



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Circulares

DOCUMENTO ANALIZADO

Circular 2/2006, 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España.

NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

Artículo 89 CP antes de la reforma de 2010. Diversos artículos del Código Penal (artículo 313, 312.2, 318 bis). Artículo 35 y 57.57 LOEX.

MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

LO 2/2009; LO 1/2015; Reglamento de Extranjería de 2011 (RD 557/2011); LO 5/2010 de modificación del Código Penal. Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros (RD 162/2014). Real Decreto 709/2006, de 9 de junio. Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados de 2014.

AFECTADO POR LA JURISPRUDENCIA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES

Circular 5/2011; Consulta 1/2009; Instrucción 1/2012; Instrucción 5/2007.

EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

Esta importante Circular –por su contenido y calidad- comprende prácticamente la totalidad de materias propias de la especialidad de extranjería:

I. La expulsión sustitutiva de extranjeros no residentes legalmente condenados por delito. Todo su contenido ha quedado sin efecto por disposición expresa de la Circular 5/2011 dictada tras la reforma del Código Penal llevada a cabo por LO 5/2010.

II. El fiscal y la medida cautelar de internamiento. Sintetiza toda la doctrina jurisprudencial (tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional) y de la Fiscalía General elaborada desde la Instrucción 6/1991. El régimen jurídico de las medidas cautelares de internamiento de extranjeros han sufrido importantes modificaciones por la LO 2/2009, significadamente, en lo que concierne a la creación de la figura del **Juez de Control de Estancias**, y la **posibilidad de acordar la libertad del extranjero por la propia autoridad administrativa cuando desaparezcan las condiciones que lo determinaron**. Igualmente la regulación de los Centros de Internamiento ha sufrido una importante reforma con la publicación del **Reglamento de CIES en 2014**. No obstante la mayor parte de sus instrucciones están plenamente vigentes: 1.^a) La actuación de los Sres. Fiscales en el control de legalidad de los internamientos se extiende a todas las modalidades de internamiento de extranjeros regulados en la Ley. Por tanto, habrán de entenderse comprendidos: los internamientos de extranjeros detenidos por causa de expulsión mientras se tramita el procedimiento; el internamiento de extranjeros ya expulsados, si hubieran incumplido la orden de salida; los internamientos de extranjeros detenidos en territorio español contra los que exista una resolución de expulsión de otro Estado miembro de la Unión Europea; los internamientos por causa de devolución por encontrarse en España vulnerando una prohibición de entrada vigente; los internamientos por causa de devolución respecto de extranjeros detenidos cuando pretendían entrar ilegalmente en España; y los internamientos en los casos de denegación de entrada con acuerdo de retorno. 2.^a) En relación con las privaciones de libertad en aplicación de la Ley de Extranjería y el procedimiento de habeas corpus, los Sres. Fiscales habrán de partir de que este procedimiento queda manifiestamente fuera de lugar cuando la intervención judicial ya se ha producido. Sin embargo, el hecho de que se prevea que, en virtud de la legislación de extranjería, la autoridad judicial va a tener que intervenir en breve para la decisión de internamiento no es causa de inadmisión de la solicitud de habeas corpus. Por otro lado será admisible tal solicitud frente a internamientos que pese a haber sido decididos judicialmente se extiendan más allá del plazo señalado en el auto dictado al efecto. 3.^a) Los Sres. Fiscales velarán porque las solicitudes de internamiento, sea cual sea su origen, sean tramitadas en procedimientos autónomos. En todo caso, de tramitarse conjuntamente con unas diligencias penales, los Sres. Fiscales promoverán, en caso de autorizarse el internamiento, la deducción del oportuno testimonio para que la supervisión de esta medida continúe en un procedimiento autónomo. 4.^a) Los Sres. Fiscales interesarán de los Juzgados de Instrucción que se les cite para la audiencia previa a la decisión sobre el internamiento. Igualmente los Sres. Fiscales interesarán de los Juzgados de Instrucción que se les dé traslado para emitir informe sobre el internamiento solicitado con carácter previo a la decisión judicial, que se les notifique la resolución dictada y que se les dé traslado de los recursos que puedan interponerse contra la misma. 5.^a) Los Sres. Fiscales favorecerán las vías hermenéuticas en pro de la efectividad de la tutela judicial a las personas respecto de las que se solicita internamiento, de modo que la audiencia permita al extranjero, con asistencia letrada, hacer alegaciones y proponer y practicar prueba pertinente. 6.^a) Habrá de exigirse que la documentación remitida por la Policía incorpore datos sobre las verificaciones efectuadas en relación con la identidad del extranjero presentado como detenido, así como todas las anotaciones que obren en los ficheros policiales sobre el mismo. 7.^a) La pauta general para calibrar la pertinencia de los internamientos por causa de expulsión es la de que a mayor socialización e integración del expedientado, menor riesgo de fuga. La carencia de documentación, en tanto reduce la segura identificación de la persona expedientada, también es un factor a valorar en cuanto a la ponderación del periculum in mora. 8.^a) Tras la reforma operada en la LECrim por Ley 38/2002, de 24 de octubre habrán ahora de entenderse como recursos procedentes frente a las

resoluciones sobre el internamiento los de reforma y apelación. Estos recursos de reforma y apelación no suspenderán el curso de las actuaciones (vid art. 766, apartado 1 LECrim). 9.ª) Los Sres. Fiscales deberán, mediante oficio, poner en conocimiento del Delegado o Subdelegado del Gobierno, a través del Fiscal Jefe, las eventuales disfunciones que puedan detectarse durante las inspecciones de los centros de internamiento. 10.ª) En caso de que tales disfunciones comunicadas al Delegado o Subdelegado del Gobierno no sean corregidas en plazo razonable, atendidas las circunstancias en cada caso concurrentes, los Sres. Fiscales lo pondrán, a través del Fiscal Jefe, en conocimiento de la Fiscalía General del Estado. **Tras la creación de la figura del Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería, esta comunicación será realizada a través de su unidad (Instrucción 5/2007).**

III. Autorizaciones para expulsar a extranjeros imputados en procesos penales. Del mismo modo permanecen vigentes las conclusiones relativas a la interpretación y aplicación del artículo 57.7 LE conforme a las cuales: 1.ª) Los Sres. Fiscales habrán de seguir como regla general la de informar favorablemente las solicitudes de autorización para expulsar a extranjeros imputados en procesos penales, cuando concurren los requisitos legales previstos en el art. 57.7 LE.; 2.ª) En cuanto al momento preclusivo para solicitar la autorización de la expulsión, debe entenderse que es el del inicio de la celebración de juicio oral. Podrá no obstante autorizarse la expulsión solicitada en estos supuestos si las sesiones del juicio oral se suspenden por causa legal. Solicitada la autorización de expulsión en cualquier procedimiento, si se considera la misma procedente habrá de promoverse que se deje sin efecto el señalamiento del juicio oral, cuando éste hubiera sido ya convocado y aunque el procedimiento se tramite como juicio rápido o juicio de faltas de señalamiento inmediato. 3.ª) Si el procedimiento penal hubiera concluido por sentencia absolutoria o por sobreseimiento libre, no es necesaria la autorización de expulsión por parte del órgano de la jurisdicción penal. En estos casos, si se solicita por la autoridad gubernativa la autorización y la causa es trasladada al Fiscal para dictamen, para evitar confusiones, los Sres. Fiscales habrán de indicar que no procede otorgar autorización alguna por no ser necesaria la misma al no existir proceso penal pendiente. 3.ª) Si el procedimiento penal hubiera concluido por sobreseimiento provisional por no estar acreditados los hechos, habrán de distinguirse dos supuestos: a) Si la causa se sigue por hechos que tienen asignada pena inferior a seis años, habrá de informarse conforme a la regla general en el sentido de ser procedente la autorización para la expulsión. b) Si por contra la causa se sigue por hechos que tienen asignada pena privativa de libertad igual o superior a seis años habrán de analizarse los óbices procesales que fundamentan el sobreseimiento, de modo que si es improbable que tales obstáculos puedan superarse y que por tanto puedan llegar a enjuiciarse los hechos, la regla general será informar en el sentido de ser procedente la autorización para la expulsión. En otro caso deberá emitirse informe negativo por ser la pena señalada superior al tope legal. 4.ª) Habrá de procederse a oír no solo al Fiscal sino también al interesado, es decir, al extranjero procesado o inculcado, así como a las partes personadas. Esta audiencia deberá coonestarse con la necesaria celeridad que ha de respetarse en la resolución de estos incidentes. Por ello habrá de entenderse cumplimentada dando la oportunidad de que interesado y demás partes puedan formular alegaciones, de manera que si no lo hacen dentro del plazo legal (que debe entenderse común al del Fiscal), podrá continuarse la tramitación del incidente de autorización de la expulsión. 5.ª) En todo caso, los Sres. Fiscales, como cautela, ante la eventualidad de que pueda ser solicitada la expulsión administrativa del extranjero sometido a proceso penal, en la primera declaración que el mismo preste en calidad de imputado, promoverán que se le dé la oportunidad para que pueda manifestar lo que a su derecho convenga sobre tal posibilidad. Anticipando este nuevo trámite de audiencia, pueden allanarse eventuales problemas de citaciones y traslados, al tiempo que se da debido cumplimiento al precepto reglamentario. 6.ª) En relación con el plazo máximo de tres días para que el órgano judicial conceda la autorización, deberán los Sres. Fiscales dentro de su función dinamizadora del procedimiento promover su cumplimiento estricto, coadyuvando a través de un preferente y ágil

despacho de estas causas. Ello no obstante, ante la falta de previsión legal sobre las consecuencias del incumplimiento del plazo debe entenderse por un lado que el agotamiento del mismo no impide otorgar la autorización solicitada; y por otro lado, que el transcurso del plazo sin resolución no significa autorización tácita. 7.ª) Con la nueva redacción del art. 57.7 LE se incluye dentro del ámbito de la autorización a los delitos o faltas para los que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, por lo que queda claro que cabe la autorización en juicios de faltas y en causas por delitos que llevan aparejada pena no privativa de libertad. 8.ª) Al igual que cabe autorizar la expulsión cuando se sigan varias causas contra el mismo extranjero si cada una respeta el límite penológico establecido en el art. 57.7 LE, cabrá autorizar la expulsión si la misma causa se sigue por varios delitos contra el mismo extranjero siempre que cada uno de ellos no supere la pena de seis años de privación de libertad. 8ª) En el orden jurisdiccional penal no puede enjuiciarse la procedencia de la decisión legalmente adoptada de expulsión, por lo que no habrán de entrar los Sres. Fiscales en el análisis de cuestiones tales como el arraigo de la persona afectada, o la plena acreditación de los hechos que fundamentan la causa de expulsión invocada en el expediente administrativo, pues el control jurisdiccional de estos elementos encuentra su sede natural en el propio procedimiento administrativo, y eventualmente en el orden contencioso-administrativo. 9.ª) El expediente administrativo de expulsión ha de haber agotado su tramitación y estar concluido, debiendo haber recaído la sanción de expulsión. No es óbice para conceder la autorización que el referido acto administrativo haya sido recurrido. 10.ª) Los Sres. Fiscales cuidarán que no se archive la causa hasta tanto no conste la efectiva ejecución de la expulsión acordada. El archivo debe adoptar la forma de provisional, no debiendo acordarse como definitivo sino hasta el transcurso de los plazos de prescripción. 11.ª) Si la expulsión no llega a ejecutarse habrá de continuarse el procedimiento penal. En el caso de que el expulsado regrese a territorio nacional antes de transcurrida la prohibición de entrada habrá de procederse no a la reapertura del proceso penal sino a la devolución por la autoridad administrativa. Solo en el caso de que ésta no se llevara a efecto podría alzarse el sobreseimiento provisional acordado en la causa penal.

IV. Delitos relativos al tráfico ilegal de inmigrantes. Todo su contenido ha quedado sustituido por la doctrina de la FGE recogida en la Circular 5/2011 (vide).

V. Menores extranjeros no acompañados.

Determinación de la edad. La mayoría de sus conclusiones han sido incorporada al Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados (BOE Núm. 251/2014) ajustadas a las exigencias de la Consulta 1/2009 y a los artículos 189 y 190 REX 2011 (incoación de diligencias del art. 5 EOMF; comunicaciones; decreto de determinación de la edad; naturaleza provisionalísima de los efectos del decreto; horquilla de edad, etc.).

Registro de Menas. Esta materia ha perdido toda su vigencia tras la publicación del artículo 215 REX 2011. El modo de proceder de los Fiscales y la interpretación de dicho precepto (que sustituye el controvertido artículo 111 REX 2004) actualmente está recogido en la Instrucción 1/2012.

Repatriación de menores extranjeros. Todas las disposiciones de la Circular han perdido su vigencia tras la publicación del nuevo Reglamento de Extranjería de 2011. En él se regula pormenorizadamente el proceso de repatriación (artículos 191 y siguientes REX) y la intervención que debe tener el Ministerio Fiscal.

VI. Aspectos organizativos. Este apartado de la Circular ha perdido su vigencia tras el Real Decreto 709/2006, de 9 de junio, por el que se establece la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para el año 2006 y en el que se crea

una plaza de primera categoría de Fiscal Delegado Coordinador de Extranjería y la Instrucción 5/2007 en el que se establece el conjunto de atribuciones y régimen de funcionamiento de los Fiscales Delegados de Extranjería.

Ficha elaborada por la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado.

TEXTO DE LA CIRCULAR

[474] Circular n.º 2/2006, 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España

Introducción.

La importancia cuantitativa y cualitativa del fenómeno de la inmigración plantea múltiples cuestiones y genera un cualificado deber de diligencia para los poderes públicos en su tratamiento y ordenación, para que los potenciales peligros que pueden generarse (racismo, xenofobia, marginalidad, delincuencia) sean conjurados y para que en su lugar pueda avanzarse hacia la racionalización, integración, disfrute de derechos en igualdad y recíproco beneficio. Nos encontramos, sin duda, ante un fenómeno poliédrico en cuanto a causas y efectos y cuantitativamente expansivo.

La necesidad de abordar la intervención del Ministerio Fiscal de acuerdo con su función constitucional de promotor de la acción de la justicia y de defensor de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos ha obligado a la Fiscalía General del Estado a dictar numerosos instrumentos definidores de los criterios a seguir por los Fiscales dentro del ámbito competencial que les es propio, en los supuestos en los que los derechos y libertades de los extranjeros pueden verse afectados.

La abundante doctrina de la Fiscalía General del Estado trata de hacer frente a este reto y de salvaguardar en la medida de lo posible el principio de unidad de actuación del Ministerio Público como pilar básico, en última instancia, del principio de seguridad jurídica.

En esta función unificadora de la actuación del Ministerio Fiscal en materia de inmigración y extranjería la Fiscalía General ha dictado las Consultas 5/1987, 2/1990, 12/1997 y 1/2001, las Instrucciones 6/1991, 2/2001, 4/2001, 2/2002, 3/2003 y 6/2004; y las Circulares 1/1994, 3/2001 y 1/2002 .

La complejidad jurídica inherente a la extranjería tiene reflejo especialmente en la profusión de reformas legislativas y reglamentarias operadas en nuestro ordenamiento, reformas que exigen estudio, reflexión y adaptación a los nuevos esquemas. Las continuas novedades obligan a un sobreesfuerzo del jurista para alcanzar una exégesis racional y decantar unos principios generales en esta moviediza materia.

Así, podemos reseñar como novedades tras el dictado de las Circulares que con más profundidad se ocuparon de esta materia (la 3/2001 y la 1/2002) durante el año 2003 la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que modifica la redacción del art. 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de

los Extranjeros en España y su Integración Social (en adelante, LE), introduciendo numerosas innovaciones respecto a su redacción anterior e igualmente reforma la redacción del art. 89 del Código Penal en sus tres primeros apartados estableciéndose como regla general la sustitución de las penas inferiores a 6 años impuestas a extranjeros no residente por la expulsión; la LO 14/2003, de 20 de noviembre, que nuevamente modifica la LE, y que introduce entre otras novedades una regulación de los centros de internamiento de extranjeros (arts. 62 bis a 62 sexies) y la posibilidad de que el extranjero que esté sometido a un expediente de devolución pueda ser internado cuando pretenda entrar ilegalmente en el país, disipando dudas anteriores. La obligación contenida en la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países es incorporada a través del nuevo art. 64.3 LE, reformado por la referida LO 14/2003, que introduce en nuestro Derecho el principio del reconocimiento mutuo de resoluciones de expulsión, como manifestación de la progresiva consolidación de un espacio europeo de libertad, justicia y seguridad. Debe también destacarse la Disposición Adicional Decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que introduce disposiciones sobre comunicaciones con la autoridad administrativa y ejecución de la expulsión sustitutiva.

También en el ámbito de la Unión Europea debe destacarse la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia, a circular libremente y a residir en el territorio de los Estados miembros, que unifica y sistematiza el contenido de las directivas anteriores sobre la materia e incorpora la jurisprudencia del TJCE sobre derecho de entrada y residencia de los ciudadanos de la Unión, al tiempo que simplifica aún más el ejercicio del derecho de residencia de los ciudadanos de la UE y de sus familias. Igualmente es de interés la Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal.

Por lo demás, recientemente se ha publicado el Reglamento (CE) 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), con entrada en vigor el 13 de octubre de 2006.

Igualmente debe reseñarse la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, suscrita por España, y publicada en el BOE de 29 de septiembre de 2003 y el Instrumento de Ratificación del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa esta Convención, publicado en el BOE de 10 de diciembre de 2003.

A nivel reglamentario ha de hacerse mención al Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y al Real Decreto 1325/2003, de 24 octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y últimamente el nuevo Reglamento de Extranjería aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (en adelante, RE).

Debe igualmente partirse del dato de que -con mayor o menor intensidad- la problemática, incidencias, implicación e intervención del Fiscal en materia de extranjería se plantea ya en todas las Fiscalías de Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia, como se pone de relieve en sus Memorias anuales. De tratarse de un ámbito limitado a ciertas provincias costeras y fronterizas, ha pasado a generalizarse a todo el territorio español.

Estas reformas justifican el dictado de una nueva Circular por la Fiscalía General del Estado, necesaria para actualizar y adecuar al nuevo panorama legislativo las directrices que en su día fueron expuestas en las Circulares 3/2001 y 1/2002, instrumentos que han de entenderse en vigor en todo lo no afectado por las modificaciones legislativas y por la presente Circular.

I. La expulsión sustitutiva de extranjeros no residentes legalmente condenados por delito

I.1 Novedades legislativas.

El tratamiento penal de la delincuencia de extranjeros ha sufrido un giro radical desde nuestro primer Código Penal. El art. 10 del Código Penal de 9 de julio de 1822 disponía que “todo español o extranjero que dentro del territorio de las Españas cometa algún delito o culpa, será castigado sin distinción alguna con arreglo a este código, sin que a nadie sirva de disculpa la ignorancia de lo que en él se dispone”.

La Exposición de Motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre sintetiza los objetivos perseguidos por la reforma del art. 89 CP: “... se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto”.

La evolución legislativa se ha dirigido a ampliar cada vez más las posibilidades de sustitución de la pena por la expulsión: el art. 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985 restringía el uso de esta facultad a los casos de condena por delito menos grave. El primitivo art. 89 CP 1995 ampliaba las posibilidades a los supuestos de delitos graves con la limitación penológica de los seis años, limitando el ámbito subjetivo de aplicación a los extranjeros no residentes legalmente en España. El art. 89 reformado, manteniendo el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, no diseña la expulsión sustitutiva como una facultad del Tribunal, sino que la establece con carácter cuasi imperativo. Esta es, sin duda, la novedad de mayor calado en esta reforma.

En cuanto a su naturaleza, conforme al ATC nº 106/1997, de 17 abril, cabe seguir manteniendo que esta medida ni en rigor puede decirse sea una pena -lo que quedaría demostrado, entre otras cosas, por el hecho de no venir expresamente mencionada en el catálogo que de las mismas se establece en el art. 33 del Código Penal de 1995- ni, dado su carácter puntual o de agotamiento en un solo acto, puede considerarse adecuada para el cumplimiento de las finalidades preventivo-especiales que no están absolutamente garantizadas por el simple regreso del penado extranjero a su país. Rechazan también la conceptualización de la expulsión como pena las SSTC nº 242/94, de 20 de julio, y 203/1997, de 25 de noviembre.

I.2. El presupuesto general de aplicación del art. 89: extranjeros no residentes legales en España.

Siguiendo a la Circular 3/2001, debe, como premisa básica, sentarse la de que el extranjero residente que se halle en posesión de alguna de las autorizaciones administrativas o dispensado de la obligación de obtenerlas en virtud de tratado o de Ley ha de afrontar el cumplimiento de la condena en las mismas condiciones que el reo español, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el art. 57.2 LE que autorizaría la incoación de expediente de expulsión si la condena ha sido por delito doloso que tenga señalada pena privativa de libertad superior a un año de duración.

El concepto general de extranjero aparece en el art. 1.1 LE, que declara que se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española.

El art. 29.1 LE dispone que los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia y desde el punto de vista negativo, el art. 53 a) LE califica como infracción grave encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.

Desglosando los supuestos en los que puede entenderse que un extranjero se encuentra irregularmente en España podemos reseñar los siguientes: 1) permanencia irregular originaria, que comprendería los supuestos de entrada ilegal consumada. Los arts. 25 a 27 LE regulan las condiciones de entrada legal en España. En este punto deben tenerse en cuenta los supuestos en los que conforme al art. 45 RE cabe otorgar autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales 2) permanencia irregular sobrevenida por no obtención de prórroga de estancia, conforme a los art. 30 LE y 29 y 30 RE; y 3) permanencia irregular sobrevenida por caducidad de documentos autorizantes de residencia sin haber solicitado la renovación en plazo reglamentario.

No puede confundirse residencia legal y estancia regular. No residen legalmente en España ni los extranjeros que se encuentran en situación irregular ni los que se encuentran en situación de estancia, pese a que estos últimos se encuentran legalmente en España.

Por tanto, puede en principio aplicarse la expulsión sustitutiva tanto a los extranjeros que se encuentran irregularmente en España como a los extranjeros en situación de estancia, conforme al art. 30 LE (permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días). Ello no obstante, como se analizará infra, la concurrencia de esta circunstancia -estancia- habrá de ser ponderada a la hora de decidir sobre la expulsión. Solamente, pues, quedan excluidos de la posibilidad de expulsión sustitutiva los nacionales y los extranjeros que residen legalmente en España, temporal o permanentemente (art. 30 bis LE).

A estos efectos, los estudiantes extranjeros con autorización de estancia, conforme al art. 33 LE, deberán considerarse como extranjeros residentes legalmente en España, pues pese a que nominativamente tienen la consideración de estantes, la nota de permanencia que acompaña su régimen los hace materialmente asimilables a la situación de los residentes, en tanto la duración de estas autorizaciones se acomodan a la del curso para el que estén matriculados, con posibilidad de prórrogas anuales. Por consiguiente, habrá de partirse de la no aplicabilidad de la expulsión sustitutiva a los estudiantes extranjeros con autorización de estancia, pues en definitiva, su régimen se asemeja al de los residentes temporales más que al de los estantes.

La falta de residencia legal del extranjero debe estar debidamente acreditada en la causa (vid. STS n.º 919/1999, de 2 de junio), debiendo entenderse que en principio, la certificación expedida sobre existencia o inexistencia de autorización de residencia por funcionarios de las Brigadas de Extranjería y Documentación, que en estos supuestos deberá incorporarse a la causa penal, será, como documento oficial expedido por los órganos del Ministerio de Interior, prueba suficiente para acreditar la aplicabilidad o inaplicabilidad del régimen legal del art. 89 CP. Este documento, en tanto certifica la falta de residencia legal y la falta de constancia de que el imputado haya solicitado una renovación, debe considerarse prima facie como prueba bastante de que el extranjero no reside legalmente en España, sin perjuicio de que el mismo pueda aportar otros elementos probatorios para enervar ese principio de prueba. Cualquier otra decisión podría suponer obligar al Fiscal a una suerte de *probatio diabólica* incompatible con los principios de la teoría general de la prueba.

La inexistencia o no presentación por el extranjero de la mencionada documentación cuando le sea requerida por el Juzgado, arroja una fuerte presunción de ilegalidad, que se ve reforzada si tenemos en cuenta que el art. 11 LO 1/92, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, señala que “los extranjeros que se encuentren en territorio español están obligados a disponer de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España, con arreglo a lo dispuesto en las normas vigentes”. En este mismo sentido, el art. 29.2 LE dispone que las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante el pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda. No obstante, hallándonos en el marco de un proceso penal, donde la vigencia del principio de presunción de inocencia condiciona toda la teoría de la carga de la prueba, en aquellos casos en que el extranjero no acredite su estancia legal en España, los Sres. Fiscales pedirán que se incorpore a la causa la correspondiente certificación emitida por las Brigadas de Extranjería y Documentación del Cuerpo Nacional de Policía.

Las anteriores afirmaciones nada obstan a la posibilidad de prescindir de solicitar la referida certificación si el extranjero imputado, no solo no presenta documentación acreditativa de su residencia legal sino que además reconoce no disponer de tal autorización.

Habrà de tenerse presente que la posesión del NIE (número de identidad del extranjero) no acredita la residencia legal en España, como por lo demás se desprende del art. 101.1 RE, que prevé –entre otros supuestos- el otorgamiento a los extranjeros a efectos de identificación de NIE cuando se les haya incoado un expediente administrativo en virtud de lo dispuesto en la normativa sobre extranjería.

En tanto la calificación del extranjero como no residente es esencial a los efectos de la aplicación de la expulsión sustitutiva y en cuanto debe ser objeto de prueba, tal extremo habrá de ser recogido por los Sres. Fiscales en la conclusión primera del escrito de conclusiones provisionales o de acusación, debiendo incorporarse el soporte probatorio preferentemente durante la fase de instrucción y antes de la calificación.

Será no obstante admisible, si concurriendo indicios de carencia de autorización de residencia no se ha aportado aún la certificación de la Brigada de Extranjería y Documentación del Cuerpo Nacional de Policía sobre la situación del imputado en España, evacuar el escrito de calificación solicitando la expulsión sustitutiva e

interesando por otrosí la remisión por parte del organismo policial del correspondiente informe, proponiendo simultáneamente como prueba la documental generada por la práctica del otrosí.

I.3. Expulsión sustitutiva de la pena en su integridad.

Es el supuesto regulado en el art. 89.1 CP párrafo primero, y exige, además del requisito de la falta de residencia legal, que el extranjero haya sido condenado a una pena privativa de libertad inferior a seis años.

El texto del art. 89 no deja lugar a dudas sobre su ámbito de aplicación. Lo determinante para decidir la procedencia o no de la expulsión sustitutiva no será la pena abstracta señalada al delito, sino que habrá exclusivamente de tenerse en cuenta la concreta pena que se ha impuesto en la sentencia. Por ello, en principio cabrá aplicar la expulsión sustitutiva cuando el extranjero sea condenado a una pena inferior a los seis años, ya como consecuencia de la concurrencia de eximentes, semieximentes, circunstancias modificativas, grados de ejecución o de participación, ya como consecuencia de la utilización del arbitrio judicial autorizado por las reglas penológicas, independientemente de que la condena lo sea por un delito que en abstracto lleve aparejada pena superior a los seis años.

Debe en este punto recordarse que tras la reforma operada en el CP por LO 15/2003 la nueva división entre delitos graves y menos graves se traza a partir de la asignación de penas de prisión superiores a cinco años (art. 33 CP). Por ello entran dentro del ámbito de aplicación del art. 89 CP las penas graves y -con el juego de las reglas de determinación de la pena- potencialmente numerosos delitos graves.

En todos estos supuestos se establece como regla general la sustitución de la pena por la expulsión. Pero este límite penológico presenta algunas zonas de penumbra que deben ser aclaradas.

Así el precepto no aborda el supuesto de que en una misma sentencia el reo sea condenado a varias penas, todas ellas inferiores a los seis años de privación de libertad pero que sumadas excedan de dicho límite. Para estos casos habrá de admitirse la posibilidad de aplicar la expulsión sustitutiva. En efecto, una interpretación gramatical apunta claramente hacia tal solución al emplear el art. 89 CP el plural: las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas... A idéntica conclusión nos lleva una interpretación sistemática del art. 89 CP en relación con el art. 57.7 LE, que cuando regula el otro gran supuesto de renuncia al *ius puniendi* (autorización de expulsión en causas por delitos penados con privación de libertad inferior a seis años) expresamente incluye el supuesto de pluralidad de causas y por ende de eventuales plurales condenas: así el precepto dispone que en el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados...la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización. Igualmente una interpretación sistemática en relación con la otra gran forma sustitutiva de la ejecución regulada en el mismo capítulo III nos lleva a la admisibilidad de la expulsión en estos supuestos, pues cuando el Código regula la suspensión de la ejecución, impone el límite de que la privación de libertad impuesta no sea superior a los dos años, estableciéndose expresamente que se supera éste tanto por la imposición de una única pena superior como por la condena a varias inferiores a dos años pero que sumadas lo rebasen. En efecto, el art. 81 regla 2.ª CP exige como condición necesaria para la suspensión que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años. Por tanto, cabe entender que si el Legislador no ha incorporado una cláusula limitativa

análoga en el art. 89 CP es porque no quiere en estos casos constreñir la operatividad de la expulsión sustitutiva.

Por pena privativa de libertad habrá de entenderse cualquier pena de prisión, pero no debe quedar incluida la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas (y ello pese a su calificación como pena privativa de libertad conforme al art. 35 CP), pues la aplicabilidad de ésta, por su propia naturaleza subsidiaria, es incierta en el momento ordinario de imposición de la expulsión sustitutiva, esto es, en el momento del dictado de la sentencia. A fortiori, hacer depender la puesta en marcha de la expulsión de la disponibilidad de recursos económicos para hacer frente al pago de la multa puede incorporar un criterio discriminatorio no justificado.

Aunque también debe entenderse que la pena de localización permanente es pena privativa de libertad (art. 35 CP), ha de exigirse en todo caso que la pena impuesta lo sea por delito, no debiendo reputarse título suficiente para posibilitar la expulsión sustitutiva una condena a pena privativa de libertad por una simple falta. Pese al silencio de la Ley, una interpretación acorde con la exigencia constitucional de respeto al principio de proporcionalidad veda cualquier otra alternativa. En apoyo de esta opción puede también argumentarse que el art. 89 no contiene ninguna alusión a las faltas, refiriéndose sólo a los delitos cuando regula la posibilidad de excluir el régimen de la expulsión. La Exposición de Motivos de la LO 11/2003 aún es más clarificadora, cuando se refiere exclusivamente a los delitos, no planteándose la posibilidad de expulsar judicialmente por una simple falta. En efecto, se dice en ella que se establece que, en el caso de extranjeros que, además de no ser residentes legalmente en España, cometan un delito castigado con pena de prisión inferior a seis años, la regla general sea la sustitución de la pena por la expulsión.

Si la finalidad de la reforma es -como también recoge la Exposición de Motivos- evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto es claro que tal fin no puede predicarse del cumplimiento de una pena impuesta en un juicio de faltas, pena cuya ejecución por su limitada extensión nunca va a trasmutarse en forma de permanencia en España.

Como argumento práctico debe también ponerse de manifiesto que es contrario al principio de concentración y de celeridad que debe presidir el enjuiciamiento de las faltas introducir como un elemento más de debate jurídico el relativo a si el reo es o no residente legal en España.

La inclusión de las condenas por simples faltas conllevaría -además de los reparos desde el punto de vista de la proporcionalidad- el problema de su ejecución: la pena privativa de libertad que puede imponerse es la localización permanente (art. 33 CP), con un máximo de duración de doce días (art. 37 CP) que además no es susceptible de cumplimiento en Centro Penitenciario.

En definitiva, será el expediente administrativo el cauce natural para acordar la expulsión de quienes además de haber cometido una falta están incursos en causa de expulsión por la irregularidad de su situación. En estos supuestos debe primarse la vía de la autorización del art. 57.7 LE. Los Sres. Fiscales velarán porque la tramitación del juicio de faltas -y la eventual imposición de una pena leve- no se tome en obstáculo para autorizar la expulsión administrativa. A estos efectos, si se interesa por la autoridad administrativa la

autorización del art. 57.7 LE en el seno de un juicio de faltas, concurriendo los requisitos legales los Fiscales informarán favorablemente como regla general e interesarán la suspensión de la celebración de la vista oral del juicio de faltas, si éste hubiera sido ya convocado. La desactivación del juicio de faltas, aunque se tramite en la modalidad de señalamiento inmediato, debe ser consecuencia lógica anudada a la autorización de la expulsión, siendo además especialmente aconsejable para evitar perturbaciones derivadas de la ejecución de la pena (leve) impuesta. No puede oponerse a esta suspensión de la celebración del juicio de faltas (o en su caso del juicio rápido) el principio general de improrrogabilidad de los plazos procesales, pues este principio encuentra su lógica excepción ante la concurrencia de justa causa (art. 202 LECrim), concepto indeterminado que sin duda habría de entenderse colmado ante una solicitud atendida de autorización para expulsión. Concedida la autorización, deben suspenderse los términos judiciales, sin perjuicio de que puedan abrirse de nuevo si la expulsión no llegara finalmente a materializarse.

Pasando a otro punto necesitado de clarificación, cuando conforme al art. 71.2 CP sea imperativo sustituir la pena de prisión de menos de tres meses por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, como quiera que ambas son penas no privativas de libertad, no procederá interesar la expulsión sustitutiva. En tanto el mecanismo de sustitución del art. 71.2 opera preceptivamente, la pena privativa de libertad que se impone lo es a los solos efectos de servir de marco referencial a la hora de fijar la pena que conforme al art. 88 debe ser efectivamente ejecutada. Por lo demás, el art. 88.3 dispone que en ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras, por lo que no cabría aplicar el art. 71.2 y el 88 (sustitución obligatoria) y posteriormente aplicar una nueva sustitución conforme al art. 89.

I.3.1. Delitos expresamente excluidos.

Se mantiene el párrafo 4.º del art. 89, que fue añadido por la reforma 8/2002, de 22 de diciembre: las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6.º (derogado por la entrada en vigor de la LO 15/2003), 517 y 518 del Código Penal.

Los delitos tipificados en los artículos 312 (tráfico ilegal de mano de obra) y 318 bis (tráfico ilegal de personas) precisamente se orientan a la represión de conductas relativas a la promoción del tráfico de personas, por lo que razones de prevención general exigen su aplicación en todo caso. La referencia a los art. 515.6, 517 y 518 (asociaciones ilícitas que promuevan el tráfico ilegal de personas) quedan vacías de contenido al suprimirse tras la reforma 15/2003 el art. 515.6, del que los art. 517 y 518 son meros preceptos referenciales.

I.3.2. Otros supuestos de exclusión de la expulsión.

La exclusión de los delitos de los arts. 312 y 318 bis unida a la también expresa posibilidad de excluir otros, lleva a la necesidad de analizar en cada supuesto si el interés público inherente a la ejecución de la pena exige excluir la alternativa de la expulsión.

Conforme a los criterios establecidos por la Circular 3/2001 la medida de expulsión supone una suspensión de la potestad jurisdiccional en su modalidad de hacer ejecutar lo juzgado en aras a preservar otros fines igualmente

valiosos para el Estado relacionados con su política de extranjería, fines respetables, que podrán adquirir preponderancia siempre y cuando no impidan la realización elemental de los fines de prevención general y afirmación del ordenamiento jurídico que justifican la existencia de la pena. La Circular 3/2001 sentaba como criterio general que estos fines se verían resueltamente lesionados si la praxis derivase a una aplicación indiscriminada de la medida de expulsión.

A la vista de la nueva regulación, debe partirse de que se ha producido un cambio de rumbo, pues expresamente el legislador desea una aplicación generalizada de la medida de expulsión, solamente susceptible de derogación en casos excepcionales. Se limita, pues, la discrecionalidad del Juez o Tribunal para la sustitución de las penas inferiores a seis años por la expulsión del territorio nacional.

La STS n.º 901/2004, de 8 de julio considera que el art. 89 es “una conminación legal dirigida al juzgador” y que “sólo excepcionalmente se admite el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario”.

Por tanto, según una interpretación *ad pedem litterae* sería imperativo aplicar el mecanismo de la sustitución. Pero aunque ya no será de aplicación la jurisprudencia que concebía la sustitución como facultad del Juzgador, cuyo arbitrio no podía ser objeto de revisión casacional (vid. SSTS n.º 1144/2000, de 4 septiembre, n.º 929/1998, de 13 julio y n.º 330/1998 de 3 marzo), la interpretación literal ha de ser objeto de modulaciones, para evitar en unos casos una quiebra del sistema penal y en otros, soluciones contrarias a la doctrina del TEDH en materia de expulsiones.

Como refiere el ATC n.º 106/1997, deberán en todos estos supuestos ponderarse las necesidades preventivo-generales -en las que es perfectamente encuadrable el criterio de la alarma social, entendido como efecto nocivo que, en relación con la finalidad de prevención general inherente a toda pena, tendría el hecho de la falta de reacción penal suficiente ante la comisión de un delito grave- y preventivo-especiales.

La regla general podrá, pues, ser derogada mediante una decisión motivada del órgano jurisdiccional, tras oír al Ministerio Fiscal, basada en que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

La remisión a la naturaleza del delito implica que han de ser razones de prevención general las que puedan motivar el cumplimiento de la condena en centro penitenciario español. También deberá ponderarse la finalidad retributiva ínsita en la pena.

Pueden seguir utilizándose como pautas orientativas a la hora de optar por el cumplimiento de la pena las que aportaba la Circular 3/2001. Por tanto, habrán de ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso, tomando en consideración especialmente la necesidad de afirmar el ordenamiento jurídico frente al infractor en aquellos casos en que el delito revista especial trascendencia bien por su gravedad intrínseca -v.gr. tráfico de drogas, agresiones sexuales- bien por las particulares circunstancias de sus autores o los fines perseguidos -grupos de delincuentes organizados, especialmente si se trata de grupos transnacionales, bandas armadas y terroristas, etc.-, bien por la existencia de una necesidad reforzada de protección a la víctima -menores, discapacitados, personas en situación de desvalimiento-. Pero en todo caso habrá de añadirse tras la reforma

11/2003 que, en este examen de los tipos penales que pueden exigir que la pena impuesta se cumpla en España, debe partirse de la ponderación de la *voluntas legis* de poner en primer plano el interés del Estado en evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España. El legislador, al confrontar el interés del Estado en el ejercicio del *ius puniendi* con el interés del Estado en expulsar a extranjeros no residentes legales que hayan sido condenados a pena inferior a seis años, opta conscientemente por el sacrificio de aquél en favor de éste, y por tanto éste debe ser el principio general a seguir.

Dentro del grupo de delitos que exigen cumplimiento ordinario estarán normalmente aquellos en los que el sujeto activo es un extranjero no residente que accede a España con el fin de cometer el delito y con ánimo de volver al extranjero una vez perpetrados los hechos. Los efectos criminógenos y la neutralización de la finalidad preventivo-general y preventivo-especial del ordenamiento penal que derivaría de aplicar a estos supuestos la expulsión aconsejan en principio hacer uso de las posibilidades de cumplimiento de la pena en España. Estas consideraciones deben ser especialmente aplicables a extranjeros no residentes traficantes de drogas (que causen grave daño a la salud o aun no causándolo, en cantidad de notoria importancia).

En este sentido, la STS nº 1249/2004, de 28 de octubre, en un supuesto de tenencia preordenada al tráfico de 411 gramos de cocaína consideró improcedente la sustitución de la pena de prisión impuesta de cinco años cuando el acusado llevaba escasamente cinco meses de prisión preventiva, pues lo contrario implicaría un favorecimiento o promoción del tráfico de cocaína en España por ciudadanos extranjeros, lo que provocaría una situación generalizada de impunidad para éstos, así como una desprotección total para los ciudadanos.

En la misma línea la STS n.º 906/2005, de 8 julio, asume el criterio del órgano a quo de que "la sustitución de la pena por la expulsión en los casos de cantidades intermedias de cocaína excluiría el efecto coercitivo de la pena y disuasorio de la norma penal, ya que los ciudadanos procedentes de países donde se produce o se comercia con tal sustancia, adquirirían la convicción de tener una especie de licencia para la comisión delictiva, generándoseles como única consecuencia negativa la devolución a su país de origen".

No obstante, los supuestos de tráfico de drogas de menor entidad (menudeo), aunque se refieran a sustancias que causan grave daño a la salud pueden ser susceptibles de expulsión sustitutiva. La STS n.º 1546/2004, de 21 de diciembre, ya señaló que "el análisis de la naturaleza del delito puede aconsejar, dentro de la variedad de tipos penales englobados en el art. 368 del Código penal, que se sustituya en la hipótesis de un vendedor callejero de "papelinas" pero no respecto a un importador de droga, en cantidades considerables". Esta doctrina es expresamente ratificada por la STS n.º 366/2006, de 30 de marzo.

Deben excluirse también como pauta general los delitos cometidos por organizaciones criminales, conforme a los criterios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Habrà de mantenerse el criterio de la Circular 1/2002, respecto de las condenas por el tipo contenido en el art. 313 CP. Los Sres. Fiscales, en estos supuestos valorarán muy especialmente la conveniencia de informar de modo desfavorable la expulsión sustitutiva de la pena. En tanto este delito sanciona otro supuesto de inmigración clandestina, concurre la misma ratio que justifica el singular tratamiento de los arts. 312 y 318 bis.

Habrán de tenerse presentes igualmente los acuerdos adoptados por la Junta General de la Fiscalía especial Antidroga, celebrada en Madrid los días 15 v 16 de Diciembre de 2005 en los que se acordó como criterio general oponerse a las sustituciones en todos aquellos casos en los que la calificación jurídica incluya los subtipos agravados de pertenencia a organización del artículo 369.1.2º CP (en delitos contra la salud pública) o del 302.1 CP (en el caso de blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico), por tratarse de supuestos específicos de asociación ilícita. Respecto de los demás supuestos, en aplicación de los mismos preceptos, debe observarse lo dispuesto en el artículo 3.º, apartado 6 de la Convención de 20.12.1988 de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (BOE de 10-11-90) a cuyo tenor "las partes se esforzarán por asegurarse de que cualesquiera facultades legales discrecionales conforme a su derecho interno (como lo es el arto 89 del CP) se ejerzan para dar la máxima eficacia a las medidas de detención y represión respecto a estos delitos teniendo debidamente en cuenta la necesidad de ejercer un efecto disuasivo en lo referente a la comisión de estos delitos". Ello implica que haya de mantenerse una interpretación restrictiva, atendiendo a la trascendencia y gravedad del delito, en supuestos de concurrencia de alguno de los subtipos agravados de delitos contra la salud pública..."

Debe finalmente tenerse en cuenta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que para la imposición de la expulsión deben ponderarse circunstancias tales como el arraigo, la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o el mismo pueda ser objeto de tortura o tratos degradantes contrarios al art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, las SSTEDH de 21 junio 1988, caso *Berrehab contra Reino de los Países Bajos*, de 18 de febrero de 1991 -caso *Moustaquim*-, de 7 de julio de 1989 -caso. *Soering contra Reino Unido*-, de 26 de marzo de 1992 -caso *Beldjoudi*-, de 15 de noviembre de 1996 -caso. *Chahal contra Reino Unido*, de 2 de mayo de 1997 - caso *D. contra Reino Unido* ,de 11 julio 2000 -Caso *Ciliz contra Reino de los Países Bajos*-, 502/2001 de 2 agosto -caso *Boultif contra Suiza* y de 6 marzo 2001 *Caso Hilal contra Reino Unido* o la de 31 octubre 2002, *Caso Yildiz contra Austria*.

En este mismo sentido, la STS n.º 901/2004, de 8 de julio considera "que la normativa en vigor actualmente debe ser interpretada desde una lectura constitucional ante la realidad de la afectación que la misma puede tener para derechos fundamentales de la persona -sea o no inmigrante, ilegal o no- que están reconocidos no sólo en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución , sino en los Tratados Internacionales firmados por España y que de acuerdo con el art. 10 no sólo constituyen derecho interno aplicable, sino que tales derechos se interpretarán conforme a tales Tratados y en concreto a la jurisprudencia del TEDH...y ello es tanto más exigible cuanto que...la filosofía de la reforma...responde a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de política criminal, muy atendibles pero siempre que vayan precedidos del indispensable juicio de ponderación ante los bienes en conflicto lo que supone un análisis individualizado caso a caso y por tanto motivado" y por ello "parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión."

También la STS n.º 514/2005, de 22 de abril declara que "la reforma...al establecer la sustitución en términos de obligatoriedad y aplicación automática, por completo ajenos a los principios de actuación de la jurisdicción ha

sido interpretado, tanto por esta Sala..., como por los Juntas de Magistrados del orden penal, rebajando el contenido categórico del precepto propiciando una interpretación acorde con los principios constitucionales y las exigencias de los Tratados Internacionales signados por el Estado". Esta interpretación se ha consolidado y así la STS n.º 366/2006, de 30 de marzo declara que la motivación del Tribunal debe ponderar no sólo la naturaleza del delito sino también las circunstancias personales y familiares del acusado, a fin de atender no sólo a razones de orden público o de una determinada política criminal sino también a la salvaguarda de derechos fundamentales. En este mismo sentido pueden citarse las SSTS n.º 710/2005, de 7 de junio, n.º 906/2005, de 8 de julio, y n.º 1120/2005, de 28 de septiembre.

Dentro de estas circunstancias personales a valorar a efectos de decidir sobre la procedencia de la expulsión sustitutiva habrá de prestarse particular atención a aquellas que conforme al art. 57.5 y 6 LE restringen las posibilidades de expulsión administrativa (vid. infra epígrafe II.-4 in fine). En esta línea habrán de tenerse en cuenta y ponderarse los casos de extranjeros que pese a no tener regularizada su situación, se encuentren en España trabajando por cuenta ajena y devengando derechos prestacionales. Debe a estos efectos recordarse que conforme al art. 36.3 LE, aunque para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la correspondiente autorización, la carencia de la misma por parte del empresario, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle.

Por tanto, en supuestos en los que la expulsión automática del art. 89 conduzca a resultados que contraríen la doctrina del TEDH habrán los Sres. Fiscales de optar por no solicitar la expulsión. En todo caso habrá de exigirse en estos supuestos una motivación justificante de la derogación de la regla general.

I.3.3 Procedimiento para la decisión sobre la sustitución.

La decisión sobre la sustitución tiene su cauce natural en la propia sentencia. Del tenor literal del precepto parece que la audiencia del Ministerio Fiscal solamente es necesaria para excepcionar la regla general. Sin embargo, conforme a la STS n.º 514/2005, de 22 de abril la sustitución en aplicación del art. 89 del Código penal "está sujeta a una previa audiencia en la que debe informar el Ministerio fiscal sobre su procedencia".

Por tanto, como quiera que expulsión sustitutiva de la pena ha de ser decidida en sentencia, y en tanto su aplicación no es automática, los Sres. Fiscales habrán de pronunciarse en el escrito de calificación provisional y, en su caso, excepcionalmente, en el trámite de elevación a definitivas de las conclusiones, interesando la sustitución, o pronunciándose respecto de la procedencia del cumplimiento de la pena.

Además, de este modo se permite también al acusado la posibilidad de realizar alegaciones y proponer y practicar prueba, que puede, por ejemplo, referirse a los presupuestos de la expulsión, esto es, a si el mismo es o no residente legal en España. A través de esta vía se alcanza una interpretación más acorde con la Constitución evitándose cualquier atisbo de indefensión, que podría generarse siguiendo unos criterios hermenéuticos estrictamente gramaticales. La necesidad de salvaguardar la audiencia del reo había sido por lo demás resaltada tanto por el TS (vid. STS n.º 17/2002, de 21 enero) como por el TC (STC n.º 242/1994, de 20 de julio).

La exigencia de respeto al principio de audiencia y la necesidad de plantear la petición ordinariamente en conclusiones provisionales ha sido por lo demás recordada en la STS n.º 901/2004, de 8 de Julio que afirma que se denuncia lo sorpresivo de la petición del Ministerio Fiscal efectuada en el trámite de conclusiones definitivas...Lo usual será que tal petición se efectúe en las conclusiones provisionales, lo que permite conocer ex ante y temporáneamente tal petición para efectuar las alegaciones y probanzas que se estimen procedentes por la parte afectada. En el presente caso tal momento supuso, de hecho, una indefensión con trascendencia en la quiebra de la protección de derechos fundamentales como el de defensa, causante de indefensión y protección a la familia -art. 16 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 8 del Convenio Europeo y art. 39 de la Constitución- La exigencia de audiencia al reo puede considerarse netamente asentada (vid. SSTS n.º 710/2005, de 7 de junio y n.º 274/2006, de 3 de marzo).

Los Sres. Fiscales habrán de incluir el pronunciamiento sobre la sustitución de la pena por la expulsión en la conclusión quinta, tras la pena concreta solicitada, bien interesando la expulsión sustitutiva, bien el cumplimiento ordinario.

Seguirán siendo de aplicación los criterios sentados por la Circular 3/2001 en relación con la no vinculación del órgano jurisdiccional a la petición del penado para que se le expulse: la medida de expulsión no debe ser considerada como un beneficio ni atribuye un derecho subjetivo para exigir del juez o tribunal un trato benévolo en comparación con el dispensado a los penados españoles o a los extranjeros residentes. El juez o tribunal no está obligado a otorgar la expulsión ni sujeto a una interpretación necesariamente favorable al reo en virtud del principio *pro libertate* que en modo alguno resulta aplicable al caso (ATC n.º 33/1997). Este es por lo demás el criterio implícitamente asumido por la STS n.º 906/2005, de 8 de julio. Sin embargo debe ahora introducirse un importante matiz: el Tribunal está con carácter general obligado a la expulsión, por lo que en estos casos habrá de acordarla incluso a instancia del propio acusado, salvo que de forma motivada acuerde la efectiva ejecución de la pena.

La decisión sobre la expulsión sustitutiva requiere motivación. Ello hace igualmente exigible que la petición que pueda realizarse en tal sentido por el Fiscal sea razonada. En este sentido, la STS n.º 1162/2005, de 11 de octubre deja sin efecto la expulsión acordada en el fallo de la sentencia “en la medida de que además de no ser pedida la misma por el Ministerio Fiscal se ha acordado sin una motivación ante las concretas circunstancias del caso, ya que la motivación obrante... se refiere en clave genérica a un interés del Estado a la vista de que la pena impuesta ha sido la mínima, lo que se estima insuficiente desde la exigencia de motivación que se propugna. La STS n.º 274/2006, de 3 de marzo considera doctrina de la sala la exigencia de motivación para decidir la expulsión.”

I.3.4. Posibilidad de decidir la expulsión en ejecución de sentencia

A la vista del tenor literal del nuevo art. 89 CP parece que ya no cabría admitir el aplazamiento de la decisión de concesión o no de la expulsión sustitutiva a la fase de ejecución de sentencia, como se permitió durante la vigencia de la anterior versión del art. 89 por el TS (vid. SSTS n.º 330/1998, de 3 de marzo y n.º 1381/2000, de

11 de septiembre). Con el nuevo régimen, la sustitución (tanto la íntegra como la parcial) ha de acordarse, en principio imperativamente en sentencia, por lo que los Sres. Fiscales habrán de interponer en su caso los correspondientes recursos ante la injustificada falta de pronunciamiento expreso, en uno u otro sentido, sobre la expulsión.

La *voluntas legis* es clara al respecto: se pretende que la decisión se adopte ya en la sentencia, sin diferirla a otro ulterior momento procesal.

Podría inicialmente entenderse que al no existir una prohibición expresa en el art. 89 CP, cabría, al igual que ocurre con la sustitución del art. 88 CP, superando la literalidad del precepto y como excepción a la norma general, en atención a una exégesis teleológica, de forma congruente con la finalidad de la reforma – que es, recordemos, evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto – instar que se adopte la expulsión sustitutiva en ejecución de sentencia, teniendo en cuenta además que la expulsión sustitutiva es una alternativa a la pena privativa de libertad que puede ser beneficiosa tanto para el Estado como para el propio penado.

Ya la jurisprudencia menor había admitido la posibilidad de acordar la expulsión en ejecución de sentencia (SSAP Vizcaya (Sección 2.^a) de 25 de febrero de 2004 y Ciudad Real n.º 45/2004 de 7 abril). La STS n.º 298/2004, de 12 de marzo también parece apuntar implícitamente hacia la admisibilidad de diferir el pronunciamiento sobre la expulsión a la fase de ejecución de sentencia. Esta misma admisión implícita cabe extraerla de las SSTS n.º 1249/2004, de 28 de octubre y 514/2005, de 22 de abril. Esta última sentencia expresamente remite al trámite de ejecutoria para que con audiencia de las partes se decida sobre la aplicación del art. 89 CP. También la STS n.º 274/2006, de 3 de marzo, tras dejar sin efecto una expulsión sustitutiva por no haberse respetado el principio de audiencia, declara que “no procede hacer pronunciamiento alguno sobre tal expulsión, sin perjuicio de lo que se solicita (sic) o acuerde en el trámite de ejecución de sentencia”.

Los problemas de la sustitución en ejecución de sentencia han sido abordados recientemente por la STC n.º 145/2006, de 8 de mayo, dictada por la Sala Segunda del máximo intérprete de la Constitución en resolución de un recurso de amparo. Esta sentencia analiza si la sustitución de la pena de menos de seis años por la expulsión, operada en ejecución de sentencia vulnera el derecho a la ejecución de las Sentencias en sus propios términos como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El propio TC declara que “en el control de la corrección de la actuación judicial al ejecutar el fallo habrá de contrastarse...el sentido del fallo mismo interpretado en su propio contexto; de otro lo resuelto con posterioridad para llevarlo a cabo, analizando si existió o no un desvío irrazonable, arbitrario o erróneo en relación con el contenido y alcance de los pronunciamientos que integran la parte dispositiva de la resolución ejecutada”.

Analizando el caso concreto, el TC declara que “...la interpretación efectuada por el órgano judicial, según la cual cabe aplicar en este supuesto, en fase de ejecución, la nueva normativa, resulta irrazonable básicamente por dos razones: de un lado porque el texto del art. 89.1 CP vigente al tiempo de dictarse la Sentencia condenatoria facultaba al órgano judicial para acordar la sustitución y, pese a ello, nadie la solicitó ni aquél la acordó pudiendo hacerlo; de otro porque la nueva redacción del art. 89.1 CP prevé la sustitución en Sentencia si

la pena privativa de libertad es inferior a seis años, y únicamente en el caso de que la pena sea superior a seis años cabe acordar la expulsión del territorio nacional en fase de ejecución, lo que no sucede en el caso presente. A ello cabe añadir que la irrazonabilidad de la interpretación se hace aún más evidente si se tiene en cuenta que, de ejecutarse las resoluciones judiciales impugnadas, en puridad no estaríamos ante una verdadera y propia sustitución, sino que, dado lo avanzado del cumplimiento de la pena privativa de libertad por el penado, realmente se produciría una acumulación sucesiva de dicha pena y de la medida de expulsión...los Autos impugnados, con base en una argumentación manifiestamente irrazonable, añaden una nueva consecuencia jurídica que altera de modo esencial el contenido del fallo y la correspondiente ejecución de la Sentencia condenatoria en los términos allí plasmados, lesionando de este modo el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE”.

La doctrina derivada de esta sentencia apunta a la imposibilidad de sustitución de la expulsión en ejecución de sentencia, por alterar de forma irrazonable de modo esencial el contenido del fallo. No obstante, para precisar las consecuencias que caben extraerse de esta sentencia deben subrayarse dos aspectos: en primer lugar, que en el caso analizado la sentencia nada decía acerca de la posibilidad de que en ejecución de sentencia se decidiera la sustitución. En segundo lugar, que se trataba de un supuesto patológico en el que la pena privativa de libertad se hallaba en avanzado estado de ejecución.

Desde estas coordenadas, aun siguiendo la doctrina establecida por la STC n.º 145/2006 y, por tanto, partiendo de que si nada se hubiera establecido en la sentencia firme sobre la expulsión sustitutiva no cabrá promoverla en ejecución de sentencia, habrán los Sres. Fiscales de partir de la admisibilidad de la apertura del incidente de sustitución de la pena por la expulsión en fase de ejecución en dos supuestos: 1.º) Cuando la sentencia se plantee la aplicación de la expulsión sustitutiva pero por concurrir alguna causa justificada difiera la decisión a la fase de ejecución de sentencia, en cuanto no existiría aquí una alteración esencial del contenido del fallo y 2.º) Cuando quien solicite en ejecución de sentencia la sustitución de la pena por la expulsión sea el propio reo, al entender que en tal contexto, valorada la sustitución como beneficio, no se conculcaría ninguna garantía del mismo y por contra podría entenderse que si el fallo no se ha pronunciado pese a concurrir los requisitos legales se le ha privado injustificadamente de un beneficio. Debe a estos efectos recordarse que el Reglamento Penitenciario expresamente establece la obligación de los centros de informar a los reos sobre las posibilidades de interesar la sustitución de la pena por la expulsión (art. 52.2 RP).

En todo caso, en estos supuestos limitados en los que se promueva una resolución de expulsión sustitutiva después de dictada sentencia, será necesario dar audiencia al penado asistido de su letrado, permitiéndole incluso articular prueba sobre los presupuestos de la expulsión, y debiendo adoptar la decisión la forma de auto motivado, susceptible de los correspondientes recursos. Por supuesto, también habrá de darse audiencia al Fiscal, quien al despachar el trámite en fase de ejecución habrá de tener presente la posición adoptada al respecto por el Ministerio Público durante las fases anteriores del procedimiento, sin perjuicio de valorar datos nuevos o circunstancias sobrevenidas.

I.4. La expulsión como medida sustitutiva del cumplimiento del último tramo de la pena de prisión.

El texto del anterior art. 89 disponía que los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena.

En el nuevo texto, el ámbito de esta expulsión sustitutiva del último tramo de la pena se amplía, pues se dispone que los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena...

Por tanto, la expulsión surtirá sus efectos no solamente tras el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena sino incluso cuando antes se hubiera concedido al reo el tercer grado.

El legislador parte de que en estos supuestos de pena muy grave, el cumplimiento de la pena es ineludible, y solamente renunciable cuando se extingue mediante la ejecución su núcleo central.

La sustitución parcial no está sujeta en sus presupuestos aplicativos a ningún límite máximo desde el punto de vista penológico.

A diferencia del supuesto de la sustitución de la pena en su integridad aquí si se exige expresamente que el Ministerio Fiscal inste la aplicación de la medida. Aunque la sustitución en estos casos va a operar en un momento futuro incierto, pues no puede conocerse *a priori* cuando va a serle concedido al reo el tercer grado, la petición habrá de formularse por los Sres. Fiscales en el escrito de calificación provisional.

En principio no hay obstáculos -como tampoco los hay en los supuestos de sustitución íntegra- para introducir la petición en trámite de elevación de las conclusiones a definitivas si se ha omitido con anterioridad, sin perjuicio de que en tales supuestos y para evitar cualquier sombra de indefensión deba concederse a la defensa a solicitud de la misma un plazo adicional para poder estudiar posibles alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes, aplicando analógicamente lo dispuesto en el art. 788.4 LECrim.

Pero en todo caso, la ortodoxia procesal y la necesidad de preservar en plenitud el derecho de audiencia, de contradicción y de defensa hacen que ordinariamente deba incluirse este *petitum* desde la fase de calificación inicial.

Los Sres. Fiscales, en el despacho de las ejecutorias habrán de controlar la correcta aplicación de la expulsión cuando llegue el momento, promoviendo la corrección de cualquier retraso o prolongación en el cumplimiento.

El Tribunal debe acordar imperativamente en sentencia la expulsión sustitutiva parcial prevista en el párrafo 2.º del art. 89, aunque también se prevé la posibilidad de excepcionar esta regla general de forma motivada, cuando aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. También cabrá en estos casos excepcionar la regla general y optar por solicitar el cumplimiento ordinario cuando la expulsión automática del art. 89 conduzca a resultados que contraríen la doctrina del TEDH.

I.5. La ejecución de la expulsión acordada conforme al art. 89 CP.

La reforma 11/2003, pese a que según su Exposición de Motivos pretendía ... dar adecuado cauce a que el juez penal acuerde la sustitución de la pena impuesta al extranjero no residente legalmente en España que ha cometido un delito, por su expulsión, incurrió en una flagrante omisión en cuanto a la regulación del procedimiento para materializar la expulsión.

Tal omisión ha sido solventada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que en su disposición adicional decimoséptima, sobre Comunicaciones de los órganos judiciales a la autoridad gubernativa en relación con extranjeros, establece en su párrafo segundo la obligación de los órganos judiciales de comunicar a la autoridad gubernativa las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional. 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. El apartado 2.º del art. 152 RE reproduce la Disposición adicional decimoséptima de la LO 19/2003.

Debe entenderse que cuando se trate de sentencias dictadas de conformidad en el Juzgado de guardia, podrá el Juez de Instrucción acordar el ingreso en prisión por aplicación del art. 801.1.4 LECrim. En estos supuestos la conformidad del reo con la pena debe ir precedida de información suficiente de que ésta va a ser sustituida por la expulsión.

La misma Disposición decimoséptima establece que 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.

La regla general será pues el inmediato ingreso en prisión, pero la rigidez de tal disposición debe tener alguna posibilidad de flexibilización para evitar en algún supuesto resultados desproporcionados. En efecto, cabe en circunstancias definidas por su excepcionalidad y tratándose de reos en libertad provisional durante el proceso, otorgar un plazo -que en ningún caso podrá ser inferior a 72 horas (art. 64.1 LE)- para cumplir voluntariamente la sentencia, abandonando el territorio nacional. Esta solución es especialmente recomendable para supuestos de penas cortas que de ordinario no habrían motivado el ingreso en prisión, cuando además el penado ofrezca garantías de que va efectivamente a abandonar el territorio nacional. El art. 28.3 LE parte de la admisibilidad de este procedimiento de ejecución cuando dispone que la salida será obligatoria en los siguientes supuestos: a) Expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el Código Penal.

Para todos estos supuestos en los que por las circunstancias concurrentes no se estime procedente el inmediato ingreso en prisión, la LE permite encauzar las actuaciones subsiguientes de una forma más respetuosa con el principio de proporcionalidad. Por tanto, existiendo una resolución de expulsión ya dictada y notificada (en este caso, la sentencia) si no se estima procedente el ingreso inmediato en prisión, podrá fijarse el plazo en el que el extranjero vendrá obligado a abandonar el territorio español, que, en ningún caso, podrá ser

inferior a las setenta y dos horas, comunicándose tal decisión a la autoridad gubernativa. Si se incumple el plazo de salida voluntaria por el extranjero, el tribunal sentenciador siempre podrá proceder conforme a lo dispuesto en la Disposición decimoséptima de la LO 19/2003 para hacer efectiva la expulsión decretada.

I.6. Imposibilidad de ejecutar la expulsión sustitutiva acordada

El art. 89.1 párrafo 5.º dispone que en el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente.

Por tanto, y siguiendo los criterios sentados por la Circular 3/2001, habrá de exigirse de las autoridades gubernativas y los servicios policiales la comunicación inmediata de la práctica de la expulsión o de las razones que en su caso imposibiliten su realización, y si por cualquier motivo la expulsión no se materializa habrá de instarse el alzamiento de la suspensión del proceso penal y la continuación del mismo.

Debe aquí recordarse que la pena impuesta no se extingue, sino que simplemente queda en suspenso y es sustituida por la expulsión una vez ésta llega a materializarse.

El art. 89.1 párrafo 3.º dispone que la expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal. El art. 80 se refiere a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, el art. 87 se refiere a la suspensión en los supuestos de drogadicción y alcoholismo y el art. 88 se refiere a la sustitución de las penas privativas de libertad. La sustitución de la pena por la expulsión es incompatible con las resoluciones a que se refieren los artículos mencionados.

La exclusión de la aplicación de los arts. 80, 87 y 88 CP solamente afecta a los supuestos en los que se lleva a efecto con éxito la expulsión. Frustrada ésta, los Sres. Fiscales habrán de partir de que tales preceptos recobran su aplicabilidad, sin que por tanto pueda interpretarse el inciso cumplimiento de la pena privativa de libertad como inexorable ingreso en prisión. Una exégesis acorde con los valores constitucionales llevaría en tales supuestos a la aplicación de las disposiciones generales sobre la ejecución de la pena. Otra interpretación supondría un tratamiento jurídico diferenciado para el extranjero, más gravoso y, sin duda contrario a la Constitución por discriminatorio. Cabrá por tanto aplicar, en los casos en que sea procedente, las disposiciones sobre sustitución y suspensión de la pena.

El Tribunal Constitucional ha sancionado por lo demás recientemente esta interpretación en su ATC 132/2006, de 4 de abril, al establecer que “el extranjero cuya expulsión no haya podido realizarse en el plazo máximo legal establecido tiene acceso, en la medida en que reúna los requisitos legalmente exigidos para ello en los arts. 80, 87 y 88 CP, a la posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le haya sido impuesta, o a su sustitución por otras menos gravosas, en las mismas condiciones que los penados de nacionalidad española y que los penados extranjeros con residencia legal en España”.

Esto no obstante, cuando la imposibilidad de materializar la expulsión se hubiera debido a una voluntad deliberadamente rebelde del penado extranjero concretada en actos obstruccionistas, tal circunstancia habrá de

ponderarse debidamente a la hora de optar por el cumplimiento en prisión o por la suspensión o sustitución de la pena, para evitar que resulten “premiados” dichos comportamientos, lo que constituiría una incoherencia desde el punto de vista político criminal.

I.7. Efectos de la expulsión sustitutiva

La prohibición de regreso se prolonga durante todo el plazo de prescripción de la pena pero jugando como tope mínimo regirá el plazo de 10 años desde la fecha de la expulsión. Por ello, si la pena impuesta es de más de cinco y menos de 10 años de prisión, conforme al art. 133 CP el plazo de prescripción y por tanto de prohibición de regreso será el de quince años.

Los Sres. Fiscales habrán de incluir en la conclusión quinta la petición de prohibición de regreso durante el plazo que conforme al art. 89.2 CE proceda, al ser esta sanción una consecuencia jurídica ligada al delito.

Los criterios a seguir ante los supuestos de tentativa de regresar o de regreso a España consumado por parte del extranjero en incumplimiento de la prohibición serán en ambos casos los de devolución inmediata. Ya no cabrá la posibilidad prevista en el inciso final del art. 89.2 CP en su redacción originaria, conforme al cual “si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas”, ni la previsión de la Circular 3/2001 en el sentido de que en tal caso el reo será ingresado en prisión para cumplir la totalidad de la pena pendiente. Tampoco procederá la apertura de nueva causa por desobediencia o quebrantamiento de condena. La respuesta que en todo caso prevé el nuevo art. 89.3 es la de devolución por la autoridad gubernativa. Esta interpretación se amolda por lo demás a la disposición general contenida en el art. 58.2 LE, conforme a la que “no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España; b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país.”

No obstante, si no pudiera materializarse esta segunda expulsión entraría en juego el párrafo 4.º del art. 89.1, con el consiguiente inicio o reinicio de la pena total o parcialmente sustituida.

Desde el punto de vista de los efectos civiles de la expulsión, habrán de mantenerse los criterios sentados por la Circular 3/2001: la expulsión no ha de ser óbice para que se concluyan las piezas separadas de responsabilidad civil, que no deberán ser archivadas hasta que se hayan concluido debidamente, procurando en su caso la localización y realización de los bienes del reo que puedan ser objeto de traba en España. El archivo de la ejecutoria penal no justifica el automático cierre de la pieza separada de responsabilidad civil si existen bienes embargados o se han localizado fuentes de ingresos que puedan servir para satisfacer las indemnizaciones declaradas en sentencia, pudiendo continuarse por tanto la tramitación a tales efectos, sin perjuicio del necesario respeto de los derechos fundamentales del sometido a ejecución.

En todo caso debe tenerse presente que el nuevo régimen no incluye un requisito como el previsto en el art. 21.2 LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, a cuyo tenor “... el Juez o Tribunal podrán acordar...su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueran aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar...”. No

habrá pues de considerarse como impedimento para la expulsión la falta de aseguramiento de responsabilidades civiles. Esta fue por lo demás la interpretación que realizó el TC analizando el cambio que supuso el anterior art. 89 (que a tales efectos es idéntico al actual) respecto del art. 21 LO 7/85 (vid ATC n.º 106/1997, de 17 abril).

I.8. Expulsión sustitutiva de ciudadanos de la Unión Europea o de otros países asimilados.

En este punto ha de realizarse una remisión en bloque a los criterios sentados en la Circular 3/2001, que concluía con que el art. 89 CP difícilmente podrá ser aplicado a un ciudadano comunitario, constatando por lo demás la dificultad adicional para que la medida resultase efectiva, teniendo en cuenta la existencia de un espacio común sin fronteras creado por las normas de Schengen.

Estas conclusiones se refuerzan con la regulación contenida en la reciente Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que dispone en su art. 33 que el Estado miembro de acogida sólo podrá emitir una orden de expulsión del territorio de un ciudadano comunitario como pena o medida accesoria a una pena de privación de libertad, cuando dicha orden cumpla los requisitos de los artículos anteriores. Estos requisitos -generales para la expulsión de ciudadanos de la UE o de miembros de su familia- por lo que ahora interesa se concretan en que conforme al art. 27 las limitaciones a la libertad de circulación y residencia sólo podrán acordarse por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos. Las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas. La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general. El art. 28 dispone que antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen.

Debe tenerse en cuenta, respecto de las indicaciones contenidas en la Circular 3/2001, que con posterioridad se ha promulgado el Real Decreto 178/2003, de 14 febrero que regula la materia relativa a libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea, Confederación Suiza y de los nacionales de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Por tanto, las consideraciones que en este apartado se realizan son aplicables a los ciudadanos de la Unión, Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein.

El RD 178/2003 se aplica, también conforme a su art. 2, "cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que a continuación se relacionan, y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos: a) A su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho. b) A sus descendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de veintiún años o mayores de dicha edad que vivan a sus

expensas. c) A sus ascendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, que vivan a sus expensas, con la excepción de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges”.

Debe sin embargo tenerse en cuenta que la STS (sala tercera) de 10 de junio de 2004 ha anulado el inciso “y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos”.

Se mantiene por tanto el criterio de que los Sres. Fiscales deberán, con carácter general y salvo supuestos excepcionales, informar negativamente las solicitudes de expulsión relativas a ciudadanos comunitarios y asimilados que, al amparo de lo previsto en los art. 57.7 LE y 89 CP les trasladen para informe los órganos judiciales competentes. Esos supuestos excepcionales habrán de poder ser reconducidos a las razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública a que se refiere el art. 16 del RD 178/2003 y la Directiva 2004/38/CE y respetando las peculiaridades procedimentales establecidas en el art. 17 del referido Decreto.

I.9. Sustitución judicial de las medidas de seguridad por la expulsión.

El art. 108.1 CP tras la reforma operada por LO 11/2003 dispone que si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España.

Pese al tenor literal del precepto, que apunta a que la sustitución opera respecto de cualquier medida de seguridad, parece que una interpretación sistemática, a la luz de los criterios sentados por el art. 89 y del principio de proporcionalidad, aboga por entender que solamente es aplicable para medidas de seguridad privativas de libertad, incluyendo, eso sí, las impuestas por los delitos de tráfico de seres humanos contemplados en el art. 89.4 CP respecto de los que no se hace ninguna alusión. No obstante, respecto de estos últimos, cabrá inaplicar la expulsión sustitutiva pues el precepto permite con carácter general tal inaplicación por el órgano jurisdiccional y previa audiencia del Ministerio Fiscal, cuando excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España” (art. 108.1 CP).

En cuanto al plazo de la prohibición de regreso a España el art. 108 se separa del 89 y establece un sistema de plazo único de diez años.

I.10. Pluralidad de causas abiertas.

Cuando el extranjero no residente legal está sometido a varios procedimientos penales, es indispensable la coordinación a través del servicio de extranjería de cada Fiscalía para dar una respuesta global, armónica y coherente con los fines de nuestro ordenamiento.

Si el penado extranjero tiene otra u otras causas penales pendientes de enjuiciamiento, no existirá ningún obstáculo para que, una vez acordada la expulsión sustitutiva en la causa ya finalizada, concurriendo los requisitos, se autorice la expulsión, conforme al art. 57.7 LE, por los Juzgados que estén conociendo las causas no finalizadas por sentencia. De no concederse tal autorización podrá hacerse uso del inciso in fine del apartado

1.º del art. 89 CP, conforme al que en el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente.

II. El fiscal y la medida cautelar de internamiento.

II.1. Introducción.

La intervención del Fiscal en materia de internamientos cautelares de extranjeros debe inspirarse en su función de *patronus libertatis*. No ha de olvidarse que la medida supone aplicar una privación de libertad a personas que ni han sido condenadas penalmente (o si lo han sido no se ha estimado procedente el inicio de la ejecución de la pena) ni han sido sometidas a una medida cautelar personal penal (en caso de estar imputadas en un proceso penal). Debe tenerse también presente que el derecho a la libertad es uno de los denominados derechos "innatos absolutos". El extranjero –sea cual sea su situación en España– goza del mismo sin necesidad de ningún reconocimiento legal, pues su disfrute es inherente a la dignidad humana (vid. SSTC n.º 115/1987, 144/1990, 55/1996 y 179/2000).

La doctrina emanada de la Fiscalía General del Estado ha sido en este punto constante. Desde la Instrucción 6/1991, de 23 de octubre, sobre garantías en las autorizaciones judiciales de internamiento de extranjeros sometidos a procedimientos de expulsión se promovía la necesidad de partir de que la medida del internamiento, por la naturaleza del bien jurídico implicado, ha de estar inspirada por un principio de excepcionalidad. La Circular 1/1994 de 15 de febrero, sobre intervención del Ministerio Fiscal en relación con determinadas situaciones de los extranjeros en España declaraba que la adopción de la medida de internamiento debe producirse únicamente y dada su excepcionalidad cuando sea imprescindible para asegurar el fin de la expulsión, y durante el menor tiempo posible y llevarse a cabo de forma que nunca represente una situación de mayor aflicción que la que en si misma conlleva toda detención y pérdida de libertad, y siempre bajo la supervisión del Juez y del Ministerio Fiscal.

Debe operarse, pues, con las mayores cautelas, y –dentro de los márgenes que *de lege data* confiere la legislación– promover una decidida fiscalización del cumplimiento de los requisitos legales por parte del Ministerio Fiscal.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2001 realizó un profundo análisis de los criterios a seguir por los Fiscales en relación con esta medida cautelar. En este punto debe recordarse la plena vigencia de tales criterios, haciendo una remisión global a los mismos y evitando así antieconómicas reiteraciones.

No obstante, la práctica y algunas específicas novedades normativas obligan a realizar algunos recordatorios e introducir algunos criterios adicionales de carácter puntual.

En todo caso la actuación de los Sres. Fiscales en el control de legalidad de los internamientos se extiende a todas las modalidades de internamiento de extranjeros regulados en la Ley. Por tanto, habrán de entenderse comprendidos: 1) los internamientos de extranjeros detenidos por causa de expulsión, en los supuestos

expresamente previstos, mientras se tramita el procedimiento (art. 61.1 e y 62 LE) 2) el internamiento de extranjeros ya expulsados, si hubieran incumplido la orden de salida (art. 64.1 LE) 3) los internamientos de extranjeros detenidos en territorio español contra los que exista una resolución de expulsión de otro Estado miembro de la Unión Europea (art. 64.3 LE); 4) los internamientos por causa de devolución por encontrarse en España vulnerando una prohibición de entrada vigente (art. 58.2 a y 58.5 LE) 5) los internamientos por causa de devolución respecto de extranjeros detenidos cuando pretendían entrar ilegalmente en España (art. 58.2 y 58.5 LE); y 6) los internamientos en los casos de denegación de entrada con acuerdo de retorno (art. 60.1 LE).

Debe tenerse presente que el requisito de la celebración de la audiencia es en principio aplicable a todos los supuestos de internamiento.

Siendo la finalidad del internamiento en todos los casos asegurar la ejecución de la expulsión, devolución o retorno, los Sres. Fiscales se pronunciarán en contra del internamiento o instarán el cese del mismo si su cumplimiento hubiera comenzado cuando se constate que dicha ejecución resulta de imposible materialización.

El internamiento solo tienen sentido para materializar la expulsión, devolución o retorno. Por ello el Juez de Instrucción no puede legalmente mantenerlo cuando la autoridad gubernativa interesa el cese por no ser posible ejecutar la salida del territorio nacional del internado. Incluso cuando habiéndose acordado el internamiento se hubiere interpuesto un recurso contra el mismo, si la autoridad gubernativa pide el cese del internamiento, habrá de procederse a acordar en tal sentido, sin esperar la resolución de la impugnación presentada contra el auto de internamiento.

Por ello, no procederá el internamiento cuando el extranjero esté incurso en una causa penal en la que la índole del delito impida autorizar la expulsión. En estos supuestos habrá en su caso de ponderarse la procedencia de la prisión provisional, no siendo el internamiento una alternativa a la medida cautelar penal.

Debe también recordarse que “el procedimiento de habeas corpus queda manifiestamente fuera de lugar cuando...la intervención judicial ya se ha producido con la aplicación de la Ley de Extranjería, sin que todavía hubiera transcurrido el plazo que para la duración del internamiento se había fijado por el Juez” (SSTC n.º 315/2005, 316/2005, 317/2005, 318/2005, 319/2005, 320/2005, 321/200, todas ellas de 12 de diciembre).

La anterior doctrina debe interpretarse en sus propios términos, de modo que no cabrá entender ajustada a Derecho la inadmisión de plano del procedimiento de habeas corpus cuando no habiéndose oído todavía al detenido, la autoridad judicial prevea que, en virtud de la legislación de extranjería, va a tener que intervenir en breve para la decisión de internamiento. El habeas corpus está configurado en nuestro ordenamiento jurídico de manera absolutamente independiente de cualquier otro mecanismo de garantía de la libertad personal (como es el previsto en el art. 61 LE) y, únicamente en los casos en los que por mera coincidencia temporal se ha llevado a cabo el control judicial de la situación del detenido con anterioridad a la decisión de admisión o no del procedimiento de habeas corpus podrá entenderse constitucionalmente legítima la decisión de inadmisión de plano de dicho procedimiento, puesto que en estos casos, dicha inadmisión se produce cuando la situación del solicitante ya ha sido controlada por la autoridad judicial (STC n.º 169/2006, de 5 de junio).

Por otro lado, un internamiento decidido judicialmente que se extienda más allá del plazo señalado en el auto dictado al efecto pasa a ser una situación de privación de libertad que, por carecer ya del fundamento judicial que lo hizo constitucionalmente legítimo, no tiene más apoyo que la voluntad gubernativa, lo que la hace objeto posible de una solicitud de habeas corpus (SSTC n.º 303/2005 y n.º 115/1987).

En relación con las privaciones de libertad en aplicación de la LE y el procedimiento de habeas corpus, conforme a la doctrina acuñada por el TC, habrán de observar los Sres. Fiscales los siguientes criterios:

Tienen el carácter de situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente, y por tanto susceptibles de control a través del procedimiento de habeas corpus, entre otras, las detenciones impuestas en materia de extranjería. (SSTC n.º 46/2006, de 13 de febrero y 93/2006, de 27 de marzo).

Aunque la LE sólo establece el control policial del cumplimiento de los requisitos legales para circular y residir en España con ocasión de entrar a través de los puestos fronterizos o, de manera más laxa, en el momento de abandonar el país, la Ley de protección de la Seguridad Ciudadana (LO 1/92 de 21 febrero) sí permite a los agentes de policía identificar a las personas en la vía pública, cuando resulta necesario para ejercer sus funciones de indagación o prevención dirigidas a proteger la seguridad ciudadana de acuerdo con las leyes (art. 21,1 LSC). Entre esas funciones se incluye la de comprobar que los extranjeros que se encuentran en territorio español disponen de la documentación obligatoria: la que acredita su identidad, y la que acredita el hecho de encontrarse legalmente en España (art. 11 LSC), por lo que la inicial parada y requerimiento de identificación cuenta con cobertura legal. (SSTC n.º 144/1990, n.º 12/1994 y n.º 86/1996).

El criterio de que la detención no puede durar más allá del plazo estrictamente necesario es aplicable a las detenciones realizadas en aplicación de la legislación de extranjería (SSTC n.º 86/1996, n.º 115/87 y n.º 331/93). El plazo de 72 horas que establece la Constitución es un límite máximo de carácter absoluto, sobre el que se superpone, sin reemplazarlo, el tiempo estrictamente indispensable para realizar el fin al que sirve la privación cautelar de libertad (SSTC n.º 341/93, y n.º 206/91). El límite máximo de privación provisional de libertad que permite el art. 17 CE puede ser sensiblemente inferior a las 72 horas, atendidas las circunstancias del caso, y en especial el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas, y el comportamiento del afectado por la medida (SSTC n.º 41/82, n.º 127/84, n.º 128/95, n.º 31/96). Desde el mismo momento en que las "averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos" finalizan la detención policial queda privada de fundamento constitucional. En ese instante, que nunca puede producirse después del transcurso de 72 horas, pero sí antes, la policía tiene que ponerlo en libertad, o bien haberse dirigido al Juez competente, para demandar o solicitar que autorizase el internamiento del extranjero pendiente del trámite de expulsión (SSTC n.º 86/1996, n.º 115/1987 y n.º 144/1990).

El procedimiento de habeas corpus aun siendo ágil y sencillo, de cognición limitada, no puede verse reducido en su calidad o intensidad, por lo que es necesario que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo sea plenamente efectivo. De lo contrario la actividad judicial no sería un verdadero control, sino un mero expediente ritual o de carácter simbólico, lo cual, a su vez, implicaría un menoscabo en la eficacia de los derechos fundamentales y, en concreto, de la libertad. (SSTC n.º 169/2006 y n.º 303/2005).

De acuerdo con la específica naturaleza y finalidad constitucional de este procedimiento, y teniendo en cuenta su configuración legal, adquiere especial relevancia la distinción, explícitamente prevista en los arts. 6 y 8 LOHC, entre el juicio de admisibilidad y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención objeto de denuncia. Aun cuando la Ley permita realizar un juicio de admisibilidad previo sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, posibilitando denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad constitucional de tal resolución liminar debe reducirse a los supuestos en los cuales se incumplan los requisitos formales (tanto los presupuestos procesales como los elementos formales de la solicitud) a los que se refiere el art. 4 LOHC. Por ello, si se da el presupuesto de la privación de libertad y se cumplen los requisitos formales para la admisión a trámite, no es lícito denegar la incoación del habeas corpus. Se admite el rechazo liminar en supuestos en los cuales no se daba el presupuesto de privación de libertad o de falta de competencia del órgano judicial. (SSTC n.º 169/2006 y n.º 303/2005, entre otras).

Ante una detención, aunque venga acordada por el funcionario administrativo que ostenta competencia, si existe alguna duda en cuanto a la legalidad de sus circunstancias, no procede acordar la inadmisión sino examinar dichas circunstancias, aunque no, por supuesto, las cuestiones relativas a la procedencia de la expulsión, objeto en su caso de impugnación ante los Tribunales contencioso administrativos, sino, precisamente, las de la detención preventiva previa a la expulsión, ya que el Juez del habeas corpus debe controlar la legalidad material de la detención administrativa (SSTC n.º 86/1996 y n.º 12/1994).

Las limitaciones a que se enfrentan los Juzgados de guardia, especialmente en una gran capital no pueden eximir al Juez, guardián de la libertad, de expresar -todo lo sucintamente que estime oportuno- la precisa razón legal por la que es inadmitida la petición presentada ante él en defensa del derecho fundamental (SSTC n.º 86/1996 y n.º 154/95).

La intervención de la autoridad judicial no se limita a controlar la pérdida de libertad, sino que permitirá al interesado presentar sus medios de defensa, evitando así que la detención presente el carácter de internamiento arbitrario, idea plenamente aplicable a las detenciones impuestas en materia de extranjería (SSTC n.º 86/1996, n.º 144/1990, n.º 115/1987). Por eso, si el Juzgado oye solo a los funcionarios bajo cuya custodia se encuentra el detenido, se vulnera el principio esencial de igualdad de armas procesales. (SSTC n.º 144/1990, n.º 115/1987).

Aunque esté acreditado que la detención tiene su origen en un expediente de expulsión del territorio nacional, ello no es bastante para justificar siempre y en todo caso la privación de libertad, que ha de ser controlada en el proceso de habeas corpus atendiendo a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión, dado que el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad y la libertad debe ser respetada, salvo que se estime indispensable la pérdida de su libertad por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial (SSTC n.º 66/1996, n.º 115/1987, n.º 144/1990 y n.º 12/1994).

En la resolución del habeas corpus no procede abordar cuestiones tales como dispensa del visado, su obtención

por silencio, o procedencia de la expulsión, objeto en su caso de impugnación ante los Tribunales contencioso-administrativos. El Juez del habeas corpus debe controlar la legalidad material de la detención administrativa (STC n.º 66/1996, de 16 de abril).

II.2. Juez competente para acordar el internamiento.

Ya la Circular 3/2001 estableció al respecto que el órgano judicial competente para decidir sobre el internamiento sería, a tenor de los artículos 60 y 62 LE y 127.1 RE, el Juez de Instrucción del lugar en el que hubiese sido detenido el extranjero, que actuará, en estos casos, como Juez de garantías.

Las últimas reformas no han afectado a este criterio competencial, que con más claridad si cabe se refleja en el nuevo art. 153 del Reglamento 2393/2004.

Este fuero territorial debe considerarse directamente inspirado en el art. 496 LECrim, que establece que los detenidos se pondrán a disposición del juez más próximo al lugar en el que se hubiera hecho la detención.

Por consiguiente deberán los Sres. Fiscales supervisar la competencia del Juzgado ante el que se presente la solicitud de internamiento.

Debe en este punto recordarse que el art. 275 LOPJ permite a los Jueces, cumpliendo los requisitos legales, realizar cualesquiera diligencias de instrucción penal o de otra índole en lugar no comprendido en el territorio de su jurisdicción. A través de esta vía puede darse solución a supuestos en los que los problemas de infraestructura derivados de entradas de grupos numerosos de inmigrantes irregulares exigen un inmediato traslado de los mismos a otros partidos judiciales antes de resolver sobre el internamiento. Los Sres. Fiscales, pues, promoverán la utilización de las posibilidades que el art. 275 LOPJ brinda cuando sea necesario para garantizar el respeto a las reglas de competencia.

II.3. Procedimiento para tramitar las solicitudes de internamiento. Intervención del Fiscal.

El silencio de la Ley en cuanto a las cuestiones de procedimiento debe llenarse con los principios procesales generales, en la búsqueda de opciones que favorezcan una tramitación garantista y simultáneamente respetuosa con la necesaria celeridad que debe inspirar un trámite que persigue la adopción de una medida cautelar que por su propia naturaleza se justifica por razones de urgencia.

En la práctica se han detectado disfunciones. En principio puede resultar indiferente tramitar el expediente bajo la denominación de Diligencias Previas o bajo otras denominaciones, siempre que se respeten los principios de audiencia, contradicción y tutela judicial efectiva.

Pero será necesario incoar unas diligencias autónomas, tanto cuando la solicitud de internamiento se realice independientemente como cuando se efectúe en el seno de un atestado presentado por la Policía por haber sido detenido el extranjero por la comisión de un hecho delictivo.

En efecto, debe desterrarse la práctica de que en este segundo caso se acuerde el internamiento en los propios autos penales, pues tal proceder puede generar importantes perturbaciones.

Si en el seno de un proceso penal se acuerda el internamiento y con posterioridad el Juez que lo ha acordado se inhibe en favor de otro Juzgado de Instrucción puede quedar el internado en un peligroso limbo jurídico, pues la competencia para controlar el internamiento y para resolver cualquier incidencia en relación con el mismo va a mantenerse en un Juzgado que ya ha remitido la causa in toto a otro Juzgado distinto. Este problema, si puede dar lugar a disfunciones cuando la inhibición afecta a Juzgados del mismo partido, resulta especialmente peligroso cuando la misma tiene lugar entre Juzgados de diferentes poblaciones.

Por lo expuesto, los Sres. Fiscales velarán porque las solicitudes de internamiento, sea cual sea su origen, sean tramitadas en procedimientos autónomos. En todo caso, de tramitarse conjuntamente con unas diligencias penales, los Sres. Fiscales promoverán, si se autoriza el internamiento, la deducción del oportuno testimonio para continuar la supervisión de esta medida en un procedimiento autónomo.

No obstante, esta regla de tramitación autónoma tiene su excepción en los casos en los que el internamiento solicitado y tramitado en el seno de una causa penal sea denegado y el Fiscal no considere procedente recurrir la resolución judicial, pues aquí ya no concurre la ratio justificadora de la necesidad de tramitar procedimientos independientes, siendo aconsejable por razones de economía procesal evitar promover actuaciones inútiles.

Por otro lado, en principio, la intervención y control del Fiscal en las Diligencias que se incoen ante la solicitud de un internamiento es a posteriori, una vez se le notifica la resolución.

Sin embargo, a la vista de la naturaleza de los intereses en juego, resultando afectado un derecho fundamental de la persona como es la libertad, interpretando sistemáticamente el art. 62 LE en relación con el art. 505 LECrim y teniendo en cuenta las funciones asignadas al Fiscal por la Constitución y su Estatuto Orgánico es conveniente –pese a la inexistencia de una disposición específica en tal sentido- la presencia del Fiscal en el acto de la audiencia y la emisión de informe previo a la decisión judicial.

La presencia del Fiscal en la audiencia y la emisión de informe previo a la decisión judicial también es aconsejable desde la lógica procesal, para poder realizar el control de legalidad del internamiento para el que indubitadamente está legitimado con plenitud de conocimiento y para favorecer una decisión conforme a la valoración imparcial del Fiscal.

Por ello, aunque ha de partirse de que el Juez de Instrucción conforme a la legislación vigente es el competente para adoptar la decisión sobre el internamiento solicitado, sin necesidad de informe o audiencia previa del Ministerio Público, los Sres. Fiscales interesarán que se les cite para la audiencia. Igualmente los Sres. Fiscales interesarán de los Juzgados de Instrucción que se les dé traslado para emitir informe sobre el internamiento solicitado con carácter previo a la decisión judicial.

II.4. Contenido de la audiencia previa a la resolución de la solicitud de internamiento para la expulsión

La LE no regula con la necesaria precisión el contenido de la audiencia al extranjero para el que se solicita una medida de internamiento, que debe realizar el juez de instrucción competente. No obstante, la previsión expresa de tal audiencia, que en sí ya puede considerarse un avance, debe articularse de modo que se respeten los

principios de contradicción y defensa, y de forma que se de cauce al extranjero para poder aportar elementos de prueba que permitan fundamentar sus alegaciones a fin de que la autoridad judicial pueda valorar todas las circunstancias concurrentes antes de decidir sobre la procedencia de la medida cautelar interesada.

Ya la STC n.º 115/1987, de 7 de julio consideró que la decisión judicial, en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, había de ser "adoptada mediante resolución judicial motivada", que debía respetar los derechos fundamentales de defensa y cumplir la exigencia de que "toda persona privada de su libertad, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por un Tribunal, y por ello con unas garantías comparables a las que existen en las detenciones en materia penal", añadiendo el TC que "la intervención judicial no sólo controlará el carácter imprescindible de la pérdida de libertad, sino que permitirá al interesado presentar sus medios de defensa, evitando así que la detención presente el carácter de un internamiento arbitrario".

Deberán por consiguiente rechazarse interpretaciones formalistas, que ajustándose a la letra de la Ley incumplan su espíritu. La audiencia debe permitir al extranjero, con asistencia letrada, alegar y practicar prueba pertinente, siendo ésta la interpretación correcta conforme a la Constitución y a la doctrina sentada por su intérprete máximo.

La Recomendación del Defensor del Pueblo a la Fiscalía General del Estado contenida en el n.º 5.2 de su Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España interesa que el Ministerio Fiscal favorezca las posibilidades de participación de los letrados en la audiencia, así como la posibilidad de que éstos propongan la práctica de alguna prueba o anuncien su presentación.

En realidad ya la Circular 3/2001 propició una exégesis garantista al mantener que "la previa audiencia del interesado... permitirá a éste efectuar sus alegaciones y presentar sus medios de defensa... se pretende evitar todo atisbo de indefensión que pudiera sufrir el extranjero abocado a una eventual restricción de su libertad, debiendo arbitrarse los medios necesarios para que dicha audiencia se efectúe en las condiciones más favorables para el extranjero, lo que exigirá, siempre que resulte necesario, la presencia de un intérprete".

Por tanto, no cabe en este punto sino recordar la consolidada doctrina de la Fiscalía General del Estado al respecto exhortando a los Sres. Fiscales a favorecer estas vías hermenéuticas en pro de la efectividad del derecho a la tutela judicial de las personas respecto de las que se solicita internamiento.

La posible concurrencia de las circunstancias previstas en los apartados 5.º y 6.º del art. 57, en tanto restringen las posibilidades de expulsión, también limitan la procedencia del internamiento, por lo que pueden ser objeto de alegación y prueba en el curso de la audiencia previa. Recordemos que tales circunstancias son: 1) haber nacido en España y haber residido legalmente en los últimos cinco años 2) tener reconocida la residencia permanente. 3) ser español de origen que hubiera perdido la nacionalidad española 4) ser beneficiario de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, y ser beneficiario de una prestación contributiva por desempleo o de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral. 5) ser cónyuges de los extranjeros, ascendientes e hijos menores o incapacitados a cargo del extranjero que se

encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y hayan residido legalmente en España durante más de dos años, 6) ser mujer embarazada cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.

II.5. Criterios para decidir el internamiento a efectos de expulsión

Como *prius* lógico habrá de exigirse que la documentación remitida por la Policía incorpore datos sobre las verificaciones efectuadas sobre la identidad del extranjero presentado como detenido, así como todas las anotaciones que obren en los ficheros policiales sobre el mismo.

Deberán los Sres. Fiscales tener en cuenta que no cabe entrar en el fondo de la resolución administrativa, intentando desentrañar si concurre o no la concreta causa de expulsión aducida por la Administración, pues ello no es competencia del Fiscal de guardia. Será en vía administrativa y, en su caso, en vía contencioso administrativa, a través de los recursos legalmente previstos, donde habrá de dilucidarse la conformidad o no a Derecho del acto administrativo.

Deberá también comprobarse, en su caso, que el expediente no esté afectado por la caducidad o por la prescripción. La caducidad se produce por el transcurso de 6 meses desde la incoación del expediente administrativo de expulsión hasta la notificación al interesado del Decreto de expulsión, salvo causa imputable a éste último (art. 121.1 RE). La acción para sancionar las infracciones a la LE prescribe a los tres años si la infracción fuera muy grave y a los dos años si fuera grave, contados a partir del día en que los hechos se hubiesen cometido, interrumpiéndose por cualquier actuación de la Administración de la que tenga conocimiento el denunciado (art. 121.2 RE). La prescripción de la sanción se produce por el transcurso del plazo de 2 ó 5 años desde la firmeza del Decreto, plazo que no empezará a contar hasta que haya transcurrido el periodo de prohibición de entrada en territorio nacional fijado en la resolución de expulsión (art. 56 LE y 121.3 RE).

El art. 62.1 párrafo 2.º LE introduce con carácter novedoso unos criterios que han de servir de pauta: el juez debe resolver atendidas las circunstancias concurrentes y, en especial, el hecho de que el extranjero carezca de domicilio o de documentación, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes.

Debe la decisión estar presidida por la concurrencia del denominado genéricamente en la teoría general de las medidas cautelares *fumus boni iuris*, que se concretará en este ámbito en el temor fundado de que el extranjero pueda tratar de sustraerse a la decisión sobre la expulsión.

En relación con ello ha de recordarse que, aunque no exclusiva, la prueba habitual de la residencia es el correspondiente certificado de empadronamiento, y que para obtener el mismo no se necesita acreditar la residencia legal en España. Por otro lado también debe tenerse presente que el certificado de empadronamiento no es prueba plena de la realidad del domicilio reflejado en el mismo, por lo que en su caso, será conveniente contrastarlo a través de un informe policial o mediante la aportación de documentos complementarios (contrato de arrendamiento, recibo de pagos de suministros etc.).

Para valorar la existencia del peligro de fuga podrán tenerse especialmente en cuenta la preexistencia de requisitorias para el llamamiento y busca del extranjero.

También ha de quedar claro que el internamiento no se justifica por la comisión de un delito, sino en base a una infracción administrativa, por lo que cuando la detención se practica simultáneamente por la comisión de un delito y por la infracción de la LE, el eventual informe negativo a la solicitud de internamiento no puede fundarse en que no esté suficientemente acreditada la comisión del delito. El sólo hecho de que el extranjero no haya cometido una infracción penal no puede servir de argumento único para denegar el internamiento, pues lo que se está valorando en esencia es la necesidad de la medida de internamiento para garantizar la materialización de la expulsión.

El que esté acreditado que el extranjero tenga domicilio conocido, trabajo y convivencia familiar supone una mitigación en cuanto al riesgo de fuga. El criterio ha de ser el de que a mayor socialización e integración del expedientado, menor riesgo de fuga. La carencia de documentación, en tanto reduce la segura identificación de la persona expedientada, también es un poderoso elemento a valorar en cuanto a la ponderación del *periculum in mora*. La utilización de nombres diversos, en tanto actividad desplegada para dificultar la localización, debe ser especialmente valorada para calibrar la concurrencia del peligro de fuga.

Debe recordarse la vigencia de los criterios apuntados en la Instrucción 6/1991 y ratificados y aclarados por la Circular 3/2001 para evitar internamientos sucesivos: transcurrido el plazo de internamiento fijado en la resolución judicial o el de los cuarenta días, si el plazo inicialmente acordado era menor y fue judicialmente ampliado, sin que se haya podido ejecutar la correspondiente orden de expulsión, el extranjero deberá ser puesto en libertad, sin que quepa solicitar, ni acordar un nuevo internamiento por una causa ya prevista en el expediente inicial. Sin embargo, si al extranjero así puesto en libertad se le incoa un nuevo expediente de expulsión por una causa no contemplada en el primer expediente, sí resultará posible la solicitud y, en su caso, la autorización de un nuevo internamiento.

Excepcionalmente, y para cualquier supuesto, de no haberse agotado el plazo legal de los cuarenta días durante un primer internamiento, sí resultará posible acordar un nuevo internamiento por la misma causa u otra del mismo expediente, cuya duración máxima no podrá exceder del tiempo que reste hasta completar los cuarenta días.

II.6. Recursos contra el auto de internamiento.

El Fiscal está legitimado para interponer recursos contra la resolución por la que se acuerde o no el internamiento. Ya la Circular 3/2001 declaraba que compete a los Sres. Fiscales el velar por el respeto de los requisitos, en los términos expresados en la Instrucción 6/1991, debiendo notificárseles los autos de internamiento para la supervisión del cumplimiento de las garantías señaladas, y, para, en caso de inobservancia, ejercitar los recursos oportunos.

La Circular 3/2001 entendía que, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 217 y 218 de la LECrim los recursos procedentes contra el auto del Juez de Instrucción eran los de reforma y queja. Tras la reforma operada

en la LECrim por Ley 38/2002, de 24 de octubre habrá ahora de entenderse como recursos procedentes los de reforma y apelación. Estos recursos de reforma y apelación no suspenderán el curso de las actuaciones (vid art. 766, apartado 1 LECrim).

II.7. Inspecciones sobre los centros de internamiento.

La regulación del régimen de los centros de internamiento ha sido tradicionalmente bien olvidada, bien abordada por instrumentos de muy bajo rango jerárquico.

Así, la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999 sobre "normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros", puso fin a catorce años de laguna legal, puesto que la materia carecía desde 1985 de marco normativo, a salvo las escasas y asistemáticas disposiciones que el Reglamento de 1996 dedicó a la misma.

Ante este páramo normativo, la Fiscalía General del Estado asumió decididamente un rol activo en la inspección y así la Instrucción 6/1991 exhortaba a los Fiscales a visitar periódicamente esos centros de internamiento de extranjeros, conforme al art. 4.2 EOMF. La Circular 1/1994 concretaba esta obligación estableciéndola con periodicidad trimestral, e imponiendo la obligación de dar cuenta a la Fiscalía General y finalmente la Circular 3/2001 recuerda de nuevo el deber de los Fiscales de visitar periódicamente los centros de internamiento de extranjeros, levantando la correspondiente acta y dando cuenta a la Fiscalía General.

La novedad en esta materia se concreta en que tras la reforma operada por LO 14/2003 los Centros de Internamiento cuentan ya con una regulación sistemática en los arts. 62 a 62 sexies de la LE, con el rango jerárquico que la materia merece, y en los arts. 153 a 155 del Real Decreto 2393/2004.

Los Sres. Fiscales habrán de continuar velando porque en estos centros se cumpla con los límites fijados en la propia resolución judicial autorizante y se respeten los derechos de los internos, concretados ahora en las disposiciones reseñadas.

Los Sres. Fiscales deberán, mediante oficio, a través del Fiscal Jefe, poner en conocimiento del Delegado o Subdelegado del Gobierno las eventuales disfunciones que puedan detectarse.

En caso de que tales disfunciones comunicadas al Delegado o Subdelegado del Gobierno no sean corregidas en plazo razonable, atendidas las circunstancias en cada caso concurrentes, los Sres. Fiscales, a través del Fiscal Jefe, lo pondrán en conocimiento de la Fiscalía General del Estado.

II.8. Especialidades del internamiento a efectos de devolución.

La devolución no se configura como sanción, sino como medida administrativa de policía tendente al restablecimiento o mantenimiento del orden jurídico.

En estos casos el internamiento más que medida cautelar, es un supuesto de ejecución forzosa de una resolución administrativa.

Los Sres. Fiscales habrán de comprobar en el control de legalidad de los internamientos solicitados para devolución que el decreto se ha dictado por autoridad competente, por alguna de las causas legalmente previstas conforme al art. 58.2 LE (contravención de prohibición de entrada en España o propósito de entrada ilegal en España) y que se ha notificado al interesado.

Acreditados los anteriores requisitos, los Sres. Fiscales informarán favorablemente el internamiento, salvo que se trate de una mujer embarazada y la devolución pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre (art. 58.3 LE).

Tras la reforma operada por LO 14/2003 de 20 noviembre se unifica en el apartado 5.º del art. 58 LE el régimen de internamiento para los dos supuestos de devolución, debiendo estimarse derogada la previsión que al respecto contenía la Circular 3/2001, que remitía las devoluciones por entrada ilegal al régimen de internamiento previsto para el retorno.

II.9. Especialidades del internamiento a efectos de retorno.

El internamiento para materializar el retorno también se separa de la naturaleza propia de las medidas cautelares para participar de la naturaleza de medida de ejecución forzosa de un acto administrativo.

Ello se refleja en que el inciso segundo del apartado primero del art. 60 LE dispone que la autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno.

Los Sres. Fiscales deberán comprobar que el Decreto de retorno está unido a las actuaciones, que prima facie se basa en causa legal, que el mismo ha sido notificado al extranjero y que ha sido dictado por autoridad competente, teniendo en cuenta que el internamiento puede proponerse por el responsable del puesto fronterizo, por delegación de la autoridad gubernativa.

Acreditados los anteriores extremos, la regla general habrá de ser el informe favorable al internamiento.

Debe tenerse presente que el art. 60.1 LE dispone que será la autoridad judicial la que determine el lugar donde hayan de ser internados y que conforme al art. 60.2 LE los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio. Cabe por tanto entender que esos lugares de internamiento no necesariamente habrán de ser los centros de internamiento para extranjeros previstos en el art. 62 LE.

II.10. Solicitudes de asilo.

La presentación de una solicitud de asilo suspende la ejecución de las resoluciones de expulsión, devolución o retorno (art. 64.4 y 58.3 LE y art. 5.1 Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado), en tanto no se haya inadmitido a trámite la petición o se haya resuelto sobre la misma, existiendo un plazo de 4 días para resolver acerca de la admisión o no de la solicitud y un plazo de 2 días para

su reexamen.

No obstante, el mero hecho de la presentación de la solicitud de asilo no es por sí sólo motivo suficiente para denegar el internamiento, pues lo que se suspende provisionalmente, y durante un plazo máximo de 6 días, es la ejecución o materialización de la expulsión, de la devolución o del retorno. Por ello, nada impide que si se dan todos requisitos se acuerde el internamiento, sin perjuicio que, de producirse la admisión a trámite de la solicitud de asilo, deban los Sres. Fiscales instar el cese del internamiento decretado.

En estos supuestos, como cautela, en el caso de que los Sres. Fiscales informen a favor del internamiento, interesarán que el auto que lo autorice precise que no se podrá acordar el cese del internamiento para la expulsión hasta que no se inadmita a trámite la solicitud de asilo y que si transcurre el plazo de 6 días desde la solicitud de asilo sin que haya recaído resolución sobre la admisión procederá el cese del internamiento. Debe tenerse presente que el Juez que autoriza el internamiento puede introducir instrucciones tendentes a controlar el cese del internamiento.

Debe también recordarse aquí -como restricción de libertad distinta al internamiento para expulsión, devolución o retorno- que el párrafo tercero del apartado 7 del art. 5 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de Refugiado, añadido por el apartado 8 de la Ley 9/1994, de 19 de mayo dispone que "durante la tramitación de la admisión a trámite de la solicitud y, en su caso, de la petición de reexamen, el solicitante permanecerá en el puesto fronterizo, habilitándose al efecto unas dependencias adecuadas para ello". La STC n.º 53/2002, de 27 de febrero declaró la constitucionalidad de esta disposición, entendiendo que la limitación a la libertad contemplada en este precepto es cierta, y claramente limitada tanto en relación con los sujetos afectados (únicamente los extranjeros peticionarios de asilo cuya solicitud aún no ha sido admitida a trámite) como en el tiempo (un máximo de cuatro días, y dos días más si, inadmitida la solicitud, se paraliza la expulsión del extranjero por medio de una petición de reexamen) en el espacio (no impide el retorno del extranjero a su lugar de procedencia o su entrada en otro Estado) y en el modo de la restricción (ausencia de régimen penitenciario o disciplinario). El TC la considera también una limitación a la libertad plenamente controlada tanto en forma administrativa (el art. 5.7.1 LRDA prevé -incluso- una posible visita de un representante del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados) como judicial.

Para el TC "el hecho de que el solicitante de asilo no sea un "detenido" en forma alguna le priva de la tutela judicial, declarando que "el derecho al procedimiento de habeas corpus (art. 17.4 CE) rige en todos los supuestos de privación de libertad no acordada por el Juez...Esta garantía tiene especial sentido ante situaciones en las que, bajo la apariencia de protección del extranjero al amparo del art. 5.7.3 LRDA, se pudieran producir verdaderas detenciones o privaciones de libertad contrarias al art. 17 CE; aquí habría que incluir... supuestos de permanencia del extranjero en el puesto fronterizo después de la inadmisión a trámite de la petición de asilo; o, también en hipótesis, la retención en el puesto fronterizo del extranjero cuya petición de asilo ya hubiera sido admitida a trámite por silencio administrativo positivo".

En definitiva, podemos decir que el párrafo tercero del apartado 7 del art. 5 de la Ley 5/1984, contiene una previsión en protección del propio solicitante de asilo.

III. Autorizaciones para expulsar a extranjeros imputados en procesos penales.

III.1. Introducción.

La Circular 3/2001 abordaba los aspectos más relevantes de la posición del Fiscal en la materia, introduciendo criterios a los que de nuevo hemos de remitirnos, confirmando su vigencia en todo lo que no resulte en contradicción con las nuevas pautas que a continuación se exponen, derivadas de las modificaciones legislativas operadas en la materia.

El art. 57.7 en su versión anterior disponía que cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida del territorio español, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si ésta resultara procedente de conformidad con lo previsto en los párrafos anteriores del presente artículo, previa sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador.

El art. 57.7 LE en su actual redacción dada por LO 11/2003 de 29 septiembre introduce también significativas novedades, al establecer que cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación.

En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior.

El párrafo último del art. 57.7 LE dispone que no serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los arts. 312, 318 bis, 515.6.ª, 517 y 518 del Código Penal. Se trata de una previsión en armonía con la contenida en el apartado 4.º del art. 89 CP, por lo que pueden darse por reproducido lo expuesto en el epígrafe I.-3.1 de la presente Circular.

III.2. Aspectos procedimentales.

III.2.1. Fases procesales durante las que se puede autorizar la expulsión.

La Consulta de la Fiscalía General del Estado n.º 2/1990, de 10 de octubre, sobre expulsión de extranjeros: Juez competente para decidirla y fase procesal en que debe acordarse declaraba que "sin escrito de acusación, previo o coetáneo, es inimaginable un dictamen del Ministerio Fiscal sobre la procedencia o no de la expulsión".

Con posterioridad la Circular n.º 1/1994 modifica, ampliándolo, el criterio anterior, entendiendo como "encartado" al formalmente imputado

La Circular nº 3/2001 considera que el término inculpado ha de ser entendido con toda la flexibilidad que le es propia de modo que tan pronto se concrete la inculpación en fase de diligencias previas, mediante la citación del extranjero ante el juez de instrucción en calidad de imputado quedará expedita la vía para autorizar judicialmente la expulsión gubernativa.

Este criterio debe ser mantenido, pues precisados prima facie los hechos, y resultando factible calificar indiciariamente los delitos, puede determinarse si concurren o no los límites que operan como presupuesto de la autorización.

En cuanto al momento preclusivo para solicitar la autorización de la expulsión, debe entenderse que puede instarse la misma hasta el inicio de la celebración de las sesiones de juicio oral. A partir de ese momento, el juicio oral debe continuar y culminar en sentencia, no siendo procedente conceder la autorización. Esto no obstante, si por cualquier motivo legal se acuerda la suspensión de las sesiones del juicio oral, con pérdida de validez de lo actuado, habrá de entenderse admisible autorizar la expulsión interesada vía gubernativa.

Si el extranjero es condenado, pasa a ser penado, no cabiendo autorización por vía del art. 57.7 LE, sino que habrá de operarse, en su caso, vía expulsión sustitutiva. Si por el contrario resulta absuelto, no cabrá lógicamente expulsión sustitutiva ni tampoco procederá autorizar la expulsión acordada en vía administrativa, que podrá ejecutarse sin intervención de la jurisdicción penal.

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

Si el procedimiento penal hubiera concluido por sobreseimiento libre, no es necesaria la autorización de expulsión por parte del órgano de la jurisdicción penal. En estos casos, si se solicita por la autoridad gubernativa la autorización y la causa es trasladada al Fiscal para dictamen, para evitar confusiones, los Sres. Fiscales habrán de indicar que no procede otorgar autorización alguna por no ser necesaria la misma al no existir proceso penal pendiente.

Esta interpretación no es aplicable a los supuestos de causas sobreseídas provisionalmente por estar el imputado en paradero desconocido, pues la solicitud de autorización por parte de la autoridad administrativa supone sin duda que tal óbice procesal a la continuación de la tramitación de la causa penal ha quedado superado por la localización del imputado, siendo por tanto necesaria la autorización si se quiere expulsar administrativamente al prófugo.

Si el procedimiento penal hubiera concluido por sobreseimiento provisional por no estar acreditados los hechos, habrán de distinguirse dos supuestos. Si la causa se sigue por hechos que tienen asignada pena inferior a seis

años, habrá de informarse conforme a la regla general en el sentido de ser procedente la autorización para la expulsión.

Si por contra la causa se sigue por hechos que tienen asignada pena privativa de libertad igual o superior a seis años la solución se presenta esencialmente casuística. En efecto, habrán de analizarse los óbices procesales que fundamentan el sobreseimiento, de modo que si es improbable que tales óbices puedan superarse y que por tanto puedan llegar a enjuiciarse los hechos, la regla general será informar en el sentido de ser procedente la autorización para la expulsión. En otro caso deberá emitirse informe negativo por ser la pena señalada superior al tope legal.

III.2.2. Audiencia del Fiscal y demás partes.

El art. 142 RE dispone que "...la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, oído el interesado y las partes personadas, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación".

Con anterioridad a la promulgación del Reglamento se consolidó la interpretación de que no era necesaria la audiencia del extranjero, partiendo de que no es el Juez de Instrucción el que expulsa, sino la autoridad administrativa por lo que es a través del cauce del procedimiento administrativo de expulsión y posteriormente, en su caso, del contencioso-administrativa donde puede el extranjero alegar cuanto estime conveniente para evitar la expulsión. Tras el nuevo Reglamento de Extranjería se añade a la audiencia del Fiscal la del interesado.

Habrà de procederse a oír por tanto, no sólo al Fiscal sino también al interesado, es decir, al extranjero procesado o inculcado, así como a las partes personadas. Esta ampliación no prevista en la Ley, e inserta en las corrientes victimológicas que amplían las posibilidades de intervención de perjudicados y víctimas del delito, deberá coonestarse con la necesaria celeridad que ha de respetarse en la resolución de estos incidentes. Por ello habrá de entenderse cumplimentado el requisito reglamentario dando la oportunidad de que interesado y demás partes puedan formular alegaciones, de manera que si no lo hacen dentro del plazo legal (que debe entenderse común al del Fiscal), podrá continuarse la tramitación del incidente de autorización de la expulsión.

En todo caso, los Sres. Fiscales, como cautela, ante la eventualidad de que pueda ser solicitada la expulsión administrativa del extranjero sometido a proceso penal, en la primera declaración que el mismo preste en calidad de imputado, promoverán que se le dé la oportunidad para que pueda manifieste lo que a su derecho convenga sobre tal posibilidad. Anticipando este nuevo trámite de audiencia, pueden allanarse eventuales problemas de citaciones y traslados, al tiempo que se da debido cumplimiento al precepto reglamentario.

La LO 11/2003 introduce también con carácter novedoso un plazo máximo de tres días para que el órgano judicial conceda la autorización. No pueden, desde luego, los Sres. Fiscales admitir la aceptación resignada de la inexigibilidad de los plazos legales, por lo que dentro de su función dinamizadora del procedimiento habrán de promover su cumplimiento estricto, coadyuvando a tales efectos mediante un preferente y ágil despacho de estas causas. Ello no obstante, ante la falta de previsión legal sobre las consecuencias del incumplimiento del

plazo debe entenderse por un lado que el agotamiento del mismo no impide otorgar la autorización solicitada; y por otro lado, que el transcurso del plazo sin resolución no significa autorización tácita.

III.3 Criterios que deben inspirar el dictamen del Fiscal.

III.3.1 Delitos respecto de los que procede la autorización.

La Fiscalía General del Estado se pronunció sobre esta materia por primera vez en su Consulta 5/1987, de 18 de noviembre, sobre cuestiones que plantea la expulsión de extranjeros sujetos a determinados procesos penales que ante la pregunta de si es o no conveniente que el Ministerio Fiscal adopte una posición favorable a la expulsión cuando se está tramitando el proceso penal, se contestaba con que “la actividad valorativa del Ministerio Fiscal no tiene por qué ser siempre la misma, porque los datos a ponderar serán distintos según cuál haya sido la causa tenida en cuenta por la autoridad gubernativa para proponer la expulsión”.

Sin embargo, con posterioridad, la Circular n.º 1/1994, dando un giro de 180 grados, alertaba de la paradoja que supone el hecho de que en ocasiones resulte más fácil expulsar al extranjero que simplemente se encuentra en situación ilegal en nuestro país que a aquél otro que, además de estar en situación ilegal, aparece como presunto responsable de un delito. Este razonamiento desembocó en el pronunciamiento contenido en la referida Circular, que declaró conveniente y acorde con los intereses que el Ministerio Fiscal ha de tutelar, que promueva activamente la autorización por los Jueces de la expulsión de aquellos extranjeros que se encuentren incurso en causa legal para proceder a la misma.

Siguiendo este hilo argumental la Instrucción n.º 4/2001, de 25 de julio, sobre la autorización judicial de la expulsión de los extranjeros imputados en procedimientos penales, se hace eco de la sorpresa y desasosiego que a menudo genera en los ciudadanos la inseguridad jurídica provocada por las dificultades que, en ocasiones, se presentan para poder ejecutar la expulsión de los extranjeros que se hallan imputados por la comisión de delitos comprendidos dentro de lo que se puede denominar delincuencia menor. Esta Instrucción reitera la necesidad de que los Sres. Fiscales promuevan en estos casos activamente la autorización de su expulsión por los Jueces de Instrucción competentes. En esta misma línea declaraba que una vez que el extranjero en cuestión haya sido oído en declaración como imputado, el Fiscal interesará con carácter general, ponderando todas las circunstancias concurrentes y salvo que concurran circunstancias particulares y excepcionales que lo desaconsejen, la autorización de su expulsión.

La Circular 3/2001, ante el incremento del radio de acción de los delitos susceptibles de autorización distinguió entre delitos menos graves, respecto de los que se inclinaba por la opción de la sustitución del proceso por la expulsión y delitos graves en los que entendía que la respuesta no era tan clara y demanda un esfuerzo complementario de ponderación. Esta Circular consideraba que en relación con delitos de naturaleza grave los fiscales deben valorar el conjunto de las circunstancias del caso -especial trascendencia del delito cometido, pertenencia a grupos organizados, alarma social, necesidad reforzada de respuesta penal- para instar la decisión que mejor acomode las exigencias de la justicia, como valor superior del ordenamiento jurídico, con las necesidades de una racional y prudente política de extranjería.

Debe en este punto llamarse la atención en relación con la modificación operada por LO 11/2003: el art. 57.7 en su versión anterior disponía que cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado...el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida del territorio español, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión...El mismo precepto, en su actual redacción dispone que cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado.....la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación.

La autorización por tanto, se torna conforme a la *voluntas legis*, como de concesión obligada, salvo concurrencia de circunstancias excepcionales. La opción por la denegación de autorización y la consiguiente continuación en la tramitación de la causa penal se configura como excepción, al primarse expresamente la expulsión.

No obstante cabe entender que para calibrar las circunstancias que excepcionalmente deben llevar al Fiscal a emitir un dictamen contrario a la autorización, pese a la reforma legislativa, pueden seguir operándose con los criterios sentados por la Circular 3/2001, teniendo en cuenta que aunque por un lado la reforma operada por LO 11/2003 de 29 septiembre refuerza la regla general de la autorización haciendo que la denegación sea excepcional, la reforma operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, modifica la línea fronteriza entre delitos graves y menos graves, de modo que los primeros ahora son los que llevan aparejadas penas de prisión superior a cinco años, frente a la anterior regulación que fijaba la línea separadora en la prisión superior a tres años.

Esta doble reforma hace por tanto que las pautas que la Circular 3/2001 aplicaba a los delitos menos graves y graves puedan seguir inspirando la actuación de los Fiscales tras la nueva situación legal en la que a la vez que se robustece la regla general de la autorización, se amplía el radio de los delitos menos graves, en detrimento de los graves.

Otras pautas con las que habrán de operar los Sres. Fiscales son las siguientes: debe sopesarse los intereses de los perjudicados, en los supuestos en los que siendo el extranjero solvente y concurriendo perjuicios materiales relevantes la expulsión pueda frustrar las legítimas expectativas de los perjudicados para obtener la reparación. Debe también ponderarse la posible relevancia de la declaración del extranjero para lograr el esclarecimiento de las responsabilidades de otras personas imputadas que deban ser objeto de enjuiciamiento en la causa penal. Si la declaración del extranjero constituye una prueba de descargo, el derecho a utilizar todos los medios pertinentes de prueba debe prevalecer, de modo que la autorización debiera en todo caso subordinarse a la preconstitución probatoria.

Por otra parte, la nueva redacción del art. 57.7 en tanto expresamente incluye dentro del ámbito de la autorización a los delitos o faltas para los que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, zanja definitivamente las dudas y vacilaciones -quizás originadas por una defectuosa comprensión de la naturaleza de la autorización- sobre si cabía la autorización en juicios de faltas o si cabía la autorización en causas por delitos que llevaban aparejada pena no privativa de libertad.

Finalmente, al igual que cabe autorizar la expulsión cuando se sigan varias causas contra el mismo extranjero si

cada una respeta el límite penológico establecido en el art. 57.7 LE, cabrá autorizar la expulsión si la misma causa se sigue por varios delitos contra el mismo extranjero siempre que cada uno de ellos no supere la pena de seis años de privación de libertad.

III.3.2 Aspectos que deben analizarse para resolver sobre la autorización.

La Fiscalía General del Estado adoptó inicialmente una posición expansiva en cuanto a las cuestiones a controlar. La Consulta 5/87 abogaba por un control de legalidad de la medida de expulsión.

Este criterio se superó con la Circular 3/2001, de 21 de diciembre que parte de que quien acuerda la expulsión no es el Juez o Tribunal, sino la Administración que previamente ha dictado el correspondiente acto administrativo sancionador en los supuestos previstos en el art. 57.1 y 2 LE. Este control no se identifica con el que corresponde efectuar a la jurisdicción contencioso-administrativa, es más somero y busca principalmente comprobar si el acuerdo gubernativo cumple las exigencias esenciales de la Ley en cuanto a la competencia del órgano autor del mismo, formalidades externas y concurrencia de alguno de los supuestos materiales que lo justifican en Derecho.

La nueva redacción dada por LO 11/2003 de 29 septiembre al art. 57.7 también suprime la referencia anterior que subordinaba la autorización a que la misma resulte procedente de conformidad con lo previsto en los párrafos anteriores. Pese a la supresión de esta remisión expresa, debe no obstante conforme a una interpretación sistemática, mantenerse la necesidad de tenerlos en cuenta a la hora de valorar la procedencia de la autorización.

Debe tenerse también presente que no cabe autorizar la expulsión cuando su fundamento son los mismos hechos que han dado lugar al procedimiento penal y que por tanto se encuentran *sub iudice*, pues de otra manera se vulneraría el principio de presunción de inocencia y el non bis in idem en su dimensión formal (vid. SSTSJ Madrid, Sala de lo Contencioso, sec. 1.ª, de 24 de septiembre de 1999 y de 26 de mayo de 2000). Esta conclusión se apuntaba ya en la Circular 1/2002, de 24 de octubre relativa a los aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia contencioso administrativa. En este sentido, el TS ha afirmado reciente y reiteradamente que “la Administración puede solicitar del Juez...la autorización de expulsión de un extranjero encartado en un procedimiento...siempre que se aplique una causa de expulsión distinta de la realización de esos hechos por los que se sigue causa penal, puesto que en caso contrario...la Administración no puede pronunciarse sobre ellos sin que antes lo haya hecho la Jurisdicción penal (SSTS Sala 3.ª 29 de noviembre y 21 de diciembre de 2004 y 2 de marzo y 29 de abril de 2005).

En todo caso los Sres. Fiscales no deberán olvidar al informar las solicitudes planteadas conforme al art. 57.7 LE que el control pleno de la legalidad de la medida de expulsión corresponde a los Tribunales Contencioso Administrativos, pero el Juez Penal debe velar prima facie por los derechos del extranjero, revisando, aunque sea de manera provisional el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención (vid. STC n.º 24/2000 de 31 de Enero).

En definitiva, debe partirse de que en el orden jurisdiccional penal no puede enjuiciarse la procedencia de la

decisión legalmente adoptada de expulsión. No ha de entrarse en el análisis de cuestiones tales como el arraigo de la persona afectada, o la plena acreditación de los hechos que fundamentan la causa de expulsión invocada en el expediente administrativo. El análisis y posterior enjuiciamiento de estos factores encontrará su sede natural en el propio procedimiento administrativo, y eventualmente en la jurisdicción contencioso administrativa. No ha de olvidarse que el Juez penal ni expulsa ni controla la legalidad de la expulsión.

El expediente administrativo de expulsión ha de haber agotado su tramitación y estar concluido, debiendo haber recaído la sanción de expulsión. No es óbice para conceder la autorización que el referido acto administrativo haya sido recurrido.

Recapitulando, los Sres. Fiscales habrán de analizar, antes de emitir dictamen, los siguientes elementos: 1) si el imputado es extranjero susceptible de ser expulsado, 2) si concurre formalmente una causa legal de expulsión, comprobando que la misma no se integra con los hechos a probar en el proceso penal, 3) si se ha concluido el expediente, dictándose la orden de expulsión 4) si el delito por el que se sigue el proceso está suficientemente determinado, llevando aparejada pena privativa de libertad inferior a seis años u otra pena no privativa de libertad 5) que el delito por el que se sigue el proceso no sea de los tipificados en los arts. 312 o 318 bis CP 6) si por las circunstancias concurrentes, con carácter de excepción debidamente fundamentada, es necesaria la continuación de la tramitación del proceso penal contra el extranjero y 7) que no haya comenzado el juicio oral.

Desde el punto de vista subjetivo, el ámbito de aplicación del art. 57.7 LE no se ciñe como ocurría en relación con el ámbito del art. 89 CP, a los extranjeros no residentes legalmente en España, si bien tal limitación tiene también operatividad en la medida en que la resolución administrativa de expulsión tampoco puede recaer -salvo los supuestos tasados en la LE- sobre estas personas residentes legales.

III.4 Efectos de la autorización de expulsión.

Los Sres. Fiscales cuidarán que no se archive la causa hasta tanto no conste la efectiva ejecución de la expulsión acordada. El archivo debe adoptar la forma de provisional, no debiendo acordarse como definitivo sino hasta el transcurso de los plazos de prescripción.

Si la expulsión no llega a ejecutarse habrá de continuarse el procedimiento. En el caso de que el expulsado regresara a territorio nacional antes de transcurrida la prohibición de entrada habrá de procederse no a la reapertura del proceso penal sino a la devolución por la autoridad administrativa. Solo en el caso de que ésta no se llevara a efecto podría alzarse el archivo provisional acordado en la causa penal.

IV. Menores extranjeros no acompañados.

Dentro del Derecho de extranjería presenta una especial complejidad el tratamiento jurídico de los menores inmigrantes extranjeros no acompañados. En estos supuestos, como se subrayaba en la Instrucción 6/2004, a la nota de la extranjería se yuxtapone la de la minoría de edad, debiendo ser ponderados uno y otro elemento a la hora de dar solución a los problemas interpretativos que puedan generarse, pero siempre desde la premisa de que como dispone el art. 3 de la Convención de Derechos del Niño (en adelante, CDN) la consideración

primordial a que se atenderá en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas será el interés superior del niño.

La reciente Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados vuelve a la doctrina tradicional de la Fiscalía General del Estado, contenida en la Circular 3/2001, doctrina que debe ser íntegramente ratificada.

La intervención de distintos organismos y entes en el tratamiento del menor inmigrante no acompañado es una de las causas de las dificultades que se detectan en la práctica, e impone prestar la máxima atención a la necesaria coordinación. En este contexto, los Sres. Fiscales velarán dentro de sus competencias por el respeto al *iter* diseñado en el Protocolo de menores extranjeros no acompañados, aprobado por acuerdo adoptado en la reunión del Grupo de Menores No Acompañados del Observatorio de la Infancia en fecha 14 de Noviembre de 2005. Dados los términos generales de dicho Protocolo, resulta especialmente aconsejable la elaboración de Protocolos de desarrollo a nivel provincial, con intervención de Ministerio Fiscal, Entidades Públicas de Protección de Menores, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad e instituciones sanitarias, como ya se está llevando a cabo en algunas provincias, con la finalidad de garantizar la plena coordinación entre todos y determinar así con la mayor celeridad posible la edad del extranjero indocumentado, así como, en su caso, la puesta del menor a disposición de los correspondientes servicios de protección.

El Informe del Defensor del Pueblo sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España, publicado en septiembre de 2005 ha dirigido una Recomendación a la Fiscalía General del Estado, la n.º 5.1, en la que propone que se dicte una instrucción estableciendo que en aquellos casos en los que existan dudas acerca de la edad de los menores extranjeros, los Fiscales, una vez efectuadas las pruebas de diagnóstico pertinentes, emitan una resolución motivada en la que de manera expresa determinen la edad del menor a todos los efectos.

Puede constatarse que ni el art. 35 LE ni los instrumentos estatutarios de la Fiscalía General del Estado que han abordado la materia se pronuncian sobre los cauces procedimentales por los que deben discurrir las actuaciones dirigidas a cumplimentar las obligaciones que en dicho precepto se imponen al Fiscal.

El Protocolo reseñado *supr.*, y en cuya elaboración y aprobación participó la Fiscalía General del Estado, tampoco se pronuncia sobre estos aspectos.

Es, por tanto, necesario abordar la cuestión planteada por el Defensor del Pueblo, partiendo de que las competencias que se atribuyen al Fiscal deben ordenarse y exteriorizarse a través de unas diligencias o expediente y recordando la vigencia íntegra de la Instrucción 2/2001 de la Fiscalía General del Estado sobre interpretación del art. 35 LE.

Debe recordarse que el art. 35 LE dispone para los supuestos de localización de un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad que habrá de ponerse el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, el cual debe: 1) disponer lo necesario para la determinación de su edad y 2) una vez determinada la minoría de edad, acordar la puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores.

Por consiguiente, una vez que los Sres. Fiscales reciban la noticia de la localización de un presunto menor extranjero no acompañado, bien con el informe o atestado recibido (con independencia de la vía de recepción - fax, correo electrónico, entrega del atestado original-) bien mediante diligencia de constancia si la comunicación se realiza telefónicamente, bien mediante comparecencia si la comunicación se realiza verbalmente *in personam* por los agentes actuantes, habrán de proceder a la incoación de unas diligencias, conforme a las previsiones del art. 5 EOMF, en cuanto dispone en su último párrafo, en redacción dada por la Ley 14/2003 de 26 mayo que también podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye.

Los Sres. Fiscales deberán velar porque la decisión sobre la práctica de las pruebas se adopte -en la medida de lo posible- después de que la Fuerza actuante consulte los antecedentes que pudieran existir del presunto menor en el Registro de menores extranjeros no acompañados regulado en el art. 111 RE y en el que debe hacerse constar el resultado de la prueba médica de determinación de la edad (vid. letra f). Por consiguiente, si consultado el Registro consta practicada dicha prueba, habrá de prescindirse de la nueva práctica solicitada, salvo que razones excepcionales aconsejen otra decisión.

Cabrá igualmente autorizar la práctica de las pruebas de determinación de la edad cuando, pese a la exhibición de documentación, ésta presente indicios de falsedad, y simultáneamente existan dudas sobre si el extranjero efectivamente ha alcanzado los dieciocho años.

Si el menor extranjero indocumentado es por sus características físicas indubitadamente menor de edad, no concurriendo el presupuesto de hecho del art. 35 LE, lo procedente será ponerlo a disposición de la Entidad Pública de Protección de Menores, sin la realización urgente de pruebas previstas en el precepto de referencia y sin perjuicio de las ulteriores gestiones para determinar la concreta edad del menor, que habrán de tener trascendentes efectos jurídicos, gestiones a practicar por su tutor legal.

Una vez practicadas las pruebas, habrá de dictarse por el Fiscal la correspondiente resolución en forma de decreto motivado en la que se determine si la persona afectada debe considerarse menor de edad, y en caso positivo, se acuerde la puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores. El referido decreto especificará la edad del menor, de forma aproximativa y conforme a los elementos de prueba de que se disponga. Dicho decreto tendrá efectos provisionalísimos, y así habrá de hacerse constar en el mismo, no suponiendo por tanto una resolución definitiva sobre la edad de la persona afectada, que podrá ser sometida a pruebas complementarias en el curso de otros procedimientos. No puede olvidarse que las primeras diligencias que se practican y que sirven de base a la resolución del Fiscal, lo son con las notas de urgencia, normalmente limitadas a la práctica de la radiografía de la muñeca izquierda, pudiendo practicarse por la Entidad Pública con posterioridad y disponiendo de más tiempo y medios, otras pruebas médicas de mayor precisión (v.gr ortopantomografía) o llevarse a cabo otro tipo de investigación (v.gr. certificaciones de los registros del país de origen del menor, etc.).

La resolución del Fiscal fijando provisionalísimamente la edad a los efectos del art. 35 LE, podrá ser adelantada verbalmente a la fuerza actuante, con el fin de evitar tiempos muertos o dilaciones, teniendo en cuenta los

intereses en juego. Como quiera que siempre habrá de tomarse como edad del extranjero no acompañado la menor que se desprenda del informe médico, tal criterio o instrucción podrá anticiparse a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, con el fin de evitar dilaciones en un procedimiento que debe necesariamente en interés del menor estar presidido por la nota de celeridad, sin perjuicio de la ulterior documentación de la decisión y de su comunicación a la Entidad Pública de Protección de Menores.

En cuanto a la intervención del Fiscal en el proceso de repatriación, la comunicación que se reciba en Fiscalía en relación con el inicio de las actuaciones habrá de dar lugar igualmente a la incoación de las correspondientes Diligencias conforme al art. 5 EOMF. A dichas diligencias preprocesales habrán de ir incorporándose todas las comunicaciones que se vayan recibiendo sobre dicho expediente. A este respecto debe recordarse que el RE dispone que la autoridad gubernativa pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal todas las actuaciones llevadas a cabo en este procedimiento (art. 92.4 párrafo tercero).

Deberá tenerse especialmente presente la necesidad de respetar el derecho del menor a ser oído, debiendo recordarse que este derecho “integra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión...derecho que, en su calidad de fundamental, tienen todos, incluidos los menores cuando posean suficiente juicio para ello, como expresamente se reconoce en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor” (STC n.º 71/2004, de 19 de abril) por lo que la omisión del trámite de audiencia al menor supone vulneración del artículo 24.1 de la Constitución (STC n.º 221/2002, de 25 de noviembre).

El derecho del menor a ser oído es reconocido en el art. 12 CDN y en el art. 9 LO 1/1996 con carácter general y ahora, con carácter específico para el expediente de repatriación es incorporado por el art. 92.4 RE.

Los Sres. Fiscales deberán comprobar que concurren las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor, o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen, requisitos necesarios para la repatriación del menor a su país de origen.

Por tanto, los Sres. Fiscales habrán de comprobar en los expedientes de repatriación que se ha respetado el contenido mínimo exigido por nuestro ordenamiento: que se han realizado con resultado positivo gestiones tendentes a la localización de la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país de origen que se hicieren responsables del menor; que se ha adjuntado un informe de la entidad pública de protección de menores, que se ha dado audiencia al menor y que no se hubiera verificado la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares.

V. Delitos relativos al tráfico ilegal de inmigrantes.

V.1 Introducción.

Uno de los ámbitos funcionales del Ministerio Fiscal en el tratamiento de la inmigración es el relativo a la persecución de aquellas conductas que convierten al inmigrante en mera mercancía o en mano de obra barata susceptible de cualquier abuso, así como la persecución de aquellas otras conductas en las que los inmigrantes son sujetos pasivos especialmente vulnerables.

En esta función la dimensión represiva ha de verse necesariamente complementada por una actuación protectora, que ampare al extranjero víctima, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 3.10 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, regulado en la Ley 30/1981 de 30 de Diciembre, que asigna al Fiscal velar por la protección procesal de las víctimas, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas.

El Título XV bis del Código penal se dedica específicamente a los "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros". Este nuevo Título tiene su origen en las disposiciones finales de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los ciudadanos extranjeros en España y su integración social y se integra por un único artículo.

Con posterioridad a la Circular 1/2002 se dictó la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 19 de julio de 2002 (2002/629/JAI), la Decisión Marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002 (2002/946/JAI) que refuerza el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada a la circulación y a la estancia irregulares y la Directiva 2002/90/CE, de 28 noviembre, que define la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Tras estos instrumentos se promulgó la LO 11/2003 de 29 septiembre, que introdujo modificaciones de gran calado en la redacción del art. 318 bis, incrementando las penas imponibles a las conductas de tráfico de personas yendo incluso más allá de las directrices de la Unión.

La Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del fiscal en materia de extranjería se mostraba partidaria de la decidida actuación del Ministerio Fiscal en el descubrimiento, persecución y castigo de estos delitos, aconsejando en relación con la adopción de medidas cautelares la petición de la prisión provisional, cuando concurrieran las finalidades admitidas por el TC y exhortando a los Fiscales para que la respuesta penal a hechos de esta naturaleza fuese contundente. Tales indicaciones deben ahora ser ratificadas. No obstante, debe tenerse presente que se ha producido en este ámbito una expansión en cuanto a las conductas típicas y un endurecimiento de la respuesta penal, por lo que los Sres. Fiscales deberán atemperar su actuación asumiendo líneas exegéticas orientadas al respeto de las garantías y principios del Derecho penal, en especial el principio de responsabilidad por el hecho, el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad, ajustando la entidad de las penas en función del hecho cometido.

La dimensión netamente internacional de estas conductas, que por esencia tienen un matiz transfronterizo, unida a la exponencial difusión de estas actividades en un mundo cada vez más globalizado, ha despertado un cada vez mayor interés de los organismos internacionales. En este sentido deben tenerse especialmente presentes el Convenio contra el crimen organizado y sus dos Protocolos: el Protocolo para la prevención, supresión y punición del tráfico de personas, especialmente mujeres y niños y el Protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire. Ambos Protocolos han sido firmados y ratificados por España en fecha 1 de marzo de 2002.

Tras la última reforma se ha facilitado una cierta racionalización en los tipos que el Código Penal dedica a la protección penal del inmigrante, con la supresión de los tipos de los arts. 515.6 y 188.2 CP, aunque siguen existiendo problemas en las relaciones entre los tipos.

Siguiendo la nomenclatura que inspira los Instrumentos de Naciones Unidas sobre la materia podría decirse que los tipos del art. 318 bis CP abarcan dos modalidades de conductas de muy distinta gravedad: el denominado “tráfico ilícito de emigrantes”, consistente en la facilitación de la entrada, tránsito o permanencia ilegal de personas en un país y la “trata de personas” o tráfico dirigido a la explotación del emigrante utilizando medios como la coacción, la amenaza o el abuso de situación de necesidad, o bien que recae sobre menores de 18 años, aun sin utilizar los medios anteriores.

V.2. Bien jurídico protegido.

La rúbrica del Título XV bis parece dar a entender que el bien jurídico protegido se integra por los derechos individuales de los ciudadanos extranjeros como colectivo.

Sin embargo, un análisis en profundidad de los tipos del art. 318 bis permite llegar a la conclusión de que coexisten varios bienes jurídicos: los derechos que el ciudadano extranjero podría llegar a disfrutar en caso de que su entrada o tránsito por el Estado español hubiese sido realizada en condiciones de legalidad, los derechos que se ponen en peligro por los riesgos inherentes al proceso de entrada, tránsito y establecimiento ilegal y por último pero no menos presente, el interés estatal por reforzar la efectividad de las prohibiciones de entrada establecidas en la Legislación de extranjería y, en definitiva, el interés estatal en el control de los flujos migratorios.

En los tipos agravados se solapan otros bienes jurídicos (vida, integridad física, salud, libertad).

La jurisprudencia menor se ha decantado por conferir mayor rango al bien jurídico-derechos de los extranjeros, frente al bien jurídico de control de flujos migratorios (vid. SSAP Málaga n.º 15/2001, de 13 de marzo, y n.º 49/2004, de 30 de julio).

Pero en todo caso, desde este reconocimiento del carácter pluriofensivo de los tipos del art. 318 bis CP, puede detectarse un bien jurídico supraindividual identificable con el orden socioeconómico en sentido amplio, entendido como el entramado de condiciones e instituciones básicas para el mantenimiento del sistema de relaciones económicas y sociales.

V.3 Tipo objetivo.

El art. 318 bis CP castiga al que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España.

La nueva redacción del art. 318 bis no sólo no delimita la conducta típica, sino que la amplía al añadir el inciso “directa o indirectamente” respecto de los verbos rectores relativos a promover, favorecer o facilitar el tráfico. La reforma 11/2003 también añade la referencia, junto al tráfico ilegal, a la inmigración clandestina.

Por tanto, tras la reforma, la conducta típica consiste en promover, favorecer o facilitar, directa o indirectamente, el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas.

Para el Tribunal Supremo “la conducta...se describe en forma abierta y progresiva: promoción, que equivale a

provocación, incitación o procurar su consecución; favorecimiento, integrado por cualquier acción de ayuda o apoyo al tráfico ilegal; y facilitación, que viene constituida por la remoción de obstáculos o prestación de medios para hacer posible el tráfico y que, en el fondo, no es más que una modalidad del favorecimiento. Podíamos decir, de acuerdo con la doctrina más autorizada, que cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su producción en condiciones de ilegalidad, está inducida (sic) en la conducta típica". (STS n.º 1059/2005, de 28 de septiembre).

Deberán partir los Sres. Fiscales de que con los términos "directa o indirectamente" se trata de dar la amplitud necesaria para integrar en este tipo de delito también los comportamientos que, dirigidos a esa misma finalidad, no tuvieran relación inmediata con el hecho favorecedor del tráfico ilegal o la inmigración clandestina (STS n.º 968/2005, de 13 de julio).

Las modalidades típicas abarcan el tráfico "desde, en tránsito o con destino a España". Se prevén, por tanto, tres modos de comisión diferentes: a) movimiento de personas desde el extranjero hacia España, que es el modo más frecuente de comisión; b) salida de alguien de España al extranjero; c) tránsito dentro de España, de un punto a otro, relacionado con ese tráfico ilegal o esa inmigración clandestina (SSTS n.º 968/2005, de 13 de Julio y n.º 284/2006, de 6 de marzo).

El tipo no exige habitualidad. Tampoco requiere el tipo básico el abuso de situación de necesidad, ni la directa puesta en peligro de los derechos de los ciudadanos extranjeros ni la dignidad humana.

En cuanto a qué deba entenderse por tráfico ilegal, habrán de considerar los Sres. Fiscales englobado el efectuado contra las normas de la legislación de extranjería para el cruce de fronteras (vid. fuera de los pasos habilitados) o con fraude de esas normas (entrando por pasos habilitados pero con documentación falsa o declarando falsamente el motivo del viaje). Admiten esta segunda modalidad las SSTS n.º 994/2005, de 30 de mayo, 1381/2005, de 20 de enero, 2205/2002, de 30 de enero, 1045/2003, de 18 de julio y 1735/2003, de 26 de diciembre. Por ello, se considera inmigración clandestina la entrada en nuestro país como turista cuando la finalidad era trabajar en un club de alterne (STS n.º 2205/2002, de 30 enero y n.º 1045/2003, de 18 de julio).

También será, pues, inmigración clandestina aquella que se realiza, revistiéndola de una apariencia de legalidad, ocultando a las autoridades la finalidad ilícita con que se hace, y que de ser conocida la haría imposible (SSTS n.º 994/2005, de 30 de mayo, n.º 1059/2005, de 28 de septiembre y n.º 284/2006, de 6 de marzo).

Por tanto, quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que así resultan burlados, incurre en ilícito penal, sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente (STS n.º 284/2006, de 6 de marzo).

En este sentido, el acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de fecha 13 de julio de 2005 en relación con el alcance del art. 313.1.º CP declara que "El facilitar un billete de ida y vuelta a extranjeros que carecen de permiso de trabajo y residencia en España, para poder entrar en España como turistas cuando no lo eran y ponerlos a trabajar, constituye un delito de inmigración clandestina".

Una misma conducta de tráfico ilegal generará un único delito, con independencia del número de personas que resulten afectadas, teniendo en cuenta el plural empleado por el tipo al referirse al sujeto pasivo (...tráfico ilegal de personas...). Esto no obsta a la tipicidad de la conducta cuando se refiera a un único sujeto pasivo. La reciente STS n.º 1059/2005, de 28 de septiembre confirma esta línea exegética al declarar al respecto que “aunque en el tipo se alude a personas en su acepción plural, no parece necesario que la actividad afecte a más de una persona para ser típica”, añadiendo que “aunque sean varias las personas afectadas, estaremos ante la existencia de un solo delito en cada tráfico ilegal”. En idéntico sentido se pronuncia la STS n.º 284/2006, de 6 de marzo.

El traslado ilegal desde Ceuta y Melilla a otro punto del territorio español también puede integrar el tipo pese a no concurrir elemento transnacional (SSTS n.º 112/1998, de 3 de febrero y n.º 1330/2002, de 16 de julio).

Los Sres. Fiscales habrán de considerar típica conforme al art. 318 bis la conducta consistente en el traslado del emigrante - sin connivencia con quien ha facilitado la entrada en España- desde el punto de desembarco en la costa española hasta otros puntos seguros con conciencia de la condición de emigrante clandestino de la persona transportada y con voluntad de ejecutar la acción prohibida. Para ello habrá de exigirse desde un punto de vista temporal la inmediatez de la entrada de los inmigrantes en España, desde un punto de vista espacial que el lugar de origen del traslado sea un lugar cercano a la zona de llegada y desde un punto de vista funcional que el extranjero haya permanecido en una situación de clandestinidad sin haber tenido la posibilidad de asentarse siquiera de forma provisional en nuestro país.

Esta interpretación es por lo demás apoyada por la STS n.º 968/2005, de 13 julio; y *obiter* dicta por las SSTS n.º 1397/2003, de 16 octubre y n.º 1207/2003, de 17 septiembre.

Es un delito de tendencia. Así lo afirma la STS n.º 1330/2002, de 16 de julio que añade que “como consecuencia del abanico de actividades que el tipo penal admite, basta con que se promueva o favorezca por cualquier medio la inmigración clandestina para que se consuma el delito. Lo que comporta que es suficiente la participación del infractor en alguna de las múltiples tareas que convergen para llevar a cabo la acción para cumplirse la previsión normativa. Por lo que se pueden incluir conductas tales como la financiación de la operación, la actuación como intermediario, transportista, piloto de embarcación, o la facilitación de ésta, etc.”.

Es, por tanto, difícil admitir otro grado de participación distinto de la autoría. La STS n.º 1330/2002, de 16 julio, en relación con el art. 313 pero con una ratio trasladable al tipo del art. 318 bis señalaba que “...la aplicación de la complicidad se compece mal con la amplitud del tipo del art. 313.1.º del Código Penal, similar en su tipología, como ya hemos expuesto, con el art. 368 del propio Cuerpo legal, haciéndose muy difícil la apreciación de formas imperfectas de participación...”. No obstante, puede excepcionalmente admitirse en alguna ocasión la complicidad como forma de participación (vid. SSAP Las Palmas n.º 48/2004 (Sección 2.ª), de 22 marzo y Valencia n.º 40/2002 (Sección 5.ª), de 15 marzo).

En todo caso, no deben olvidarse las exigencias derivadas de la taxatividad, debiendo evitarse exégesis contrarias a los principios de proporcionalidad y de fragmentariedad. La interpretación de los elementos del tipo objetivo no puede llevar a incluir conductas inocuas o irrelevantes en relación con el fin de protección pretendido

por la norma. En este sentido, la STS nº 569/2006, de 19 de mayo declara que “desde la perspectiva relacionada con el bien jurídico, aun cuando se entienda, como hace un sector doctrinal, que el delito trata de proteger el control sobre los flujos migratorios, su ubicación sistemática en un nuevo Título XV bis bajo la rúbrica de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, impide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico, por lo que será preciso que las circunstancias que rodean la conducta permitan apreciar la existencia de alguna clase de riesgo relevante para ese bien protegido como consecuencia del acto de favorecimiento del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina... ha de tratarse de una acción que, desde una observación objetiva, y en relación a su propia configuración, aparezca dotada de una mínima posibilidad de afectar negativamente al bien jurídico.” En la misma línea puede citarse la STS nº 479/2006, de 28 de abril.

V.4 Tipo subjetivo.

No es necesario que concorra ánimo de lucro, elemento subjetivo que de concurrir integrará un subtipo agravado.

El delito es esencialmente doloso (*re ipsa in se dolus habet*). No parece ni siquiera posible admitir el dolo eventual, debiendo exigirse dolo directo. La necesidad de dolo directo debe servir para excluir del ámbito de la norma los supuestos en los que no se pretende favorecer la emigración ilegal sino auxiliar en sus necesidades primarias a quien ya ha entrado en territorio nacional.

Es teóricamente posible la concurrencia de error, que se calificará como de tipo o de prohibición según recaiga sobre los presupuestos objetivos que fundamentan la ilegalidad o sobre la propia ilegalidad.

Habrán de entender los Sres. Fiscales que en principio la intención de emigrar a España compartida por el sujeto activo del delito con las otras personas a quienes auxilia no excluye la relevancia penal de su conducta. En este sentido se pronuncia la STS n.º 830/2005, de 27 de junio, criterio que ya con anterioridad se había aplicado por la SAP Las Palmas n.º 40/2003 (Sección 2.ª), de 21 febrero.

V.5 Consumación.

Es un tipo de consumación anticipada (STS n.º 556/2005, de 25 de abril), que adelanta la barrera penal al momento en que se facilita o favorece el tráfico. Es también de mera actividad, consumándose por consiguiente con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido (vid. SAP Las Palmas secc. 2.ª n.º 48/2004, de 22 de marzo, STS n.º 1059/2005, de 28 de septiembre, STS n.º 284/2006, de 6 de marzo). Por ello es irrelevante que no se concluya la operación de que se trate por causas ajenas a la voluntad del agente, tales como la posible intervención policial o por detectarse el fraude en la propia vía administrativa. El delito se consuma aunque la interceptación de la patera o cayuco se produzca antes de llegar a la costa española.

V.6 Subtipos agravados.

El apartado 3.º del art. 318 bis CP castiga a los que realicen las conductas con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la

víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas.

Para acreditar el ánimo de lucro puede acudirse a la prueba de indicios. Así por ejemplo el Tribunal Supremo considera que se puede inferir, sin riesgo a equívoco alguno, que la actividad de los denominados “motores humanos” es siempre retribuida. Ninguna persona llevaría a cabo un traslado tan arriesgado para la vida, exponiéndose a sufrir una condena de 6 años...por simples razones altruistas y sin tener ninguna relación personal o familiar con el emigrante (STS n.º 1039/2005, de 22 de septiembre).

Existe engaño cuando se encubre el propósito de explotación sexual asegurando a la víctima que en España trabajaría como cocinera (STS n.º 1755/2003, de 19 diciembre).

La novedad respecto a la regulación anterior a la reforma de 2003 es la referencia a los incapaces, la incorporación del abuso de una situación de superioridad, que será incompatible con la agravante general y la incorporación del abuso de la especial vulnerabilidad de la víctima.

El peligro ha de evaluarse en cada situación en concreto (STS n.º 1059/2005, de 28 de septiembre, n.º 1039/2005, de 22 de septiembre), aunque alguna resolución se ha referido al peligro como peligro abstracto (STS n.º 704/2005, de 6 de junio). En la aplicación de este subtipo deberán los Sres. Fiscales seguir las pautas acuñadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Así, aunque como refiere la STS n.º 1059/2005, de 28 de septiembre “la necesidad de que haya provocado una concreta situación de peligro para los bienes jurídicos contemplados en el precepto requiere la prueba específica de que el peligro se dio en el caso concreto” debiendo rechazarse por tanto que el riesgo “pueda presumirse como ligado a ciertas conductas consideradas ex-ante como peligrosas”, no es menos cierto que sin perjuicio de aportar en cada caso los elementos probatorios necesarios para concretar, algunos procedimientos para llegar a España son en sí peligrosos. En efecto, existen ciertos medios para el transporte que incorporan generalmente este elemento de peligro. Los traslados en frágiles embarcaciones (pateras o cayucos) desde la costa norteafricana a la española, generan por sí un peligro concreto. Así el subtipo se aprecia cuando los inmigrantes son conducidos desde Marruecos en patera (SSTS 1685/2002, de 15 de octubre; 1248/2002, de 28 de junio, y 1207/2003, de 17 de septiembre). Se ha apreciado esta situación de peligro concreto en la situación de hipotermia detectada y otras genéricas asechanzas (v.gr. cambio brusco de factores atmosféricos con repercusión en el oleaje, corrientes, etc. peligro de animales marinos o la huida del acusado si sospecha que puede ser detenido, etc. etc.) (STS n.º 1039/2005, de 22 de septiembre).

En este sentido el Tribunal Supremo ha declarado que “no cabe aceptar como irracional o absurdo el juicio de inferencia de la peligrosidad para la vida e integridad física de las personas que transportaba una embarcación tan precaria, carente de los mínimos elementos de seguridad y de ayudas a la navegación y, por ello, sumamente vulnerable en un medio de suyo hostil y sumamente arriesgado en las condiciones en que se efectuó la travesía. Si a estas consideraciones se añade la realidad que nos ofrece la experiencia, que demuestra empíricamente los numerosos episodios de personas fallecidas en situaciones idénticas al supuesto de hecho enjuiciado, lo que pone de manifiesto de modo patente la certeza del grave peligro que aprecia el

juzgador de instancia, habrá de concluirse que el pronunciamiento inferido por el Tribunal sentenciador se ajusta plenamente a los cánones de la racionalidad, de la lógica, de la experiencia y del recto criterio humano” (STS n.º 491/2005, de 18 de abril).

Aunque la travesía no fuera por alta mar, se aplica el subtipo en ocasiones teniendo en cuenta la hora -madrugada-, y la época -mes de diciembre- que hacen “patente la realidad del riesgo para la vida de las dos personas”, jugándose también con el dato de que no estén acreditados conocimientos de natación en los transportados. (STS n.º 704/2005, de 6 de junio).

Por lo demás, declara la STS n.º 1451/2005, de 14 de diciembre que “lo que sí tiene valor probatorio referido a otras ocasiones y como criterio de experiencia, es catalogar el lugar concreto por el que se accedió a Ceuta, como muy peligroso, por las circunstancias concurrentes, ya conocidas por la Sala. Los informes de la guardia civil en este punto son decisivos, al concretar que la zona del mar por la que discurrió la travesía tiene corrientes peligrosas y el viento suele desviar la corriente marina al Estrecho”.

También se ha apreciado el subtipo agravado en un supuesto en el que se permaneció oculto en un vehículo, en un doble fondo de reducidas dimensiones, aproximadamente dos horas, de modo que cuando fue sacado de allí se encontraba desorientado y aturdido (STS n.º 887/2005, de 30 de junio) o en un caso en el que una de las tres personas que venían ocultas se encontraba dentro de un bolso de viaje con la cremallera abierta, y debajo de varias maletas, mantas y otros bultos, en el interior de una furgoneta (STS n.º 610/2004, de 4 de mayo).

El traslado de menores requiere que el sujeto activo conozca la minoría de edad del emigrante, aunque en este punto cabe admitir el dolo eventual. La aplicación del subtipo no generará dificultades cuando el menor tenga una edad notoriamente inferior a los dieciocho años. En este sentido, la SAP Las Palmas, secc. 2.ª, n.º 26/2004, de 9 de febrero, que aprecia el subtipo agravado, declara que teniendo en cuenta que uno de los menores tendría unos tres años en modo alguno puede llevar a confusión sobre su minoría de edad, y por tanto el acusado no podía desconocer que estaba transportando al menos a un menor. El problema se plantea en los supuestos en que sea difícil determinar la minoría de edad de la víctima. En estos casos será aconsejable optar por la no aplicación del subtipo. Así no procederá aplicarlo en supuestos en los que la falta de documentación obligue a realizar pruebas médicas a la víctima y éstas arrojen una horquilla cuyo tramo superior exceda de los 18 años.

El apartado 4.º incorpora como subtipo la conducta de los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Para que el subtipo devenga aplicable será preciso que el sujeto activo perpetre los hechos utilizando su condición pública para facilitar la comisión del delito. Es en este sentido ilustrativo la STS n.º 727/2004, de 10 de junio, que considera concurrente el prevalimiento al exhibir el acusado “ante los responsables de los controles policiales sus credenciales como funcionario de policía, con la intención de beneficiarse indudablemente, de ese modo, de la confianza que su conducta podía generar ante quienes, en definitiva, eran sus propios compañeros”.

El apartado 5.º agrava el tipo básico cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. La supresión mediante la LO 15/2003, de 25 de noviembre, del apartado 6.º del artículo 515 del Código Penal, que incluía dentro del catálogo de las

asociaciones ilícitas a las que promovieran el tráfico ilegal de personas, simplifica y evita farragosos problemas concursales.

Pueden trasladarse a este subtipo los criterios aplicados por la jurisprudencia del TS en relación con el concepto de organización referido al delito contra la salud pública. Conforme a la STS n.º 1306/2003, de 6 octubre la organización supone algo más que el mero concierto de varias personas para la realización de una determinada infracción criminal. Es preciso que el acuerdo lleve a la formación de una estructura, siquiera sea elemental, en que haya una dirección y una jerarquía que planifique y conjunte las diversas actividades de los miembros del grupo añadiendo que conviene no ser demasiado flexible en la exigencia de los elementos que pueden conformar una organización o asociación dedicada a la comisión de ciertos delitos a fin de no incluir en dicha categoría, como forma transitoria de la misma, cualquier supuesto de codelincuencia compleja.

El párrafo segundo del apartado 5.º introduce un tipo hiperagravado: cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

Cuando respecto de un mismo hecho concurren dos o más agravaciones de las previstas en el art. 318 bis.3 el tipo cualificado se integrará con cualquiera de las concurrentes, pudiendo dar los Sres. Fiscales operatividad a las restantes agravaciones a la hora de determinar la pena concreta dentro de los márgenes legales.

V.7 Problemas concursales.

En los supuestos en los que en la actividad de tráfico llegara a irrogarse lesión a algún bien jurídico individual penalmente tutelado (concurso entre el delito de riesgo del subtipo agravado contenido en el apartado tercero del art. 318 bis y el resultado muerte o lesiones causado), habrán de distinguirse dos supuestos distintos: si el riesgo creado lo fue respecto de una sola persona, nos encontraremos ante un concurso de leyes, no pudiendo aplicarse simultáneamente el subtipo agravado y el delito derivado de la concreción del peligro, debiendo por contra aplicarse el tipo básico y el delito de resultado o el subtipo agravado exclusivamente, si éste resultara castigado con pena superior. Si el riesgo creado lo fue respecto de varias personas y el resultado lesivo solo se concretó respecto de una de ellas, podrá aplicarse como concurso de delitos el subtipo agravado del art. 318 bis y el tipo de resultado.

Si para la actividad de tráfico, con el fin de facilitar la entrada o tratar de acreditar la identidad se facilitan documentos falsos también podrá apreciarse concurso de delitos entre el art. 313.1 o el 318 bis y el delito de falsificación (STS n.º 1116/2003, de 25 de julio, SAP de Málaga, secc. 7.ª n.º 15/2003, de 21 de febrero, SAP Las Palmas secc. 2.ª n.º 48/2004, de 22 de marzo).

Hay perfecta compatibilidad entre los delitos de secuestro del art. 164 y el del art. 318 bis 1. Se trata de conductas fácilmente separables, que podrían haber existido la una sin la otra, que originan un concurso real de delitos y no concurso de normas por absorción (art. 8.3.º CP), ya que es necesario aplicar ambas disposiciones penales para abarcar la total antijuridicidad del comportamiento punible (STS n.º 968/2005, de 13 de Julio, con cita de la 1397/2003, de 16 de octubre).

El art. 313.1 CP castiga con penas de dos a cinco años y multa a quien promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España.

Antes de la reforma 11/2003 el delito del 313.1 CP era castigado con pena superior a la del tipo básico del 318 bis 1, por lo que aquél coherentemente era de aplicación preferente, teniendo en cuenta que a la común conducta de tráfico se unía el plus de la finalidad de incorporación ilícita al mercado de trabajo. Por tanto, el concurso de normas se resolvía a favor del art. 313.1 tanto si se aplicaba el principio de alternatividad como si se operaba con el de especialidad.

Tras la referida reforma, las relaciones entre ambos tipos se complican, pues por un lado se modifica la redacción del art. 318 bis CP con un propósito omnicompreensivo y por otro lado se le asigna mayor penalidad, sin derogar expresamente el art. 313.1.

En el trance de dar una solución al concurso debe obviamente descartarse la aplicación del concurso de delitos, pues se conculcaría frontalmente el principio *non bis in idem*.

Habrà de dársele a estos supuestos, pues, un tratamiento conforme a los principios que rigen el concurso de leyes.

Si concurre una conducta subsumible en alguno de los subtipos agravados del 318 bis y conforme al art. 313.1 CP, habrá de optarse por la aplicación del primero, pues en estos casos es claro que no existe ya una relación tipo general-especial, dado que ambos incorporan elementos especializantes, por lo que devendrá aplicable, conforme al principio de alternatividad, el art. 318 bis.

Más complejo es el supuesto en el que concurra una conducta subsumible en el tipo básico del art. 318 bis y en el art. 313.1 CP. En una primera aproximación podría entenderse de preferente aplicación éste último, como tipo especial, en tanto aparentemente aporta una singularidad en cuanto al sujeto pasivo del delito no contenida en el art. 318 bis.

Sin embargo, debe repararse en que si con carácter general el fundamento de la aplicación preferente de los tipos especiales radica en que los mismos valoran con más precisión la conducta típica, en estos casos el tratamiento privilegiado que el art. 313 otorga a las conductas de tráfico de emigrantes carece de justificación.

Se ha incurrido en una defectuosa técnica legislativa, pues debió haberse suprimido expresamente el tipo del art. 313.1 incorporando en su caso un nuevo subtipo agravado en el art. 318 bis cuando la conducta tuviese por objeto la explotación laboral (más que la inmigración clandestina de trabajadores, pues no parece que tal finalidad sin más suponga un plus de antijuridicidad ni de culpabilidad).

Parece claro, no obstante, que el objetivo del Legislador—pese a la defectuosa plasmación final— se orientaba hacia un tratamiento unificado de estas conductas a través del nuevo art. 318 bis. Tal propósito tiene una explícita formulación en la Exposición de Motivos de la LO 11/2003 en la que se declara que el nuevo texto contiene un importante aumento de la penalidad al respecto, estableciendo que el tráfico ilegal de personas —con independencia de que sean o no trabajadores— será castigado con prisión de cuatro a ocho años.

Por lo demás, puede defenderse que la referencia a la inmigración clandestina de trabajadores contenida en el art. 313.1 CP ha dejado de ser un elemento especializante en relación con el tipo básico del art. 318 bis. En efecto, habiéndose incorporado al art. 318 bis junto al tráfico ilegal la referencia a la inmigración clandestina de personas, puede concluirse con que siendo consustancial a la inmigración el desplazamiento de una persona de su país con el fin de buscar trabajo, el concurso de normas entre ambos tipos ha de resolverse no conforme al principio de especialidad, sino conforme al principio de alternatividad, deviniendo de aplicación preferente el art. 318 bis.

En tanto no se consolide un criterio jurisprudencia en sentido contrario, los Sres. Fiscales mantendrán la aplicación preferente del tipo del art. 318 bis CP respecto del contenido en el art. 313.1 CP.

V.8 Causas de justificación

Frecuentemente se invoca como causa de justificación el estado de necesidad sobre la base de que los sujetos pasivos se encontraban perseguidos en sus países de origen. La jurisprudencia menor ha afirmado cómo “en teoría, es posible apreciar la justificante del estado de necesidad (art. 20.5 CP) cuando la salida, la entrada o el tránsito del extranjero por territorio nacional se hace para evitar un mal ajeno. Por ejemplo, individuos perseguidos por motivos políticos, por su etnia o creencias religiosas, etc., que se encuentren amenazados de muerte en sus países de origen” (vid. SSAP Málaga n.º 15/2001, de 13 de marzo, y 49/2004, de 30 de julio).

Sin desconocer que puede concurrir el estado de necesidad, si efectivamente se hace para evitar un mal ajeno a las personas transportadas, y el sujeto activo obra en atención a la consecución de refugio, asilo o protección para los inmigrantes, tales extremos deben acreditarse cumplidamente y, desde luego, han de entenderse incompatibles con el precio.

V.9 Pena imponible

La respuesta penal al tráfico de inmigrantes se ha visto tras la reforma 11/2003 sensiblemente incrementada, pasando el tipo básico de prever una pena de prisión de 6 meses a 3 años y multa a una pena de prisión de 4 a 8 años.

En este contexto, deberán tener presentes los Sres. Fiscales las posibilidades individualizadoras que permite el apartado 6º del art. 318 bis, a cuyo tenor los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada. A estos efectos debe admitirse que la posibilidad de degradación penológica puede operar no solo sobre el tipo básico sino también sobre los subtipos agravados.

Debe, en relación con las posibilidades del apartado 6.º, tenerse presente que como quiera que el tipo básico no exige ánimo de lucro, en principio serían típicas las conductas realizadas con finalidad altruista o humanitaria, cuando no reunieran los requisitos para aplicar la eximente. En estos supuestos la pena puede resultar desproporcionada. También esta desproporción puede ser predicable de otros casos en los que pese a actuarse con ánimo de lucro, el transporte se realiza en relación con adultos y a instancias de éstos, en condiciones de

seguridad excluyentes de cualquier menoscabo a su dignidad.

Se considera valorable a efectos de la atenuación el referirse el hecho al intento de introducir en España a una sola persona, no a varias, como es lo habitual en estos casos (STS n.º 887/2005, de 30 de junio). Anticipando esta pauta, la STS n.º 1116/2003, de 25 de julio, aunque dictada antes de la introducción del apartado sexto del art. 318 bis ya consideraba que debía tenerse en cuenta en la tarea de determinación de la pena el que se tratara de introducir en el país a una sola persona, "lo que disminuye la gravedad del hecho". Cabrá también valorar la mínima afectación de los ciudadanos extranjeros (STS n.º 1531/2005, de 7 de diciembre).

También pueden valorarse para aplicar la atenuación la inexistencia de móviles de lucro, el propósito altruista o la vinculación familiar o asimilada del autor con el inmigrante (Vid. SSAP Málaga n.º 9/2004 (Sección 7.ª Melilla), de 26 febrero, Cádiz n.º 156/2003 (Sección 6.ª Ceuta), de 9 diciembre).

Debe igualmente recordarse a los Sres. Fiscales la necesidad de solicitar en los escritos de calificación provisional el comiso de los medios de transporte empleados en la comisión de delitos de tráfico de personas en cualquiera de sus modalidades, consecuencia accesoria prevista en el art. 127 CP.

V.10 Tratamiento de los delitos de tráfico ilegal de personas cometidos fuera del territorio nacional

El tipo del art. 318 bis implícitamente exige una acción que se dirija a traspasar la frontera española, aun cuando su consumación no requiere que tal propósito se logre. Por territorio nacional habrá de entenderse el espacio terrestre delimitado por sus fronteras y las doce millas adyacentes a las costas españolas, conforme a la Ley de 4 de enero de 1977 y el espacio aéreo que se eleva sobre el espacio terrestre y marítimo territorial, conforme a la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960. También tienen consideración de territorio español a efectos de determinación del ámbito de la jurisdicción penal los buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte (art. 23.1 LOPJ).

Un problema colateral es el de los casos en los que no habiéndose alcanzado aún territorio nacional, son interceptadas por agentes de la autoridad españoles en funciones de salvamento embarcaciones con inmigrantes irregulares en aguas internacionales cuando inequívocamente se dirigen a España.

Si el tráfico de seres humanos detectado en aguas internacionales está orientado a la explotación sexual de los mismos, la jurisdicción de los Tribunales españoles no ofrece dudas, a la vista de la expresa previsión contenida en el art. 23.4 e) LOPJ, conforme al que será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como...delitos relativos a la prostitución.

Más dudosos, como consecuencia de la falta de una previsión expresa en el art. 23 LOPJ, son los supuestos en los que los actos de inmigración clandestina no estén orientados hacia la explotación sexual.

Pese a que ya ha recaído alguna resolución contraria a reconocer a España jurisdicción (vid. AAP Las Palmas, secc. 1.ª de 17 de marzo de 2006), los Sres. Fiscales habrán de mantener la tesis de la competencia de la jurisdicción española, en tanto no se consolide en los tribunales la exégesis contraria.

El tipo delictivo se estructura en torno a unos verbos rectores –promover, favorecer o facilitar- que remiten a conductas que abarcan la que ahora es objeto de análisis: en estos casos el traficante de seres humanos ha promovido la inmigración ilegal hacia y en España, al haber organizado el acto de transporte con destino a España y haber provocado –colocando a los inmigrantes en una situación de necesidad- el acto de salvamento y la consiguiente entrada de los mismos en nuestro país. El delito debe entenderse cometido en todos aquellos lugares en que se haya realizado cualquiera de los elementos típicos de la acción, lo mismo donde se realiza la actividad que donde se realizan los resultados intermedios o finales. Entraría este delito por su matiz transfronterizo dentro del grupo de los denominados delitos de tránsito, en el que también ha de entenderse cometido el delito en el país en el que se produce una parte de la acción.

En estos casos no es que se frustre la operación de inmigración ilegal fuera de territorio español por causas ajenas a la voluntad del agente. La intervención de las autoridades españolas en las operaciones de salvamento no están preordenadas a la prevención o represión del delito ni suponen la frustración del mismo, ni siquiera su interrupción fuera de España. El tipo es de estructura permanente y, precisamente, con la operación de salvamento y el traslado de los inmigrantes a territorio español el mismo se continúa ejecutando y llega a la fase de agotamiento. La acción típica se sigue realizando, de modo ininterrumpido, más allá del momento consumativo inicial.

El traficante de seres humanos pretende en estos casos trasladar a los inmigrantes a España y con la operación de salvamento tal propósito se ve coronado con éxito. De hecho, en estos casos pese a la intervención de salvamento una vez trasladados los inmigrantes a España, puede perfectamente ocurrir que no sea posible devolver a éstos y que se queden definitivamente en España.

En este contexto cabe defender que el delito se ha cometido en España y que por tanto, nuestros tribunales tienen jurisdicción para instruir y enjuiciar la conducta de los traficantes.

En estos casos desde el punto de vista territorial habrá de reconocerse competencia a los Tribunales del partido al que a la vista del punto de interceptación, puede inferirse que se dirigía la nave, debiendo optarse si tal inferencia no resulta clara por el Juzgado del puerto de arribada.

Debe repararse en que la propia descripción típica de la conducta sancionada en el art. 318 bis CP apunta a una expansión de la jurisdicción de los tribunales españoles, pues cuando castiga al que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España está atribuyendo competencia al orden penal español para perseguir hechos que comienzan a ejecutarse fuera de España siempre que pueda acreditarse que el destino final es nuestro país.

Estas conclusiones son por lo demás ajustadas a los recientes Convenios internacionales suscritos por España en relación con la materia. El art. 8.7 del Protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 y ratificado por España (BOE 295/2003, de 10 diciembre 2003) dispone que todo Estado Parte que tenga motivos razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de inmigrantes por mar y no posee nacionalidad o se hace pasar por un buque sin

nacionalidad podrá visitar y registrar el buque. Si se hallan pruebas que confirmen la sospecha, ese Estado Parte adoptará medidas apropiadas de conformidad con el derecho interno e internacional, según proceda. El art. 15 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 dispone que un Estado Parte también podrá establecer su jurisdicción para conocer de los delitos a que se refiere cuando sea uno de los delitos tipificados con arreglo al párrafo 1 del art. 5... y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio.

Por su parte el art. 7 del Protocolo establece que los Estados Parte cooperarán en la mayor medida posible para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de inmigrantes por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar, objetivo que se coherente con la interpretación propuesta.

La reciente STS n.º 950/2005, de 20 de julio acepta el fallo condenatorio en un supuesto en que el acusado “fue interceptado en alta mar...en la patera que patroneaba cuando se aproximaba a las costas de Fuerteventura en la que trasladaba sin medida de seguridad alguna como chaleco salvavidas, señales de emergencia o bengalas de localización, etc. desde la Costa africana a 32 inmigrantes indocumentados, entre ellos un bebé”. La misma no se plantea el problema de si el punto de localización era o no el de las aguas territoriales españolas.

V.11 Especial referencia a los delitos relativos al tráfico de inmigrantes con fines de explotación sexual.

La ley Orgánica 11/2003, de 29 septiembre derogó el tipo del art. 188.2 CP, introduciendo simultáneamente un subtipo agravado del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros en el número 2 del art. 318 bis que castiga con la pena de 5 a 10 años de prisión “si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas”.

Resulta sin duda un avance técnico la construcción de tráfico ilegal con finalidad de explotación sexual como subtipo agravado del delito de tráfico ilegal de personas, pues con ello se allana el camino hacia la búsqueda de soluciones para supuestos de concursos. En efecto, la tipificación anterior conforme al art. 188.2 generó una jurisprudencia menor dispersa y contradictoria, sobre todo en el tratamiento de la relación concursal con el delito de prostitución coactiva (art. 188.1).

La reforma también ha supuesto la agravación de la respuesta penal y así la pena prevista en el art. 318 bis apartado segundo es muy superior a la asignada por sí para la explotación sexual (188.1). La entidad de la pena imponible hará necesaria siempre la incoación de sumario ordinario, conforme a lo dispuesto en el art. 757 LECrim.

En cuanto al tipo objetivo habrá de partirse de que por “explotación sexual” deben entenderse abarcados además del ejercicio de prostitución, otros empleos de inmigrantes para fines de naturaleza sexual (pornografía).

El tipo se amplía pues ya no se exige que la conducta se cometa mediante violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de necesidad o superioridad o vulnerabilidad de la víctima.

Solo podrán ser sujetos pasivos del delito tipificado en el art. 318 bis 2 los extranjeros, con exclusión de los ciudadanos de la Unión Europea y países asimilados, sin perjuicio de la aplicación en su caso del tipo del art.

188.1 CP.

El tipo subjetivo incorpora como elemento la finalidad de explotación sexual por el propio sujeto activo o por un tercero.

En cuanto a los tipos cualificados, también le son aplicables al tráfico con fines sexuales los subtipos de los apartados 3.º, 4.º y 5.º del art. 318 bis. Debe no obstante excluirse la agravación en base al ánimo de lucro, pues el mismo es inherente a la finalidad de este tráfico, con reflejo en la referencia al término explotar.

Respecto a los problemas concursales, en los supuestos de tráfico ilegal con fines de explotación sexual en que llegue a consumarse la prostitución típica de la víctima habrá de aplicarse el art. 318 bis en concurso con el art. 188.1, pues para abarcar en estos casos el desvalor total de la acción, incluyendo el resultado, se precisa de la aplicación de ambos tipos penales. La STS nº 651/2006, de 5 de junio referida a un supuesto de tráfico ilegal y prostitución coactiva, se decanta por apreciar un concurso real de delitos.

V.12 Tratamiento de los testigos extranjeros y en especial, de la víctima

En las causas abiertas para la investigación de los delitos de tráfico de inmigrantes es esencial promover la preconstitución de la prueba, pues la propia situación precaria de quienes son los principales testigos de cargo en un gran número de supuestos va a determinar el peligro evidente de no contar con su testimonio presencial en el acto del juicio oral.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2002 ya establecía que en los delitos de tráfico de seres humanos las declaraciones de los testigos víctimas de las redes se efectúen de acuerdo con las previsiones del artículo 448 LECrim remitiendo al mismo tiempo comunicación a la autoridad gubernativa expresando el criterio del Fiscal en orden a la conveniencia o no de la exención de responsabilidad, a tenor de los datos de la causa penal.

Debe en este punto hacerse hincapié en que salvo circunstancias excepcionales, como regla general, los Sres. Fiscales, en los delitos de tráfico de seres humanos promuevan la preconstitución probatoria de los testimonios de las víctimas a través del citado art. 448, o, en su caso conforme a lo dispuesto en el art. 777.2 LECrim y a la interpretación al respecto establecida en la Circular 1/2003 de la Fiscalía General del Estado (apartado II.1 E).

El art. 59.4 LE, desarrollado por el art. 117.3 RE prevé que cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa competente a los efectos de que se valore la inejecución de su expulsión durante el tiempo necesario o la autorización de su regreso, si ya hubiera sido expulsado.

La valoración que el Fiscal traslada a la Administración no es vinculante para la misma, si bien debe tenerse presente que la obligación constitucional de los poderes públicos de colaboración con la Administración de Justicia ha de entenderse aplicable también a las solicitudes del Ministerio Fiscal. Por ello, la motivación de la

petición del Fiscal se toma esencial y especialmente exigible, para poder reivindicar con fundamento la referida obligación de colaboración. También habrán de procurar los Sres. Fiscales la necesaria fluidez en las vías de comunicación con las autoridades gubernativas, a fin de lograr la imprescindible coordinación en este ámbito.

La Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes establece un procedimiento para la expedición de los permisos de residencia, e insiste en esta línea de actuación, subrayando la necesidad de que se asegure a los eventuales beneficiarios una adecuada información previa.

La Directiva subordina la concesión del permiso a la concurrencia de una clara voluntad de cooperación en el beneficiario. En el art. 14 se dispone que el permiso de residencia podrá retirarse, entre otros motivos, si la autoridad competente considera que la cooperación de la víctima es fraudulenta o su denuncia es fraudulenta o infundada.

También debe recordarse a los Sres. Fiscales la conveniencia de instar las medidas de protección de testigos prevista en la Ley Orgánica 19/1994, a favor de los extranjeros víctimas de los delitos relacionados con la inmigración ilegal que colaboren contra la redes organizadas, teniendo en cuenta el grave desamparo en que muchas veces se encuentran, en especial a las víctimas del delito de tráfico ilegal de personas con finalidad de explotación sexual del artículo 318 bis apartado 2.º CP.

Habrà no obstante que actuarse con la máxima cautela en estos supuestos de colaboración para evitar, como reseñaba la Circular 1/2002 que puedan prosperar situaciones de denuncias falsas, huecas o inconsistentes o situaciones de retractación o cese de la cooperación, que tengan sólo por objeto la consecución de una regularización, imposible de obtener de otro modo.

VI. Aspectos organizativos

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1994 ya abordó el necesario reflejo orgánico del cúmulo de competencias atribuidas funcionalmente al Fiscal en materia de extranjería. Efectivamente ya en 1994 se hacía preciso crear en determinadas Fiscalías un Servicio de Extranjería, dirigido por un Fiscal o Abogado Fiscal, e integrado por cuantos Fiscales fuesen precisos en atención al volumen del trabajo. Las funciones que la Circular 1/1994 confiere al Servicio de Extranjería, aparte de las que específicamente le sean confiadas, son las siguientes: 1.ª) Coordinar el tratamiento de las cuestiones de extranjería y elaborar informes. 2.ª) Hacer un seguimiento de todas las causas abiertas contra un mismo extranjero mediante la apertura de fichas individuales, a fin de que cuando se solicite la expulsión se haga constar simultánea o sucesivamente en todas las que procedan; 3.ª) Mantener reuniones periódicas con las Autoridades Penitenciarias y Gubernativas, con la finalidad de adoptar las decisiones precisas que permitan asegurar la efectividad de las expulsiones que se autoricen o acuerden en el ámbito judicial. 4.ª) Proceder inmediatamente, en relación con los listados de penados extranjeros, a revisar las correspondientes ejecutorias, al objeto de solicitar su expulsión como sustitutiva de las penas que les sean aplicables, siempre que ello sea posible 5.ª) Proceder de igual manera con respecto a los listados de preventivos al objeto de solicitar la autorización para su expulsión, cuando proceda.

La Instrucción 2/2002, ante el incremento del fenómeno de la inmigración y su correspondiente impacto funcional en el Ministerio Fiscal se propuso reestructurar el Servicio de Extranjería para integrarlo -aún con la adecuada autonomía- con el Servicio de Vigilancia Penitenciaria de la Fiscalía, dada la interconexión de información y parcial coincidencia de actuaciones de ambos, debiendo en todo caso mantenerse una estrecha coordinación con los Fiscales encargados en materia penitenciaria. Esta Instrucción también dispuso la creación del Servicio de Extranjería en todas las Fiscalías que hasta el momento no lo tuvieran establecido, a cuyo efecto el Fiscal Jefe debía designar un Fiscal encargado en la materia. También se postulaba reforzar el Servicio de Extranjería de las Fiscalías incrementando, si fuera preciso, el número de Fiscales adscritos al mismo.

Manteniendo estas líneas organizativas, debe hacerse hincapié en la necesidad -dentro de las potestades autoorganizativas de cada Fiscalía- de adoptar medidas para la efectividad del principio de coordinación interna entre el servicio de extranjería y el resto de la Fiscalía, tanto más necesaria cuanto mayor sea la entidad de la misma, pues como ya se reconocía en la Instrucción 2/2002 en las grandes Fiscalías es difícil que la Sección de Extranjería pueda, por ejemplo, dictaminar todas las causas.

Habrà también el servicio de extranjería de coordinarse con los Fiscales encargados del despacho de asuntos contencioso administrativos a los efectos de mantener la unidad de criterio en las zonas de intersección de uno y otro ámbito funcional.

En cuanto a la emisión de informes la Circular 1/1994 instauró también la obligación de elevar informe bimensual a la Fiscalía General sobre la actividad del Servicio de Extranjería. La Instrucción 2/2002 modificó la periodicidad de este informe estableciéndolo de forma más racional y lógica con carácter anual así como detallando su contenido y ordenando la elaboración de un apartado específico de la Memoria de cada Fiscalía. Debe recordarse -al observarse la omisión en algunas Memorias de Fiscalías territoriales en los últimos años- que estas últimas previsiones contenidas en la Instrucción 2/2002 mantienen su vigencia, siendo por tanto imperativo incluir en las Memorias anuales un apartado específico dedicado a extranjería. Debe entenderse, con el fin de evitar burocráticas reiteraciones, que el informe anual del Servicio de Extranjería se integra propiamente en el apartado correspondiente de la Memoria anual, no precisándose pues elaborar dos documentos distintos ni remitirlos a la Fiscalía General del Estado en dos momentos diferentes. El informe anual del Servicio de Extranjería de cada Fiscalía debe incorporarse, pues, como un capítulo autónomo en la Memoria anual de la Fiscalía de que se trate. Todo ello ha de entenderse sin perjuicio de la remisión de las informaciones puntuales que se estime conveniente remitir a la Fiscalía General del Estado en cualquier momento y en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 25 EOMF conforme al que los miembros del Ministerio Fiscal pondrán en conocimiento del Fiscal General del Estado los hechos relativos a su misión que por su importancia o trascendencia deba conocer.

A las funciones referidas supra habrán ahora de añadirse, la de la llevanza de las causas por delitos de tráfico ilegal de inmigrantes, bien directamente, bien mediante actividades de supervisión y coordinación, de acuerdo con las potestades autoorganizativas de cada Fiscalía.

Igualmente corresponderá al Servicio de Extranjería el control de la aplicación del art. 59 LE, canalizando todos

los escritos que a tales efectos se remitan por la Fiscalía a la autoridad gubernativa.

En este ámbito, los principios de unidad de actuación, especialización y coordinación vertical de los Servicios de Extranjería de las Fiscalías territoriales van a experimentar un decisivo fortalecimiento a través del Fiscal Delegado Coordinador de Extranjería. En efecto, el Real Decreto 709/2006, de 9 de junio, por el que se establece la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para el año 2006 introduce esta nueva plaza, subrayando la Exposición de Motivos su ubicación en la cúspide de la categoría fiscal y su inspiración en la necesidad de impulsar el papel del Ministerio Público en la persecución de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico público y privado regulador de la extranjería.

VII. Comunicaciones con la Administración

Las comunicaciones fluidas entre la Fiscalía y las autoridades gubernativas en extranjería tienen una importancia esencial, habiendo motivado ya la atención de la Fiscalía General del Estado, teniendo reflejo en la Circular 3/2001, en la Instrucción 2/2002, y en la Circular 1/2002. La importancia de estas comunicaciones queda plasmada en las diversas Memorias de la Fiscalía General del Estado, abordándose en profundidad en la Memoria correspondiente al año 2004, en la que se analizan con detalle algunas experiencias y observaciones de las Fiscalías en relación con esta cuestión. La coordinación de las Fiscalías con las Comisarías Provinciales de Documentación y Extranjería, es imprescindible, sobre todo cuando se autorizan las expulsiones conforme a lo dispuesto en el artículo 57. 7 LE.

La STS (sala 3.^a) de 20 de marzo de 2003 declaró nulo el art.136.3 del anterior Reglamento de Extranjería, conforme al cual se imponía al órgano judicial la obligación de comunicar a la autoridad gubernativa la finalización de los procesos judiciales en los que concurren infracciones administrativas a las normas de Extranjería a los efectos de que pueda reanudarse, iniciarse o archiversse el correspondiente procedimiento administrativo sancionador. La situación creada por la STS de 20 de marzo de 2003, que en definitiva, hacía gravitar todo el peso de las comunicaciones en el Ministerio Fiscal, ha sido corregida o paliada por la Disposición adicional decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que nuevamente introduce la obligación de los órganos judiciales de comunicar a la autoridad gubernativa la finalización de los procesos judiciales en los que concurre la comisión de infracciones administrativas a las normas sobre extranjería, a los efectos de que por las autoridades administrativas pueda reanudarse, iniciarse o archiversse, si procede, según los casos, el procedimiento administrativo sancionador, así como de comunicar condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, a los efectos de incoación del correspondiente expediente sancionador. Idéntica previsión se reitera en el art. 152 RE.

Pero pese a esta obligación de los órganos jurisdiccionales, en todo caso el papel del Ministerio Fiscal en materia de comunicaciones interorgánicas sigue siendo esencial.

Debe tenerse especialmente en cuenta que conforme al art. 151.3 RE cuando el Ministerio Fiscal conozca que un extranjero se encuentre imputado en un procedimiento por delito menos grave y pudiera estar incurso en alguna de las causas de expulsión previstas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sin que hubiera sido

incoado el correspondiente expediente administrativo sancionador, informará sobre tal imputación a la autoridad gubernativa para que ésta compruebe si procede o no la incoación de expediente de expulsión, a los efectos oportunos.

La Instrucción 2/2002 desarrolla la obligación de los Fiscales de comunicar o interesar de la autoridad judicial que comunique a las Brigadas provinciales de documentación y extranjería las resoluciones que puedan afectar a los expedientes gubernativos de extranjería. Aunque tales facultades y deberes de comunicación recaen sobre todos los Fiscales, la Instrucción -adoptando un criterio que ahora debe ratificarse y recordarse- parte de que la concreta comunicación con la autoridad gubernativa parece preferible que se efectúe desde el Servicio de Extranjería, a fin de centralizar desde éste todas las comunicaciones de semejante naturaleza. Esta pauta debe mantenerse con flexibilidad, subordinada siempre a las necesidades organizativas de cada Fiscalía.

Pero en todo caso, en relación con las materias a que hace referencia el art. 152 RE quien debe comunicar es el órgano jurisdiccional. Lo que si competirá a los Sres. Fiscales es la supervisión en cada causa del cumplimiento de tal obligación, oponiéndose al archivo del procedimiento en tanto no conste remitida la correspondiente comunicación.

Las comunicaciones previstas en el art. 151.3 del Reglamento deberán ser realizadas directamente por la Fiscalía, preferentemente por el Servicio de Extranjería.

VIII. Conclusiones sobre expulsión sustitutiva de extranjeros no residentes legalmente condenados por delito (arts. 89 y 108 CP)

Los Sres. Fiscales, en los casos en que se impongan a extranjeros no residentes legales penas privativas de libertad inferiores a seis años, habrán de interesar como regla general la sustitución de las mismas por la expulsión.

La expulsión en sustitución de penas privativas de libertad puede en principio aplicarse tanto a los extranjeros que se encuentran irregularmente en España como a los extranjeros en situación de estancia, conforme al art. 30 LE.

En supuestos en los que a la vista de las circunstancias personales concurrentes en el penado la expulsión automática del art. 89 conduzca a resultados que contraríen la doctrina del TEDH habrá de optarse por no solicitar la expulsión.

Los estudiantes extranjeros con autorización de estancia, conforme al art. 33 LE deberán considerarse como extranjeros residentes legalmente en España, por lo que no se les aplicarán en caso de condena penal los mecanismos de la expulsión sustitutiva de la pena.

La falta de residencia legal del extranjero debe estar debidamente acreditada en la causa, debiendo entenderse que en principio, la certificación expedida por funcionarios de las Brigadas de Extranjería y Documentación sobre inexistencia de autorización de residencia e incorporada a la causa penal, será, como documento oficial expedido por los órganos del Ministerio de Interior, prueba suficiente para acreditar la aplicabilidad o

inaplicabilidad del régimen legal del art. 89 CP.

Habrà de partirse de que no es necesario solicitar la referida certificación si el extranjero imputado no solo no presenta documentación acreditativa de su residencia legal sino que además reconoce no disponer de tal autorización.

En tanto la calificación del extranjero como no residente es esencial a los efectos de la consecuencia jurídica de la expulsión sustitutiva y debe ser objeto de prueba, tal extremo habrá de ser recogido por los Sres. Fiscales en la conclusión primera del escrito de conclusiones provisionales o de acusación, debiendo incorporarse el soporte probatorio como regla general durante la fase de instrucción y antes de la calificación.

Lo determinante para decidir la procedencia o no de la expulsión sustitutiva no será la pena abstracta señalada al delito, sino que habrá exclusivamente de tenerse en cuenta la pena concretamente impuesta.

Por pena privativa de libertad habrá de entenderse cualquier pena de prisión. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas, pese a tener la consideración de pena privativa de libertad, no se entenderà susceptible de ser sustituida por la expulsión.

Para aplicar la expulsión sustitutiva es necesario una condena por delito, no siendo suficiente una condena a pena privativa de libertad por una simple falta.

No procederà interesar la expulsión sustitutiva cuando se imponga una pena de prisión de menos de tres meses, toda vez que conforme al art. 71.2 CP será imperativo sustituirla por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, ambas penas no privativas de libertad.

Dentro del grupo de delitos que exigen cumplimiento ordinario estarán normalmente aquellos en los que el sujeto activo es un extranjero no residente que accede a España con el fin de cometer el delito y con ánimo de volver al extranjero una vez perpetrados los hechos. Estas consideraciones deben ser especialmente aplicables a extranjeros no residentes traficantes de drogas (que causen grave daño a la salud o aun no causándolo, en cantidad de notoria importancia).

Cabe interesar la expulsión sustitutiva en delitos contra la salud pública, aunque se trate de sustancias que causan grave daño a la salud cuando se trate de actividades de venta al por menor de pequeñas cantidades.

Deben excluirse de la expulsión sustitutiva como pauta general los delitos cometidos por organizaciones criminales.

Con carácter ordinario habrán de plantear los Sres. Fiscales la petición de expulsión sustitutiva total o parcial en conclusiones provisionales.

Es admisible introducir la petición de expulsión en trámite de elevación de las conclusiones a definitivas si se ha omitido con anterioridad, sin perjuicio de que en tales supuestos y para evitar cualquier sombra de indefensión deba concederse a la defensa a solicitud de la misma un plazo adicional para poder estudiar posibles alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes, aplicando

análogamente lo dispuesto en el art. 788.4 LECrim.

Los Sres. Fiscales defenderán como regla general la interpretación conforme a la cual no cabe acordar la expulsión sustitutiva en ejecución de sentencia.

Por excepción, cabrá admitir que en fase de ejecución se resuelva sobre la expulsión sustitutiva si tal previsión se incluyó en la parte dispositiva de la sentencia, difiriéndola a la ejecutoria, así como cuando la petición se realice por el propio penado. En estos supuestos limitados en los que se promueva una resolución de expulsión sustitutiva después de dictada sentencia, será necesario dar audiencia al penado asistido de su letrado, permitiéndole articular prueba sobre los presupuestos de la expulsión, y debiendo adoptar la decisión la forma de auto motivado, susceptible de los correspondientes recursos. Por supuesto, también habrá de darse audiencia al Fiscal.

Los Sres. Fiscales, partiendo de que la decisión sobre la expulsión sustitutiva debe adoptarse en la sentencia, habrán de interponer en su caso los correspondientes recursos ante la injustificada falta de pronunciamiento expreso, en uno u otro sentido, sobre la expulsión.

Cuando se trate de sentencias dictadas de conformidad en el Juzgado de guardia, podrá el Juez de Instrucción acordar el ingreso en prisión del penado extranjero por aplicación del art. 801.1.4 LECrim. En los supuestos de conformidad la misma debe ir precedida de la información al reo de que la pena va a ser sustituida por la expulsión.

Cabe admitir en circunstancias definidas por su excepcionalidad y tratándose de reos en libertad provisional durante el proceso, otorgar un plazo -que en ningún caso podrá ser inferior a 72 horas (art. 64.1 LE)- para cumplir voluntariamente la sentencia, abandonando el territorio nacional.

La exclusión de la aplicación de los arts. 80, 87 y 88 CP, a que se refiere el art. 89.1 párrafo 3.º solamente afecta a los supuestos en los que se lleva a efecto con éxito la expulsión. Frustrada ésta, los Sres. Fiscales habrán de partir de que tales preceptos recobran su aplicabilidad, sin que por tanto pueda interpretarse el inciso cumplimiento de la pena privativa de libertad como inexorable ingreso en prisión. Una exégesis acorde con los valores constitucionales llevaría en tales supuestos a la aplicación de las disposiciones generales sobre la ejecución de la pena.

Los Sres. Fiscales habrán de incluir en la conclusión quinta la petición de prohibición de regreso durante el plazo que conforme al art. 89.2 CP proceda, al ser esta sanción una consecuencia jurídica ligada al delito.

Los criterios a seguir ante los supuestos de tentativa de regresar o de regreso a España consumado por parte del extranjero en incumplimiento de la prohibición serán en ambos casos los de devolución inmediata.

Habrà de admitirse la posibilidad de acordar el mecanismo de la expulsión sustitutiva en los supuestos en los que el reo sea condenado, en la misma o en diferentes sentencias, a varias penas todas ellas inferiores a los seis años de privación de libertad, aunque sumadas excedan de dicho límite.

Si el penado extranjero tiene otra u otras causas penales pendientes de enjuiciamiento, no existirá ningún obstáculo para que, concurriendo los requisitos legales, una vez acordada la expulsión sustitutiva en la causa ya finalizada, se autorice la expulsión, conforme al art. 57.7 LE, por los Juzgados que estén conociendo las causas no finalizadas por sentencia. De no concederse tal autorización habrá de hacerse uso del inciso in fine del apartado 1º del art. 89 CP, conforme al que en el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente.

IX. Conclusiones sobre la medida cautelar de internamiento.

La actuación de los Sres. Fiscales en el control de legalidad de los internamientos se extiende a todas las modalidades de internamiento de extranjeros regulados en la Ley. Por tanto, habrán de entenderse comprendidos. 1) los internamientos de extranjeros detenidos por causa de expulsión mientras se tramita el procedimiento; 2) el internamiento de extranjeros ya expulsados, si hubieran incumplido la orden de salida 3) los internamientos de extranjeros detenidos en territorio español contra los que exista una resolución de expulsión de otro Estado miembro de la Unión Europea; 4) los internamientos por causa de devolución por encontrarse en España vulnerando una prohibición de entrada vigente 5) los internamientos por causa de devolución respecto de extranjeros detenidos cuando pretendían entrar ilegalmente en España; y 6) los internamientos en los casos de denegación de entrada con acuerdo de retorno.

En relación con las privaciones de libertad en aplicación de la Ley de Extranjería y el procedimiento de habeas corpus, los Sres. Fiscales habrán de partir de que este procedimiento queda manifiestamente fuera de lugar cuando la intervención judicial ya se ha producido. Sin embargo, el hecho de que se prevea que, en virtud de la legislación de extranjería, la autoridad judicial va a tener que intervenir en breve para la decisión de internamiento no es causa de inadmisión de la solicitud de habeas corpus. Por otro lado será admisible tal solicitud frente a internamientos que pese a haber sido decididos judicialmente se extiendan más allá del plazo señalado en el auto dictado al efecto.

Los Sres. Fiscales velarán porque las solicitudes de internamiento, sea cual sea su origen, sean tramitadas en procedimientos autónomos. En todo caso, de tramitarse conjuntamente con unas diligencias penales, los Sres. Fiscales promoverán, en caso de autorizarse el internamiento, la deducción del oportuno testimonio para que la supervisión de esta medida continúe en un procedimiento autónomo.

Los Sres. Fiscales interesarán de los Juzgados de Instrucción que se les cite para la audiencia previa a la decisión sobre el internamiento. Igualmente los Sres. Fiscales interesarán de los Juzgados de Instrucción que se les dé traslado para emitir informe sobre el internamiento solicitado con carácter previo a la decisión judicial, que se les notifique la resolución dictada y que se les dé traslado de los recursos que puedan interponerse contra la misma.

Los Sres. Fiscales favorecerán las vías hermenéuticas en pro de la efectividad de la tutela judicial a las personas respecto de las que se solicita internamiento, de modo que la audiencia permita al extranjero, con asistencia letrada, hacer alegaciones y proponer y practicar prueba pertinente.

Habr  de exigirse que la documentación remitida por la Policía incorpore datos sobre las verificaciones efectuadas en relación con la identidad del extranjero presentado como detenido, así como todas las anotaciones que obren en los ficheros policiales sobre el mismo.

La pauta general para calibrar la pertinencia de los internamientos por causa de expuls n es la de que a mayor socialización e integración del expedientado, menor riesgo de fuga. La carencia de documentación, en tanto reduce la segura identificación de la persona expedientada, también es un factor a valorar en cuanto a la ponderación del *periculum in mora*.

Tras la reforma operada en la LECrim por Ley 38/2002, de 24 de octubre, habrán ahora de entenderse como recursos procedentes frente a las resoluciones sobre el internamiento los de reforma y apelación. Estos recursos de reforma y apelación no suspenderán el curso de las actuaciones (vid art. 766, apartado 1 LECrim).

Los Sres. Fiscales deberán, mediante oficio, poner en conocimiento del Delegado o Subdelegado del Gobierno, a través del Fiscal Jefe, las eventuales disfunciones que puedan detectarse durante las inspecciones de los centros de internamiento.

En caso de que tales disfunciones comunicadas al Delegado o Subdelegado del Gobierno no sean corregidas en plazo razonable, atendidas las circunstancias en cada caso concurrentes, los Sres. Fiscales lo pondrán, a través del Fiscal Jefe, en conocimiento de la Fiscalía General del Estado.

X. Conclusiones sobre autorizaciones para expulsar a extranjeros imputados en procesos penales

Los Sres. Fiscales habrán de seguir como regla general la de informar favorablemente las solicitudes de autorización para expulsar a extranjeros imputados en procesos penales, cuando concurren los requisitos legales previstos en el art. 57.7 LE.

En cuanto al momento preclusivo para solicitar la autorización de la expuls n, debe entenderse que es el del inicio de la celebración de juicio oral. Podrá no obstante autorizarse la expuls n solicitada en estos supuestos si las sesiones del juicio oral se suspenden por causa legal. Solicitada la autorización de expuls n en cualquier procedimiento, si se considera la misma procedente habrá de promoverse que se deje sin efecto el señalamiento del juicio oral, cuando éste hubiera sido ya convocado y aunque el procedimiento se tramite como juicio rápido o juicio de faltas de señalamiento inmediato.

Si el procedimiento penal hubiera concluido por sentencia absolutoria o por sobreseimiento libre, no es necesaria la autorización de expuls n por parte del órgano de la jurisdicción penal. En estos casos, si se solicita por la autoridad gubernativa la autorización y la causa es trasladada al Fiscal para dictamen, para evitar confusiones, los Sres. Fiscales habrán de indicar que no procede otorgar autorización alguna por no ser necesaria la misma al no existir proceso penal pendiente.

Si el procedimiento penal hubiera concluido por sobreseimiento provisional por no estar acreditados los hechos, habrán de distinguirse dos supuestos:

a) Si la causa se sigue por hechos que tienen asignada pena inferior a seis años, habrá de informarse conforme a la regla general en el sentido de ser procedente la autorización para la expulsión.

b) Si por contra la causa se sigue por hechos que tienen asignada pena privativa de libertad igual o superior a seis años habrán de analizarse los óbices procesales que fundamentan el sobreseimiento, de modo que si es improbable que tales obstáculos puedan superarse y que por tanto puedan llegar a enjuiciarse los hechos, la regla general será informar en el sentido de ser procedente la autorización para la expulsión. En otro caso deberá emitirse informe negativo por ser la pena señalada superior al tope legal.

Habrà de procederse a oír no solo al Fiscal sino también al interesado, es decir, al extranjero procesado o inculcado, así como a las partes personadas. Esta audiencia deberá cohonestarse con la necesaria celeridad que ha de respetarse en la resolución de estos incidentes. Por ello habrá de entenderse cumplimentada dando la oportunidad de que interesado y demás partes puedan formular alegaciones, de manera que si no lo hacen dentro del plazo legal (que debe entenderse común al del Fiscal), podrá continuarse la tramitación del incidente de autorización de la expulsión.

En todo caso, los Sres. Fiscales, como cautela, ante la eventualidad de que pueda ser solicitada la expulsión administrativa del extranjero sometido a proceso penal, en la primera declaración que el mismo preste en calidad de imputado, promoverán que se le dé la oportunidad para que pueda manifestar lo que a su derecho convenga sobre tal posibilidad. Anticipando este nuevo trámite de audiencia, pueden allanarse eventuales problemas de citaciones y traslados, al tiempo que se da debido cumplimiento al precepto reglamentario.

En relación con el plazo máximo de tres días para que el órgano judicial conceda la autorización, deberán los Sres. Fiscales dentro de su función dinamizadora del procedimiento promover su cumplimiento estricto, coadyuvando a través de un preferente y ágil despacho de estas causas. Ello no obstante, ante la falta de previsión legal sobre las consecuencias del incumplimiento del plazo debe entenderse por un lado que el agotamiento del mismo no impide otorgar la autorización solicitada; y por otro lado, que el transcurso del plazo sin resolución no significa autorización tácita.

Con la nueva redacción del art. 57.7 LE se incluye dentro del ámbito de la autorización a los delitos o faltas para los que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, por lo que queda claro que cabe la autorización en juicios de faltas y en causas por delitos que llevan aparejada pena no privativa de libertad.

Al igual que cabe autorizar la expulsión cuando se sigan varias causas contra el mismo extranjero si cada una respeta el límite penológico establecido en el art. 57.7 LE, cabrá autorizar la expulsión si la misma causa se sigue por varios delitos contra el mismo extranjero siempre que cada uno de ellos no supere la pena de seis años de privación de libertad.

En el orden jurisdiccional penal no puede enjuiciarse la procedencia de la decisión legalmente adoptada de expulsión, por lo que no habrán de entrar los Sres. Fiscales en el análisis de cuestiones tales como el arraigo de la persona afectada, o la plena acreditación de los hechos que fundamentan la causa de expulsión invocada en

el expediente administrativo, pues el control jurisdiccional de estos elementos encuentra su sede natural en el propio procedimiento administrativo, y eventualmente en el orden contencioso- administrativo.

El expediente administrativo de expulsión ha de haber agotado su tramitación y estar concluido, debiendo haber recaído la sanción de expulsión. No es óbice para conceder la autorización que el referido acto administrativo haya sido recurrido.

Los Sres. Fiscales cuidarán que no se archive la causa hasta tanto no conste la efectiva ejecución de la expulsión acordada. El archivo debe adoptar la forma de provisional, no debiendo acordarse como definitivo sino hasta el transcurso de los plazos de prescripción.

Si la expulsión no llega a ejecutarse habrá de continuarse el procedimiento penal. En el caso de que el expulsado regrese a territorio nacional antes de transcurrida la prohibición de entrada habrá de procederse no a la reapertura del proceso penal sino a la devolución por la autoridad administrativa. Solo en el caso de que ésta no se llevara a efecto podría alzarse el sobreseimiento provisional acordado en la causa penal.

XI. Conclusiones sobre menores extranjeros no acompañados

Una vez que los Sres. Fiscales reciban la noticia de la localización de un presunto menor extranjero no acompañado, habrán de proceder a la incoación de unas diligencias conforme al art. 5 EOMF.

La decisión en la que se disponga lo necesario para la determinación de la edad del menor y la decisión en la que se ponga al menor a disposición de los servicios competentes de protección de menores habrá de acordarse mediante el correspondiente decreto, sin perjuicio de que pueda ser comunicada previamente por cualquier medio, incluso por medios telemáticos o telefónicos a la fuerza actuante, en aras de la necesaria celeridad, con el fin de evitar tiempos muertos o dilaciones, teniendo en cuenta los intereses en juego.

El referido decreto especificará la edad del menor, de forma aproximativa y conforme a los elementos de prueba de que se disponga. Dicho decreto tendrá efectos provisionalísimos, y así habrá de hacerse constar en el mismo, no suponiendo por tanto una resolución definitiva sobre la edad de la persona afectada, que podrá ser sometida a pruebas complementarias en el curso de otros procedimientos.

Los Sres. Fiscales deberán promover la efectiva utilización del Registro de menores extranjeros no acompañados, conforme a lo dispuesto en el art. 111 RE, tanto exigiendo a la Fuerza actuante, salvo causa justificada, su consulta previa en el proceso de determinación de edad, como impulsando las inscripciones de los menores localizados por primera vez.

Los Sres. Fiscales habrán de asegurar en todo caso que siempre que las pruebas practicadas constaten la minoría de edad del extranjero indocumentado o establezcan una horquilla de edades cuya franja inferior quede por debajo de los dieciocho años, éste quede a disposición de los servicios competentes de protección de menores, sin perjuicio de comprobaciones ulteriores respecto de la edad.

Las notificaciones que en relación con el proceso de repatriación de menores conforme al art. 35 LE y 92 RE se

reciban en Fiscalía habrán igualmente de dar lugar a la incoación de las correspondientes Diligencias preprocesales. Habrá de verificarse especialmente que en la tramitación del expediente administrativo se ha respetado el derecho del menor a ser oído (art. 9.1 LO 1/1996, de 15 de enero, art. 92.4 párrafo 1.º RE) , que se ha evacuado el informe de los servicios de protección de menores (art. 35 LE), que se ha acordado por el Delegado del Gobierno o por el Subdelegado del Gobierno y que se dan las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor, o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen (art. 92.4 párrafo 4.º RE) y que no se hubiera verificado la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares (art. 92.4 párrafo 5.º RE).

XII.- Conclusiones sobre delitos relativos al tráfico ilegal de inmigrantes

Debe partirse de que los tipos del art. 318 bis no exigen habitualidad. Tampoco requiere el tipo básico del art. 318 bis el abuso de situación de necesidad, ni la puesta en peligro al menos de los derechos de los ciudadanos extranjeros ni la dignidad humana.

En cuanto a qué deba entenderse por tráfico ilegal, deberá considerarse englobado el efectuado contra las normas de la legislación de extranjería para el cruce de fronteras (vid. fuera de los pasos habilitados) o con fraude de esas normas (entrada por pasos habilitados pero con documentación falsa o declarando falsamente el motivo del viaje).

Los Sres. Fiscales habrán de considerar típica conforme al art. 318 bis la conducta consistente en el traslado del emigrante desde el punto de desembarco en la costa española hasta otros puntos seguros con conciencia de la condición de emigrante clandestino de la persona transportada y con voluntad de ejecutar la acción prohibida.

Una misma conducta de tráfico ilegal generará un único delito, con independencia del número de personas que resulten afectadas.

El traslado ilegal desde Ceuta y Melilla a otro punto del territorio español también puede integrar el tipo pese a no concurrir elemento transnacional.

Puede admitirse la complicidad como forma de participación, si bien revestirá carácter excepcional.

La conducta base exige dolo directo. La necesidad de dolo directo debe servir para excluir del ámbito de la norma los supuestos en los que no se pretende favorecer la emigración ilegal sino auxiliar en sus necesidades primarias a quien ya ha entrado en territorio nacional.

El tipo del art. 318 bis es de consumación anticipada y de mera actividad. Es irrelevante que no se concluya la operación de que se trate por causas ajenas a la voluntad del agente. El delito se consuma aunque la interceptación de la patera o cayuco se produzca antes de llegar a la costa española.

El subtipo agravado consistente en poner en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas (apartado 3.º) requiere un peligro concreto. Debe partirse de que los traslados en frágiles embarcaciones desde la costa norteafricana a la española generan por sí un peligro concreto.

El subtipo agravado consistente en el traslado de menores requiere que el sujeto activo conozca la minoría de edad del emigrante, aunque sea con dolo eventual.

En los supuestos en los que en la actividad de tráfico de inmigrantes llegara a irrogarse lesión a algún bien jurídico individual de éstos penalmente tutelado, habrán de distinguirse dos supuestos distintos: si el riesgo creado lo fue respecto de una sola persona, nos encontraremos ante un concurso de leyes, no pudiendo aplicarse simultáneamente el subtipo agravado y el delito derivado de la concreción del peligro, debiendo por contra aplicarse el tipo básico y el delito de resultado o el subtipo agravado exclusivamente, si éste resultara castigado con pena superior. Si el riesgo creado lo fue respecto de varias personas y el resultado lesivo solo se concretó respecto de una de ellas, podrá aplicarse como concurso ideal el subtipo agravado del art. 318 bis y el tipo de resultado.

En tanto no se consolide un criterio jurisprudencial en sentido contrario, los Sres. Fiscales mantendrán la aplicación preferente del tipo del art. 318 bis CP respecto del contenido en el art. 313.1 CP.

El estado de necesidad para poder ser apreciado debe acreditarse cumplidamente, debiendo entenderse, desde luego, incompatible con el precio.

Deberán tener presentes los Sres. Fiscales las posibilidades individualizadoras que permite el apartado 6.º del art. 318 bis. A estos efectos debe admitirse que la posibilidad de degradación penológica opere no solo sobre el tipo básico sino también sobre los subtipos agravados.

En tanto no exista jurisprudencia consolidada en otro sentido, los Sres. Fiscales habrán de mantener la tesis de la competencia de la jurisdicción española para abordar los casos en los que no habiéndose alcanzado aún territorio nacional, es rescatado en una acción de salvamento en aguas internacionales y conducido a España un sospechoso de estar implicado en una conducta de tráfico de inmigrantes cuando por las circunstancias concurrentes el destino inequívoco de la embarcación era España.

Habrà de partirse de que solo podrán ser sujetos pasivos del delito tipificado en el art. 318 bis 2 los extranjeros, con exclusión de los ciudadanos de la Unión Europea, sin perjuicio de la aplicación en su caso del tipo del art. 188.1 CP.

Los subtipos de los apartados 3.º, 4.º y 5.º del art. 318 bis también le son aplicables al tráfico con fines sexuales. Debe no obstante excluirse la agravación en base al ánimo de lucro, pues el mismo es inherente a la finalidad de este tráfico, con reflejo el término “explotar” empleado por el legislador.

XIII. Conclusiones sobre aspectos organizativos

Manteniendo las líneas organizativas establecidas en la Instrucción 2/2002, debe hacerse hincapié en la necesidad -dentro de las potestades autoorganizativas de cada Fiscalía- de adoptar medidas para la efectividad del principio de coordinación interna entre el servicio de extranjería y el resto de la Fiscalía.

La obligación de elevar informe a la Fiscalía General sobre la actividad del Servicio de Extranjería se mantiene

en una periodicidad anual, debiendo integrarse en la Memoria de cada Fiscalía territorial e incorporarse extractada en la Memoria anual de la Fiscalía General del Estado.

El servicio de extranjería debe hacerse cargo de la llevanza de las causas por delitos de tráfico ilegal de inmigrantes, bien directamente, bien mediante actividades de supervisión y coordinación, de acuerdo con las potestades auto organizativas de cada Fiscalía.

Corresponderá al Servicio de Extranjería el control de la aplicación del art. 59 LE, canalizando todos los escritos que a tales efectos se remitan por la Fiscalía a la autoridad gubernativa.

XIV. Conclusiones sobre comunicaciones inter orgánicas

En relación con las materias a que hace referencia la disposición adicional decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre y el art. 152 RE corresponde al órgano jurisdiccional remitir las correspondientes comunicaciones a la Administración. Los Sres. Fiscales cuidarán en cada causa del cumplimiento de tal obligación, oponiéndose al archivo del procedimiento en tanto no conste remitida la correspondiente comunicación.

Las comunicaciones previstas en el art. 151.3 del Reglamento deberán ser realizadas directamente por la Fiscalía, preferentemente por el Servicio de Extranjería.

