite (calificación, vista oral, servicio de guardia en el que deben calificarse DU, etc.), por parte de jueces, fiscales, y también por otros cuerpos policiales que no tienen acceso a ese registro. Debemos mencionar también como ejemplo de buenas prácticas, el de la fiscalía de León cuya FDE señala que *«no se han apreciado dificultades dignas de mención en la valoración de la concurrencia del requisito de ausencia de residencia legal en nuestro país de los ciudadanos extranjeros afectados, ya que tal requisito viene reflejado en los atestados, incluidos los de la Guardia Civil y la Policía Local. En el año anterior se observó la carencia de dicho dato como regla general en los atestados que procedían de Ponferrada, pero dicho problema ha sido subsanado tras la reunión mantenida por el Fiscal Jefe de Área de Ponferrada con las autoridades policiales, apreciándose a partir de ese momento que los atestados ya incorporan la situación administrativa de los extranjeros»*.*

<sup>36</sup> A este fin resulta de interés la iniciativa de la Fiscalía de Lleida que para salvar el problema de la inexistencia de un registro de penas leves ha creado para el servicio semanal de guardia, un registro sobre reincidentes, que en un alto porcentaje corresponde a extranjeros, registro que es consultado en los casos de juicios de faltas celebrados durante el servicio de guardia.

<sup>37</sup> Al respecto, la FDE de Orense, refiere casos de imposición de penas de multa en que el propio juzgador atendiendo a la petición del Ministerio Fiscal, resolvió en la propia sentencia que *«si la pena de multa fuese impagada, y se transformara en pena privativa de libertad, esta conllevaría la pena de expulsión, lo cual supone un cambio importante respecto de años anteriores, donde si bien por parte de la fiscalía se interesaba la expulsión, llegado el momento de juicio al penado se le imponía pena de multa si manifestarse el juzgador sobre dicha expulsión, produciéndose luego en el momento de la ejecución diversos problemas prácticos no planteados en el acto del juicio oral, y no sometidos al principio contradictorio y por tanto no resueltos en sentencia»*.

Desde otro punto de vista se ha pacificado 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 en el sentido de considerar cumplido el trámite de audiencia cuando –como expresamente se señala en la Circular 5/2011– la solicitud de sustitución ha sido debidamente incorporada por la acusación en el escrito de calificación<sup>38</sup>. A ello ha contribuido decididamente el buen hacer de muchos FDE que han implantado en todo su territorio pautas de actuación y criterios unificados de actuación de los Fiscales allí ubicados. Si no hay unidad de criterio de estos malamente se puede pretender una respuesta uniforme de los órganos judiciales<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> No obstante tenemos que mencionar una vez más la postura contraria defendida por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa que en resolución de un recurso interpuesto por el FDE se ha pronunciado negando la posibilidad de sustitución de la pena de prisión por expulsión de España si no comparece el acusado al acto del Juicio Oral, aunque tal sustitución esté prevista e incluida en el escrito de calificación del Fiscal. Resaltar también que la importancia de esta resolución viene mitigada por la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2011 que permite la sustitución de la pena en sentencia o posteriormente en ejecución de sentencia. Señalar también que se está instando por el Fiscal la sustitución de la pena de prisión por expulsión en ejecución de sentencia dado que se están dando casos en los que, a pesar de haberse diferido en la propia sentencia la expulsión a la ejecución de la sentencia, no se efectúa tal trámite y siguiendo el automatismo anterior se solicita informe del Fiscal sobre la suspensión de la pena de prisión.

<sup>39</sup> Este es el caso de Barcelona. En efecto, en esta Memoria hay que destacar el esfuerzo desarrollado por el FDE de Barcelona durante el año 2011 que abordó de forma decidida el problema de la muy defectuosa aplicación en aquél territorio del art. 89 del CP: *«todas las funciones y competencias asumidas por la Sección han sido atendidas en la medida en que la parcial disponibilidad del Fiscal Delegado lo ha permitido. En cualquier caso, deben destacarse dos materias sobre las que el esfuerzo de la Sección ha sido especialmente intenso durante el año 2011. La primera se refiere al artículo 89 del Código Penal cuya aplicación y eficacia hasta este momento distaba de ser satisfactoria. En este sentido, se elaboraron otras dos Notas de servicio, las Núm. 2/2011 y 3/2011, que perseguían varios objetivos: 1. Recordar y actualizar muchos de los criterios de actuación ya establecidos en la Circular 2/2006, de 27 de julio de 2006, «Sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España». 2. Adaptar tales pautas de actuación a la nueva regulación del artículo 89 introducida por la LO 5/2010 de modificación de la LO 10/1995 del Código Penal. 3. Proporcionar «modelos» de escritos de calificación y solicitudes relacionadas con el artículo 89. 4. Dejar sin efecto anteriores notas de servicio en la materia (1/2004 y 4/2005) que establecían criterios excesivamente restrictivos y generales en la aplicación de la expulsión sustitutiva hasta convertir esta medida en algo poco más que residual. Paralelamente, se ha extremado el cuidado en la revisión de las Sentencias dictadas por Juzgados de lo Penal y Audiencia Provincial en las que se planteaba la aplicación de este artículo a fin de intentar corregir, vía interposición de recursos, erróneas interpretaciones sobre los presupuestos fácticos y jurídicos de la expulsión sustitutiva del artículo 89. La otra materia objeto de especial atención ha sido, como no podía ser de otra manera, la de los delitos competencia de esta Sección...»* Esta labor de seguimiento y control no sólo sobre las acusaciones sino también sobre las resoluciones judiciales respecto de las cuales se han interpuesto los correspondientes recursos ha permitido pasar de 138 sentencias que acordaban la sustitución de la pena por expulsión en 2010 a 339 en 2011.



5. Durante el año 2011 se ha convenido por la Fiscalía General del Estado y la Dirección General de Instituciones Penitenciarias un sistema de comunicación y tramitación de las solicitudes de los presos que, habiendo sido condenados a penas inferiores a seis años de privación de libertad con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2010, quisieran que les fuera sustituida el resto de la condena por la expulsión del territorio nacional, para el caso de que tenga las condiciones de acceso al tercer grado penitenciario o cumplidas las tres cuartas partes de la condena, tal como admite el nuevo artículo 89.5 CP, sin distinción, para todo tipo de pena privativa de libertad. A este fin, por el Ilmo. Sr. Don Luís Fernández Arévalo, FDE de Sevilla, se elaboró una especie de protocolo de actuación según el cual el interno debería cumplimentar un sencillo formulario remitido tanto al Ministerio Fiscal como al Tribunal o Juez sentenciador acompañado de un correspondiente informe de los directores de los centros sobre las previsiones de clasificación o cumplimiento de condena<sup>40</sup>.

6. Durante el año 2011 los tribunales y jueces españoles sólo han aplicado la previsión contenida en el párrafo segundo de la Disposición Adicional 17.<sup>a</sup> de la LO 19/2003<sup>41</sup> respecto de 162 condenados.

#### 7.4.4 EL FISCAL Y LAS MEDIDAS CAUTELARES DE INTERNAMIENTO. CONTROL DE CIES

1. Durante el año 2011 los Fiscales españoles han emitido 14.004 dictámenes sobre peticiones gubernativas de autorizaciones judiciales de internamiento de ciudadanos extranjeros sometidos

---

<sup>40</sup> El sistema de coordinación con IIPP ha recibido en general buenas críticas en las memorias de los FDE, aunque depende de que la comunicación desde instituciones penitenciarias se realice con el tiempo suficiente para incoar el expediente gubernativo en Fiscalía y elaborar la instancia antes de que concluya el cumplimiento de la pena (FDE de Ciudad Real, Burgos o Pontevedra). Bien entendido, como puntualizan los FDE de Baleares y Albacete que la solicitud realizada por el penado no es en absoluto vinculante, de tal manera que los fiscales valorarán las circunstancias concurrentes en cada caso para instar o no al juzgado o tribunal sentenciador, la expulsión en sustitución de la parte de condena restante. De nuevo, merece destacarse aquí el trabajo del FDE de Barcelona en cuanto al sistema de coordinación en paralelo puesto en marcha con la Direcció General de Serveis Penitenciaris de la Generalitat de Catalunya.

<sup>41</sup> Igualmente, comunicarán 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. 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.

a expedientes de expulsión (art. 62.1 LOEX) o de devolución (art. 58.6 LOEX).

**INFORMES MINISTERIO FISCAL SOBRE INTERNAMIENTOS DE  
EXTRANJEROS EN CIE (\*)**

Emitidos			Favorables			Desfavorables		
2009	2010	2011	2009	2010	2011	2009	2010	2011
13.165	13.506	14.004	11.299	9.745	10.272	1.866	3.761	3.732
=	+ 2,59%	+ 3,68%	85,82%	72,1%	73,35%	14,17%	27,84%	26,64%

(\*) Sin computar los emitidos por la Fiscalía de Murcia.

Consiguientemente, esta actividad ha representado un aumento del 3,68 por 100 en relación con el año precedente.

En 10.272 ocasiones (73,35 por 100) el informe del Ministerio Fiscal no se ha opuesto a la adopción de la medida cautelar. No obstante, el grado de aceptación por el Fiscal de las pretensiones gubernativas dista mucho de ser uniforme en todo el territorio nacional: mientras en Asturias ha llegado al 97,93 por 100, en Madrid –donde se formulan el mayor número de dictámenes<sup>42</sup>– sólo alcanza el 51,83 por 100<sup>43</sup>.

El número más elevado de informes favorables a la aplicación de esta medida cautelar se produce fundamentalmente en el ámbito de los internamientos con fines de devolución<sup>44</sup>, o, en el caso de expedientes sancionadores, cuando existe una excelente coordinación entre las correspondientes Fiscalías y las autoridades policiales instructoras de los expedientes<sup>45</sup>.

2. Según explican los FDE en sus respectivas Memorias provinciales, la exégesis del ordinal primero del artículo 62 LOEX no ha suscitado graves problemas de aplicación. En la generalidad de los

<sup>42</sup> 5.450 informes que representan el 38,45 por 100 de toda España.

<sup>43</sup> Iguales o superan el 90 por 100: Navarra (95,34), La Rioja (93,65), Andalucía (90,68) y Baleares (90). Superan el 80 por 100: Castilla y León (88,75), Comunidad Valenciana (88,24), Canarias (87,14), Galicia (84,74), Extremadura (83,72), Aragón (80,53), Castilla-La Mancha (80,55) y Cataluña (80,49). Se encuentran alrededor de la media Cantabria (75 por 100) y el País Vasco (74,48 por 100).

<sup>44</sup> El 99,26 por 100 se llega a alcanzar en Almería y el 97,67 por 100 en Cádiz (Algeciras).

<sup>45</sup> En este sentido el FDE de Huelva explica como el Grupo Operativo de Extranjeros del Cuerpo Nacional de Policía realiza las solicitudes siguiendo sus instrucciones precisas «*evitando... formular solicitudes de autorización de internamiento en casos contrarios a los criterios uniformes de la Fiscalía de Extranjería y a la práctica procesal común de los Juzgados de esta provincia*».

casos antes de optar entre el internamiento o su denegación, se realiza una valoración circunstancial e individualizada de cada solicitud siguiéndose las pautas que exige el propio precepto, informándose a favor de la pretensión gubernativa sólo cuando haya constancia de un riesgo cierto y patente de frustrarse el cumplimiento de la resolución administrativa<sup>46</sup>.

El Fiscal sigue trasladando sus preceptivos informes<sup>47</sup> al Juzgado de Instrucción, normalmente de manera oral en la comparecencia judicial que se lleva a efecto (con asistencia letrada e intérprete)<sup>48</sup>, y, cuando por las condiciones concurrentes no es posible su asistencia, mediante el correspondiente escrito remitido por correo electrónico o por fax<sup>49</sup>.

Sin perjuicio de constatarse algún supuesto de confusión sobre el sentido y extensión de la autorización judicial del internamiento administrativo<sup>50</sup>, los aspectos más problemáticos que señalan los FDE nor-

---

<sup>46</sup> Puede servir de síntesis lo manifestado por la FDE de Salamanca en su cuidada Memoria: «se informa sobre esta medida de acuerdo con los principios de excepcionalidad y favor libertatis, atendiendo a las circunstancias que concurren en el caso concreto, causa de expulsión que se recoge en el expediente incoado, situación legal y procesal del extranjero, arraigo personal, profesional, supuestos de empleo de documentación falsa...; así se ha tenido en cuenta para fundamentar la adopción de la medida, la ausencia efectiva de arraigo y el hecho de estar implicado en varias causas, mientras que por el contrario se ha informado desfavorablemente en supuestos en que se aprecia un grado suficiente de vinculación y la persona está totalmente localizada y localizable». El FDE de Valladolid relaciona oportunamente diversos elementos indiciarios que deberían tomarse en consideración: «actuaciones administrativas tendentes a regularizar su situación en España, indicios de trabajo irregular proyectado en el tiempo, familiares con estancia legal en España, tener contrato de arrendamiento de alguna vivienda y llevar viviendo en ella cierto tiempo, estar en posesión de cuentas bancarias, documentos sanitarios, certificados o volantes de empadronamiento, vehículo propio etc».

<sup>47</sup> Excepcionalmente, se ha producido algún supuesto aislado –evidentemente patológico– de alguna resolución judicial de internamiento sin previo dictamen del Ministerio Fiscal [Segovia] e, incluso, sin la previa y debida petición gubernativa [Gerona].

<sup>48</sup> En algún caso, aunque el Fiscal asiste efectivamente a la comparecencia donde participa de manera activa, presenta además su informe por escrito (Tenerife, Valladolid).

<sup>49</sup> El Fiscal no suele acudir a la audiencia del interesado, debido a la multiplicidad de servicios que la exigua plantilla de esta Fiscalía tiene que cubrir y que no le permiten ni estando de guardia acudir (Segovia). En los Juzgados de Guardia de los pueblos, si no se haya presente un representante del Ministerio Fiscal, se informa por fax (Valencia). Cuando la guardia es de turno semanal, como se efectúa en los pueblos, se evita el desplazamiento, y se realiza informe escrito teniendo constancia por correo electrónico o fax de todos los datos (Alicante).

<sup>50</sup> El FDE de la Rioja señala con la precisión que le caracteriza que *no han existido especiales problemas en la tramitación de los mismos, a salvo las episódicas valoraciones frontizas con la idea de que el auto que autoriza el internamiento no puede valorar la corrección de la actuación administrativa, sino solo si concurren las causas que según la Ley autorizan la expulsión, realizando el Juez de Instrucción un simple análisis formal o de tipicidad formal, nunca material para el que son competentes los órganos de la jurisdicción contenciosa administrativa. De este modo, en ocasiones, y mezcladas con el arraigo, se atienden situaciones en las que se vaticina una razón de fondo del afectado en la legalidad de la residencia. El tema es especialmente confuso cuando el interesado, al tiempo que reconoce haber sido notificado de*

malmente están relacionados con la dificultad de practicar durante el servicio de guardia prueba sobre los hechos alegados por el interesado que excluyen todo riesgo de fuga, significadamente los que pudieran acreditar su situación de arraigo normalizado en España. Ello ha exigido en alguna ocasión la necesidad de revisar la resolución adoptada por vía de recurso<sup>51</sup>, o a proponer oportunas prácticas de prevención como las sugeridas por la Fiscalía de Alicante en cuanto a los contactos previos con el letrado del extranjero<sup>52</sup>.

Los Juzgados de Instrucción –que siguen tramitando las peticiones gubernativas de internamiento a través de los cauces procesales más variados<sup>53</sup>– han autorizado un menor número de internamientos que los informados favorablemente por el Ministerio Fiscal. Si en buena parte de los territorios la correspondencia entre el sentido de la resolución judicial y el informe del Fiscal es prácticamente total o con diferencias poco relevantes, la disparidad de criterios es patente en el caso de los Juzgados de Ceuta (donde han autorizado un 40,71 por 100 de los internamientos frente al 78,72 por 100 de los informes favorables del Ministerio Fiscal), Granada (70,21 por 100 frente al 78,72 por 100), Badajoz (un 66,66 por 100 frente al 100 por 100), Barcelona (un 44,63 por 100 frente al 81,07 por 100), Madrid (un 38,33 por 100, frente al 51,83 por 100), Orense (un 64,28 por 100 frente al 85,71 por 100) y Álava (un 77,27 por 100 frente al 88,13 por 100).

La ampliación del plazo máximo de internamiento de cuarenta a sesenta días (art. 62.2 LOEX) no ha alterado el modo de proceder de la mayor parte de los Juzgados de Instrucción que normalmente autorizan la privación de libertad siguiendo la dicción literal del precepto *«por el tiempo imprescindible para los fines del expediente sin que pueda superar el tiempo máximo de 60 días»*. Aunque, en algunos juzgados se conceden por plazos inferiores predeterminados, sólo la FDE de Salamanca nos comunica lo que debiera de ser la regla común

---

*una resolución de expulsión, presenta documentación relativa a nuevas y posteriores solicitudes que no están todavía respondidas por la Administración o que resueltas están recurridas.*

<sup>51</sup> Como afirma el FDE de Valladolid: *la verdad sea dicha, que en muchas ocasiones a la hora de informar por el Fiscal acerca de la medida de internamiento en CIE se disponen de muy pocas pruebas que acrediten el arraigo del extranjero en territorio español, si bien con posterioridad, el Letrado recurrente aporta documentación acreditativa de este extremo, de tal manera, que en no pocas ocasiones, el propio Fiscal de Sala ha tenido que apoyar, a la vista de los documentos aportados la reforma del auto acordando el internamiento.*

<sup>52</sup> *En la práctica resulta conveniente que el Letrado del extranjero se entreviste previamente con el Fiscal y le aporte la documentación de la que disponga, con el fin de examinarla y valorar su suficiencia o no a efectos de acreditar el arraigo (Alicante).*

<sup>53</sup> Diligencias Indeterminadas, Diligencias Previas, «Registros Generales» (sic), e, incluso por un Juzgado de Valladolid como «Diligencias de Extranjeros».

básica, es decir que en su territorio *no se aplica el periodo máximo de forma automática sino que se tiene en cuenta la información que facilitan la Policía y demás autoridades de cara a la efectiva materialización de la expulsión, plazo necesario para documentar y preparar estas actuaciones*<sup>54</sup>.

Los denominados «internamientos sucesivos» de ciudadanos extranjeros están vedados en todo el territorio nacional<sup>55</sup>. Por el contrario, es criterio mayoritario en los Juzgados españoles la posibilidad de admitir restrictivamente la prórroga del internamiento hasta el límite máximo permitido por la ley cuando inicialmente se concedió por un plazo inferior y se ha justificado la imposibilidad de llevar a cabo la ejecución de la expulsión por causa del comportamiento del propio afectado o por circunstancias no imputables a la Administración<sup>56</sup>.

3. La medida cautelar de internamiento sólo puede ser autorizada por el Juzgado de Instrucción por el tiempo imprescindible para

---

<sup>54</sup> Algunos Juzgados han impuesto plazos de quince días (Valencia), treinta días (Albacete, Cuenca; Valladolid); de cuarenta días (Cáceres; Málaga). En concreto, el FDE de Málaga informa que «en la Fiscalía Provincial de Málaga, se continua con el criterio fijado en fecha 17 de febrero de 2010 en que se repartió una circular interna entre todos los fiscales de informar— cuando el informe fuera favorable al internamiento— un plazo inicial de 40 días, para evitar agotar el plazo máximos para proceder a materializar la expulsión o devolución de los ciudadanos extranjeros que se encuentren internados. El plazo necesario dependerá de la dificultad para documentar o no a los mismos y de la nacionalidad de la persona internada. Así se señalaba que, 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».

<sup>55</sup> Esto es, las peticiones reiteradas de ingresos en CIE hasta alcanzar la suma total de sesenta días respecto de extranjeros cuya imposibilidad de expulsión fue evidenciada ya en el primer internamiento sin que concurra circunstancia sobrevenida alguna que justifique un nuevo ingreso (FDE de Madrid). En verdad sólo se han constatado dos supuestos aislados—naturalmente denegados por la autoridad judicial—, una solicitud en Gerona y otra en Cáceres. Como supuesto peculiar el FDE de Albacete señala «la consulta formulada por la Brigada de Extranjería, relativa a un extranjero detenido con propuesta de internamiento, pendiente de aportación de documentos solicitados por el Ministerio Fiscal para acreditar la debida notificación del decreto de expulsión, con transcurso del plazo máximo de setenta y dos horas, planteándose la fuerza policial la posibilidad de dejarlo en libertad y nueva detención por el mismo motivo y con nuevo plazo de setenta y dos horas. Se indicó la imposibilidad de tal actuación, que constituiría un fraude de ley provocando una detención ilegal, actuando Extranjería de acuerdo con tales indicaciones y quedando en libertad el extranjero».

<sup>56</sup> En este sentido informan los FDE de Las Palmas, Ciudad Real, Burgos, Valladolid, Pontevedra, Madrid y Málaga. El FDE de Albacete, sintetiza correctamente la posición mayoritaria: *en aquellos casos en los que el Juzgado de Instrucción ha fijado un plazo máximo inferior a los sesenta días, y la Brigada de Extranjería ha justificado la imposibilidad de materializar la expulsión en aquél plazo inicial, de ordinario por la actitud obstativa del extranjero, quien se ha negado, una vez trasladado desde el centro de internamiento hasta el aeropuerto, a subir voluntariamente al avión, lo que ha obligado a la Policía al reingreso en el centro de internamiento hasta la organización adecuada del traslado*. La única excepción a la concesión de la prórroga ha sido reflejada en su Memoria por la FDE de Navarra.

la práctica de la expulsión y, además, cuando concurren las condiciones que justifican la proporcionalidad de la medida (riesgo de incomparecencia, actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, existencia de condena o sanciones administrativas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes). En consecuencia, si la expulsión deviniera imposible o desaparecieran las circunstancias que justificaron su adopción, el ciudadano extranjero debe ser puesto inmediatamente en libertad por la propia autoridad administrativa que lo tenga a su cargo, por el Juez de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal. Así lo dispone el artículo 62.3 LOEX<sup>57</sup>.

Por ello, en la generalidad del territorio nacional, se aplica normalmente dicho precepto, limitándose la autoridad administrativa a comunicar la cesación de la medida y la puesta en libertad del extranjero al juez que autorizó el internamiento. Sin embargo, todavía algunos FDE reseñan alguna excepción significativa<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Conviene recordar que la redacción actual del precepto se corresponde con la propuesta recogida en el informe del Consejo Fiscal sobre el Proyecto de Reforma de la LOEX dirigido a solventar la exigencia establecida por el artículo 153.5 del derogado Reglamento de Extranjería de 2004 conforme a la cual era preceptiva la autorización judicial previa en el caso de que fuera procedente la libertad con anterioridad a la consumación del plazo concedido (la duración máxima del internamiento no podrá exceder de 40 días, y deberá solicitarse de la autoridad judicial la puesta en libertad del extranjero cuando con anterioridad al transcurso de este plazo se tenga constancia de que la práctica de la expulsión no podrá llevarse a cabo). Si el tiempo de internamiento es el imprescindible para llevar a efecto las operaciones de expulsión y si la autoridad administrativa tiene conocimiento fehaciente de que no va a poder llevarla a cabo con antelación al cumplimiento del plazo autorizado por el Juez, el principio *favor libertatis* exige que la persona sea puesta en libertad inmediatamente (en este sentido, artículo 15.4 de la Directiva 2008/115/CE) de tal manera que la previa necesidad de autorización judicial para la puesta en libertad puede tener efectos dilatorios a pesar de que la resolución judicial que acuerde la libertad, cuando la petición proviene de la Administración del Estado, no pueda ser otra que la interesada por la autoridad gubernativa y fundada únicamente en que se tiene constancia de que la práctica de la expulsión no podrá llevarse a cabo. Si bien la disponibilidad sobre la pérdida de libertad en el procedimiento de expulsión es judicial, la decisión final sobre la misma corresponde al órgano gubernativo que tiene competencias, también para su ejecución—(STC 26/9/1990 (n.º 144/1990); 16/4/1996 (n.º 66/1996); 20/12/2007 (n.º 260/2007)—.

<sup>58</sup> Huesca, Segovia, Zamora, Gerona. En Álava el propio auto judicial autorizando la medida incorpora en el fallo la orden de puesta en libertad si desaparecen los motivos que la determinaron. Del mismo modo la FDE de Madrid recoge en su elaborada Memoria que «*se ha constatado durante el año 2011, la reticencia por parte de las autoridades administrativas a la hora de acordar, motu proprio, el alzamiento de la medida de internamiento judicialmente aprobada, aún habiendo constatado la modificación de las circunstancias que en su día determinaron la solicitud de internamiento y a pesar de la posibilidad que al respecto le brinda el núm. 3 del artículo 62, (con excepción de los supuestos en los que lo anterior deriva de la imposibilidad de documentar al extranjero para proceder a su expulsión). En esos supuestos, la actuación por parte de las autoridades administrativas, es dar cuenta al Órgano Judicial de las nuevas circunstancias detectadas para que este, atendiendo a las mismas, decida o no levantar la medida*».

4. Durante el año 2011 han permanecido privados de libertad en los distintos Centros de Internamiento de Extranjeros hasta un total de 13.241 ciudadanos, de los que 6.825 han sido efectivamente expulsados o retornados a su país de procedencia<sup>59</sup>.

Las condiciones estructurales y de habitabilidad de los edificios destinados a funcionar como CIEs son desiguales. Sin embargo, aunque la mayoría de ellos adolecen de deficiencias y carencias de mayor o menor entidad que necesariamente deben ser corregidas<sup>60</sup>, las que caracterizan al CIE de Málaga son de tal entidad y magnitud que sólo pueden ser solventadas –como propone un año más el FDE de esa Fiscalía– con su cierre inmediato y, en su caso, posterior reconstrucción<sup>61</sup>.

La atención sanitaria es adecuada en todos los Centros sin que se haya reflejado ninguna anomalía relevante en las respectivas memo-

---

*de internamiento*». Por la FDE de Cuenca se denuncian defectos de notificación cuando la decisión de dejar sin efecto la expulsión proviene de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

<sup>59</sup> Según informa la Unidad Central de Expulsiones y Repatriaciones de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras (UCER): en Algeciras y Anexo (Isla La Paloma) estuvieron internados 3.093 (expulsados 1.533 = 49,56 por 100); en Barcelona, 1.978 (expulsados 914 = 46,20 por 100); en Madrid, 3.867 (expulsados 1.905 = 49,26 por 100); en Málaga, 437 (expulsados 257 = 58,81 por 100); en Murcia, 1.505 (expulsados 798 = 53,02 por 100); en Valencia, 1.716 (expulsados 1.088 = 60,40 por 100); en Fuerteventura –El Matorral– 119 (expulsados 47 = 39,49 por 100); en Las Palmas, 400 (expulsados 221 = 55,25 por 100); y, en Tenerife (Hoya Fría), 126 (expulsados 62 = 49,20 por 100).

<sup>60</sup> Tras las obras llevadas a cabo en el CIE de Algeciras se han eliminado muchos defectos denunciados en años precedentes aunque sigue sin disponer de calefacción en invierno y aire acondicionado en verano; los CIEs de Barcelona, Madrid, Murcia, Las Palmas (Barranco Seco), Tenerife (Hoya Fría) y Valencia no presentan deficiencias estructurales. En Madrid, la FDE refiere problemas de hacinamiento (habitaciones para seis u ocho personas), espacios reducidos de las áreas destinadas a las zonas de ocio comedor y actividades comunes, el defectuoso funcionamiento del sistema de apertura automática de las salidas de emergencia o del cierre y aperturas de las habitaciones y la inexistencia de inodoros en las habitaciones, pero afirma que *no obstante lo anterior, en términos generales las instalaciones presentan un aceptable estado de conservación y limpieza*. La FDE de Las Palmas sigue recordando la necesidad de implantar un plan de seguridad y emergencia integral contra incendios en el CIE de Barranco Seco en Gran Canaria. La FDE de Valencia señala la urgente reparación de la mitad de los aseos que se encuentran estropeados.

<sup>61</sup> El lamentable estado del edificio ha determinado que en la actualidad su capacidad se halle limitada a 45 internos (20 hombres y 25 mujeres). *Todos los pabellones de la Planta Baja del módulo de hombres, aunque han sido reformados e incluso reparadas las puertas de los cuartos de baño se encuentran clausurados por decisión de la propia Policía*. El estado del edificio es tan ruinoso que el FDE de Málaga afirma *«que todo dinero que se siga invirtiendo en el mismo, aunque sea necesario para asegurar una mínima habitabilidad, lo será a fondo perdido... Incluso desde la perspectiva económica, nada apropiada para hacer valoraciones cuando de personas internadas se trata, supone un costo inasumible para la ciudadanía en tiempos de crisis, pues no tiene sentido que para vigilar a un máximo de 23 internos (ocupación media del Centro) sea necesario mantener un edificio en ruina con costes fijos y una vigilancia de al menos 37 policías que se podrían dedicar a otra actividad más acorde con su función. Además, las condiciones del edificio están propiciando que muchos grupos con intereses diversos y no siempre bien intencionados pongan en duda el buen quehacer que en su interior desarrollan los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado»*.

rias de los FDE. No cabe decir lo mismo de la asistencia social que es inexistente en el CIE de Algeciras e insuficiente en Hoya Fría<sup>62</sup>. Las comunicaciones entre internos y letrados o familiares han planteado alguna disfunción menor en los CIE de Málaga, Madrid y Valencia<sup>63</sup>.

Como acertadamente señala el FDE de Barcelona, una de las deficiencias más graves del sistema instaurado por la LOEX deriva de la falta de un completo marco normativo de desarrollo que regule de manera integral tanto los aspectos organizativos y de dotación de los Centros de Internamiento, como el régimen específico de los derechos y obligaciones de los internos<sup>64</sup>. En efecto, la normativa actual –bási-

---

<sup>62</sup> En Algeciras, en el verano de 2011 se les anunció que la Cruz Roja pasaría a hacerse cargo de los Servicios Sociales, los cuales comenzarían a prestarse a partir del mes de septiembre de 2011, motivo por el que se les habilitó un espacio para que un equipo compuesto por un psicólogo y dos trabajadores sociales pudieran realizar su trabajo con las debidas condiciones de privacidad, sin embargo, hasta el 31 de diciembre de 2011, no han comenzado su trabajo, sin que se tenga conocimiento oficial de las razones de ello. En Hoya Fría han carecido de Trabajador Social durante buena parte del año debiendo ser suplida esta carencia por *la dirección del CIE a través de la estrecha colaboración con la Cruz Roja, desarrollándose por parte de su cooperadora una más que encomiable labor con los internos, si bien se puso de manifiesto la insuficiencia de medios materiales tales como material didáctico, de ocio o cultural para ocupar el tiempo de los internos, y que con la ampliación del plazo de internamiento a 60 días, se hace mas patente.*

<sup>63</sup> En el CIE de Málaga muchos internos tiene dificultades para poder identificar a su letrado, dado que sus datos no suelen aparecer en el auto por el cual se acuerda el internamiento. Por parte de la fiscalía se están haciendo gestiones en los juzgados para que dicha omisión sea subsanada. La FDE de Madrid propone la mejora del servicio mediante *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; la facilitación a los internos que carecen de recursos económicos, de llamadas gratuitas a su abogado, al menos una vez cada 10 días; la reserva de una de las líneas telefónicas exclusivamente para recepción de llamadas de letrados o la instalación de una centralita de recepción de llamadas.* La FDE de Valencia refiere que ha solicitado la colaboración del Director del Centro o del Inspector Jefe del Servicio de Seguridad para resolver cuestiones tales como facilitar datos del abogado del interno y procurarle comunicación telefónica con el mismo.

<sup>64</sup> «La principal tacha que puede hacerse respecto al CIE de Barcelona, extensible a la totalidad de los CIES de España, deriva de la inseguridad jurídica que genera la ausencia de una regulación detallada del régimen de funcionamiento y de garantías de los derechos y deberes de los internos. La regulación que a tal efecto contienen los artículos 62 a 62 sexies de la LO 4/2000 y artículo 258 del Real Decreto 557/2011, que aprueba el Reglamento de la Ley, resulta claramente insuficiente. Estos artículos conforman un marco legal general que exige, ineludiblemente, un desarrollo. Ya la Disposición Adicional Tercera de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de modificación de la LO 4/2000 dirigió un mandato al Gobierno para que en plazo de seis meses se aprobase un Reglamento que regulara el régimen de funcionamiento de los CIES. Más tarde y de nuevo, el artículo 258 del Reglamento aprobado por Real Decreto 557/2011, al abordar el régimen de los extranjeros en el CIE, con especial consideración a sus derechos y obligaciones, nos remite al desarrollo reglamentario previsto en la citada DA Tercera. El mandato de la LO 2/2009 no se ha cumplido y resulta inaplazable dotar a los CIES de un detallado marco legal que garantice la efectividad de los derechos y obligaciones que la propia LOEX reconoce a los internos. En la situación actual el correcto funcionamiento del CIE descansa sobre la capacidad y voluntarismo que los Directores responsables del centro que, según el artículo 62 sexies,



camente constituida por la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999— además de propiciar la elaboración de Protocolos o Normas Internas de actuación diferenciada en cada Centro<sup>65</sup>, no sólo no garantiza el sistema impuesto por la Ley Orgánica, sino también desplaza indebida e injustamente la responsabilidad del buen funcionamiento a unos funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que —a pesar de su encomiable dedicación— muchas veces se ven superados por la entidad y gravedad de los problemas que deben solventar cotidianamente<sup>66</sup>.

Hay tres circunstancias que son fuente de preocupación e inquietud según qué Centro de Internamiento sea el afectado: la masificación de algunos CIE de la península (especialmente el de Algeciras y el de Madrid)<sup>67</sup>, la ausencia de módulos perfectamente diferenciados donde

---

*deben adoptar las medidas y directrices necesarias para organizar el centro, mantener su normal funcionamiento, asegurar la convivencia y garantizar los derechos de los internos. El número de internos que se concentran en el CIE, la privación de libertad que padecen, su vulnerabilidad, y la entidad de los intereses y bienes jurídicos en juego requieren que sin demora se aborde la reglamentación de los centros de internamiento de extranjeros proporcionando a los extranjeros internos la seguridad jurídica que su situación demanda».*

<sup>65</sup> A modo de ejemplo, la FDE de Madrid señala que *por parte del Director del Centro, se han venido dictando una serie de «Notas Interiores», que regulan puntos concretos, tales como «protocolo a seguir en las visitas de Notarios», normas sobre «recepción de llamadas telefónicas para internos», «ampliación de horarios de visitas de abogados», etc.*

<sup>66</sup> En ninguna ocasión los FDE que ejercen funciones de control e inspección de CIES han trasladado queja alguna sobre el proceder, la coordinación o la relación con los Directores de cualquiera de los CIE. Al contrario, en las comunicaciones ordinarias se transmite su buena disposición para atender las peticiones del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos de los internos. Incluso, el reconocimiento al esfuerzo realizado por el Cuerpo Nacional de Policía en general y los Directores de los diferentes CIES es expresamente señalado en sus respectivas Memorias por los FDE de Málaga y Tenerife (*los agentes de la Policía Nacional, a través de la BPEF siguen realizando un intenso esfuerzo para atender humana y policialmente a los internos*).

<sup>67</sup> Este gravísimo problema ha desaparecido en las Islas Canarias tras la extraordinaria reducción del número de cayucos o pateras llegados a sus costas. Hasta tal punto es así que como informa la FDE de Tenerife no sólo el nivel de ocupación ha sido bajo, sino también se han desmantelado los centros de internamiento temporal quedando sólo en funcionamiento el de Hoya Fría que, incluso ha reducido la plantilla. Por ello, el situado en Fuerteventura (El Matorral) sólo ha estado en funcionamiento durante cinco meses en el año 2011. En el mismo sentido, la conflictividad ha descendido en el CIE de Málaga, precisamente por haberse reducido su ocupación sólo a veinte personas. Por el contrario, la masificación del CIE de Algeciras, unido al ingreso de penados e individuos con numerosos antecedentes policiales, especialmente procedentes de la Costa del Sol, ha exacerbado la conflictividad: *«en ese contexto, se han incrementado las medidas de seguridad, habiéndose intervenido objetos punzantes 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. También se han observado desperfectos en las sillas de los comedores, en los anclajes de las puertas y ventanas, así como en los cristales de las ventanas y en los barrotes de las mismas».* Para paliar en parte esta situación y favorecer la seguridad de los internos el 20 de enero de 2011 se tuvo que reabrir el anexo de la Isla de la Paloma. En otros términos, La FDE de Madrid advierte que el CIE se encuentra

alojar separadamente a los internos que están pendientes de expulsión por la comisión de meras faltas administrativas de los penados que han sido allí destinados por aplicación del artículo 89.6 del Código Penal (en todos los CIE)<sup>68</sup>, y la inadecuada organización y funcionamiento de los Juzgados de Control de Estancias en Algeciras<sup>69</sup>. Todos ellos son factores que incrementan la conflictividad por mucho que la media de permanencia en los Centros no sea excesiva en algunos casos<sup>70</sup>.

---

prácticamente al completo todos los días del año, proponiendo, como imprescindible para mejorar las condiciones de los extranjeros ingresados, *la construcción de un nuevo centro de mayores dimensiones, compuesto de instalaciones amplías conforme a sus necesidades.*

<sup>68</sup> Como afirma el FDE de Barcelona resumiendo la opinión unánime de todos los FDE, *se produce una indeseable concentración en un mismo centro, sin distinción ni separación, de extranjeros internados en base a una mera infracción administrativa con los que han sido internados como consecuencia de la comisión de hechos delictivos en muchas ocasiones no exentos de gravedad.* En el mismo sentido, la FDE de Madrid se queja de que *el CIE de Madrid, carece de posibilidades físicas para realizar una clasificación adecuada entre internados condenados y no condenados, lo que puede plantear serios problemas incluso de convivencia.* Además advierte sobre la inadecuación de las instalaciones del CIE para albergar separadamente a unos y otros.

<sup>69</sup> El acuerdo de la Junta de Jueces de 28 de octubre de 2010, según el cual la atribución de la función prevista en el artículo 62.6 LOEX correspondería al juzgado de instrucción que hubiese acordado el internamiento, difícilmente garantiza el control judicial previsto en la LOEX. Como afirma el FDE de Cádiz *obviamente este sistema impide que un juzgado concreto realice las visitas ordinarias, así como entienda de las quejas de los internos que fueran ingresados por autorización de juzgados de otras poblaciones. En consecuencia, desde la entrada en vigor de la reforma de la Ley Orgánica de Extranjería de 2009, no se ha realizado ninguna visita judicial de inspección del CIE ni se ha remitido queja alguna al Juzgado de Instrucción. En el supuesto de que alguna circunstancia de interés se produzca, hay que dar cuenta al Juzgado de Guardia.* Por el contrario, este mismo sistema que estaba implantado en Barcelona, a iniciativa del FDE ha sido corregido –tras las oportunas comunicaciones y reuniones con el Juzgado Decano y Jueces de Instrucción– al aprobarse un nuevo Acuerdo de la Junta de Jueces de Instrucción de Barcelona de fecha 25 de noviembre de 2011. En él *«se acuerda nombrar anualmente y de forma correlativa a dos Juzgados de Instrucción para que conozcan de las quejas presentadas por los extranjeros ingresados en centros de internamiento...».* Este acuerdo supone, sin duda alguna, un avance muy significativo respecto a la situación anterior. *La respuesta judicial a las quejas y peticiones de los internos sobre derechos fundamentales ya no se distribuyen entre todos los Juzgados de Instrucción del partido judicial en función del servicio de guardia sino que se concentran en dos concretos Juzgados. Sin embargo, en el acuerdo figura que la designación de los Juzgados es de carácter anual, según parece se pretende establecer un turno rotatorio de dos Juzgados que cambian cada año. La valoración de este concreto punto no puede ser positiva. Entiende la Sección de Extranjería que la designación de los Juzgados de control de estancia ha de tener una vocación de permanencia o, cuando menos, de cierta continuidad. Los Juzgados designados deberían serlo de forma permanente o, al menos, para un periodo de tiempo prolongado siempre superior a un año. Sólo esta continuidad permite alcanzar la deseable especialización en la materia y un efectivo control del funcionamiento del centro.* Del mismo modo, toda vez que la Sala de Inadmisión del Aeropuerto del Prat se ubica dentro del partido judicial del Prat de Llobregat se designó como juez de control de estancia al Juzgado en funciones de guardia de los de Primera Instancia e Instrucción del Prat de Llobregat para los asuntos urgentes e inaplazables y, con carácter subsidiario y general, al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Núm. 4 de ese partido judicial.

<sup>70</sup> Por ejemplo, según informa el FDE, en el CIE de Barcelona, durante el año 2011 la media de estancia de un interno en el CIE fue de 29 días en el caso de los hombres y de 22 días en el de las mujeres.

5. Durante el año 2011 se ha producido algún episodio violento entre internos (Cádiz), casos de resistencia activa a la materialización de la expulsión (Málaga), autolesiones e intentos de suicidio con el mismo fin (Málaga, Las Palmas). También se han llegado a consumir fugas (Las Palmas). Sin embargo, ninguno de los FDE ha comunicado la existencia de conductas de los funcionarios de Policía constitutiva de malos tratos, a pesar de haberse investigado con rigor toda denuncia presentada al respecto<sup>71</sup>.

#### 7.4.5 MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS (MENA)

1. Durante el año 2011 han sido detectados 357 MENA llegados a las costas españolas en pateras o embarcaciones similares. Por primera vez desde el año 2006 se ha quebrado la tendencia descendente de este medio tan peligroso utilizado para introducirse en España, produciéndose un incremento del 34,71 por 100 respecto del año 2010 (265 MENA)<sup>72</sup>.

Del mismo modo, a pesar de no ser posible disponer de cifras precisas, también se ha advertido un aumento de la entrada de menores en España por vía terrestre ocultándose –con grave riesgo para su integridad física– en vehículos a motor<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Por su interés recogemos el siguiente pasaje de la Memoria del FDE Barcelona: *acerca de la posible existencia de conductas de malos tratos sobre los internos por parte de los funcionarios destinados en el centro que, en algunas ocasiones, han tenido reflejo en los medios de comunicación, debe dejarse constancia de que el Fiscal Delegado, a través de las numerosas entrevistas reservadas con los internos y de las diligencias que al respecto ha realizado, no ha constatado su realidad. Con carácter general, ningún interno ha transmitido al Fiscal Delegado la existencia de esa clase de conductas ni sobre él mismo ni sobre otros internos. Durante la visita efectuada el día 26 de julio de 2011 el interno de nacionalidad marroquí, XX-, en la entrevista reservada mantenida con el Fiscal Delegado, manifestó haber sido víctima de una agresión por funcionarios policiales del centro. En la Sección de Extranjería se incoaron las correspondientes Diligencias de Investigación Penal para averiguar lo ocurrido y, en su caso, depurar las responsabilidades a que hubiere lugar. Sin embargo, la versión del interno no se confirmó y se acordó el archivo de las Diligencias. Del mismo modo, en el Juzgado de Instrucción Núm. 17 de Barcelona se han tramitado las Diligencias Previas Núm. 619/11 incoadas a raíz de la denuncia del interno del CIE, YY, contra dos funcionarios policiales del centro por delito contra la integridad moral y falta de lesiones. En fecha 9 de marzo de 2011 se acordó su sobreseimiento y archivo con arreglo al artículo 779.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al considerar no suficientemente acreditada la perpetración del hecho denunciado.*

<sup>72</sup> A Canarias llegaron 51 menores, todos nacionales de Marruecos. A las costas mediterráneas 353 (113 marroquíes, 57 argelinos, 133 subsaharianos y tres sin identificar).

<sup>73</sup> En relación con la utilización del paso clandestino de fronteras terrestres, el FDE de Cádiz reseña un informe del CNP explicando que «si durante 2010 se pensó que la disminución estaba justificada por 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, lo

2. Según los datos facilitados por las distintas Fiscalías provinciales durante el año 2011 se han incoado un total de 2.418 diligencias preprocesales de determinación de edad de extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad (art. 35.3 LOEX), lo que representa un descenso del 3,58 por 100 respecto del año 2010<sup>74</sup>.

Del total de expedientes incoados por el Ministerio Fiscal, se ha decretado la minoría de edad en el 51,36 por 100 de los casos<sup>75</sup>.

#### EXPEDIENTES DE DETERMINACIÓN DE EDAD MENA

Incoados		Resultado				Otro	
		Menor edad		Mayor edad			
2010	2011	2010	2011	2010	2011	2010	2011
2.508	2.418	1.375	1.242	740	1.122	180	54

3. El mayor número de Expedientes de Determinación de la Edad se han llevado a cabo en los puntos más comunes de entrada en territorio español (Ceuta y Melilla, costas andaluzas, murcianas y levantinas, y hoy, en mucha menor medida, en el litoral canario)<sup>76</sup>. En relación con los puntos habituales de destino migratorio de los menores extranjeros, la Fiscalía de Barcelona es la que ha incoado el mayor número de expedientes (13,81 por 100), junto con las tres Fiscalías vascas (8,97 por 100)<sup>77</sup>.

*que se corroboró por las entrevistas de los menores, que ya no utilizaban esa vía, este año han recuperado ese camino hacia España, al parecer por existir una tubería que cruza el puerto y que conduce a un desagüe submarino, a través del cual acceden, con peligro para sus vidas, a la zona de estacionamiento de los camiones, donde se esconden, razón, por las manifestaciones de los menores, y según se ha constatado, que sea esta la explicación por la que algunos de ellos vienen con trajes de neopreno».*

<sup>74</sup> Evidentemente el número de MENA es muy superior, pues en muchos casos los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, al no dudar sobre la minoría de edad del afectado, directamente los ponen a disposición del correspondiente Servicio de Protección de Menores, sin que el Ministerio Fiscal deba dictar ningún Decreto de determinación de la edad.

<sup>75</sup> 54 expedientes no han concluido con la emisión del correspondiente Decreto del Fiscal por los motivos más diversos (huida y no presentación del interesado a la prueba radiológica en 38 ocasiones; hallarse pendiente al terminar el año del dictamen facultativo o interesarse una ampliación de las pruebas médicas, en 11 casos; presentación de documentación acreditativa de la edad, etc.).

<sup>76</sup> En el año 2011 el mayor número de diligencias se incoaron por las Fiscalías de Área de Ceuta y Melilla (27,17 por 100) y por las Fiscalías de la costa andaluza, murciana y levantina (11,41 por 100). Lejos han quedado los tiempos en que por las Fiscalías Canarias se incoaban casi la mitad de estos expedientes (como en el año 2008 en que representaron el 43,27 por 100 del total nacional). En el año 2011 se han abierto sólo el 6,43 por 100, siendo significativo que mientras la Fiscalía de Las Palmas ha incoado 157 procedimientos, la de Tenerife solo una diligencia.

<sup>77</sup> Muy por debajo: Madrid (4,46 por 100) o Asturias y Cantabria (3,47 por 100).

Los resultados de las pruebas practicadas son muy heterogéneos: hay Fiscalías provinciales en que se ha decretado la minoría de edad en el cien por 100 de los expedientes incoados<sup>78</sup>, en otras la menor edad ha alcanzado importantes niveles<sup>79</sup>, en algunas prevalecen las declaraciones de mayoría de edad<sup>80</sup>; por fin, en el resto de Fiscalías se ha alcanzado niveles equilibrados<sup>81</sup>.

4. Durante el año 2011, a pesar del importante cuerpo doctrinal elaborado por la Fiscalía General del Estado (Circular 3/2001, Circular 2/2006, de 27 de julio, y Consulta 1/2009) son múltiples los problemas de la más diversa naturaleza con los que se han enfrentado los Fiscales a la hora de ordenar la incoación de las Diligencias Preprocesales del artículo 35 y dictar el respectivo Decreto. Especialmente debemos destacar las siguientes cuestiones:

[1] Sobre la delimitación conceptual de lo que debe entenderse por extranjero *indocumentado* cuya minoría de edad *no pueda ser establecida con seguridad*. La problemática de la validez y fiabilidad de la documentación en posesión del presunto menor en general (empadronamiento, visados, certificaciones registrales) y de los pasaportes en particular, como acreditativa de la edad del titular se ha reflejado, un año más, por diversas Fiscalías (Barcelona, Guipúzcoa, Álava, Vizcaya y Castellón)<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup> Zaragoza (9), Sevilla (8) y Huelva (14).

<sup>79</sup> Asturias, 89,74 por 100; Cantabria, 88 por 100; Guipúzcoa, 86,36 por 100; Málaga, 78,49 por 100; Vizcaya, 73,43 por 100.

<sup>80</sup> Alicante, 0 por 100 de minorías declaradas; Valencia, 6,66 por 100; Álava, 28,33 por 100.

<sup>81</sup> Ceuta, 50,12 por 100; Melilla, 51,49 por 100; Almería, 54,60 por 100; Granada, 40,58 por 100; Las Palmas, 41,40 por 100; Algeciras, 56,14 por 100; Barcelona, 43,57 por 100; Madrid, 41,93 por 100.

<sup>82</sup> La Fiscalía de Álava pone de manifiesto *«que se han detectado casos de presuntos MENAS que están, incluso, condenados en otras provincias por la comisión de delitos (normalmente, contra la propiedad intelectual) como mayores de edad o tienen órdenes de expulsión en vigor (se supone que tras la tramitación de un expediente administrativo en el que se habrá comprobado su mayoría de edad). A pesar de ello, se procede a su inscripción como menores de edad con base en la nueva documentación, dando lugar a que se ponga en marcha el protocolo de determinación de edad, cuando así lo transmite a la Fiscalía la Diputación Foral»*. En otros casos (Asturias, Madrid y Ceuta) se han rechazado documentos consistentes en burdas copias o cuando existen dudas de que el poseedor del documento no se corresponde con su titular al no constar en el documento huellas dactiloscópicas. La Fiscalía de Ceuta en un decreto no dio valor al documento señalando que *«se trata de una fotocopia de un folio en el que aparecen escritos a bolígrafo el nombre y otros datos del supuesto menor, estando el espacio destinado a la fotografía en blanco, sin que constara en el mismo cualquier otro dato (ficha dactiloscópica) que sirva para identificar a una persona fehacientemente»*. En Cataluña la situación ha adquirido una importante tensión hasta el punto de que se ha dictado la Instrucción Núm. 3/2011 por la Fiscal Superior de Cataluña para reordenar toda esta materia. En ella, tras un pormenorizado estudio admite la posibilidad de que en determinados casos procede dar preferencia a las pruebas radio-

[2] Sobre la manera de aplicar el Convenio Bilateral de Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa de 30 de mayo de 1997 suscrito entre España y Marruecos<sup>83</sup>.

[3] Sobre, la naturaleza o tipo de prueba a practicar<sup>84</sup> y el modo y contenido del dictamen forense<sup>85</sup>.

---

lógicas forenses que a las fechas sobre el nacimiento que figura en los documentos oficiales, en el mismo sentido y alcance que la Consulta 2/2009 FGE.

<sup>83</sup> Conforme al artículo 39 de dicho Convenio «*las certificaciones de las actas del registro civil expedidas por una autoridad competente en el territorio de una de las Partes Contratantes y que estén provistas de su sello oficial no necesitarán ser legalizadas para ser válidas en el territorio de la otra Parte*». Si existe duda sobre la fecha de nacimiento del interesado incorporada en el pasaporte podrá ser solventada a través de la petición de aquella certificación del acta del Registro Civil sin necesidad de acudir a ninguna prueba médica. A través de este mecanismo se han corregido varios decretos de determinación de edad por diversas Fiscalías (Barcelona, Badajoz, Ceuta, Vizcaya). Sin embargo, también han surgido supuestos problemáticos. En Asturias se produjo el caso de que un aparente menor de edad tutelado en Asturias manifestó querer regresar a su país y reconoció que tenía 24 años y que los datos en base a los cuales se le expidió su pasaporte por el Consulado de Marruecos en Bilbao, según el cual tenía 15 años, correspondía a su hermano menor. Antes de remitir testimonio de las actuaciones al Juzgado de Instrucción correspondiente, por un posible delito de falsedad documental, la Fiscalía de Asturias solicitó a la Policía Nacional que se confirmara la suplantación de identidad y esta a través de la Embajada de España en Rabat, obtuvo una contestación de las autoridades policiales de Marruecos, que una vez analizadas las fotografías y las huellas dactilares remitidas, se concluyó el solicitante utilizó la identidad de su hermano.

<sup>84</sup> La generalidad de los médicos verifica la radiografía de la muñeca izquierda. Sin embargo, la Fiscalía de Pontevedra solicita del médico forense que haga constar en su «*informe el índice de masa corporal, medida y peso, características propias de la raza –si fuera posible– y práctica de radiografía de carpo, ortopanto y de clavícula izquierda*». La Fiscalía de Burgos incide en que es «*necesario la revisión de los criterios médicos para la realización de las pruebas de conformidad con el último informe del Defensor del Pueblo que exige que se reformen en profundidad las técnicas utilizadas para evitar situaciones injustas y contrarias a la lógica, introduciendo informes multidisciplinarios entre otras cuestiones*». Especialmente relevante es la iniciativa de la Fiscalía de Área de Ceuta: la Comisión de Ayuda al Refugiado de Andalucía aportó un informe psicológico valorativo para determinar la edad del supuesto menor que fijaba en la adolescencia. El Fiscal de Ceuta dictó un decreto acordando solicitar del Psicólogo adscrito al Juzgado informe sobre la pericial aportada, manifestando este en informe de 2 de noviembre de 2011 que «*la edad cronológica es un constructo con valor legal que no puede equipararse al de la edad mental, ya que son dos conceptos independientes y por tanto no puede atribuirse a una edad madurativa del sujeto el valor jurídico de la edad cronológica*».

<sup>85</sup> El Fiscal Jefe de Área señala como los médicos emiten informe pericial en el que por regla general «*suelen hacer referencia a la desviación estándar aducida por los reclamantes, salvo que examinados, sean claramente mayores de edad en cuyo caso se opta simplemente por manifestarlo así*». El FDE de Almería se queja de *cómo en ocasiones puntuales se ha producido una «falta de concreción de los informes médicos emitidos por el radiólogo en cuanto a la edad del extranjero, especialmente en aquellos casos en que se limita a decir que la edad aproximada es «+ – 18 años» debiendo presumirse en su beneficio que se trata de un menor de edad, siendo en cualquier caso una práctica que debe erradicarse. Esta circunstancia ha sido puesta de manifiesto por la Brigada de Extranjería en reuniones mantenidas con la Fiscalía, produciéndose casos aislados referidos a determinados médicos; habiéndose iniciado gestiones por la Sección de Extranjería para intentar que ese tipo de informes médicos se evite a favor de una mayor concreción de la edad. Aún así, en estos casos se ha estimado como edad provisional del menor, para evitar nuevas pruebas radiológicas y en su beneficio, que la edad de nacimiento*

[4] Sobre la autoridad competente para ordenar la realización de las *pruebas necesarias* <sup>86</sup>.

[5] Sobre la naturaleza, contenido y efectos del decreto de determinación de la edad del Ministerio Fiscal y las condiciones para poder modificarlo <sup>87</sup>.

---

*es de 1 de enero de 17 años atrás, sin perjuicio de 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*». La Fiscalía de Vizcaya se ha dirigido al forense para pedir una aclaración del concepto «compatible con 18 años» solicitando que se concretara si el resultado de las pruebas era incompatible con menos de 18 años. La Fiscalía de Granada manifiesta como «por indeterminación de la edad, se han remitido al Sr. /a. Médico Forense, a fin de que fijen de forma más fidedigna el tramo de edad, habiéndose observado una buena y adecuada colaboración». El FDE de Cádiz muestra su satisfacción con la intervención de los servicios de radiología de los hospitales señalando no obstante «casos aislados de aplicación defectuosa como los observados en el mes de noviembre y diciembre en el Hospital Punta Europa, de Algeciras, cuando se han detectado 10 informes firmados todos por el mismo doctor, en los que se hace constar que la edad es de 18 años (o superior) más-menos un año. Expuesto el problema al Director Gerente del Hospital Punta Europa, se ha comprometido a adoptar las medidas oportunas para que sea corregida esa práctica, y en su caso, a la realización de pruebas complementarias, y ello sin perjuicio de que la Fiscalía lo comunique directamente a él para la adopción de las medidas pertinentes para la ampliación del informe de manera que no induzca a confusión, pues los directores de los centros de protección, al haber sido tratados como menores de edad, han manifestado que el comportamiento es propia de mayores de edad, e incluso así lo han manifestados ellos mismos». De todas formas aclara 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». El FDE de Córdoba señala que si bien existen siete Diligencias en trámite, están pendientes del informe del médico forense y que «siguiendo las indicaciones de las circulares de la FGE, las conclusiones del encuentro de fiscales especialistas en menores y extranjería de Madrid, de 20 de abril de 2010 y tratando de acoger las propuestas que se plasman en el reciente informe del Defensor del Pueblo sobre el procedimiento de determinación de edad, se ha vuelto a solicitar informe al Sr. médico forense al entender insuficiente el ya emitido».

<sup>86</sup> En ocasiones, las pruebas médicas se han acordado por las instituciones de protección distintas del Fiscal y sin su conocimiento. Así, el FDE de Córdoba manifiesta que de las siete diligencias de determinación de edad practicadas «salvo una de ellas en que se pidió autorización por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad conforme al artículo 35 LOEX, las demás han sido remitidas a la Fiscalía tras haber sido realizada la prueba oseométrica a instancia de la Entidad Pública, estando ya los menores sujetos al sistema de protección (aunque con previo consentimiento informado e informe del médico forense). En Guipúzcoa se ha tenido que corregir un supuesto patológico de ordenarse la práctica de las pruebas a instancia de la Policía Local.

<sup>87</sup> El FDE A Coruña en su elaborada memoria aborda con detalle el carácter provisionalísimo del decreto del Fiscal, señalando que «si con posterioridad aparecen nuevos datos sobre la edad del menor que resultan más fiables (documentación, pruebas médicas complementarias...), es lógico que ese decreto quede sin efecto, pero un mínimo de seguridad jurídica exige que esa derogación del decreto no sea automática, sino que se pongan en conocimiento del Ministerio fiscal los nuevos datos para que éste valore si procede, o no, dejar sin efecto el decreto que había sido dictado». Estrechamente conectado con este carácter provisional del Decreto es la posibilidad de que un decreto del Fiscal modifique lo dispuesto por una Resolución judicial sobre la minoría de edad o que dicho decreto pueda pronunciarse sobre la minoría habiendo un proceso judicial pendiente. La Fiscalía de Teruel relata un caso en que por el Fiscal

[6] Sobre la procedencia de admitir o no recurso contra el decreto de determinación de la edad dictado por el Fiscal <sup>88</sup>.

[7] Sobre las determinaciones de edad dictadas por otras autoridades de Estados miembros de la Unión Europea <sup>89</sup>.

---

se había dictado un decreto de minoría de edad con fundamento en un informe médico que arrojó un resultado de 17 años. Con posterioridad la Fiscalía conoció que en un procedimiento penal las pruebas médicas habían dado lugar un resultado de 18 años de edad, y por tanto de mayoría de edad. El FDE de Teruel considera acertadamente que lo adecuado era que cualquier determinación de la edad dirimente debía realizarse por el Juez de Instrucción en el ámbito del artículo 375 LECrim. Igualmente la Fiscalía de Valencia expone que «*se informa en el sentido de la necesidad de que en relación a cualquier extranjero que alegue su condición de menor, en un procedimiento penal o administrativo, una vez hubiera conocido del mismo una autoridad judicial será esta la que conozca de ello, debiendo remitirse a esta la solicitud de determinación de la edad efectuada por el presunto menor*». Por el contrario, la Fiscalía de Barcelona tiene otra posición. En un caso en que el Fiscal había dictado un decreto de determinación de edad sobre la base de unas pruebas médicas, una resolución judicial civil de un Juzgado de Primera Instancia consideró que la prueba médica practicada no había aclarado la edad y ordenó dejar sin efecto la resolución de la entidad de protección catalana por la que se acordaba el cese del ejercicio de las funciones tutelares. En dicho caso la Fiscalía de Barcelona acordó que se practicarán nuevas pruebas ya que «*En ningún caso la Sentencia da por buena la fecha de nacimiento indicada en el pasaporte, al contrario, indica que están justificadas la práctica de las pruebas médicas, pero que según el Juzgado están son incompletas. En definitiva, para determinar si a día de hoy es mayor o menor de edad, siguiendo el razonamiento lógico de la Sentencia, procedería realizar las pruebas médicas más completas posibles a dicha persona. Además, la Dra. . . , coordinadora de los médicos forenses de Barcelona, en comparecencia de 3 de noviembre de 2011, manifestó que para determinar la edad actual de..., es necesaria la realización de nuevas placas radiológicas, a fin de valorar cual ha sido su evolución ósea*». El interesado se negó a someterse a las pruebas médicas al existir una resolución judicial. El Fiscal consideró que era mayor de edad.

<sup>88</sup> La totalidad de la Fiscalías que se pronuncian sobre la cuestión aceptan sin fisuras la irrecurribilidad del Decreto del Fiscal. La Fiscalía A Coruña rechaza tal posibilidad «*en nuestra opinión, no cabe recurso alguno frente al recurso del fiscal y ello porque no está previsto en ningún sitio, ni en la LOXE se dice nada, ni tampoco en el nuevo RE, ni en las circulares de la FGE. Ahora bien una cuestión distinta al recurso directo frente al decreto del fiscal es la posibilidad de recurrir la resolución administrativa que acoge el contenido del mismo. Es decir, la resolución que constituye el desamparo, o la que crea la tutela o la que la extingue se podrían recurrir, por los cauces procedimentales pertinentes, con fundamento en estar en desacuerdo con la edad que se fijó en el decreto del fiscal*». El Fiscal Jefe de Madrid inadmitió un recurso de alzada interpuesto contra un decreto de determinación de edad por cuanto dicho decreto ha sido dictado en el seno de un procedimiento administrativo de tutela por lo que el órgano decisorio es el Instituto Madrileño del Menor y la Familia dependiente de la Comunidad de Madrid. Incide el Fiscal Jefe de Madrid en el carácter provisionalísimo del Decreto del Fiscal que establece la Circular 2/2006. También la Fiscalía de Pontevedra manifiesta que «*por ultimo, en el caso de que se dicte Decreto de mayoría de edad, el mismo se notifica de forma personal al interesado y a su abogado y se hace constar de forma expresa que contra el mismo no cabe recurso alguno, si bien se pueden recurrir tanto las resoluciones administrativas sancionadoras que recaigan contra el mismo como las resoluciones de la Xunta por las que se deje sin efecto la tutela y amparo*». Por último, la Fiscalía de Zaragoza manifiesta como «*este decreto es irrecurrible pero sí lo son las resoluciones administrativas o judiciales que recojan su contenido*».

<sup>89</sup> La Fiscalía de Pontevedra señala como «*se ha tramitado un expediente en el que el ciudadano extranjero ha sido considerado menor por otro país de la UE, concretamente por parte de Holanda que lo ha documentado con cédula provisional de inscripción como menor de edad. En este caso, se ha solicitado a través de INTERPOL información sobre la autoridad central*



[8] Sobre la problemática de los menores en tránsito como polizones de buques<sup>90</sup>.

[9] Sobre el especial cuidado en la detección y protección de los MENA en que se aprecie un cierto riesgo de ser víctima de trata de seres humanos<sup>91</sup>.

---

a la que remitir una comisión rogatoria por la que se solicite copia del expediente de minoría de edad (con el fin de conocer si se le practicó un reconocimiento médico). Sin embargo, a la espera de recibir tal información, consideramos que por el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de la UE, nos vincula la decisión holandesa». La Fiscalía de Valencia incide en «la ausencia de normativa europea, de un Reglamento, que establezca el órgano competente, la naturaleza de la resolución de determine la edad, recursos contra la misma, notificación, firmeza, asistencia letrada, intérprete y cree un Registro de Menores extranjeros no acompañado a nivel europeo lo que agilizaría el seguimiento de los menores en temas de edad, identidad, pertenencia, relación o asociación con tratas, vinculación con mafias de explotación».

<sup>90</sup> La Fiscalía de Huelva relata un caso de polizonaje ocurrido el 16 de Julio de 2011 «cuando atracó en el Puerto de Huelva, un barco de carga con bandera panameña, tripulación filipina, procedente de Agadir y en su interior se encontraron con dos polizones, que salieron huyendo por las inmediaciones, logrando ser reintegrados al buque donde se efectuaron las entrevistas en presencia del Jefe de la Brigada, responsable policial del puerto, capitán del barco, asegurador, abogados e intérpretes, y que tras las declaraciones y según el Estatuto de Polizones, ambos fueron trasladados al Hospital para su prueba oseométrica, uno resultó ser mayor y se procedió a su devolución a Marruecos y el otro se comprobó su minoría de edad y fue trasladado al correspondiente Centro de Menores, todo ello bajo la supervisión de la Fiscalía de Menores». En diversas Memorias (Alicante, Granada) se refleja las oportunas gestiones llevadas a cabo para solventar los problemas de acceso y actualización registral.

<sup>91</sup> La FDE de Castellón refiere como el 30 de noviembre de 2011 «una menor compareció en dependencias policiales, denunciando hechos que pudieran ser tenidos como un delito de trata. «La menor no aportaba ningún documento identificativo, manifestando que tales documentos estaban en poder de los tratantes... Estas circunstancias fueron puestas en conocimiento de la Delegada de Extranjería, que también como Fiscal de menores, acordó que se hicieran las actuaciones propias para los supuestos de MENAS, autorizando las pruebas oseométricas y se le tomará una breve exposición de hechos. En consecuencia, la Brigada de Extranjería, procedió a afectar la correspondiente reseña de la menor e introducción de los datos de la misma en las bases de datos y Registro de menores, resultando que en la base de datos de INTERPOL constaba una búsqueda de la menor por desaparición por su presunta captación por un red de trata de menores con fines de explotación sexual. En la información proporcionada por la base de datos de INTERPOL constaba la fecha de nacimiento de la menor, datos de filiación de sus progenitores y una fotografía de la misma que acreditaban la veracidad de los datos proporcionados por la menor y referidos a sus datos de filiación. Puesta esta nueva circunstancia en conocimiento de la Delegada, se acordó no practicar las pruebas oseométricas, por considerar que dada la fiabilidad de la base de datos de personas desaparecidas de INTERPOL no era necesaria la practica de las mismas. Acordando que la misma fuera considerada y tratada como MENA, sin perjuicio de la obtención posterior de información complementaria». Se declaró el desamparo y la tutela de la menor» La FDE de Castellón indica como «se contrastaron los datos con INTERPOL y se facilitó a la menor contacto telefónico con sus padres, que desde la fecha se han interesado por la investigación policial, ahora judicial, e incluso han colaborado activamente en la misma aportando datos e información de interés. Destacar, que de la misma forma, los progenitores desde el primer momento manifestaron su interés de hacerse cargo de la menor y tenerla en su compañía. Confluyendo en este supuesto, las medidas de protección propias de los menores extranjeros no acompañados y las de víctima de trata de seres humanos, ha sido necesaria desde el primer momento un coordinación, total y absoluta, entre la Sección de Extranjería, la Sección de Menores, Sección de Víctimas, la Brigada Provincial de Documen-

[10] Sobre el modo de llevarse a cabo su control a través del Registro de MENA <sup>92</sup>.

Para poner fin a esta situación el Nuevo Reglamento de Extranjería (RD 557/2011), tras definir con precisión el concepto de MENA y el ámbito subjetivo de aplicación del artículo 35 LOEX ordena toda esta materia en el artículo 190 imponiendo a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración (hoy Secretaría General) 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*; y, segundo, atribuyendo a la Fiscalía General del Estado la coordinación del Registro de MENA ubicado en la Dirección General de la Policía (art. 215 REX).

En el Protocolo Marco se delimitarán de manera precisa todas y cada una de las fases del expediente procurando dar una respuesta uniforme y satisfactoria al cúmulo de cuestiones que según la experiencia habida de años precedentes han resultado dudosas o

---

*tación y Extranjería, el Cuerpo de Policía Nacional adscrito a la Generalitat Valenciana y la Dirección Territorial de Bienestar Social».*

<sup>92</sup> Los problemas de funcionamiento del Registro que se han mantenido durante el año 2011 son, en esencia, las restricciones temporales a su consulta y la no inscripción del menor, y la omisión de la consulta al Registro antes de determinar la edad. Varias son las disfunciones que se relatan en las correspondientes memorias. La Fiscalía de Jaén señala como el Registro sólo puede consultarse en determinado horario, por la mañana, y sólo días laborales, no los fines de semana así como falta de constancia del registro de Decretos de determinación de edad. También el FDE de Alicante expone como *«se han detectado dificultades para efectuar la consulta de dicho Registro, sobre todo cuando se localiza a un menor por la noche»*. El FDE de Teruel relata como *«se ha apreciado una importante disfunción en lo relativo a la mecánica seguida, y por ende en la intervención del Fiscal, a la hora de dictar el decreto de determinación de edad, cuya solución quizás pasaría por inscribir todas las determinaciones de edad en un archivo de acceso policial y fiscal, con independencia de que el resultado del decreto fuese de minoría o mayoría de edad; ello se deriva del supuesto de hecho, real, de que uno de los dos extranjeros indocumentados al que se le practicó informe médico tras prueba radiológica en Hospital de Teruel, se le adjudicó una edad de 17 años; El decreto se remitió a la Comisaría y lógicamente a los Servicios de Protección de Menores. A los pocos días, a la Policía se le hizo llegar una requisitoria judicial desde otra provincia, contra el menor así determinado, toda vez que algunas semanas antes se le hizo –tras un delito presuntamente cometido por él, otra primera prueba (si es que no ha habido más) en esa otra provincia, donde contrariamente otro médico le adjudicó 18 años, así se decretó en dicho lugar, y por lo tanto no se inscribió en el registro de MENAS. De haber estado inscrito no hubiese hecho falta una nueva determinación de edad, aunque esto pone de manifiesto lo relativo fiables que son las pruebas correspondientes»*. En Barcelona se practicaron unas pruebas de determinación de edad a una persona a la que ya se le habían practicado las pruebas en Tenerife hacía cinco años. Al no consultarse el Registro no se pudo conocer las pruebas realizadas con anterioridad. La Fiscalía de Ávila al igual que otros años expone como *«no se utiliza el Registro de Menores Extranjeros no acompañados ni hay constancia de que se haya implantado»*.

conflictivas, sirviendo de guía para la redacción de cada protocolo autonómico que necesariamente deberá confeccionarse adaptándose a sus propias normas estatutarias<sup>93</sup>.

Igualmente, en desarrollo del artículo 215 REX, el Fiscal General del Estado ha dictado la Instrucción 1/2012.

5. Durante el año 2011 se han incoado un total de 115 expedientes de repatriación de menores al amparo del artículo 35 LOEX de los que sólo seis han dado lugar a un informe favorable del Ministerio Fiscal, y cuatro han culminado con la efectiva entrega a los familiares en origen<sup>94</sup>.

#### **EXPEDIENTES DE REPATRIACIÓN DE MENAS COMUNICADOS A FISCALÍA**

Incoados		Informados por el Fiscal		Ejecutados	
2010	2011	2010	2011	2010	2011
294	115	12	6	6	4

<sup>93</sup> Con la finalidad de elaborar dicho Protocolo se ha formado una Comisión o un grupo de trabajo en el seno del Ministerio de Empleo en el que participan, además de una representación de este Ministerio, la Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Asuntos Exteriores, el Observatorio de la Infancia, y los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Es verdad que muchas provincias cuentan actualmente con protocolos de actuación interinstitucional para la determinación de edad en desarrollo del Acuerdo alcanzado por el Fiscal General del Estado en 2005 con el Observatorio Nacional de la Infancia patentemente deficiente por el cambio cuantitativo y cualitativo del fenómeno migratorio de menores hacia España en los últimos años, pero en todo caso deben ser actualizadas a pesar de las mejoras puntuales llevadas a cabo. En efecto, durante este año se han producido adaptaciones de diversos protocolos de actuación para recoger las innovaciones normativas en materia de MENA. Así, en Álava a finales de año se detectó que la aplicación del protocolo sufría de una inadmisiblemente ralentización que redundaba en un claro perjuicio para los servicios sociales. Con el fin de mejorar la eficacia del sistema, se mantuvieron diversas reuniones multipartitas con las distintas instituciones implicadas, llegándose al establecimiento de unas pautas de actuación que han redundado en una notable mejora de las ratios temporales en la tramitación de estos expedientes. Por su parte, la Comisión de seguimiento del Protocolo de Cádiz ha acordado la adición de un anexo V al Protocolo, para adecuarlo a las exigencias de los nuevos datos que exige el Registro Menas tras la entrada en vigor del Reglamento de extranjería. El FDE de Cádiz pone de manifiesto la necesidad de que para el año 2012 se modifiquen determinados aspectos para facilitar la comunicación interinstitucional que requiere el seguimiento de la situación de los menores en el ámbito provincial. Valencia y El País Vasco no se han limitado a la mera modificación o adaptación de los protocolos existentes sino que han iniciado la elaboración de nuevos protocolos que existan a los actualmente vigentes en dichos territorios. Actualmente se ha paralizado la tramitación de dichos protocolos a la espera de la aprobación del Protocolo Marco Nacional. También la Fiscalía de Sevilla señala que «Por la jefatura provincial se está elaborando en coordinación con la Subdelegación del Gobierno y la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación un proyecto de protocolo de determinación de edad para los MENAS». Además, hay regiones con un elevado número de MENA (Madrid, Barcelona y Ceuta) donde no existe protocolo alguno de actuación.

<sup>94</sup> Tres hermanos venezolanos que fueron entregados a su abuela (Soria) y una niña también de esa nacionalidad a sus familiares (Granada).

Respecto a las razones que han determinado una aplicación tan limitada –casi testimonial– de este procedimiento pueden citarse los casos de caducidad del expediente, que el menor alcanza la mayoría de edad durante la sustanciación del mismo y la consideración de que el interés del menor aconseja que permanezca en España<sup>95</sup>, e, incluso la falta de cooperación de las autoridades consulares de los países de origen<sup>96</sup>.

La escasa operatividad del número de repatriaciones del artículo 35 LOEX contrasta con el elevado número de reagrupaciones familiares en las que los propios padres acuden directamente a recoger a sus hijos del Centro de acogida donde se encuentran<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> El FDE de Barcelona pone de manifiesto que *«la totalidad de los expedientes iniciados en el 2011 han terminado archivados, bien por caducidad del expediente, bien por alcanzar la mayoría de edad el inicialmente menor»*. La FDE de Navarra también señala que *«no se ha iniciado ningún procedimiento de extradición bien porque no se ha podido localizar a ningún familiar que los reclame, o cuando ha sido positivo, al ser la familia desestructurada en base al interés del menor los Servicios Sociales dependientes de la Comunidad Foral han estimado la conveniencia de su estancia en España»*.

<sup>96</sup> La mayor parte de los procedimientos se estancan en fases muy embrionarias de su tramitación sin que lleguen a alcanzar el trámite de alegaciones, fase de prueba, informe del Fiscal y audiencia. Así, la Fiscalía de Granada afirma como durante el año 2011, se han incoado 61 Diligencias Preprocesales de Fiscalía tras recibir comunicación por parte de la Subdelegación del Gobierno de la incoación del expediente administrativo para la repatriación o reagrupación familiar de menores encontrándose las 61 Diligencias Preprocesales incoadas en trámite a la espera de recibir el Expediente completo de la Subdelegación del Gobierno en Granada, excepto dos de ellas, la que finalizó con la repatriación del menor y otra que se encuentra pendientes del trámite de audiencia del artículo 194 del Real Decreto 557/11. La Fiscalía de Málaga también incide en la paralización de los expedientes señalando como los 47 expedientes de repatriación iniciados *«se encuentran pendientes de que la Subdelegación de Gobierno remita las mismas para evacuar el previo informe preceptivo»*. En Huesca en el caso de dos menores se está *«a la espera del informe del consulado marroquí a fin de poder proceder a su repatriación»*. Por distintos FDE se constata que muchos menores no pueden ser reagrupados con sus familias a pesar de que ha quedado suficientemente identificadas y que mantienen una relación normalizada. La FDE de Pontevedra refiere que *«no se ha tramitado ningún expediente de repatriación, pese a que los menores tras unos meses de estancia en el centro mantienen contactos con sus familias»*. En el mismo sentido la Fiscalía de Sevilla indica como aunque los menores *«no desean el reagrupamiento familiar, mantienen una fuerte vinculación con la familia de origen, contactan de forma cotidiana por vía telefónica, así se nos sigue informando por el Servicio de Protección de Menores»*. Es más, afirma que los menores *«consiguen llegar a Andalucía con el consentimiento y apoyo de sus familias, permitiéndoles la salida de su país en medios por todos conocidos, con un evidente peligro para sus vidas. Desde luego, en nuestra legislación la comisión de estos hechos por parte de unos padres entraría dentro de una situación de total abandono del menor, justificativa de una declaración de desamparo por no introducirnos en la esfera del derecho penal»*.

<sup>97</sup> Ello ocurre en la Ciudad de Melilla en la que se entregaron 12 menores marroquíes a sus padres que los reclamaron personalmente. Este tipo de *«reagrupación»* verificada al margen del artículo 35 LOEX, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 154 y siguientes del Código Civil, es justamente criticada por el FDE de Málaga por realizarse a espaldas del Ministerio Fiscal. El hecho tiene tal relevancia social y jurídica que está siendo objeto de estudio específico para su inclusión en el Protocolo de MENA.

#### 7.4.6 EXTRANJERÍA Y REGISTRO CIVIL: MATRIMONIOS FRAUDULENTOS Y NACIONALIDAD

1. Dos son los aspectos que, por su conexión con las funciones propias encomendadas a los Fiscales especialistas de extranjería, nos interesan de manera prioritaria en relación con el Registro Civil: la tramitación de los expedientes de los denominados matrimonios mixtos (cuando uno de los contrayentes es extranjero no comunitario) y de determinados expedientes de nacionalidad. Ello es debido a que ambas vías han sido utilizadas –incluso de manera organizada– para lograr obtener un título de entrada subrepticia, en su caso de permanencia ilegítima, en el espacio Schengen.

2. Conforme informan los FDE y los Fiscales encargados del Registro Civil (FRC)<sup>98</sup>, durante el año 2011 el Ministerio Fiscal ha dictaminado en contra de la de la inscripción, por sólida sospecha de fraude de matrimonios mixtos, en 481 ocasiones, 19 menos que en el año 2010<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> No disponemos de información de Málaga, Cádiz y Baleares.

<sup>99</sup> La negativa del Fiscal se produce tras la audiencia de los contrayentes y la valoración de las *presunciones judiciales*. El trámite de audiencia debe seguirse con cada uno de los contrayentes por separado y «de modo reservado» y en él el instructor del expediente puede y debe interrogar a los contrayentes para cerciorarse de la «verdadera intención matrimonial» de los mismos o, en su caso, descubrir posibles fraudes. Los datos básicos de los que cabe inferir la simulación del consentimiento matrimonial son dos: *a)* el desconocimiento por parte de uno o ambos contrayentes de los «datos personales y/o familiares básicos» del otro y *b)* la inexistencia de relaciones previas entre los contrayentes. No existe una lista cerrada de cuales son esos datos que debieran ser conocidos por cada contrayente pero hay algunos básicos como: fecha y lugar de nacimiento, domicilio, profesión, aficiones relevantes, hábitos notorios, y nacionalidad del otro contrayente, anteriores matrimonios, número y datos básicos de identidad de los familiares más próximos de uno y otro (hijos no comunes, padres, hermanos), así como las circunstancias de hecho en que se conocieron los contrayentes. Además el hecho probado de que los contrayentes conviven juntos en el momento presente o tienen un hijo común es un dato suficiente que acredita la existencia de «relaciones personales». Al contrario el hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios simulados anteriores es un poderoso indicio de que no existen auténticas relaciones personales entre los contrayentes, sino relaciones meramente figuradas. Igualmente el hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio, siempre que dicho dato quede indubitadamente probado, es, también, un poderoso indicio de que no existen relaciones personales entre los contrayentes, ni verdadera voluntad matrimonial. En este es reveladora la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja 7/3/2011, que explica qué parámetros ha tenido en cuenta para dictaminar que el matrimonio era fraudulento: 1. Investigación sobre la existencia de efectiva convivencia entre los demandados distintos días y en distintos horarios, llegando a resultados y conclusiones negativas y contrarias a esa convivencia. 2. Del mero empadronamiento en el mismo domicilio no cabe derivar una prueba de convivencia efectiva cuando la misma se ha visto contradicha por la investigación policial. 3. Las enormes dificultades (casi imposibilidades) de comunicación entre ellos por no compartir ningún idioma. 4. La existencia de importantes contradicciones en las declaraciones de ambos cónyuges, puestas de manifiesto especialmente en sus declaraciones ante la policía, pero también en el acto del juicio; contradicciones en relación a cómo

La audiencia reservada de los futuros contrayentes se erige en uno de los ejes fundamentales sobre el que gira todo el sistema de control al ser el momento idóneo para apreciar muchos indicios de fraude. Sin embargo, señalan algunos FDE y FRC que por razones de imposibilidad de medios personales no pueden acudir personalmente a la comparecencia de los interesados, salvo que sea el propio representante del Ministerio Fiscal quien haya solicitado nueva audiencia reservada por haber apreciado serios indicios en el expediente de que no concurre verdadero consentimiento matrimonial<sup>100</sup>.

---

se conocieron, el tiempo que fueron novios, quién tomó esa decisión, quién propuso a quién matrimonio, dónde viven, dónde se encuentra la pareja (de vacaciones, en casa,...), sobre la relación con la hija de ella, sobre el trabajo, etc. Asimismo, resulta relevante el desconocimiento que tienen de aspectos normales de la vida cotidiana, de la familia y de hábitos de la pareja. 5. Aunque no se haya obtenido directa, inmediata o automáticamente la regularización en España, ese matrimonio sí que les ha servido para acreditar ante la Administración un supuesto arraigo en Logroño a fin de solicitar autorizaciones de estancia temporales o de residencia en España, lo cual se estima es un claro indicio de que los motivos de la celebración del matrimonio no fueron los que les serían propios sino la obtención de un requisito (arraigo) para lograr la permanencia legal en España. Parámetros que, como reseña el FDE de Rioja, van en línea con la Instrucción 31 de Enero de 2006 y con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, quien en Auto de 10/1/2012 inadmite el recurso de casación en la que se habían valorado exclusivamente datos como que los contrayentes se conocieron 8 días antes de contraer matrimonio, que decidieron casarse antes de conocerse personalmente, que se conocieron por teléfono un año antes, que sólo convivieron cuatro días después de la boda y que el recurrente sólo ha estado en la República Dominicana una vez durante doce días.

<sup>100</sup> Así señala la FDE de Ciudad Real que *«a sabiendas de este trámite, los solicitantes vienen, digamos, preparados para ello. Esta cuestión adquiere especial relevancia en el tema de los matrimonios civiles en los que de esa audiencia debe determinarse si nos encontramos ante uno de los llamados matrimonios de conveniencia o no. En esta Fiscalía ante las dudas que pueda tener el Fiscal al que corresponda despachar el expediente sobre si existe o no verdadero consentimiento matrimonial, se solicita una nueva audiencia a la que acude dicho Fiscal personalmente. En el Registro Civil de la capital cuyo despacho corresponde a la Fiscal que suscribe la presente, también 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, si acuda 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. Sin embargo, se pone de manifiesto que, como ya se ha apuntado, los contrayentes vienen cada vez más preparados para estas audiencias, e incluso, en algún supuesto en que los contrayentes han sido conscientes de haber sido «pillados» y, por tanto, de que les va a ser denegada la autorización, antes de ello, se han presentado en el Registro a solicitar el archivo del expediente e interesar devolución de la documentación incorporada al mismo, con el fin, según han llegado a reconocer, de reproducir su petición ante otro Registro Civil, por lo que, la labor desplegada, parece no haber servido de mucho».* En el mismo sentido señala la FDE de Cuenca cómo en todos los expedientes despachados se hace especial hincapié en la necesidad de que dicha audiencia se realice en presencia y con la actuación activa del Juez y no quede en un mero cuestionario simplemente cumplimentado por los propios contrayentes.

Esa mera solicitud del Ministerio Fiscal de convocatoria de una nueva audiencia reservada y separada de los contrayentes con su directa y activa intervención, es suficiente para desactivar muchas pretensiones fraudulentas. En efecto, tras ella, muchos promotores del expediente desisten o no comparecen, lo que conlleva la caducidad del expediente, o celebrada y denegada la inscripción, se abstienen de recurrir <sup>101</sup>.

Con frecuencia, además de la indicada comparecencia, los Fiscales interesan la práctica de nuevas diligencias de la más variada naturaleza significativamente determinados informes policiales o pruebas documentales <sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> Según recuerda el FDE de Palencia que, además, explica que *«pese a que no siempre la audiencia reservada permite inferir la ausencia de un verdadero consentimiento matrimonial (las preguntas en ocasiones son obvias y existe de desearse, un cierto grado de preparación en las respuestas) la misma, representa un obstáculo en los propósitos fraudulentos de algunos promotores, que sólo contemplan el matrimonio como un trámite sencillo, rápido y fácil para obtener; primero el permiso de residencia y después un plazo privilegiado para acceder a la nacionalidad española»*. En términos muy parecidos la FDE de Segovia expone: *«Al insistirse por parte del Ministerio Fiscal en la celebración en forma de la audiencia reservada, son varios los matrimonios proyectados que se deniegan, no recurriendo ante la DGRN los promotores en la generalidad de las ocasiones, lo que demuestra que con ello se está impidiendo que empleen el matrimonio, como un método rápido y sencillo para obtener, primero el permiso de residencia y después un plazo privilegiado para obtener la nacionalidad española»*. Al igual que la FDE de Zamora: en algunos casos, se ha debido archivar el expediente por caducidad *ante la incomparecencia de los promotores a la audiencia reservada, ante el temor de que se descubra la simulación de su matrimonio, dicha audiencia se suele pedir como diligencia antes de informar en aquellos casos en los que se sospecha que dicho matrimonio puede ser constitutivo de fraude*. En este mismo sentido la fiscal encargada del registro civil de Madrid señala que frecuentemente una vez citados los interesados a la práctica de la audiencia reservada, estos desisten del expediente y no comparecen.

<sup>102</sup> Sobre la situación administrativa del contrayente extranjero y sobre la realidad de la convivencia en un mismo domicilio si esta circunstancia ha sido alegada en el expediente, medios de vida, fecha de los empadronamientos y en general cualquier detalle que pueda reflejar si las intenciones de los contrayentes son realmente asumir los deberes propios del matrimonio o existen fines espurios (Lleida, Lugo, Orense, Palencia o Segovia). En algunos casos como se señala en la memoria de Navarra *la policía ha intentado recabar pruebas y nos hemos encontrado con testigos perfectamente amañados a los que ha sido muy difícil encontrar contradicciones y en otros casos donde existían pruebas de que efectivamente podía ser un matrimonio amañado los testigos no han sido localizados para la declaración judicial o los contrayentes han desaparecido*. Por su parte se señala la memoria de Valencia que se ha prestado especial atención, no solo al cumplimiento de la audiencia reservada judicial, sino también a la necesidad de aportación de justificación documental por parte de los contrayentes: *Autorización de estancia, permiso de residencia temporal o definitiva y permiso de trabajo en España, de los que hubiere dispuesto, con indicación de fecha o periodo de validez. Visado y/o pasaporte acreditativo de la entrada/s en España... Contrato/s de trabajo y nóminas o recibos (y para caso de no disponer, identificación del empleador, con los datos necesarios para recibirle judicialmente declaración testifical), documentación acreditativa de cuentas bancarias, con indicación de la fecha de apertura, titulares y autorizados... Certificado de Parejas de hecho, certificado de empadronamiento con indicación de fecha de alta, contrato de alquiler y de suministros (electricidad, luz, agua, teléfono)... Cualquier otro dato o documento que permita acreditar y justificar*

Es motivo de constante y creciente preocupación –subrayada en las memorias provinciales– el aumento de los matrimonios eclesiásticos mixtos como instrumento deliberadamente utilizado para evitar las expulsiones acordadas administrativamente o celebrados para obtener una autorización de reagrupación familiar. Incluso se han dado casos en que el matrimonio religioso se ha celebrado tras haberse denegado la inscripción civil con evidente fraude de ley <sup>103</sup>. En este sentido, hay que reseñar por su relevancia que en el mes de octubre de 2011 se celebró en la Audiencia Provincial de Zaragoza el Juicio Oral contra una red dedicada a la concertación de matrimonios canónicos fraudulentos entre inmigrantes y españolas en que la acusación se dirigió además –entre otros– contra un párroco por su participación activa en los hechos <sup>104</sup>.

Como ya se exponía en la memoria correspondiente al año pasado, es muy fructífera la coordinación entre las Brigadas Provinciales de Extranjería y Fronteras y la Fiscalía, a fin de que en aquellos casos en los que se sospeche de la existencia de un posible matrimonio fraudulento puedan iniciarse actuaciones de investigación por parte del Ministerio Fiscal y en su caso, interponer la correspondiente demanda de nulidad matrimonial.

Ello ha motivado no sólo la incoación de una pluralidad de diligencias preprocesales por las Fiscalías de Cantabria, Navarra, Barcelona (Sabadell) y Lleida (en número de treinta), sino también la

---

la preexistencia de una relación entre los contrayentes, así como conocimiento mutuo sobre sus datos personales, familiares y sociales básicos.

<sup>103</sup> Así lo exponen expresamente los fiscales de Zamora, Navarra, Segovia, Valladolid, y Orense. En este último caso se procedió por la FDE a concertar diversas reuniones con el Obispado en las que los resultados fueron del todo positivos. Se mantiene una comunicación fluida que tiene como objetivo prioritario informar de los expedientes matrimoniales respecto de los cuales la Fiscalía observó alguna anomalía y a la inversa consulta por parte del Obispado de aquellos expedientes respecto los cuales tiene duda.

<sup>104</sup> La sentencia dictada previa conformidad de los acusados condenó asimismo a tres mujeres de Barcelona que habían ideado el fraude y al Arzobispado de Zaragoza como responsable civil subsidiario al pago de las indemnizaciones a los perjudicados. En el acuerdo y en la sentencia posterior se relata que entre abril y diciembre de 2007 se celebraron 50 matrimonios falsos. La red se servía mayoritariamente de documentos de identidad sustraídos a mujeres con nacionalidad española, cuyas personalidades suplantaban las acusadas para realizar los matrimonios. También ofrecían a parejas estables que tenían intención de casarse la posibilidad de hacerlo por una vía «rápida» que les permitía evitar numerosos trámites, o captaban a mujeres españolas para casarse a cambio de una cantidad de dinero que oscilaba entre 1.000 y 3.000 euros. Los inmigrantes, la mayoría hombres de nacionalidad albanesa o paquistaní y, en menor medida, mujeres inmigrantes, pagaban a la red entre 3.000 y 7.000 euros a cambio de un matrimonio fraudulento que les permitía legalizar su situación administrativa en España y obtener permisos de residencia familiar comunitario y de trabajo.



presentación de siete demandas de nulidad matrimonial Guipúzcoa, doce en Lleida y cinco en A Coruña <sup>105</sup>.

2. En relación con los expedientes de nacionalidad, en febrero de 2011, la representación de la Asociación de la Diáspora Saharaui de España se dirigió a la Unidad de extranjería de la Fiscalía General del Estado para transmitir su preocupación sobre la evolución de los expedientes que los ciudadanos saharauis estaban tramitando ante el Registro Civil Central y otros Registros para la concesión de la nacionalidad española. La Asociación puso de manifiesto la paralización de expedientes y la existencia de dictámenes de Fiscalía y resoluciones del Registro civil contradictorias entre sí. La cuestión más problemática que se analizó fue la denegación por los registros civiles de inscripciones de nacimiento y matrimonio fuera de plazo ante la imposibilidad de acreditar respectivamente la filiación y la celebración del matrimonio. En particular se abordó la imposibilidad de dar validez a las actas de matrimonio o nacimiento expedidas por la representación de la República Árabe Saharaui Democrática al no ser un Estado reconocido por España.

La Unidad de extranjería de la Fiscalía General del Estado se dirigió a los FDE para que informaran sobre los dictámenes del Fiscal y resoluciones del Registro Civil en la materia y, en particular, sobre el valor atribuido a las actas del Registro Civil de la RASD. Tras recopilar toda la información y documentación se consideró, dada la importancia de la cuestión, que la misma se abordara en las jornadas de Fiscales Delegados de extranjería celebradas en octubre de 2011 en Madrid. En dichas jornadas se aprobó como conclusión que *«comprobada la problemática existente sobre el acceso a la nacionalidad española y filiación de los ciudadanos saharauis y otros apátridas se considera imprescindible unificación de criterios a cuyo fin deberá convocarse una reunión de trabajo con los Fiscales de Sala de Civil y Contencioso»* <sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> En este caso, a raíz de la Sentencia condenatoria de fecha 30 de marzo de 2011 dictada en el Sumario 1/2010 de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial que condena a dos ciudadanos (uno pakistaní y una española) por organizar bodas de complacencia entre ciudadanas españolas y ciudadanos pakistaníes. Del mismo modo, cabe señalar finalmente que tal como informa la FDE de Pontevedra durante el año 2011 han recaído sendas sentencias confirmatorias de las sentencias de instancia dictadas por juzgados de primera instancia de Tuy que declaraban la nulidad de dos matrimonios entre ciudadano español y ciudadana extranjera. En ambos casos la demanda de nulidad fue interpuesta por la sección de Extranjería de la fiscalía de Pontevedra.

<sup>106</sup> En dichas jornadas se presentaron sendos estudios por la FRC de Madrid Ilma. Sra. doña Isabel Padilla (ejemplar trabajo de síntesis, claridad y rigor jurídico) y por el Fiscal adscrito al Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería. En los referidos estudios se examinan diversos aspectos de dicha problemática que serán publicadas en la página web de la Fiscalía.