7. TRATA DE PERSONAS Y EXTRANJERÍA

7.1 **Reforma de la LOEX y otras medidas tendentes a mejorar el acceso a la justicia de los extranjeros en situación administrativa irregular**

La Unidad de Trata de Personas y Extranjería de la Fiscalía General, en coordinación y colaboración con la Unidad contra los Delitos de Odio y Discriminación y con la Unidad de Derechos Humanos y Memoria Democrática, aboga por una reforma 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).

La población migrante en situación irregular en nuestro país, salvo excepciones, se encuentra en una especial posición de vulnerabilidad, enfrentándose a importantes supuestos de discriminación, propiciada por circunstancias tales como la carencia de red familiar o social de apoyo, el desarraigo, la raza, y la precariedad de su situación económica que les hacen susceptibles de constituirse en sujetos pasivos de numerosos delitos, especialmente de explotación y de odio, pero también de otros, de mayor o menor envergadura, y que incluso pueden suponer evidentes violaciones de derechos humanos, pese a lo cual estas personas difícilmente denuncian estos hechos, debido al desconocimiento de nuestra legislación, la barreras idiomáticas y culturales y especialmente el miedo a ser sancionados con la expulsión.

Nuestra Constitución, así como los compromisos internacionales y europeos suscritos por nuestro país en materia de derechos humanos (entre ellos la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE arts. 1, 14, 31, 35 y 47), obligan a garantizarlos a todas las personas que se hayan en nuestra jurisdicción, lo que incluye también a los inmigrantes en situación irregular. 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, entre los que se cuenta el acceso a la justicia. En este sentido, señala el Relator Especial de Naciones Unidas, en el informe sobre los derechos humanos de los migrantes, que este *es el derecho que tiene toda persona de acudir ante los tribunales a reclamar que se protejan sus derechos con independencia de su nacionalidad o situación migratoria*. De este modo, un sistema de justicia eficaz y accesible constituye un instrumento esencial para superar la exclusión, la discriminación y la marginación de las personas migrantes, resultando

imprescindible establecer mecanismos de denuncia segura que prioricen la justicia, la seguridad y la protección de las víctimas, con independencia de su situación administrativa.

El derecho a la igualdad y el acceso a la tutela judicial efectiva viene reconocido en nuestra Constitución (art. 14 y 24) y en nuestras leyes (art. 3 de la LO 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*); asimismo, la normativa europea reconoce el derecho al acceso a la justicia para las víctimas de delitos en situación administrativa irregular en diferentes instrumentos (entre otros, se puede mencionar la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 *por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo*; la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, *relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países en situación irregular*; la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, *relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes*; la Directiva 2009/52/CE, de 18 de junio de 2009, *por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular* y el Convenio del Consejo de Europa *sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* -Convenio de Estambul-); en el mismo sentido, la Estrategia de la UE sobre los derechos de las víctimas (2020-2025) señala que «una UE de igualdad debe garantizar el acceso a la justicia a todas las víctimas de delitos...».

Sin embargo, siguen detectándose graves dificultades prácticas para que a las personas en situación administrativa irregular se les garantice la posibilidad de denunciar, recibir protección si fuera necesario y participar en el proceso, en condiciones de seguridad y sin la amenaza de un expediente sancionador administrativo que concluya en su detención y expulsión. Por ello, se deben adoptar iniciativas de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estos inmigrantes, tanto desde el ámbito penal, como procesal y laboral.

Nuestra legislación, si bien con respecto a víctimas de algunos delitos y con determinadas exigencias, establece excepciones al régimen sancionador establecido en la LOEX, no prevé un sistema gene-

ral de protección que garantice ni siquiera la denuncia segura a los migrantes en situación administrativa irregular. De hecho, en ocasiones se ponen de manifiesto supuestos en los que a la persona migrante se le ha incoado un expediente administrativo o ha sido directamente detenida en el momento de interponer la denuncia en dependencias policiales, lo que supone una barrera insalvable para el acceso a la justicia.

De forma expresa, nuestra normativa en materia de extranjería exonera de responsabilidad administrativa y da acceso a una autorización provisional (que puede convertirse en definitiva) de residencia y trabajo, a las *mujeres víctimas de violencia de género o de violencias sexuales* (art. 31 bis LOEX, arts. 133 a 141 del nuevo Reglamento de la LO 4/2000, aprobado por RD 1155/24 de 19 de noviembre, que entró en vigor el 20 de mayo de 2025, RLOEX) y, con diferentes requisitos, a los/las *extranjeros/as identificados/as como potenciales víctimas de trata* (art. 59 bis LOEX y arts. 148 a 155 del RLOEX); asimismo, prevé un estatuto similar para los extranjeros/as que se encuentren irregularmente en España y sean *víctimas, perjudicados o testigos, de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, cometido por redes organizadas*, siempre que se colabore en la investigación (art. 59 LOEX y arts. 142 a 147 LOEX). Estos supuestos, aunque su regulación pueda ser mejorada a la vista de deficiencias puntuales observadas en su aplicación, representan un régimen excepcional que garantiza a las personas beneficiadas que, cumpliendo los requisitos exigidos en cada caso, no van a ser sancionadas y expulsadas por hallarse en situación administrativa irregular en el momento de plantear la denuncia ni durante el desarrollo del procedimiento posterior, adelantándose esa garantía incluso a un momento previo, como es la identificación administrativa como potencial víctima, en los casos de trata de personas, superándose así el escollo principal que limita el acceso a la justicia de la población migrante y favoreciendo la persecución de este tipo de delitos.

Al margen de estos supuestos, la legislación prevé la posibilidad de que la Administración conceda una *autorización de residencia temporal para otros casos en los que también concurren razones humanitarias, de colaboración con la justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente*, no siendo exigible en esos supuestos el visado (art. 31.3 LOEX). Así, en el nuevo Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado

por RD 1155/24 de 19 de noviembre, que ha entrado en vigor el 20 de mayo de 2025 (RLOEX), se contemplan además de los ya descritos, otros supuestos en desarrollo de lo previsto en el citado artículo 31.3 LOEX, que a nuestro entender resultan claramente insuficientes.

En primer lugar, el art. 128.2 RLOEX, que aumenta los supuestos previstos en el Reglamento de 2011, establece que se podrá conceder una autorización de residencia temporal por razones humanitarias «*a las personas extranjeras víctimas de los delitos tipificados en los artículos 311 a 318, 510, 511.1 y 512 de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de delitos en los que haya concurrido la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación tipificada en el artículo 22.4 del Código Penal, o de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar*», pero exige para que pueda ser otorgada, que «*haya recaído resolución judicial finalizadora y firme del procedimiento judicial en la que se establezca la condición de víctima de tales delitos*; consecuentemente, con relación a delitos que tienen una especial incidencia en los/las inmigrantes en situación administrativa irregular, como son los que atentan contra los derechos de los trabajadores, incluyendo la explotación laboral, y los delitos de odio y discriminación, no se establece un régimen que garantice que aquellos que sean víctimas de estas conductas delictivas puedan denunciar, ser protegidos y acceder al elenco de derechos que como tales les corresponden, sin estar amenazados por una sanción administrativa que pueda llevar a su expulsión, toda vez que la posibilidad de acceder al permiso de residencia pasa por haber obtenido un reconocimiento de la condición de víctima por una resolución judicial final y firme, lo que supone un elemento disuasorio que aleja a sujetos pasivos de tan importantes delitos de un acceso real a la justicia, habida cuenta del importante periodo de tiempo que necesariamente transcurre entre la denuncia y la resolución judicial exigida.

En consecuencia, se considera necesaria una reforma legislativa que modifique la LOEX y su desarrollo reglamentario en el sentido de exonerar de responsabilidad administrativa por su condición de inmigrantes irregulares, al menos temporalmente, a las personas denunciadas de los delitos que a continuación se enumerarán, debiendo establecerse para ellas un régimen semejante al contemplado en el art. 31 bis de la LOEX, de modo que tengan garantizado, un permiso temporal de residencia o estancia que impida que sean sancionados administrativamente, internados y/o expulsados, hasta que tengan debidamente cubierto y garantizado su derecho a la tutela judicial efectiva; debiendo contemplarse, en todo caso, la exigencia de requi-

sitos razonables que aseguren su condición de potencial víctima y eviten, en la medida de lo posible, usos abusivos e injustificados de la normativa en fraude de ley. Los delitos que, a nuestro entender deberían ser incluidos de forma expresa son los siguientes:

– Delitos de odio y discriminación, especialmente cuando sean cometidos con violencia o intimidación, que se encuadraría en el marco de las conclusiones aprobadas por el Consejo de la Unión Europea celebrado en Bruselas en diciembre de 2013 (16068/13 FREMP 179 JAI 1000 COPEN 198 DROIPEN 138 SOC 925) y en las que se invita a los Estados «a tomar medidas adecuadas para facilitar la denuncia de los delitos motivados por el odio por las víctimas y en la medida de lo posible también por las asociaciones que les brindan apoyo, incluidas medidas para generar de confianza en la policía y en otras instituciones».

– Delitos contemplados en los arts. 311 al 318 del CP, por su especial incidencia, como los anteriores, en la población migrante.

– Delitos graves que atenten directamente a la integridad física y/o moral de las personas, (v.g. homicidio, aborto, lesiones de los arts. 148 al 150 del CP, detenciones ilegales, secuestros, torturas).

En cualquier caso y en tanto se produce la deseada modificación legislativa, desde nuestra posición de fiscales, debemos promover la garantía del acceso a esos derechos por parte de los inmigrantes en situación irregular, en virtud de la función que nos atribuye la Constitución (art. 124). En este sentido debemos procurar que, por las Autoridades competentes, se realice una interpretación amplia y flexible de lo dispuesto en el art. 129 del RLOEX de 2024 que dé cabida a todos los supuestos anteriormente referidos, analizando cada caso concreto y conforme a la lógica, pues *razones de interés público o seguridad nacional* exigen garantizar los derechos humanos y fundamentales de todas las personas que se hallan en nuestro territorio y reclaman, además, evitar la impunidad de delitos graves que atentan directamente a los pilares de un Estado Democrático y de Derecho.

Por otro lado, entendemos que, en todo caso, deben establecerse mecanismos que garanticen la denuncia segura por personas en situación irregular, tanto de infracciones penales como administrativas, anteponiendo el derecho fundamental del acceso a la justicia, a la erradicación de la inmigración ilegal, y contribuyendo además con ello a la adecuada persecución de las citadas infracciones y a evitar su impunidad. Por ello consideramos indispensable el establecimiento de medidas que eliminen las barreras referidas entre las que cabe destacar las siguientes, recogidas en el informe «Migración y Denuncia

Segura» (elaborado por las ONG PICUM, Andalucía Acoge, Fundación Cepaín y Red Acoge):

- Garantizar la separación entre las instituciones responsables de recoger las denuncias y proteger los derechos de las víctimas extranjeras, de las instituciones encargadas del control migratorio.
- Permitir a las personas en situación administrativa irregular acudir a una comisaría para denunciar un delito y salir libremente sin ser detenidas ni enfrentarse a una posible expulsión.
- Hacer posible que se pueda denunciar de forma anónima o cuasi anónima y que las víctimas puedan llegar a la policía a través de intermediarios, como un funcionario de policía especialmente designado para ello o mediante las organizaciones que prestan apoyo legal o humanitario.

Finalmente, desde la Unidad de Trata de Personas y Extranjería de la Fiscalía General se propone, asimismo, la regulación legal o reglamentaria de los centros de atención temporal de extranjeros –*CATES*– y de las salas de inadmitidos y peticionarios de protección internacional de los aeropuertos, excluidos expresamente del Real Decreto 162/14, de 14 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros. Dicha regulación resulta absolutamente imprescindible, pues la situación actual es que la organización y funcionamiento de estos lugares, donde se encuentran personas privadas de libertad, dependen del comisario de policía que en un momento determinado esté a cargo del mismo.