

1.3 Inmigrantes vulnerables

En primer lugar, hay que reseñar que no todos los inmigrantes se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad derivada de tal condición; ello dependerá fundamentalmente de diferentes factores como su situación administrativa y su capacidad económica. Como indica el informe de ACNUR¹⁰, los migrantes no son intrínsecamente vulnerables, ni carecen de resiliencia. Más bien, la vulnerabilidad es el resultado de múltiples formas de discriminación, desigualdad y dinámicas estructurales y sociales que se entrecruzan y conducen a niveles de poder y disfrute de los derechos disminuidos y desiguales. Por principio, y para garantizar que cada migrante pueda acceder a una protección adecuada de sus derechos, la situación de cada persona debe evaluarse individualmente.

Los migrantes pueden encontrarse en situaciones de vulnerabilidad por múltiples razones, que a veces se suman agravándose mutuamente y que evolucionan y varían en el tiempo. ACNUR en el informe referido, las agrupa en dos categorías fundamentales:

– Vulnerabilidad situacional: derivada de las condiciones en las que se produce el desplazamiento o de las condiciones en el país de migración. Se refiere a las circunstancias durante la ruta o en los países de destino que ponen a los migrantes en riesgo. Esto sucede principalmente cuando se utilizan vías irregulares, provocando que las personas queden expuestas a explotación y abuso por parte de traficantes, tratantes, reclutadores y funcionarios corruptos; así como el riesgo de muerte a bordo de barcos no aptos para la navegación o durante el paso por desiertos peligrosos u otros cruces terrestres. Los riesgos pueden exacerbarse por falta de documentación legal, ausencia de apoyo de la familia o de la comunidad, conocimiento limitado del idioma local, o discriminación. Los migrantes que se encuentran en un país que no es el suyo, y que está asolado por conflictos, desastres u otras crisis humanitarias, también hacen parte de esta categoría.

– Vulnerabilidad individual: tiene que ver con características o circunstancias de la propia persona que determinan una situación de especial riesgo (menores, ancianos, personas con discapacidad, enfermos, superviviente de trata, torturas o traumas que no entran en el ámbito de la definición de refugiado).

¹⁰ «Migrantes en situaciones de vulnerabilidad» Perspectiva del ACNUR. <https://www.ohchr.org/es/migration/migrants-vulnerable-situations>.

Como señala la Fiscalía de Baleares, *los marcos de protección no han sido lo suficientemente eficaces para aplicar, como corresponde, los derechos de los migrantes en general, ni para satisfacer las necesidades de los migrantes vulnerables. Ante esta situación se hace necesario, en línea con lo proclamado en la declaración de Nueva York, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas al finalizar la Cumbre sobre Refugiados y Migrantes, celebrada el 19 de septiembre de 2016, que todas las autoridades nacionales se impliquen en proteger la seguridad, la dignidad y los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los migrantes, sea cual fuere su estatus migratorio.*

Debe llamarse la atención sobre el hecho de que estar en posesión de un permiso de residencia y trabajo, no acaba con los problemas a los que se enfrentan los inmigrantes. En nuestro país, la mayoría de los inmigrantes no comunitarios, aún hallándose en situación administrativa regular, siguen ocupando trabajos más elementales, en situación de mayor temporalidad y precariedad que los nacionales, percibiendo ingresos medios mensuales mucho más bajos¹¹.

Los trabajadores migrantes contribuyen a la economía de los países de acogida y las remesas de dinero que envían a sus hogares ayudan a desarrollar las economías de sus países de origen. Sin embargo, al mismo tiempo, es frecuente que los trabajadores migrantes cuenten con una protección social inadecuada y sean vulnerables a la explotación y a la trata de personas. Si bien los trabajadores migrantes con capacitación son menos vulnerables a la explotación, su partida priva a algunos países en desarrollo de trabajadores valiosos que son necesarios para sus respectivas economías. Las normas de la OIT sobre las migraciones ofrecen mecanismos, tanto a los países de origen de los trabajadores migrantes como a los países receptores, que permiten gestionar los flujos migratorios y garantizar una adecuada protección a esta categoría vulnerable de trabajadores.

A este respecto, la Fiscalía de Almería, realiza una serie de consideraciones que resultan de sumo interés sobre la posición que debe adoptar la Fiscalía y la legislación con la que contamos para la defensa de los inmigrantes, indicando que, *es fundamental el papel que juegan las asociaciones y ONGs en la orientación y asesoramiento de este colectivo. Estas instituciones son mayoritariamente las destinatarias iniciales de los problemas y necesidades del extranjero y desde las mismas se*

¹¹ Informe «Arraigo sobre el Alambre», la integración social de la población de origen inmigrante en España, Fundación Foessa y Caritas España. Juan Iglesias, Antonio Rua, Alberto Ares . 2020. https://www.nadiesinfuturo.org/IMG/pdf/INFORME_ARRAIGO_SOBRE_EL_ALAMBRE.pdf.

le orienta en cómo deben actuar ante un episodio racista o xenófobo. Es fundamental, por lo tanto, que tanto fuerzas y cuerpos de seguridad como la Fiscalía mantengan cauces directos de comunicación y colaboración con estas entidades de auxilio al inmigrante y extranjero.

También debemos hacer un esfuerzo en las Fiscalías por ser especialmente cercanos, accesibles y visibles, para ser referente del extranjero y depositarios de sus denuncias y así poder desgranar los hechos que tengan relevancia penal.

A nivel legislativo, son numerosas las normas enfocadas a la debida protección de las víctimas de los delitos, siendo un hito normativo el Estatuto de la Víctima (Ley 4/2015). Recientemente, la LO 8/2021 de Protección Integral a la Infancia y la adolescencia frente a la violencia, nos ofrece todo tipo de herramientas directamente enfocadas a detectar y tratar a estos delicados sujetos pasivos del delito, muchos de ellos extranjeros. Finalmente, debemos hacer mención especial a la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, que incluso establece un régimen de sanciones (leves, graves y menos graves) respecto de situaciones discriminatorias que queden extramuros del Derecho Penal.

Del mismo modo, contamos con un interesantísimo «Protocolo para combatir el discurso de odio en línea» de fecha 18 de marzo de 2021 como instrumento de colaboración para evitar que los contenidos discriminatorios –muchos de ellos dirigidos contra el extranjero– permanezcan accesibles en la red, con los efectos perversos que ello genera. Gracias a este protocolo, se podrán sortear los obstáculos hasta ahora existentes para encauzar de forma rápida y eficaz las peticiones judiciales a las principales plataformas digitales para que retiren ese contenido ilícito (Facebook, Twitter, Youtube, Instragram, Microsoft y Tiktok).

Por lo tanto, disponemos de una completa batería de normas protectoras específicas tanto penales como administrativas. Nuestra legislación está bastante evolucionada en cuanto a protección del extranjero, pero las mayores cuotas de eficacia se alcanzan cuando los autores delictivos son identificados y puestos a disposición de la Justicia. En ese momento es cuando todas las herramientas son operativas y el sistema puede amparar de verdad a las víctimas.

En conclusión, el margen de mejora se encuentra en mostrar por parte de los poderes públicos cercanía y sensibilidad hacia el inmigrante, de manera que tengan la confianza de denunciar cualquier conducta discriminatoria hacia ellos y que no sea tan alta la cifra negra. En este orden de cosas, y considerando la especial incidencia que la inmigración tiene en esta provincia, refiere la buena práctica de

la Sección de Tutela Penal de la Igualdad de la Fiscalía que mantiene reuniones con asociaciones cuyo objeto social es el cuidado y atención del inmigrante, impartándose además formación a Policía Nacional y Guardia Civil.

En otro orden de cosas, los extranjeros pueden padecer una especial situación de debilidad como sujetos pasivos de delitos, por ser en ocasiones un objetivo fácil y por las posibles dificultades de su denuncia posterior; como señala la Fiscalía de Sevilla *los delincuentes captan en muchas ocasiones intuitivamente los condicionantes de su posible impunidad en la selección de la víctima extranjera*, porque como afirma son muchas las ocasiones en que los delitos cometidos contra ellos no serán objeto de denuncia por distintas razones, (dificultades idiomáticas, desconocimiento del sistema, creencia de inutilidad o urgencia de los traslados), máxime cuando se encuentran en situación irregular.

En este sentido, la Fiscalía de Huelva, indica lo que debe reseñarse como una buena práctica ya que, *la asistencia a las víctimas extranjeras se presta a través del Servicio de Atención a Víctimas de Delito, que atendió durante el año a 368 ciudadanos extranjeros, cumpliendo la misión de emitir en su caso los informes de vulnerabilidad en orden a determinar la necesidad y/o oportunidad de declaración en juicio oral de las víctimas o en su caso la preconstitución de pruebas así como de dar cumplimiento a las previsiones contenidas en la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito*. En esta línea considera que el Estatuto ha supuesto, *de facto*, la equiparación legal entre víctimas nacionales y extranjeras, consagrando un catálogo de derechos iguales para todas las víctimas con independencia del delito padecido, y que en lo que nos concierne hay que entender completado con la reforma operada en la LECrim por la LO 5/2015 de 27 de abril.

La Fiscalía de Álava, recoge un concepto imprescindible para conseguir la integración del ciudadano extranjero, el de confianza, *es necesario que el migrante vea a la sociedad española, como una sociedad confiable en la que sus derechos van a ser respetados*. Y ahondando en esta idea refiere la labor que se realiza desde las ONGs y desde el servicio «Aholku-Sarea», como una red promovida por el Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales del Gobierno Vasco cuyo objetivo es prestar asesoramiento jurídico en materia de extranjería, tanto a las personas inmigrantes en situación de vulnerabilidad, como a los profesionales de las administraciones públicas y entidades del tercer sector que trabajen en procesos de inclusión social con personas migrantes.

En cualquier caso, tal y como señala la Fiscalía de *Huesca la problemática concreta que plantea la protección de los extranjeros en España resulta de una realidad poliédrica que afecta tanto a todos los sectores del ordenamiento jurídico, como a cuestiones sociales, educativas, culturales, religiosas y económicas. Frente a posturas reduccionistas que ven a los extranjeros como potenciales delincuentes, debemos buscar posiciones integradoras que permitan solucionar problemas de índole demográfico y social que el fenómeno de la inmigración supone.*

Apunta el fiscal delegado de Cáceres, que es *muy importante realizar una labor de concienciación a nivel social para intentar romper la asociación, por desgracia muy extendida, entre migración y delincuencia, pues generalizar genera injusticias.*

1.3.1 INMIGRANTES EN SITUACIÓN ADMINISTRATIVA IRREGULAR

A. *Enfoque general*

Uno de los factores más importantes generadores de vulnerabilidad, es la carencia de la documentación necesaria para poder residir y trabajar en el país de recepción. En nuestro país, se calcula que hay entre 470.000 y 500.000 personas en situación administrativa irregular, abocadas a formar parte de núcleos marginales en condiciones de pobreza y exclusión de larga duración, que les hace susceptibles de caer en procesos de explotación.

Por inmigrantes en situación irregular, nos referimos a las personas que no son nacionales españoles ni de ninguno de los Estados miembros de la UE, y que carecen de los oportunos permisos de residencia y/o trabajo conforme a las normas administrativas vigentes, fundamentalmente las recogidas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (LOEX) y su desarrollo reglamentario (R.D. 557/2011, de 20 de abril). Estas personas, en la mayor parte de las ocasiones sin red familiar o social de apoyo, desarraigadas y con importantes limitaciones económicas, se encuentran, salvo excepciones, en una posición de evidente labilidad.

Nuestra Constitución, así como los compromisos internacionales y europeos¹² suscritos por nuestro país en materia de derechos humanos nos obligan a garantizar tales derechos a todas las personas que se

¹² Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, arts. 1, 14, 31, 35 y 47 - https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.

hayan en nuestra jurisdicción, lo que incluye a los inmigrantes irregulares. Aunque lo anterior no suponga la obligación de ofrecer las mismas prestaciones a estos que a los nacionales o a los que se hayan en una situación administrativa regular, se debe atender a un conjunto esencial de normas en materia de derechos humanos, tal y como recuerda la Agencia de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (FRA)¹³, entre los que se cuenta el acceso a:

- La asistencia sanitaria necesaria para todos, en la que se incluye la que se da con carácter de urgencia, y la esencial, como la posibilidad de ser examinado por un médico, o de recibir los medicamentos necesarios;
- La atención sanitaria para embarazadas, así como la asistencia médica y la educación para niños irregulares en iguales condiciones que los nacionales;
- La justicia, un mecanismo que permita a las personas hacer reclamaciones y recibir una indemnización, por ejemplo, en el caso de sufrir un accidente de trabajo.

Los inmigrantes irregulares, son vulnerables a la explotación y los abusos en el trabajo, enfrentándose a múltiples barreras para hacer valer sus derechos en los tribunales, constituyendo la mayor de ellas, el miedo a ser expulsados a sus países de origen, lo que les impide denunciar las condiciones abusivas que padecen. Esta situación hace que empleadores desaprensivos, aprovechen tal coyuntura sin el efecto disuasorio de ser denunciados y sancionados, lo que contribuye al crecimiento de la vulnerabilidad de los inmigrantes irregulares ante la explotación.

En este sentido, se deben adoptar iniciativas de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estos inmigrantes, incluyendo mecanismos eficaces que les permitan presentar reclamaciones contra sus empleadores.

Los/as fiscales, dentro de nuestras competencias, debemos promover la garantía del acceso a esos derechos por parte de los inmigrantes en situación irregular, y perseguir de modo eficaz aquellas conductas que puedan enmarcarse en tipos penales de explotación (T.XV del Libro II del CP), agotando las investigaciones y solicitando penas ejemplares para aquellos que, abusando de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran estas personas, las someten a condiciones laborales especialmente degradantes y vejatorias; interesando siempre

¹³ Los derechos fundamentales de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea - https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1848-FRA-Factsheet_FRIM_ES_BAT.pdf.

las correspondientes indemnizaciones en beneficio de estos inmigrantes por los daños y perjuicios que hayan sufrido.

En la consecución de los citados objetivos, resulta imprescindible promover por parte del Ministerio Fiscal, la coordinación con otras instituciones y organismos implicados con diferentes competencias en la materia (entre otros con las Direcciones Generales correspondientes de los Ministerios de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, de Interior, de Asuntos Exteriores, de Trabajo y Economía Social, Unión Europea y Cooperación, Oficina del defensor del Pueblo, OIM y ACNUR), así como con las principales organizaciones no gubernamentales y entidades de la sociedad civil, implicadas en la defensas de los derechos de los inmigrantes, a los efectos de poder participar y colaborar en estrategias comunes, cada uno desde sus respectivas área competenciales.

No en vano, como señala la Fiscalía de Cantabria, *el artículo 124 atribuye al Ministerio Fiscal la función de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público, y en esa defensa de los ciudadanos, está incluida la defensa de los más vulnerables, por lo que nuestra Institución tiene una enorme responsabilidad en la erradicación de la desigualdad de los ciudadanos extranjeros, promoviendo las acciones penales contra quienes cometen delitos sobre los mismos, pero también ejerciendo su protección, porque la respuesta jurídica no solo será de índole penal, sino también de medidas protectoras.*

B. *Expulsiones de los extranjeros en situación administrativa irregular*

a. Ideas Generales.

La mayoría de los inmigrantes que se encuentran en situación administrativa irregular, una vez detectados y salvo los supuestos exonerados conforme a la ley en virtud de sus especiales circunstancias, son sancionados administrativamente, siendo frecuentemente acordada su expulsión del territorio nacional. El derecho a entrar en España no es un derecho fundamental del que sean titulares los extranjeros con apoyo en el art. 19 de la CE, estando condicionada la entrada al cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 25 LOEX y 4 de su Reglamento (RD 557/2011, de 20 de abril), tal y como recoge el Tribunal Constitucional entre otras en su Sentencia 236/2007, estando regulados varios procedimientos relativos a la salida obligada del territorio español de las personas extranjeras, a saber:

– Retorno a punto de origen del art. 60 LOEX, como efecto derivado de la prohibición de entrada en España por los puestos fronterizos habilitados al efecto.

– Expulsión del extranjero que esta irregular en España por no haber obtenido la prórroga de estancia o por carecer o tener caducada la residencia (art. 57 LOEX).

– Devolución de los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada [art. 58.3 a) LOEX] o los que pretendan entrar ilegalmente [art. 58.3 b) LOEX].

– Rechazo en frontera de la disposición adicional décima de la LOEX, que establece un nuevo régimen ante una situación particular (detección de extranjeros que intentar superar los elementos de contención en la valla fronteriza de Ceuta y Melilla) y permite que la Administración y sus agentes realicen una actividad material de vigilancia orientada a reestablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento de cruce irregular de la frontera.

La mayor parte de los extranjeros cuya expulsión se acuerda, son personas que salieron de sus países huyendo de situaciones de miseria, depresión económica, catástrofes o carencia de oportunidades y derechos, y tras la imposición de la referida sanción, se encuentran ante la frustrante realidad de tener que retornar a los mismos lugares de los que salieron en busca de un futuro mejor, sin que su situación económica, salvo supuestos excepcionales, sea más prospera, que la que traían de origen; esto las sitúa en un entorno debilitado, debiendo tomarse en consideración que sus escasos recursos económicos, las barreras culturales, sociales, idiomáticas y la inexistencia de vínculos, dificultan enormemente la aportación de datos o elementos que pudieran justificar una decisión distinta o posibilitar la impugnación de la sanción de expulsión a lo largo de todo el sistema de recursos legalmente establecidos.

Un importante problema lo constituye el tratamiento jurídico de los inmigrantes irregulares no expulsables por diferentes razones, (fundamentalmente porque no pueden ser documentados debido a la inactividad o falta de reconocimiento de los países de origen), y que permanecen en un espacio carente de derechos (lo que se conoce por un «no lugar»), abocados a ser víctimas de explotación o a caer en redes delincuenciales, dado que no pueden regresar a sus países de origen ni pueden trabajar en el nuestro por carecer de los correspondiente permisos. El miedo al conocido como «efecto llamada», hace que estas personas permanezcan durante largo tiempo en este limbo legal, ante la ausencia de que se les confiera un estatuto jurídico pro-

pio que les permita el acceso a sus derechos básicos, lo que sin duda debe ser remediado mediante las iniciativas legislativas pertinentes.

- b. De los internamiento de extranjeros. Los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIES).

Al hablar de expulsiones de extranjeros en situación administrativa irregular, consideramos imprescindible en el presente estudio una referencia somera a los internamientos en los CIES, especialmente porque, como señala la fiscal delegada de Madrid, *las personas que se encuentran internadas en el CIE se ven sujetas a una severa restricción de sus derechos que no se encuentra motivada por la comisión de un delito, sino por una infracción administrativa*, debiendo tomarse en consideración que, entre las funciones que tiene atribuidas el Ministerio Fiscal, se encuentra la inspección de dichos Centros a fin de velar por el cumplimiento en los mismos de los derechos de los internos.

El internamiento de extranjeros en los centros específicamente establecidos, es una medida cautelar privativa de libertad que, como tal debe tener una aplicación residual, excepcional y basado en criterios de proporcionalidad, debiendo realizarse una valoración de la procedencia de su adopción, caso por caso y ponderando las circunstancias concurrentes máxime cuando estamos hablando de supuestos que, como regla general, excepto aquellos que proceden de la previsión establecida en el art. 89.8 del CP, se fundamentan en poder materializar una expulsión de carácter administrativo impuesta como sanción por haber incurrido en una infracción prevista en la LOEX, esto es por estar en situación administrativa irregular en nuestro país. Debe asentarse el principio *en caso de duda, pro libertad*, tanto si las dudas proceden de no tener clara la posibilidad de repatriación, como si las mismas derivan de las concretas circunstancias personales de la interesada o interesado. De hecho, deberían valorarse otras posibilidades ya instauradas en otros países, que, con el mismo objeto, no supusieran una restricción tan extrema de privación de libertad, como por ejemplo los pisos tutelados.

En otro orden de cosas, deben promoverse medidas por parte de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras del Cuerpo Nacional de Policía, para adoptar prácticas que eviten la importante diferencia entre el número de personas ingresadas y las efectivamente expulsadas, hecho que se ha puesto de relieve reiteradamente en todas nuestras Memorias, siendo así que, conforme a los datos numéricos en las

mismas reflejados, casi la mitad de las repatriaciones de internos en CIE no puedan llegar a materializarse después de que el extranjero ha estado privado de libertad un número importante de días, incluso por plazos cercanos al agotamiento, principalmente por imposibilidad de documentación de los internos.

Resulta exigible de las autoridades policiales competentes que, en la medida de lo posible, se practique una investigación más exhaustiva, previa a solicitar el internamiento, así como que se encuentren avanzadas, o al menos iniciadas con perspectivas de éxito, las gestiones necesarias para conseguir la documentación precisa para la repatriación, en aras a evitar internamientos innecesarios o internamientos de duración excesiva. En caso de no conseguirse esa garantía, debería asentarse el principio de la adopción de otras medidas cautelares menos severas que también prevé la LOEX y que, igualmente, deberán ser prioritarias en los casos en los que no haya evidencias claras de que el extranjero no vaya a ser encontrado en el momento de materializar la expulsión. En este sentido, las solicitudes de internamiento, deberían incorporar los datos correspondientes a la viabilidad de la expulsión referidos al caso concreto, la posibilidad real de documentación para la repatriación y, si se ha iniciado el proceso correspondiente, a fin de que estos elementos puedan ser valorados por la/el fiscal que tenga que informar y por el juez que deba resolver sobre autorizar o no el internamiento, con el fin de evitar privaciones de libertad innecesarias.

Respecto a los CIES, en los mismos se han ido abordando reformas parciales, y aun cuando todos los centros pueden ser mejorados en algún sentido (instalaciones o medios), con carácter general cumplen con los estándares exigidos por la Ley y el Reglamento.

En este sentido, debe continuarse insistiendo, por los canales legalmente establecidos y dentro de nuestro ámbito competencial, para solucionar o paliar las deficiencias que sean detectadas en las visitas giradas por los/las fiscales, entre las que principalmente se encuentran:

- El establecimiento de módulos que permitan la separación entre los internos cuya expulsión ha sido acordada por una resolución administrativa, de aquellos otros que lo son en aplicación de lo dispuesto en el art. 89.8 del CP.

- Mejora de las actividades culturales, deportivas y de ocio ofertadas a los internos, dotando a los centros de los medios y recursos precisos.

– Mejores instalaciones que redunden en una mayor comodidad de los internos. Centros más espaciosos y con habitaciones con un número adecuado de personas.

c. De los rechazos en frontera.

La disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (en adelante LOEX), introducida por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, establece:

1. *Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.*

2. *En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.*

3. *Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.*

Esta disposición debe considerarse conforme a la Constitución y plenamente aplicable siempre que se interprete en el sentido establecido en el fundamento jurídico 8C de la STC 172/2020, de 19 de noviembre.

En la citada sentencia el Tribunal Constitucional valora la especial situación de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, ubicadas ambas en el continente africano y que constituyen la frontera exterior terrestre entre la Unión Europea y terceros Estados, lo que las convierte en una de las principales vías de acceso de los flujos migratorios hacia Europa que justifica un tratamiento específico.

Asimismo, esta sentencia realiza un recorrido sobre los derechos y deberes de los extranjeros concluyendo, que la entrada en nuestro país no es un derecho fundamental de los extranjeros, lo que fundamenta la existencia de procedimientos de salida obligada del territorio, a los que ya se ha hecho referencia.

Posteriormente, tras analizar y hacer suyos los fundamentos recogidos en la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de febrero de 2020 (caso N.D y N.T. c. España),

el Tribunal Constitucional ha declarado que la disposición adicional décima de la LOEX no incurre en inconstitucionalidad.

Esta sentencia de la Gran Sala del TEDH analiza la legislación española y concluye que la misma prevé varias posibilidades para solicitar la admisión en territorio nacional: solicitud de visado, solicitud de protección internacional a través de procedimientos en frontera o en las misiones diplomáticas y consulares, razón por la que estima que no se conculca el artículo 4 del Protocolo 4 (Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), que proscribe las expulsiones colectivas de extranjeros, puesto que considera que «los Estados partes pueden rechazar la entrada en su territorio de los extranjeros, incluido los peticionarios de asilo que, sin concurrir razones imperiosas, no hayan ajustado su conducta a estos mecanismos de entrada sino que han buscado cruzar la frontera por lugares distintos de los habilitados sobre todo, pero no necesariamente cuando, como concurre en este caso, se prevalieron de su gran número y del uso de la fuerza. En definitiva, esta disposición no garantiza el derecho a una entrevista individual en todos los casos, sino que dicho requisito se cumple cuando cada extranjero tiene una posibilidad real y efectiva de presentar alegaciones en contra de su expulsión y estas son adecuadamente valoradas. Si los Estados disponen de los mecanismos adecuados, y se garantiza el derecho a solicitar protección en virtud del convenio de forma real y efectiva, los Estados miembros en cumplimiento de su obligación de controlar las fronteras podrán exigir que dichas solicitudes se realicen en los puestos destinados al efecto. Lo que determina que pueden denegar la entrada a los extranjeros, incluidos los posibles solicitantes de asilo, que sin razones de peso hayan incumplido dichos mecanismos al tratar de cruzar la frontera por lugares diferentes».

Sin embargo, estas sentencias no avalan el uso indiscriminado de este mecanismo, sino que consideran que hay que analizar las circunstancias concretas que concurren en cada caso y observar una serie de exigencias. Así, la STC 172/2020 señala que «el rechazo en frontera, en cuanto actuación realizada por autoridades y funcionarios públicos españoles, está sometido al estricto cumplimiento de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, además de tener que respetar la normativa internacional de derechos humanos y la protección internacional».

Puede afirmarse que, si se promoviesen medidas que mejorasen el acceso a estos canales, como el desarrollo reglamentario del art. 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, *reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, o se posibilitara el acceso de una manera

real a las oficinas de asilo instaladas en los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla, podrían reducirse los saltos de la valla o el número de participantes en los mismos, especialmente de aquellos extranjeros procedentes de países en situación de conflicto bélico como El Chad o Sudán.

En este sentido, debe señalarse que el citado precepto prevé la posibilidad de solicitar asilo ante las representaciones diplomáticas, pero deriva el establecimiento de las condiciones de acceso a las embajadas y consulados y el procedimiento para evaluar las necesidades de su traslado a España a un posterior desarrollo reglamentario de la ley de 2009, que aún no se ha llevado a cabo y que aclararía los trámites a seguir y facilitaría la utilización de este mecanismo. Todo ello unido a la obsolescencia de la propia ley de asilo que viene siendo proclamada por los operadores jurídicos, las organizaciones de la sociedad civil y los organismos internacionales.

Además de la existencia de mecanismos legales y eficaces para acceder a territorio español en los terminos expuestos, la STC 172/2020, de 19 de noviembre, exige el control judicial de la actuación. En este sentido señala que «procede recordar nuestra doctrina según la cual no forma parte de la garantía otorgada por el art. 106 CE un derecho a la completa tramitación de un procedimiento administrativo en materia de extranjería que concluya, en todo caso, con una resolución sobre el fondo del asunto. Por el contrario, las garantías derivadas de este precepto constitucional se satisfacen si los interesados tienen derecho a someter al examen de los tribunales la legalidad de lo que ellos consideran un incumplimiento por parte de la administración de las obligaciones nacidas de la ley» (STC 17/23 de 31 de enero, FJ11), significando que «el rechazo en frontera previsto específicamente para las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla es una actuación material de carácter coactivo, que tiene por finalidad la de restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento por parte de las personas extranjeras de cruzar irregularmente esa concreta frontera terrestre. Actuación material que lo será, sin perjuicio del control judicial que proceda realizarse en virtud de las acciones y recursos que interponga, en cada caso concreto, la persona extranjera».

No obstante lo reflejado en las citadas sentencias y si bien es cierto que, desde un punto legal y teórico, los extranjeros rechazados pueden ejercitar acciones y recursos contra la citada actuación, *de facto*, tal posibilidad es remota, dado que carecen de los conocimientos precisos y de la capacidad económica necesaria, además de las dificultades evidentes de ejercitar acciones judiciales cuando el interesado se

encuentra en un país distinto de aquel donde se deben tramitar, máxime tomando en consideración las condiciones en las que estas personas rechazadas quedan en Marruecos, de donde no son nacionales muchos de ellos.

Por último, las citadas sentencias del TC y del TEDH consideran como requisito imprescindible y exigencia básica el estricto cumplimiento del derecho nacional, regional e internacional de los derechos humanos que es de aplicación en nuestro país. Y en este sentido, la STC 172/2020 indica que en esta actuación «los cuerpos y fuerzas de seguridad deberán prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables, entre las que se cuentan, con distinta proyección e intensidad, las que aparenten manifiestamente ser menores de edad (sobre todo cuando no se encuentren acompañados de sus familiares), debiendo atender la especial salvaguarda de los derechos reconocidos en el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, estar en situación de mujer embarazada o resultar afectados por serios motivos de incapacidad, incluida la causada por la edad avanzada y personas encuadradas en la categoría de especialmente vulnerables».

Sin embargo, realizar estas comprobaciones de forma individual y pormenorizada en el acto, resulta de una extrema dificultad, máxime en los casos de saltos masivos a la valla, donde concurren en ocasiones cientos de personas en un mismo espacio físico-temporal. Aunque se cumpla con las exigencias contempladas en la referida Sentencia del Tribunal Constitucional, toda vez que la misma se refiere a los que «aparenten manifiestamente» hallarse en estas situaciones que considera de especial vulnerabilidad, estas comprobaciones «in situ», entendemos que no puede garantizar adecuadamente que, por error, se rechace a personas vulnerables, especialmente menores cercanos a adquirir la mayoría de edad o personas en situación de ser merecedoras de asilo o protección subsidiaria. En este sentido, deberían extremarse las cautelas, entre otras medidas mediante la elaboración de protocolos de actuación precisos, para garantizar que ningún extranjero sea rechazado si se encuentra en las citadas situaciones.

En todo caso, por todo lo referido, debería realizarse una profunda reflexión sobre estos rechazos, valorando la viabilidad de otros sistemas alternativos más garantistas, como por ejemplo el que se aplica a los extranjeros que acceden ilegalmente por vía marítima en cayucos o pateras, en virtud del cual se traslade a estas personas que acceden a Ceuta o Melilla de la forma descrita, a Centros de Atención Temporal de Extranjeros, donde puedan permanecer un plazo máximo de 72

horas y se pueda constatar, de forma fiable y segura, sus circunstancias particulares (procedencia, posible enfermedad o discapacidad, posibilidad de minoría de edad, supuestos de protección internacional etc.) y posteriormente determinar si procede o no su devolución en base a todo ello.

d. Persecución penal del tráfico de personas.

Una de las medidas imprescindibles para defender los derechos de los inmigrantes, es también la persecución penal de redes criminales, empresarios, grupos y organizaciones dedicadas a favorecer la inmigración ilegal con impúdico ánimo de lucro, y que debe constituir uno de los objetivos prioritarios del Ministerio Fiscal, especialmente cuando aquellas actúan comprometiendo la integridad y la vida de los migrantes.

La lucha contra las mafias que lideran la inmigración ilegal, que en ocasiones se han visto vinculadas con la financiación de otras conductas delictivas incluyendo el terrorismo, requiere de una respuesta coordinada de la Unión Europea, dada la complejidad de la investigación y persecución de este tipo de delitos, y la alta frecuencia con que se presentan problemas de competencia jurisdiccional, de recogida de indicios y pruebas en alta mar, así como de colaboración de los sujetos pasivos.

En este sentido, consideramos que por parte del Ministerio Fiscal deben adoptarse medidas que incrementen la eficacia en la lucha contra este tráfico, tales como:

- Reforzar las fiscalías especializadas en aquellas provincias donde el problema se presenta con mayor crudeza (Islas Canarias, Baleares, Ceuta, Melilla, Almería y Murcia entre otras).

- Promover el uso de herramientas internacionales de cooperación, entre las que se incluyan, cuando proceda, equipos de investigación conjunta. Participación activa en foros internacionales y europeos aportando propuestas de mejora de los instrumentos legales en esta materia.

- Proponer una reforma del sistema que se adecue a la evolución que el fenómeno migratorio ha sufrido y que pondere la gravedad de las diferentes conductas ya que resulta clara la insuficiencia de la modificación del art. 318 bis del Código Penal, operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, que se propuso fundamentalmente transponer a nuestro

derecho las disposiciones europeas, Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 y la DM del Consejo 2002/946/JAI.

En este sentido, se considera necesario prever como figuras agravadas específicas las siguientes conductas:

– El favorecimiento a la inmigración ilegal de manera profesional, habitual o reiterada, sin que se encuentre enmarcada en el ámbito de una organización o grupo criminal, y de aquellos supuestos que tienen por objetivo la introducción en el territorio de un importante número de migrantes en un solo acto o en varios sucesivos.

– Supuestos en los que los sujetos pasivos se hallen en situaciones de especial vulnerabilidad, como mujeres embarazadas, menores no acompañados o personas con discapacidad.

Por otro lado, debería definirse de forma más precisa la agravante prevista en el apartado b, del núm. 3 del art. 318 bis, debiendo precisarse la naturaleza abstracta o concreta del riesgo producido, especificándose los casos que, por ministerio de la ley, deberían ser valorados necesariamente como peligrosos para la vida o la integridad, comprendiendo una relación de supuestos que, conforme a la experiencia adquirida, se revelan como tales: transporte marítimo en embarcaciones que no dispongan de medios de navegación o de seguridad adecuados al número de pasajeros que transportan, hacinamiento en el transporte sin condiciones de higiene o salubridad, determinación a la entrada ilegal por medio de escalamiento en zonas de alto riesgo, introducción de los migrantes en lugares ocultos de vehículo a motor que por su escasa capacidad suponga riesgo de asfixia, etc.

Es de especial relevancia en la lucha contra las redes de tráfico de personas reforzar los mecanismos de cooperación internacional, pues no en vano se trata de un fenómeno delictivo transnacional. En este sentido, la fiscal delegada de Santa Cruz de Tenerife, subraya la *necesidad de promover la cooperación con los principales países de salida, Marruecos, Senegal y Mauritania, estableciendo marcos convencionales específicos en materia de lucha contra la inmigración irregular y que permita ampliar las investigaciones para poder perseguir a los organizadores en origen compartiendo la información que se obtiene en destino*. En este sentido, señala como de utilidad el proyecto financiado por la Unión Europea que permitió un intercambio entre ella y un fiscal senegalés que supuso conocer la realidad de ambos países y diseñar estrategias comunes.

1.3.2 VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS

En este apartado de migrantes vulnerables, especial mención requieren las víctimas de trata de seres humanos, pues en nuestro país, aproximadamente el 98% de las mismas, (incluidas las identificadas a efectos administrativos como víctimas potenciales), son extranjeras, y más de las dos terceras partes se encuentran en situación administrativa irregular o son peticionarias de protección internacional.

Conforme a los datos de la Unidad de Extranjería publicados en las sucesivas Memorias, desde el año 2018 hasta el 2022, solo un 0,9% de las víctimas de trata consideradas como tal en escritos de calificación, eran de nacionalidad española y solo un 0,8 % de las estimadas en sentencia.

La mayor parte de los/as fiscales delegados/as de trata de personas y extranjería de las diferentes provincias, coinciden en el abordaje de las víctimas de este tipo de delito en este apartado, por su especial situación de vulnerabilidad.

La mayoría de esta víctimas en nuestro país, conforme a los datos que constan en esta Unidad y que se han reflejado en las Memorias, son mayoritariamente mujeres jóvenes explotadas en la prostitución, debido a factores como la feminización de la pobreza y el patriarcado.

Las personas que se ven inmersas en esta forma de esclavitud, suelen ser captadas en sus países de origen, mediante promesas de una vida mejor en España aprovechando, en general, la situación de penuria económica en la que se encuentran, generando en el proceso migratorio una ilícita deuda que posteriormente van a saldar mediante el sometimiento a diferentes situaciones de explotación.

La trata es considerada, la verdadera esclavitud del siglo XXI. Las víctimas son tratadas a lo largo de una multitud de rutas migratorias, constituyendo uno de los crímenes más denigrantes de la sociedad actual, estando relacionada en múltiples ocasiones con la delincuencia organizada transnacional.

La vulnerabilidad de sus víctimas deriva del desarraigo al que se ven sometidas, así como de los propios medios comisivos empleados y descritos en el propio tipo penal, siendo así que aquellas se ven envueltas en un marco de coacción y miedo que, frecuentemente, implica la seguridad de sus familiares que permanecen en el país de origen, y que las determina a permanecer en las condiciones de abuso y esclavitud en la que viven, sin acudir en la mayoría de las ocasiones a denunciar la citada situación por miedo a ser sancionadas, repatriadas o sufrir graves represalias por parte de sus tratantes o explotadores.

Tal y como se señala por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, se debe dar la más alta prioridad a la protección de los derechos humanos y a la dignidad de las personas objeto de trata, y ello al margen de su nacionalidad o cualquier otra condición, tanto la Carta de las Naciones Unidas como la Declaración Universal de Derechos Humanos confirman que los derechos tienen carácter universal: se aplican a todas las personas, independientemente de su raza, sexo, origen étnico u otra condición. Las víctimas de la trata están amparadas por todo el abanico de derechos humanos. Aunque se encuentren fuera de su país de residencia, el derecho internacional establece claramente que no se puede discriminar a las personas objeto de trata únicamente por su condición de no nacionales. En otras palabras, y salvo muy concretas excepciones que han de ser razonablemente justificables, el derecho internacional de los derechos humanos se aplica a todas las personas que se hallen en el territorio o la jurisdicción del Estado, independientemente de su nacionalidad o ciudadanía y de cómo hayan entrado en el territorio¹⁴.

En este ámbito de protección, por parte de la práctica totalidad de las fiscalías provinciales, se han promovido o se participa en iniciativas que fomentan la consecución del objetivo citado en colaboración con el resto de los organismos comprometidos en la asistencia, protección e integración. Así, por ejemplo, en la memoria de la Fiscalía de Alicante se refiere la existencia de una «Mesa de Trata» de la que forma parte, junto a las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, ONGs especializadas en la materia y otras instituciones, habiéndose elaborado un *itinerario de acompañamiento y protección de las víctimas, que supone que desde el primer momento existe una completa coordinación entre los cuerpos policiales y las organizaciones de apoyo a las víctimas*.

Se considera necesario mejorar el sistema de asistencia, apoyo e integración en general, pero especialmente los destinados a hombres extranjeros, pues como indica la fiscal delegada de Castellón, los *problemas de alojamiento y protección se hacen particularmente graves en los procedimientos en los que las víctimas son varones, (trata de seres con fines de explotación laboral), en donde tienen que permanecer en los albergues municipales hasta que el único recurso existente para ellos (Cruz Blanca y Cruz Roja) tienen plaza para ellos, obteniendo en consecuencia que ante la desprotección las vícti-*

¹⁴ Los Derechos Humanos y la Trata de Personas. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FS36_sp.pdf.

mas varones abandonen el recurso perdiendo el rastro y en consecuencia la mayoría de las veces abocando el procedimiento al archivo.

Como fiscales, en la persecución de este tipo de delitos, que atacan gravemente a los derechos humanos y la dignidad de las personas que lo sufren, debemos mostrarnos especialmente activos, promoviendo el agotamiento de la fase de instrucción, empleando todos los medios de prueba necesarios (tecnológicos, investigaciones patrimoniales, periciales...) que nos permitan identificar a los responsables y conseguir condenas ejemplares para ellos, procurando siempre que la prueba no descansa exclusivamente en la declaración de la víctima, con la que en muchas ocasiones no contaremos o resultará lábil debido a la situación padecida por aquella. En esta línea, se comparte la idea de la Fiscalía de Navarra en la utilidad, como elemento corroborador, de los informes policiales de inteligencia como un instrumento más del que valernos en nuestras argumentaciones inculpatórias. Por otra parte, durante todo el procedimiento, resulta prioritaria la protección de la víctima, evitando cualquier actuación que suponga su revictimización y promoviendo las medidas de seguridad pertinentes, entre ellas la concesión del estatuto de testigo protegido si resulta preciso por la situación de riesgo, lo que sucederá en la mayor parte de los supuestos.

España cuenta con un marco jurídico, tanto internacional como nacional, relativo a la persecución del delito de trata de seres humanos y protección de sus víctimas, conformado principalmente por los siguientes instrumentos, a saber:

De Derecho Internacional:

- Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (Palermo, 2000).
- Convenio del Consejo de Europa contra a trata de seres humanos (Varsovia,2005).
- Directiva 2011/36/UE Relativa a la Prevención y Lucha contra la TSH y a la Protección de las Víctimas.
- Directiva 2012/29/UE relativa a normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

De Derecho Interno:

- Art. 177 bis del Código Penal, introducido por la LO 5/2010 de 22 de junio, (con sus sucesivas modificaciones por la LO 1/2015 de 30 de marzo, LO 8/21 de 4 de junio y LO 13/22 de 20 de diciembre).
- LO 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito.

– LO 19/94, de 23 de diciembre, de Protección de Testigos y Peritos en Causas Criminales.

– Protocolo Marco de Protección de Víctimas de TSH (acuerdo de 28 de octubre de 2011 por los Ministerios de Justicia, del Interior, de Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Consejo del Poder Judicial).

– Protocolos regionales: Galicia, Cataluña, Extremadura, Navarra y Madrid.

– Ley de Extranjería LO 4/2000, de 11 de enero, sobre los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (art. 59 bis).

– Reglamento de la Ley de Extranjería (RD 557/11) (arts. 140-146).

– Ley Orgánica 10/22, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

Sin embargo, se considera imprescindible avanzar normativamente en un triple sentido:

– La elaboración y aprobación de una Ley Integral contra la trata de personas, que aborde los pilares básicos de la lucha contra este fenómeno delictivo, con medidas preventivas, de persecución penal coherente y protección de víctimas.

– La adecuada definición y penalización de los delitos finales, los delitos de explotación. En este sentido el fiscal delegado de Toledo señala la urgencia de poner el acento normativo en la explotación laboral, debiendo tipificarse como delitos autónomos las distintas formas de explotación habida cuenta de su gravedad, *como respuesta penal específica a las intolerables modalidades y cosificación laboral que se prevén como destino de las víctimas de trata*.

– La penalización de cualquier forma de proxenetismo, adoptando un sistema abolicionista frente a la prostitución, al estilo del modelo francés, tal y como se viene reiterando en las memorias de esta Unidad.

Respecto a la Ley integral, existe actualmente un *Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la trata y la explotación de seres humanos*, que vendría a poner fin a la disgregación normativa existente y a abordar los puntos reseñados anteriormente. El texto define y penaliza, por primera vez en nuestro Derecho de forma autónoma y con identidad propia, la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados.

En cuanto a la protección de las víctimas se refiere es muy importante que la Ley Integral garantice los siguientes extremos:

- Un adecuado proceso de detección, identificación y derivación de las víctimas, atendiendo a su situación y características individuales. La identificación tiene que estar a cargo de equipos multidisciplinares para poder valorar adecuadamente los indicadores que concurren en cada una de las víctimas detectadas, toda vez que este paso es de suma importancia para el acceso a los derechos que a las potenciales víctimas se las reconoce.

- Un sistema de protección y asistencia desligado de su colaboración con la investigación policial o judicial, incluso de la existencia de un procedimiento judicial. Asimismo, debe ser independiente de la nacionalidad de la víctima, de su situación administrativa y de cualquier otra condición y deberá albergar a las víctimas secundarias.

- Una regulación adecuada y específica de la declaración de las víctimas vulnerables como prueba preconstituida que implique, que la necesidad de comparecer en el juicio posterior sea excepcional, para evitar la revictimización.

- Acceso a un sistema integral de atención y reinserción: restablecimiento en sus derechos, recuperación física, emocional, psicológica y social, información, asesoramiento y acceso a la justicia, reintegración familiar educativa y laboral.

- Garantía de regularización administrativa de la víctima identificada formalmente, si esta así lo solicita o, en otro caso, de repatriación asistida, si opta por regresar a su país; derechos que deben estar desvinculados de la colaboración o no con la investigación.

Lo anterior llevaría una reforma del art. 59 bis de la LOEX que todavía parece supeditar la regularización de las víctimas identificadas, a su colaboración con la investigación o la acción penal, a cuyo fin se las otorga un periodo de restablecimiento y reflexión de al menos 90 días, resultando que solo en caso de colaboración, puede acceder a un permiso de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales. En caso contrario, solo puede optar a la regularización «en atención a su situación personal», procedimiento más largo y complejo, siendo en ocasiones extremadamente ardua, o imposible, la acreditación de los requisitos exigidos para su concesión.

Se considera necesaria una modificación sustancial del régimen de acceso a los permisos de residencia y trabajo de las víctimas de trata de personas (incluyendo las de carácter secundario), extensible a las de las diferentes formas de explotación que se encuentran o puedan ser tipificadas en nuestro Código Penal (esclavitud, servi-

dumbre, trabajos forzados, prostitución etc.), que suponga que todas las víctimas identificadas formalmente, puedan acceder a estas licencias por causas excepcionales, con independencia de que denuncien o no, colaboren o no, con la investigación y/o con la acción penal, toda vez que los sujetos pasivos de estos delitos son merecedores de este derecho por el daño sufrido, muchas veces inconmensurable, y la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, no siéndoles exigible la colaboración con las autoridades policiales o judiciales, pues en muchas ocasiones no disponen del conocimiento necesario para ello y en las más de ellas, el miedo atenaza su posibilidad de colaborar, el mismo temor e intimidación que las determinó a someterse al abuso concurre, impidiendo que denuncien o colaboren en la investigación.

1.3.3 ASILO Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL

La Fiscalía de Ciudad Real refleja en su memoria la cita de Ban Ki-Moon, Secretario General de la ONU, que dice que «*Nadie quiere convertirse en refugiado. Nadie debe tener que soportar esta humillante, penosa y terrible tragedia. Sin embargo, millones lo hacen. Incluso un refugiado forzado a huir, un refugiado forzado a regresar al peligro, ya es demasiado*».

No debe confundirse, como recuerda ACNUR, a los refugiados con los migrantes o referirse a aquellos como una subcategoría de estos.

Por refugiado debe entenderse una persona que sale de su país de forma forzosa debido a conflictos armados, violencias, persecuciones o falta de protección, no pudiendo regresar debido a un temor fundado de que persistan dichas situaciones, por lo que requieren protección internacional. Estas personas constituyen un grupo específicamente definido y protegido por el derecho internacional, dado que las circunstancias en sus países de origen imposibilitan el regreso.

Sin embargo, los migrantes eligen trasladarse no a causa de una amenaza directa de persecución o muerte, sino principalmente para mejorar sus vidas al encontrar trabajo o por educación, reunificación familiar, o por otras razones. A diferencia de los refugiados, quienes no pueden volver a su país de forma segura, los migrantes continúan recibiendo la protección de su gobierno.

Para los gobiernos esta distinción es importante. Los países tratan a los migrantes de conformidad con su propia legislación y procedimientos en materia de inmigración. En el caso de los refugiados, los

países los tratan aplicando normas sobre el asilo y la protección de los refugiados, que están definidas tanto en su legislación nacional, como en el derecho internacional. Los países tienen responsabilidades específicas hacia cualquier persona que solicite asilo en su territorio o en sus fronteras. Confundir los términos 'refugiado' y 'migrante' puede tener serias consecuencias en la vida y la seguridad de las personas refugiadas, ya que puede verse desviada la atención de la protección legal específica que requieren. Los refugiados, por la propia circunstancia de verse obligados a abandonar su país, como regla general y sin perjuicio de otras circunstancias concomitantes que pueden agravar su situación, son personas en condiciones de vulnerabilidad, especialmente motivada por el desarraigo que padecen derivado de la imposibilidad de regreso en condiciones de protección y seguridad.

Por ello, se considera necesario hacer alusión en este informe a la problemática derivada de la ingente cantidad de solicitantes de protección internacional en nuestro país, existiendo una grave dificultad para diferenciar los merecedores de tal estatuto y los meros inmigrantes, toda vez que los supuestos que se plantean son innumerables y variados, siendo muy fina la línea divisoria existente en muchos casos.

En este sentido, debe reseñarse la existencia cada vez más frecuente de flujos mixtos, en los que diferentes personas viajan por las mismas rutas y con los mismos medios de transporte, pero con diferentes situaciones, incluyendo personas merecedoras de protección internacional, víctimas de trata, menores y migrantes en situación irregular. Estos movimientos mixtos suponen un gran desafío y acarrean importantes dificultades de gestión, agravando la ya difícil labor de determinar cuándo nos hallamos ante una u otra situación.

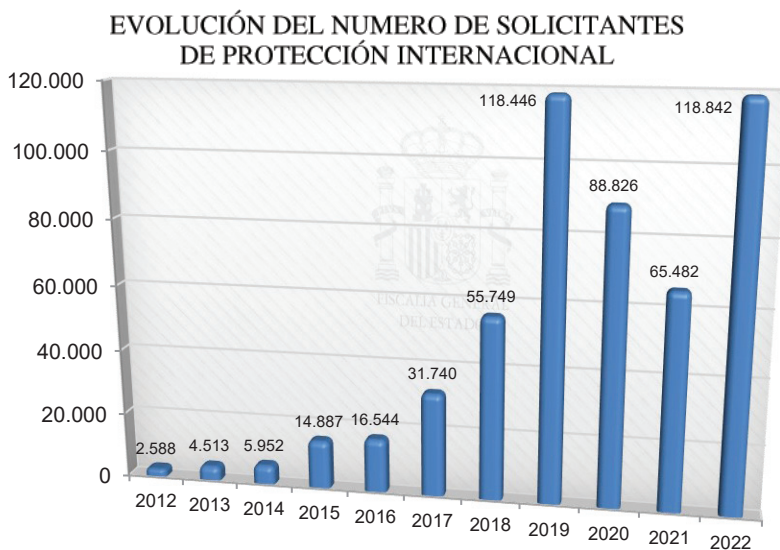
En no pocas ocasiones, la petición de protección internacional se utiliza como mecanismo para evitar la expulsión del territorio nacional sin que la persona en cuestión se halle en alguno de los supuestos legalmente previstos para su concesión. Esto supone un abuso de ley y provoca distorsiones en el sistema, generando problemas tales como dificultad para obtener cita en la oficina correspondiente debido a la saturación existente o la demora de la resolución de los expedientes de aquellos que si son merecedores de tal protección.

En el lado opuesto, es destacable que existen numerosas personas que se hallan en supuestos contemplados como merecedores de asilo o protección subsidiaria, y que no son reconocidos como tales, no solo por falta de solicitud del interesado principalmente debido a la desinformación, sino por disfunciones en el sistema como luego veremos.

El número de peticiones de protección internacional ha crecido exponencialmente en los últimos 10 años, pasando, conforme a los

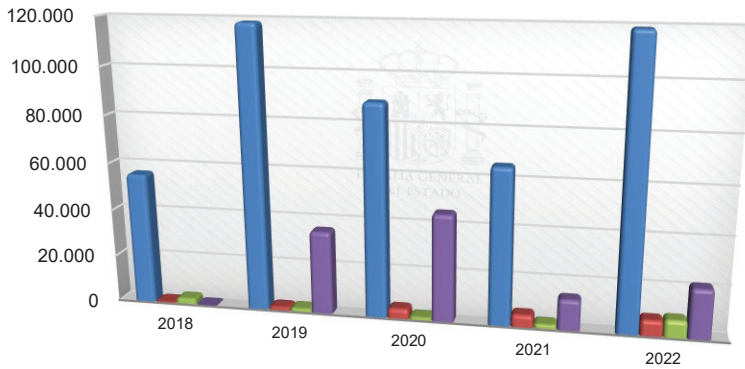
datos suministrados por el Ministerio del Interior¹⁵ (Dirección General de Política Interior de la Subsecretaría de Estado), de 2.588 en 2012 a 118.842 en 2022. Incluso durante los años 2020 y 2021, en los que se experimentaron sendos descensos con respecto al año precedente, debido a la incidencia de la pandemia del COVID-19 en el movimiento de personas por las restricciones impuestas por los diferentes países, hubo una importante cantidad de peticionarios, situándonos entre los principales países receptores de Europa, solo por detrás de Alemania y Francia, ocupando el puesto quinto a nivel mundial.

La gráfica que se expone a continuación, elaborada conforme a los datos oficiales referidos, muestra la evolución de solicitudes de protección internacional, pudiéndose comprobar como en 2022, superada la crisis provocada por la pandemia se han batido récords históricos, suponiendo un 81,5% más de peticiones con respecto al año anterior, siendo la mayor cifra cuantificada desde la creación de la Oficina de Asilo y Refugio (OAR), lo que da idea de la gravedad del problema.



¹⁵ <https://www.interior.gob.es/opencms/es/servicios-al-ciudadano/tramites-y-gestiones/oficina-de-asilo-y-refugio/datos-e-informacion-estadistica/>.

PETICIONES PROTECCIÓN INTERNACIONAL
RESOLUCIONES. 2018-2019



	2018	2019	2020	2021	2022
■ Peticiones	55.749	118.446	88.826	65.482	118.842
■ Favorables asilo	620	1.659	4.359	5.362	6.830
■ Favorables protecciones	2.558	1.569	1.401	2.026	7.405
■ Razones humanitarias	0	35.235	45.262	13.017	20.924

Además de la tramitación de las peticiones de protección internacional, durante 2022 la Oficina de Asilo y Refugio ha concedido 161.037 solicitudes de protección temporal a desplazados por la invasión de Rusia a Ucrania. Este dato sitúa a España como el quinto país de la UE que más protecciones temporales ha concedido a ciudadanos y residentes en Ucrania, gracias al mecanismo puesto en marcha de urgencia por el Gobierno español el 10 de marzo de 2022 para dar cumplimiento del acuerdo de la Unión Europea, con el que, por primera vez en la historia, se autorizaba la aplicación de la Directiva de Protección Temporal. A este respecto, es de destacar la encomiable labor realizada y los magníficos resultados obtenidos, habiéndose realizado una gestión rápida y ejemplar a través, principalmente, de la creación de Centros de Recepción, Atención y Derivación para personas desplazadas desde Ucrania (CREADES) en Madrid, Barcelona, Alicante y Málaga.

Una vez realizada una aproximación a la situación resulta necesario poner de relieve algunos aspectos que son de especial interés como fiscales.

Una de las cuestiones más preocupantes, es el abuso que se hace de la solicitud de protección internacional, siendo uno de los ejemplos más constatables, la corruptela que, a partir de principios de 2020, se ha instaurado especialmente en las Islas Canarias, tal y como ponen de manifiesto las fiscales delegadas de Las Palmas y Tenerife en sus

¹⁶ Las cifras anteriores se refieren, exclusivamente, al sentido de las resoluciones firmadas por el Ministro de Interior a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (CIAR), sin incluir

informes. La misma consiste en el anuncio o la solicitud de protección internacional, de forma sorpresiva e injustificada, en la comparecencia previa ante el Juez de Instrucción competente para autorizar el internamiento en un Centro de Extranjeros (CIE), por parte de los migrantes cuya devolución se ha acordado por entrar irregularmente en territorio nacional a bordo de una patera u otra infraembarcación, (en virtud de lo dispuesto en el art. 58.6 y 61 de la LOEX). Con relación a este tema, y tras la Sentencia de 25 de junio de 2020 de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-36/20 PPU, no cabe otra solución que concluir, tal y como indica la Nota Interna 3/2020 de la Unidad de Extranjería, que en estos casos, no procede el internamiento del extranjero en cuestión, salvo que concurran motivos de salud pública o seguridad pública, debiendo los/as fiscales informar en el citado sentido y solicitar que se remita el acta de la comparecencia y la solicitud de protección internacional a la OAR para que registre la petición e inicie el correspondiente procedimiento.

Esto se produce como consecuencia de no haberse incorporado a nuestro Derecho la Directiva 2013/32/UE, (sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional), así como el artículo 8 de la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, (por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional), y que sí permitiría en esos casos autorizar el internamiento, siempre y cuando concurrieran los requisitos legalmente establecidos para ello.

Esta situación provoca distorsiones en el normal sistema de funcionamiento del régimen de asilo en España, sobre todo porque al no haberse transpuesto las citadas Directivas, se ha producido un incremento importante de peticiones de protección internacional patentemente infundadas ante los juzgados de instrucción que –por disposición de ley– dejan en suspenso la ejecución de las decisiones de retorno, devolución o expulsión, exigiendo *de facto* que toda la valoración sobre su admisibilidad llevada a cabo por la OAR deba realizarse en el plazo de 72 horas y, en los supuestos de devoluciones (llegadas en pateras o embarcaciones similares), prácticamente a «*pie de playa*», imposible de llevarse a cabo con los medios personales y materiales de que dispone la Administración. Todo ello produce el colapso del sistema impidiendo a las personas que verdaderamente se hallan en situación de protección internacional, acceder de forma rápida y eficaz a las garantías y derechos que como tales merecen.

Pero, además, como señala la delegada de las Palmas, esto está dando lugar a situaciones discriminatorias entre los migrantes pues *la*

petición de asilo así realizada implica que sean aplicadas las normas ordinarias del procedimiento respecto a los plazos, y no las previstas para la petición de asilo en frontera, que establece unos plazos más perentorios. Se da así la paradoja de que quien intenta entrar en España por un puesto habilitado (como un aeropuerto), haciendo uso de una vía legal y segura y las más de las veces documentado, ve como su solicitud es admitida o inadmitida a trámite en un plazo de 8 días; en tanto que quien intenta entrar en España por un puesto no habilitado por vías totalmente inseguras y pide asilo ante el Juez de Instrucción se le aplicará el plazo ordinario para la admisión o inadmisión a trámite de su solicitud, fijado en 30 días para formalizar la petición, que en la práctica son muchos más, consiguiendo así, el propósito del extranjero, que es entrar en España evitando la devolución, pero quedando finalmente en situación irregular, alentando así a las mafias y a otros migrantes para seguir con esa dinámica; o en ocasiones, como expondremos más adelante, manteniendo a los migrantes en manos de las organizaciones o de aquellos que seguirán aprovechándose de la vulnerabilidad de quienes aún no han conseguido su objetivo en Europa.

Otro de los graves problemas detectados, y que ya fue anunciado al tratar de los regresos en frontera, es la obsolescencia de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que no se adecua a las necesidades actuales derivadas de las nuevas realidades del fenómeno migratorio; pero sobre todo, lo más preocupante es la carencia de desarrollo reglamentario de la citada Ley, que produce graves consecuencias específicamente respecto de la reagrupación familiar, las solicitudes formuladas en misiones diplomáticas, los plazos en el procedimiento en frontera, la permanencia por razones humanitarias, la protección de las personas en situación de especial vulnerabilidad, la asistencia jurídica y la libertad de circulación para desplazarse a la península de los solicitantes de asilo en Ceuta y Melilla.

Sobre la base de lo anterior, se considera necesaria la modificación de la Ley de Asilo o la redacción de una nueva, con su correspondiente desarrollo reglamentario, que, entre otros extremos, contemple supuestos más amplios de protección internacional, abarcando situaciones derivadas de pandemias, hambrunas, miseria extrema o catástrofes climatológicas y que regule procedimientos efectivos de solicitudes a través de las misiones diplomáticas y en frontera.

También sería conveniente establecer un sistema en relación con los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra las denegaciones de solicitudes de asilo ante la Audiencia Nacional, para que

cuando la intervención del Ministerio Fiscal no fuera preceptiva por no alegarse vulneración de derechos fundamentales, igualmente tuviéramos conocimiento de su interposición cuando afectase a colectivos vulnerables, para poder valorar nuestra personación en virtud del art. 124 de la Constitución, práctica que ha sido admitida cuando ha sido solicitada.

1.3.4 MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS. PROBLEMÁTICA DE LA DETERMINACIÓN DE EDAD

A. *Enfoque general*

Los denominados Menores no acompañados (MENAS) son niños, niñas y adolescentes menores de 18 años, extranjeros, que llegan o se encuentran en el territorio español sin un adulto responsable de ellos.

Detrás del acrónimo, MENAS, se esconde una tragedia humana conformada por miles de niños que huyen de realidades de pobreza, miseria y guerra, y a los que la crisis migratoria les afecta de manera desproporcionada, encontrándose en una situación de extrema vulnerabilidad, siendo merecedores de medidas específicas de protección en consecución del interés superior del menor, previsto en los instrumentos internacionales y nacionales que regulan sus derechos.

Es misión del Ministerio Fiscal, procurar la defensa de los derechos de estos menores, víctimas de discriminación, bulos y estereotipos que agravan su situación, siendo imprescindible para ello la labor coordinada entre la Fiscalía de Menores y la Fiscalía de Extranjería.

Nos centraremos en la problemática de la determinación de edad de aquellos extranjeros de cuya minoría de edad se duda, en los términos establecidos en el artículo 35 de la LOEX, así como a determinadas cuestiones conflictivas que plantea y sus posibles soluciones.

Para la facilitación de la labor desarrollada por los/as fiscales, se han ido redactado notas interiores acompañadas de plantillas-modelo siguiendo las orientaciones establecidas por el Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados, suscrito por los ministerios de Justicia, Interior, Empleo y Seguridad Social, Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Asuntos Exteriores y Cooperación y el Fiscal General del Estado.

Igualmente, se han ido consolidando una serie de parámetros para la valoración de las diferentes pruebas médicas utilizadas, como la horquilla decisional en el caso de las pruebas radiológicas del carpo de la mano izquierda, el porcentaje límite en la valoración de la orto-

pantomografía, y las pruebas de radiología convencional, TAC y RNM de la extremidad proximal de la clavícula.

No obstante, el sistema español legalmente definido (artículo 35 LOEX, artículo 48 Ley de Asilo) está siendo puesto constantemente en entredicho no sólo por las ONG que se preocupan de los MENA sino también por el Defensor del Pueblo y por el Comité de los Derechos del Niño que ha mostrado su preocupación (Observación 40 de 2018) por que *según la legislación española el Fiscal está autorizado para llevar a cabo procedimientos de determinación de edad de niños extranjeros no acompañados* y por *«el uso de métodos intrusivos de evaluación de la edad, incluso en casos en que los documentos de identificación parezcan ser auténticos, particularmente en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, y a pesar de varias decisiones del Tribunal Supremo sobre esta práctica»*.

La Nota Interna 2/2018, ha intentado dar respuesta a parte de las quejas elevadas sobre el manejo de los MENA. Sin embargo, aunque el sistema español haya sido avalado por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, el resultado no es satisfactorio por diferentes razones:

- No ha logrado unificar los criterios científicos que deben presidir las pruebas de determinación de la edad. Algunos médicos sostienen que es suficiente con las pruebas radiológicas de la mano izquierda, mientras otros le niegan todo valor si no vienen acompañados de pruebas accesorias, como ortopantomografía y, en su caso, pruebas de imagen clavicular, lo que determina que, según los territorios, se desarrollen prácticas diferentes.

- El sistema de determinación de la edad español no está encaminado a «determinar la edad» sino a excluir las dudas «sobre si el extranjero indocumentado es menor de edad». Se trata, por tanto, de un procedimiento de exclusión de la minoría de edad.

- Aunque la tutela judicial esté garantizada en el expediente de determinación de la edad tal como reconoce el Tribunal Constitucional, la realidad es que, conforme denuncian muchas ONG, al tratarse de extranjeros indocumentados de edad muy cercana a los 18 años, deberían acudir a la jurisdicción civil o contenciosa prácticamente cuando va a resolverse la demanda una vez alcanzada la mayoría de edad.

- Y, como señala la fiscal delegada de Las Palmas, *el actual procedimiento para la determinación de la edad, no cumple con los derechos de audiencia, con el interés superior del menor, con el derecho a la asistencia letrada ni al recurso.*

Debe tenerse presente, que el decreto de determinación de edad, tiene efectos provisionalísimos pudiendo ser revisados, tanto los de minoría como los de mayoría de edad, por dos motivos: primero, por haberse decidido judicialmente, en cualquier jurisdicción, en sentido distinto la edad del afectado; y, segundo, por aparecer con posterioridad al decreto elementos de prueba documental sobrevenidos o que, siendo preexistentes, no pudieron ser tomados en consideración a la hora de adoptar la decisión contenida en el Decreto (Protocolo MENA y la Consulta 2/2006 FGE).

Son de destacar, los numerosos problemas que han planteado las revisiones de los decretos como consecuencia de la aparición de documentación procedente de los países de origen aportada con posterioridad a ser dictados, cuando se duda por diversas razones, no tanto de su autenticidad formal, sino de la veracidad de su contenido o se considera que no son acreditativos de la identidad, entrando en evidente colisión con las pruebas médicas practicadas que en su día determinaron la decisión adoptada, habiendo dado lugar a resoluciones «aparentemente» contradictorias según procedan de la Sala I o de la Sala III del Tribunal Supremo.

En algunas zonas con especial incidencia numérica de estos menores, se plantean problemas para proceder, con la celeridad que sería deseable, a la determinación de si son o no efectivamente menores, por la carencia evidente de medios.

En las Islas de Lanzarote y Fuerteventura, es donde se presenta especialmente esta situación, por el importante número de extranjeros de cuya mayoría de edad se duda y por la ostensible carencia de medios técnicos y asistenciales (aparatos de RX, personal sanitario, médicos forenses y centros de acogida); ello provoca situaciones injustificables de retrasos excesivos en la determinación de edad, que conllevan disfunciones indeseables como la presencia de mayores de edad junto con menores en los mismos centros, o la tardanza en la obtención de la oportuna documentación para regularizar la situación administrativa de los que efectivamente se decreta que son menores, llegando a constatarse supuestos en los que el extranjero ya ha alcanzado la mayoría de edad cuando llega el correspondiente decreto de minoría. En este sentido, las autoridades centrales, autonómicas y locales competentes, deberían adoptar con carácter urgente las medidas dotacionales precisas, para poner fin a esta situación que afecta directamente al sector más vulnerable de inmigrantes.

B. *Abordaje de la problemática derivada de la determinación de la edad.*

La única solución operativa que se vislumbra como posible para solventar o paliar los problemas y deficiencias que plantea el sistema español de determinación de la edad, es la elaboración de una Ley específica reguladora de la determinación de la edad que diseñe un procedimiento judicial, en el ámbito de las jurisdicción civil, toda vez que la edad forma parte del estado civil de las personas, con todas las garantías de audiencia y debida asistencia al posible menor, que contemplaría una fase probatoria donde puedan volcarse todos los elementos de prueba de los que se disponga, previendo asimismo un sistema unificado de medidas científicas que deban ser utilizadas en su caso, como protocolo médico, y que concluyera con una resolución provista de un sistema de recursos.

Dicha resolución, debería decidir, no solo si la persona es mayor o menor de edad, sino sobre la fijación de la edad concreta de la misma, que finalmente debería ser inscrita en el Registro Civil.

Todo este procedimiento, debería configurarse como cauce procesal común de determinación de edad en todos los casos en que, por diferentes razones, esta sea dudosa, con independencia de la nacionalidad del interesado que debería, regirse por el principio incuestionable de presunción de minoría de edad en caso de duda, de tratamiento como tal durante la tramitación del procedimiento y de la consecución del interés superior del menor.

En este sentido, actualmente se haya en fase de debate parlamentario el *Anteproyecto de Ley por la que se regula el procedimiento de evaluación de la edad*; sin embargo, el citado texto solo otorgará adecuada respuesta al problema en relación a los menores extranjeros no acompañados de cuya edad se duda, si dedica una dotación presupuestaria importante para conseguir los recursos necesarios que posibiliten una puesta en marcha exitosa, tales como equipos de radiología, radiólogos, médicos forenses y juzgado de primera instancia suficientes.

En otro caso, como señala la fiscal delegada de Las Palmas, el procedimiento que el Anteproyecto prevé conllevará *mayores retrasos manteniendo por más tiempo la vulnerabilidad del colectivo, y sobrecargando los sistemas de protección, pues la práctica actual hace prever que los plazos previstos en esa reforma futura serán imposibles de cumplir.*