

A su vez, la Fiscalía de Santa Cruz de Tenerife, consciente de la complejidad de la temática ambiental, concluye su Memoria aludiendo a la necesidad de establecer subespecialidades entre los Fiscales de medio ambiente, a medida que el número de Fiscales especializados vaya aumentando, como única forma de conseguir intervenciones más eficaces en la materia. Eso es exactamente lo realizado por la Fiscalía de Barcelona, entre otras Fiscalías, en pro de una mayor eficacia. Igualmente se plantean varias Fiscalías, entre ellas la de Santa Cruz de Tenerife, la posibilidad de extender las competencias de la Sección a todas aquellas denuncias o procedimientos que si bien escapan de los tipos penales sobre la ordenación del territorio, porque, por ejemplo, la actividad del autor no se centra en la actividad constructiva o edificativa, sí pueden implicar actuaciones irregulares sobre el planeamiento, fundamentalmente en las recalificaciones del suelo, que meritan ser detalladamente analizadas desde el punto de vista penal. La Fiscalía de Ávila es consciente de esa necesidad, pero demanda más formación en temas ambientales y sobre todo en temas de urbanismo, en caso contrario, *«por muy buena voluntad que se ponga, como así ocurre, será difícil enfrentarse con éxito a los verdaderos especialistas... que son los que acaban interviniendo en los asuntos de importancia...»*.

4. Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería

4.1 INTRODUCCIÓN

Durante el año 2007, en dos etapas sucesivas y perfectamente delimitadas, se han ido implantando los servicios de extranjería en todas las Fiscalías territoriales de España en cumplimiento de lo preceptuado por la Instrucción 5/2007 del Fiscal General del Estado de 18 de julio, *sobre los fiscales de sala coordinadores de siniestralidad laboral, seguridad vial y extranjería y sobre las respectivas secciones de las fiscalías territoriales*. Primero, tras los correspondientes procesos selectivos, el Excmo. señor Fiscal General del Estado mediante Decreto de 30 de octubre de 2007, procedió a nombrar a los Fiscales Delegados de Extranjería de todas la Fiscalías españolas², después, a

² Andalucía: Don Alejandro Velasco García (Almería), don Álvaro Conde Lozano (Cádiz), don Antonio Rafael Romero Tirado (Córdoba), don Juan José Meca Garrido (Granada), don Cristóbal Francisco Fábrega Ruiz (Jaén), don Miguel Ángel Arias Senso (Huelva), don Juan Andrés Bermejo Romero de Terreros (Málaga), y don Luis Fernández Arévalo (Sevilla); Aragón: doña María Pilar Arciniiega Cano (Huesca), don Jorge Moradell Ávila (Teruel), y doña Ana Josefa López Gastón (Zaragoza); Asturias: doña Rosa María Álvarez García (Oviedo); Baleares: don Ramón Luis Vázquez Albentosa (Palma de Mallorca); Canarias: doña María Teseida García García (Las Palmas de Gran Canaria) y don Carlos María Eguiluz Casanovas (Santa Cruz de Tenerife); Cantabria: don José Ignacio Tejido Román (Santander); Castilla-La Mancha: don Emilio

partir de noviembre de 2007 hasta febrero de 2008, se fueron dictando por los Fiscales Jefes respectivos los Decretos de delegación de funciones dentro de los márgenes autorizados por el Apartado V de la referida Instrucción 5/2007.

Por lo tanto, en febrero de 2008 ha quedado definitivamente concluida la fase de constitución de la red de Secciones y Unidades de Extranjería territoriales de la Fiscalía española con los cometidos específicos ordenados en el Capítulo VI.3 de la Instrucción 5/2007 que, en sintonía y parcial desarrollo de la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006, pueden ser clasificados, según la materia, en siete grupos debidamente diferenciados: *a)* Sobre los delitos contra los ciudadanos extranjeros del artículo 318 bis CP; *b)* Sobre expulsiones de extranjeros encartados en procesos penales tanto respecto de los supuestos contemplados en el artículo 57.7 LE como en los casos de los artículos 89 y 108 CP; *c)* Sobre el control de los internamientos cautelares de Extranjeros sometidos a expedientes administrativos de expulsión; *d)* Sobre los Menores Extranjeros No Acompañados (*MENAS*), en lo referente a los expedientes de determinación de la edad (art. 35 LE) y los expedientes administrativos de repatriación del artículo 92 RE; *e)* Sobre la coordinación funcional *ad intra* con las respectivas secciones especializadas de Fiscalías donde haya elementos comunes de intersección, significadamente con las secciones de menores, vigilancia penitenciaria y Registro Civil; *f)* Sobre las relaciones con autoridades gubernativas y mandos policiales; y, *g)* Sobre comunicación con el Fiscal de Sala y seguimiento de la Sección³.

Manuel Fernández García (Albacete), doña Rocío Rojo Anguix (Guadalajara), don Ángel de la Cruz Andrade (Toledo), doña María Luz Campo Miranda (Ciudad Real), y don Eusebio Olarte Madero (Cuenca); Castilla y León: don Francisco Javier Rojo López (Ávila), doña Cristina Horta Sicilia (Burgos), don Vicente Gordón Monreal (León), doña Amaya Ezquerecocha Ruiz (Salamanca), don Manuel Javato Martín (Zamora), don Arturo Carrillo Álvarez (Palencia), doña Elena Martín Mayo (Segovia), doña Pilar Jiménez Peña (Soria), y don Cándido Vázquez de Prada (Valladolid); Cataluña: doña Nieves Bran Sánchez (Barcelona), don José Ramón Cotos Esperanza (Gerona), don Eduardo Piedrabuena León (Lérida), y don Luis Jesús Chimenno Gascón (Tarragona); Extremadura: don Antonio Luengo Nieto (Badajoz), y don Juan Francisco Merino Rodríguez (Cáceres); Galicia: don Miguel Armenteros León (La Coruña), doña María del Pilar Manso López (Orense), doña Susana Arzueta Albo (Lugo), y doña Susana García Baquero Borrell (Pontevedra); La Rioja: don Santiago Herraiz España (Logroño); Madrid: don Salvador Ortolá Fayos (Madrid); Murcia: don José Francisco Manches Lucerga (Murcia); Navarra: doña Ana Carmen Arboniés Leranoz (Pamplona); País Vasco: don Fernando Gómez Recio (Álava), don Luis Lafont Nicuesa (Bilbao), y don Francisco Javier Larraya Astibia (Guipúzcoa); Valencia: don Joaquín Alarcón Escribano (Alicante), doña Carolina Lluch Palau (Castellón), y don Antonio Montabes Córdoba (Valencia).

³ En definitiva, la actual organización de la especialidad se acomoda puntualmente a la Ley 24/2007, de 9 de octubre, *por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*, y sustituye el caduco sistema instaurado por la Instrucción 2/2002 FGE, de 11 de febrero, *sobre organización de las Fiscalías en materia de extranjería*, en que con el propósito de controlar especialmente la medida de expulsión de extranjeros sometidos a procedimientos penales y de los que estuvieran cumpliendo condena en establecimientos penitenciarios, ordenaba su integración *–aun con la adecuada autonomía–* en la Sección de Vigilancia Penitenciaria de cada Fiscalía.

Esta circunstancia condiciona seriamente el contenido de la presente exposición, especialmente en lo que concierne a algunos datos relevantes como son los relativos a los estadillos sobre la aplicación del artículo 318 bis CP y delitos conexos cuyo riguroso control, a partir de la Instrucción FGE 5/2007, deben realizar semestralmente los Fiscales especialistas, así como sobre los expedientes de repatriación de menores cuyo seguimiento se hace de manera coordinada entre las Secciones de Extranjería y la de Menores de las Fiscalías territoriales. Del mismo modo la cuantificación de nuestra actividad en relación con las funciones de control de las sustituciones de penas privativas de libertad o del proceso por la expulsión (arts. 89 y 108 CP y art. 57.7 LE), está supeditada a las correspondientes reformas del Sistema informático de aplicación «*Fortuny*» de la Fiscalía General del Estado respecto de la Fiscalías de aquellas Comunidades Autónomas en que no se han transferido las competencias de Justicia y de las correspondientes adaptaciones que se produzcan en los sistemas informáticos de aquellas otras regiones que gozan de implantación propia. Por el mismo motivo los mecanismos de seguimiento de internamiento de extranjeros en Centros de esta naturaleza están pendientes de la definitiva conclusión de la base de datos y sistema adecuado en la Red de Intranet de Fiscalía, cuyos trabajos preparatorios en los que participan la Unidad de Apoyo del Fiscal General del Estado, el Ministerio de Justicia y esta propia Fiscalía Delegada en relación con ambas aplicaciones se encuentran en un avanzado período de elaboración.

A pesar de ello, con las lógicas limitaciones impuestas a un informe de esta naturaleza, no renunciamos a señalar en las líneas que siguen de manera sintética y sistemática los aspectos que valoramos como más relevantes de nuestra actividad no sólo según la experiencia acumulada durante el año 2007 por esta Fiscalía Delegada sino también por las aportaciones que han realizado los Fiscales territoriales en sus respectivas Memorias.

4.2 EL DELITO DE LA TRATA DE PERSONAS Y EL DELITO DE INMIGRACIÓN ILEGAL: LA PATENTE INSUFICIENCIA DEL ARTÍCULO 318.bis CP

4.2.1 En el año 2000, complementando la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional [*Convención de Palermo de 2000*], se aprobaron el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños [PTP] y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire [PMI].

La redacción separada de estos dos instrumentos internacionales penales no fue una decisión caprichosa sino plenamente deliberada,

fundada en la necesidad de tipificar dos entidades criminológicas absolutamente diferenciadas en esencia y trascendencia: la *trata de personas* y la *inmigración clandestina*. En efecto, mientras la *trata de seres humanos* es concebida como un delito que atenta contra los derechos humanos más esenciales, teniendo relevancia internacional dada su proyección y carácter eminentemente transnacional⁴, el *delito de tráfico ilícito de inmigrantes*, aun cuando también pretenda la protección del derecho a la integridad y seguridad de los afectados, tiene como objetivo prioritario garantizar el derecho de los Estados parte del Convenio al control de los flujos migratorios⁵.

Del mismo modo, en el ámbito de la Unión Europea, ambas modalidades delictivas, en consonancia con los protocolos de Naciones Unidas, han sido objeto de tratamiento diferenciado. Del primero de los delitos se ha preocupado la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio de 2002, *relativa a la lucha contra la trata de seres humanos*, que prácticamente reproduce la definición y tipificación de la trata de personas con fines de la explotación laboral o sexual contenidas en el primero de los Protocolos de Palermo, si bien es cierto que omite cualquier referencia a la trata de personas para la extracción de órganos. De la regulación de la segunda modalidad delictiva se han ocupado la Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, *destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la*

⁴ La tipificación de la *trata de personas* intenta combatir uno de los fenómenos criminales más crueles, perversos, generalizados e intolerables que azotan el conjunto de la humanidad por cuanto es un delito que tiene por objeto la explotación de los seres humanos en cualquiera de sus modalidades (sexual, laboral y comercio para extracción de órganos) de tal manera que violentando la dignidad humana en su plenitud, socava el sistema de valores que constituye el fundamento necesario de la convivencia humana. Mediante esta trata, llamada la esclavitud del Siglo XXI, se *cosifica* a los seres humanos más débiles y necesitados de protección, se les degrada psicológicamente con efectos equivalentes a los que produce la tortura, se les anula la autoestima y la capacidad de reacción emocional, consiguiendo reconvertir al ser humano que lo sufre en un mero objeto o mercancía de comercio que pierde la conciencia de su propia situación. Lamentablemente, en algunas de sus manifestaciones, como la explotación sexual, al estar especialmente vinculada con la prostitución, ha logrado que en muchas sociedades denominadas *avanzadas* (en lo económico, pero profundamente *machistas* en sus esquemas mentales) la opinión pública no haya tomado conciencia de la verdadera situación de las mujeres explotadas, muchas veces al relacionarse indebida y torticeramente toda su problemática con un debate ajeno a la cuestión, como es el relativo a la reglamentación de la prostitución y al de la libertad de decisión de la mujer sobre su propio cuerpo, provocando el efecto paradójico de que la trata sea un fenómeno en expansión y sin embargo sea cada vez menos visible. Es uno de los exponentes más intolerables de la discriminación universal entre el primer y el tercer mundo. Al ser desarrollada por organizaciones criminales transnacionales además de dificultar enormemente su persecución y castigo —que necesariamente debe realizarse mediante la estrecha colaboración interestatal— socava muchas estructuras institucionales de los Estados afectados que pueden verse afectados —incluso— por la corrupción de sus funcionarios. Del mismo modo, su ejecución siempre va acompañada de numerosas actividades delictivas conexas atentatorias del individuo y de los intereses generales del Estado. Cuantitativamente la gravedad del delito se manifiesta en la medida de que todas las organizaciones internacionales preocupadas por esta lacra infame lo catalogan como el tercero de los negocios criminales más lucrativos (tras las drogas y la venta de armas), afectando a cientos de miles de personas en todo el mundo.

⁵ Como expresamente reconoce el artículo 2 PMI: *El propósito del presente Protocolo es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados Parte con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico.*

entrada, tránsito y estancia irregulares y la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002 *destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares*, en cuyo artículo 1 se definen las conductas típicas con similar alcance a las previstas en el correspondiente Protocolo de Palermo.

Ambos Protocolos de Palermo han sido ratificados por España⁶, por lo que obligan a nuestro Estado a adaptar nuestro derecho interno según las exigencias de esos instrumentos de Naciones Unidas con las matizaciones y aclaraciones efectuadas por la normativa de la misma naturaleza y contenido desarrollada en el ámbito de la Unión Europea. Sin embargo, cual sea el alcance y extensión de los compromisos adquiridos por España al ratificar ambos protocolos depende directamente del carácter más o menos vinculante de las disposiciones contenidas en ellos. Efectivamente, en esos instrumentos internacionales dictados en el ámbito de Naciones Unidas hay tres categorías de disposiciones: unas son de naturaleza indiscutiblemente imperativa, otras de menor intensidad obligatoria que dejan al legislador nacional un cierto margen de decisión en su ordenación y transposición⁷, por fin, una tercera se limitan a interesar de los Estados parte que valoren la conveniencia de su adopción⁸.

Al primero de dichos grupos pertenecen los preceptos dirigidos a tipificar ambos delitos, regulando sus elementos definidores, las diferentes modalidades o subtipos y la extensión de su castigo a las fases imperfectas de ejecución y formas de participación:

a) *Delito de trata de personas*

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños exige a los Estados firmantes

⁶ Instrumentos de Ratificación en «BOE» núm. 296 de 11 de diciembre de 2003 y en «BOE» núm. 295 de 10 de diciembre de 2003, estando en vigor, respectivamente, desde el 25 de diciembre de 2003 y 28 de enero de 2004.

⁷ Tal ocurre, por ejemplo, con las disposiciones contenidas en el artículo 6.1 y 2 PTP por el que se requiere de los Estados parte, *cuando proceda y en la medida que lo permita su derecho interno*, para adoptar un elemental sistema general de asistencia y protección de las víctimas de la trata tanto en lo que concierne a su intervención en el proceso penal contra sus explotadores, como para lograr su necesaria recuperación física, psicológica y social. En este sentido más limitadamente, en el ámbito comunitario, el artículo 7 Decisión Marco 2002/629/JAI se limita a establecer la supresión del requisito de perseguibilidad de denuncia previa en relación con la competencia de los Estados miembros cuando alguno de los delitos de trata se haya cometido total o parcialmente en su territorio, se reconoce la aplicación de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo a los niños que hayan sido víctimas de la trata, así como que ellos y sus familias reciban la asistencia adecuada según el artículo 4 de esa Decisión marco.

⁸ Como se desprende de la redacción del artículo 7 PTP que contiene una mera petición o recomendación para que se valore la posibilidad de facilitar la residencia de la víctima en el Estado de recepción: *cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas legislativas u otras medidas apropiadas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente, cuando proceda*.

que tipifiquen expresamente en su legislación interna el delito doloso de trata de personas [art. 5 PTP], cuyo tipo objetivo comprende la *captación*, el *transporte*, el *traslado*, la *acogida* o la *recepción* de personas, cuando se recurra a unos determinados medios comisivos alternativos como son la *amenaza*, el *uso de la fuerza* u otras formas de *coacción*, el *rapto*, el *fraude*, el *engaño*, el *abuso de poder* o de una *situación de vulnerabilidad* o la *concesión* o *recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra*, siempre que tenga como fines –también alternativos–, la *explotación sexual, laboral y extracción de órganos* (tipo subjetivo) [art. 3 PTP].

En todo caso esas conductas deben ser tipificadas específicamente, al menos cuando sean de carácter *transnacional* y entrañen la participación de un *grupo delictivo organizado* [art. 4 PTP en relación con el artículo 34 CDOT].

Consecuentemente, aun cuando el delito de trata de seres humanos sea uno, admite tres modalidades diferenciadas:

a) Trata de personas para la explotación sexual

El artículo 3 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, especifica que *esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual*. De esta manera el Protocolo utiliza una fórmula abierta que es respetuosa con cualquiera de los sistemas que los Estados parte hayan adoptado frente al fenómeno de la prostitución en su derecho interno (*prohibicionista, abolicionista o reglamentarista*). En todo caso, comprende la prostitución forzada de adultos (en el sentido que regula el artículo 188.1 de nuestro Código Penal) y la coactiva y/o voluntaria de menores (esto es, la prostitución y corrupción de menores a la que se refiere el art. 187 de nuestro CP).

b) Trata de personas para la explotación laboral

El mismo artículo 3 PTP determina que esa explotación comprende *los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre*. Como elemento normativo del tipo el concepto de explotación laboral debe ser integrado necesariamente por otros instrumentos internacionales que definen lo que se entiende por trabajo forzado u obligatorio⁹, la esclavitud, las prácticas

⁹ Conforme al artículo 2.1 del Convenio sobre el Trabajo Forzoso núm. 29 de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado el 28 de junio de 1930 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su decimocuarta reunión y que entró en vigor el 1 de mayo de 1932: *la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente*.

análogas a la esclavitud¹⁰ y la servidumbre¹¹. La intención del legislador internacional está dirigida a perseguir *como mínimo* la explotación del trabajo esclavizado por lo que no excluye que en este tipo delictivo los Estados-parte incluyan además los supuestos en que *la trata* tenga como resultado la violación de cualquiera de los derechos de los trabajadores extranjeros que se recogen y se protegen en los artículos 311 y siguientes del Código Penal si en su origen se utilizaron cualquiera de los medios coactivos o engañosos señalados.

c) Trata de personas para la extracción de órganos

Esto es, cuando se produce el desplazamiento transnacional de una persona para serle desposeído de cualquiera de sus órganos corporales no sólo con miras a ser transplantados a otro individuo sino también con el propósito de servirse de ellos con cualquier otra finalidad.

En el ámbito de la Unión Europea, la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo en su artículo 1 recoge casi al pie de la letra la definición de la *trata de personas* contemplada por el Protocolo de Palermo reproduciendo las conductas típicas, los medios comisivos alternativos y el tipo subjetivo o intencional.

En lo que concierne a la delimitación de las conductas típicas, los aspectos relevantes que la distinguen del Protocolo de Naciones Unidas son, además de la llamativa omisión de la explotación con la finalidad de extracción de órganos, como ya hemos indicado, el que incorpora *la pornografía* como una de las modalidades de las *formas de explotación sexual* y el que complementa su regulación añadiendo las previsiones, contenidas en el artículo 10 de la Convención de Nacio-

¹⁰ El artículo 1 de la Convención sobre la Esclavitud, hecha en Ginebra el 25 de septiembre de 1926 y que entró en vigor el 9 de marzo de 1927, la define como 1. *El estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos.* 2. *La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos.*

¹¹ Son definidas y clasificadas por el artículo 1 de la Convención Suplementaria de Naciones Unidas sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud hecha en Ginebra el 7 de septiembre de 1956 y que entró en vigor el 30 de abril de 1957: a) *La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios;* b) *La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición;* c) *Toda institución o práctica en virtud de la cual: i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas; ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona; d) Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.*

nes Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, sobre la responsabilidad de las personas jurídicas.

Consiguientemente, aunque pueda reprocharse desde una perspectiva axiológica determinados aspectos¹², es lo cierto que la Decisión Marco comunitaria no sólo acoge y desarrolla los postulados del Protocolo de Palermo reconociendo palmariamente que la razón de su aprobación radica en la necesidad de combatir la trata de seres humanos¹³, sino también que, en esencia, configura la trata de seres humanos como delito propio e independiente de la mera inmigración clandestina, sin que entre ambas modalidades delictivas exista una interconexión absolutamente necesaria o inevitable, razón por la cual ha elaborado otros textos distintos para combatir el contrabando de inmigrantes¹⁴. Lo verdaderamente novedoso de la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo no hay que encontrarlo por tanto en la definición de la trata de personas, sino en que impone a sus Estados miembros el deber de establecer un régimen penológico específico por el que se obliga a castigar a los *trafantes de personas con penas máximas privativas de libertad no inferiores a ocho años* cuando en la realización de la trata concurren determinadas circunstancias¹⁵.

b) *Tráfico ilícito de inmigrantes*

El tráfico ilegal de inmigrantes se encuentra definido y tipificado por los artículos 3 y 6 del *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire* a través de dos modalidades que partiendo

¹² Significadamente la discutible exclusión de los mayores de edad sometidos a esclavitud o trabajos forzados a los exclusivos efectos de valorar la *particular vulnerabilidad de la víctima* como circunstancia de agravación de la pena.

¹³ *Porque es necesario abordar la grave infracción penal que constituye la trata de seres humanos sólo mediante la acción individual de cada Estado miembro, sino con un enfoque global, caracterizado por una definición de los elementos constitutivos de Derecho penal comunes a todos los Estados miembros que incluya sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias* [(7) EM DM 2002/629/JAI].

¹⁴ Lo que no impide que en muchos casos pueden concurrir como reconoce la exposición preliminar de la Directiva 2002/90/CE del Consejo, *cuando afirma que es preciso combatir la ayuda a la inmigración clandestina, tanto la que se refiere al cruce irregular de frontera en sentido estricto como la que se presta para alimentar las redes de explotación de seres humanos* (2); o la Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, cuando reconoce que la presente Decisión marco complementa otros instrumentos adoptados con el fin de combatir la inmigración clandestina, el empleo ilegal, la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños (5).

¹⁵ Tras recordar los principios orientadores que deben presidir la determinación legal de las penas (eficacia, proporcionalidad y disuasión) establece dicha penalidad *cuando se cometan en cualesquiera de las siguientes circunstancias: a) que se ponga en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima; b) que se cometan contra una víctima que sea particularmente vulnerable. Se considerará que una víctima es particularmente vulnerable al menos cuando la víctima esté por debajo de la edad de mayoría sexual según la legislación nacional y la infracción se haya cometido con fines de explotación de la prostitución ajena o a ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía; c) que se cometan mediante violencia grave o hayan causado a la víctima daños particularmente graves; d) que se cometan en el marco de una organización delictiva como se define en la Acción común 98/733/JAI con independencia del nivel de la pena que en la misma se contempla* (art. 3.2 DM 2002/629/JAI).

del presupuesto común de que consiste en una actividad realizada *con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material* (art. 3 PMI, excluyente de las conductas altruistas) puede estar orientada o encaminada: *a) a facilitar la entrada ilegal (el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor, artículo. 3 PMI) de una persona en un Estado del que no es nacional o residente permanente, directamente (facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente, art. 3 PMI) o indirectamente, mediante conductas falsarias o ilegales (la creación de un documento de viaje o de identidad falso; la facilitación, el suministro o la posesión de tal documento; y, utilizado por una persona que no sea su titular legítimo, artículo 6 PMI); y, b) a lograr que el inmigrante ilegal permanezca indebidamente en el Estado receptor mediante esas mismas acciones ilegales*¹⁶.

Ambas modalidades han sido acogidas de manera muy simplificada por el artículo 1.1 de la Directiva 2002/90/CE del Consejo que tipifica: *a) el favorecimiento doloso, lucrativo o no, del tráfico de inmigrantes no comunitarios (cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros); y b) el favorecimiento doloso y necesariamente lucrativo de la permanencia irregular de inmigrante no comunitario en territorio de la Unión Europea (cualquier persona que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros).*

A diferencia del delito de trata de personas que, por la naturaleza del bien jurídicamente tutelado, obviamente no distingue según la nacionalidad de la víctima, en el caso del contrabando de migrantes, al fundarse en la protección de las leyes de extranjería de los Estados miembros, la condición de ser el inmigrante *nacional de un Estado no miembro de la Unión* se erige inevitablemente –en consonancia con el derecho a la libre circulación de los ciudadanos comunitarios– en uno de los requisitos típicos naturales, de tal manera que ningún ciudadano

¹⁶ La habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en ese Estado, recurriendo a los medios mencionados en el apartado *b)* del presente párrafo o a cualquier otro medio ilegal (art. 6 PMI).

de la Unión Europea puede ser sujeto pasivo de este delito. Igualmente, la primera de las modalidades, esto es, el tipo básico de favorecimiento a la inmigración ilegal, no exige que se trate de una actividad basada en el interés o beneficio para el autor. Al contrario, el ánimo de lucro se constituye en el presupuesto común previo y condicionante de la concurrencia de cualquiera de las dos circunstancias agravatorias que prevé, esto es que haya sido efectuada por una organización o que se haya puesto en peligro la vida del migrante¹⁷.

4.2.2 Cuando se realizó la Reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, se estaba en condiciones de realizar la conveniente transposición de los instrumentos internacionales referidos tipificando por separado las dos realidades delictivas, incluso sistematizándolas convenientemente en el Código Penal en atención a su diferente naturaleza, esto es como delito que atenta derechos humanos básicos, en el caso de la trata de personas, y de los que atentan directamente contra los intereses de Estado al control de los flujos migratorios e indemnidad de sus fronteras en el caso del delito de inmigración ilegal o clandestina. Ello es así porque en la fecha de publicación de la Ley ya habían sido firmados ambos protocolos siendo ratificados inmediatamente después¹⁸. En todo caso podrían haberse trasladado a nuestro derecho interno en su plenitud y coherencia las disposiciones comunitarias europeas que hemos comentado.

¹⁷ La Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, cuando establece en su artículo 1 el régimen jurídico sancionador de esas conductas, impone a los Estados miembros la obligación de imponer *penas privativas de libertad cuya duración máxima no podrá ser inferior a ocho años* cuando hayan sido cometidas con ánimo de lucro y además se haya realizado por una organización de las definidas en la Acción común 98/733/JAI o se haya puesto en peligro la vida de las personas que son objeto de la infracción. En todo caso se deja libertad a los Estados miembros para valorar los móviles desinteresados y altruistas (*los Estados miembros podrán decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, no imponer sanciones a la conducta definida en la letra a) del apartado 1 en los casos en que el objetivo de esta conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate*, artículo 1.2 de la Directiva).

¹⁸ Los Instrumentos de Ratificación fueron publicados en «BOE» núm. 296 11 de diciembre de 2003 y en «BOE» núm. 295 de 10 de diciembre de 2003, estando en vigor, respectivamente, desde el 25 de diciembre de 2003 y 28 de enero de 2004. A pesar de ello, la Sala II del Tribunal Supremo ha reconocido la vinculación de la reforma de 2003 del artículo 318 bis al derecho internacional penal en toda su extensión. Así, la STS 10/5/2007 (R. núm. 10828/2006) [Ponente, Excmo. señor José Ramón Soriano Soriano], afirma que *el origen del artículo 318 bis, hemos de hallarlo en la Convención de la ONU celebrada en Palermo el 15 de diciembre de 2000 contra la Criminalidad Organizada Transnacional y sus dos protocolos para prevenir la «trata de personas, especialmente mujeres y niños» y «el tráfico ilícito de emigrantes por tierra, mar o aire», ambos ratificados por España el 1 de marzo de 2002, donde se ha distinguido: a) tráfico ilícito de inmigrantes, como favorecimiento de la entrada, tránsito o permanencia ilegal de una persona en un país; b) «trata de personas», como tráfico dirigido a las explotación laboral, sexual, extracción de órganos, etc.* Es más, cuando ha tenido que pronunciarse sobre la extensión de la jurisdicción española en relación con estos tipos delictivos no ha dudado en integrar esas conductas en la letra h del artículo 23.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, entre otras razones por su vinculación con esos instrumentos internacionales [SSTS 15 de junio de 2007 (R. núm. 2341/2006); 21 de junio de 2007 (R. núm. 183/2007); 25 de junio de 2007 (R. núm. 2027/2006); 26 de junio de 2007 (R. núm. 2031/2007); 5 de julio de 2007 (R. núm. 184/2007)].

Sin embargo, la nueva redacción del artículo 318 bis CP (*de los delitos contra los ciudadanos extranjeros*), llevada a cabo como pretendida transposición de dichos instrumentos internacionales, no sólo no cumple ese cometido sino que transmite la sensación de que la preocupación preferente del legislador era combatir especialmente el fenómeno de la inmigración clandestina¹⁹.

Ello es así por cuanto el artículo 318 bis CP tipifica unos casos muy limitados de trata de personas con fines de explotación sexual en su apartado 2, pero lo hace configurándolos –según reiterada jurisprudencia que identifica el término *tráfico ilegal e inmigración clandestina*– como subtipos agravados del delito de favorecimiento del tráfico de inmigrantes del apartado 1²⁰.

Las consecuencias que se derivan de tan criticable regulación no pueden ser más negativas:

a) La primera es la de que en España no se han cumplimentado con rigor los compromisos adquiridos con la ratificación de los Proto-

¹⁹ La Exposición de Motivos de la Ley de 2003 se preocupa de afirmar que *el nuevo texto contiene un importante aumento de la penalidad al respecto, estableciendo que el tráfico ilegal de personas –con independencia de que sean o no trabajadores– será castigado con prisión de cuatro a ocho años, refiriéndose expresamente sólo a la necesidad de ajustarse a las previsiones de la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, omitiendo cualquier cita a la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos o a los protocolos dictados al amparo de las Naciones Unidas. Lamentablemente Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas no ha aprovechado la oportunidad de corregir muchos de sus defectos.*

²⁰ Sin embargo, el mismo legislador utiliza una técnica más depurada cuando, en fechas cercanas a la reforma del artículo 318.bis CP, introduce el delito de lesa humanidad *en sentido estricto* por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre (esto es, una de las categorías delictivas atribuidas a la Corte Penal Internacional por el artículo 3 del Estatuto de Roma, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional). En efecto, el artículo 607 bis CP establece que *«son reos del delito de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella»* (art. 607.1.bis CP que sigue la definición del artículo 7.1 del citado Estatuto de Roma) o, en todo caso, se cometen *«por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional»* o *«en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen»* (artículo 607.1 bis, párrafo segundo CP), recogiendo en los apartados 9.º y 10.º del ordinal segundo de dicho precepto respectivamente los supuestos de trata de personas para la explotación sexual (*«con la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las conductas relativas a la prostitución recogidas en el artículo 187.1, y con la de seis a ocho años en los casos previstos en el artículo 188.1. Se impondrá la pena de seis a ocho años a quienes trasladen a personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior y en el artículo 188.1 se cometan sobre menores de edad o incapaces, se impondrán las penas superiores en grado»*) y la trata de personas para la explotación laboral (*«del mismo modo con la pena de prisión de cuatro a ocho años si sometieran a alguna persona a esclavitud o la mantuvieran en ella. Esta pena se aplicará sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas. Por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque»*).

colos de Palermo, hasta el punto de poderse afirmar que lamentablemente la *trata de personas* en sentido estricto, como delito propio e independiente, en sus tres modalidades (para la explotación sexual, laboral y extracción de órganos), es una conducta como tal atípica en derecho español (sin perjuicio de los delitos a ella conexos), quedando relegada a un supuesto agravado del delito de inmigración clandestina del artículo 318 bis CP²¹.

b) En segundo lugar, al no haber tipificado sistemática y separadamente la trata de personas y la inmigración clandestina según su diferenciada esencia criminológica *como delito contra los ciudadanos extranjeros* ha dado lugar a una especie de regulación híbrida en el artículo 318 bis CP, extremadamente confusa y contradictoria en muchos aspectos con la dicción y principios del Protocolo de Palermo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños. Así, la propia Sala II del Tribunal Supremo no sólo duda de la subsunción del delito de favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores (art. 313.1 CP) en el artículo 318 bis CP²², sino también se ve forzada a resolver los supuestos concursales entre ese precepto y el delito de determinación coactiva de la prostitución del artículo 188.1 CP²³ de manera ajena al sentido pretendido por las normas internacionales que configuran la trata como un delito de tendencia u consumación anticipada.

c) En tercer lugar, al subordinarse en este artículo la explotación sexual, e indirectamente la laboral, a la previa conducta de favorecimiento del tráfico ilegal o a la inmigración clandestina de personas, esto es la que infringe la normativa administrativa que regula la entrada de extranjeros en España y por extensión en la Unión Europea (significadamente, el art. 25 de la Ley de Extranjería) en cualquiera de sus dos modalidades (subrepticia²⁴ y fraudu-

²¹ En este sentido llama la atención de que a pesar de que son dos de los hechos previstos como cualificadores del delito de lesa humanidad del artículo 607 bis CB, no tenga su correspondiente tipificación individualizada como ocurre con otros de los hechos recogidos en el 607.bis.2 CP (asesinato, lesiones, agresiones sexuales, tortura, etc.) cuando debiera serlo.

²² Vide, la STS 2 de noviembre de 2006 (R. núm. 10166/2006). *En la práctica la doctrina más caracterizada entiende que con la nueva redacción del artículo 318 bis por Ley Orgánica núm. 11 de 29 de septiembre de 2003 se ha producido una derogación tácita del artículo 313-1º CP y ello por cuanto a pesar de la aparente diferencia, aunque en este último precepto no se hable de trabajador extranjero, sí se precisa que sea un inmigrante y este término sólo puede predicarse de un extranjero; los nacionales no inmigran a su propio país [STS 10 de mayo de 2007 (R. núm. 10828/2006)].*

²³ El Pleno no jurisdiccional de Sala de 26 de febrero de 2008 acordó que «la relación entre los artículos 188.1 y 318 bis del CP, en los supuestos de tráfico ilegal o inmigración clandestina a la que sigue, ya en nuestro territorio, la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución, es la propia del concurso real de delitos. Tales conductas serán calificadas con arreglo a los artículos 188.1 y 318 bis 1º, descartando la aplicación del artículo 318 bis 2º, al tratarse de un supuesto de realización progresiva del tipo». Ha sido la única manera de impedir una doble incriminación en relación con el subtipo agravado del ordinal segundo del delito contra los derechos de los extranjeros.

²⁴ Es decir aquella que se oculta o se hace a espaldas de la administración evitando los pasos fronterizos establecidos por las autoridades correspondientes de cada país o mediante una entrada cuya realidad física

lenta²⁵), se está exigiendo que las víctimas afectadas no sean ciudadanos miembros de la Unión Europea al gozar todos ellos del derecho a la libre circulación²⁶.

Ello significa por tanto que el desplazamiento coactivo o forzado de una persona nacional de un Estado miembro de la Unión Europea de su entorno social, familiar, lingüístico y cultural a otro extraño provocador de una situación de insufrible vulnerabilidad para lograr vencer su resistencia y lograr su explotación sexual, laboral o para la extracción de órganos no quedaría subsumida en este precepto provocando una intolerable discriminación entre los ciudadanos europeos comunitarios (entre los que se encuentran los españoles) y los no comunitarios porque estos últimos, además de la protección que le dispensarían los correspondientes preceptos penales que pudieran entrar en concurso (especialmente, los que castigan la determinación coactiva de la prostitución, el secuestro, las agresiones sexuales y los atentados contra la integridad física) tienen la específica protección del artículo 318 bis CP.

d) Al haberse obviado la existencia independiente de esas entidades delictivas en el ámbito de *los derechos contra los ciudadanos extranjeros* se está desconociendo la necesidad de protección específica de las víctimas de la trata de personas. Éstas, al ser consideradas como meros inmigrantes en situación de ilegalidad, no cuentan con sistema integral de protección que incluya las medidas destinadas a su recuperación física, psicológica y social.

e) Al no haberse admitido la trascendencia criminológica independiente de la trata de seres humanos como delito contra la dignidad humana, significadamente en lo que concierne a la trata de mujeres y niños para la explotación sexual, se ha impedido la com-

se oculta a las autoridades [Vide por todas SSTS 10 de mayo de 2007 (R. núm. 10828/2006); 26 de junio de 2007 (R. núm. 11251/2006)].

²⁵ La clandestinidad en la inmigración alcanza también a las entradas fraudulentas, aun conocidas por los organismos oficiales: a) Hacerse pasar por turistas [vide, por todas SSTS 10 de mayo de 2007 (R. núm. 10828/2006); 26 de junio de 2007 (R. núm. 11251/2006)]; b) declarando falsamente una finalidad legítima para su visita [vide, por todas STS 10 de mayo de 2007 (R. núm. 10828/2006)]; c) utilización de documentación falsa [SSTS 19 de enero de 2006 (R. núm. 698/2004); 26 de junio de 2007 (R. núm. 11251/2006)].

²⁶ A raíz de la integración en la Unión Europea de Rumania y Bulgaria, República Checa, República de Estonia, República de Chipre, República de Letonia, República de Lituania, República de Hungría, República de Malta, República de Eslovenia y República Eslovaca el Pleno no jurisdiccional de la Sala II TS del día 29 de mayo de 2007 ha convenido que los nacionales de estos Estados, al haber adquirido ciudadanía europea comunitaria, tienen reconocido el derecho a la libre circulación desde el momento de la adhesión, por lo que el artículo 318 bis CP no es posible aplicarlo cuando el tráfico ilegal les concierne, toda vez que ni se ve afectado el interés del Estado en el control de los flujos migratorios *ni hay riesgo potencial de lesión de sus derechos personales distintos a los que pudieran sufrir los ciudadanos españoles*. Vide, entre otras SSTS 29 de mayo de 2007 (R. núm. 11163/2006), 26 de junio de 2007 (R. núm. 11251/2006), 2 de julio de 2007 (Rec. núm. 88/2007).

presión en su plenitud del fenómeno entre los aplicadores del derecho, de tal manera que puede afirmarse que la redacción actual del precepto contribuye a seguir *ocultando* en nuestra sociedad tan execrable actividad especialmente esclavizadora de las mujeres como se manifiesta, preferentemente, en las indebidas interpretaciones y valoraciones que se efectúan a la hora de apreciar el consentimiento de la mujer (voluntariedad) en el ejercicio del comercio sexual²⁷. La única manera de corregir tan negativas consecuencias sería mediante una nueva reforma del tratamiento legal que configure la trata de personas en sus distintas modalidades como un delito contra la dignidad de las personas cualquiera que sea su nacionalidad, diferenciado de los delitos de inmigración ilegal.

4.2.3 Desde otra perspectiva, es preciso señalar que otro de los efectos negativos de la regulación recogida en el artículo 318 bis CP es que provoca la imposibilidad de llevar a cabo de manera rigurosa un seguimiento criminológico y estadístico de ambas entidades delictivas, pues muchas de sus conductas típicas se encuadran estadísticamente en una variedad de tipos penales de la más diversa naturaleza, hasta tal punto que hay que admitir que en España, a pesar de que la trata de personas para la explotación sexual y para la explotación laboral tiene una gran relevancia, no es posible determinar su verdadera dimensión por encontrarse encuadrados muchos hechos delictivos en una variedad de preceptos ajenos al artículo 318 bis CP.

De todas formas, ni siquiera limitadamente respecto de los delitos comprendidos expresamente en el artículo 318 bis CP es posible dar datos fiables en la actualidad desde la Fiscalía. En efecto, como hemos adelantado, hasta finales del año 2007 no se ha completado la red de Fiscales delegados de Extranjería en toda España y, consecuentemente no se ha podido dar el debido cumplimiento a la Instrucción 5/2007 del Fiscal General del Estado por la que semestralmente los Fiscales territoriales deben remitir copia de todos los escritos de conclusiones provisionales en los que se formule acusación por cualquiera de los delitos tipificados en los artículos 318 bis, 312.2 y 313 CP, de las sentencias penales recaídas en las causas seguidas para el enjuiciamiento de esos mismos delitos y, en su caso, de los recursos interpuestos contra ellas.

²⁷ A mayor abundamiento, es tan ilógica la regulación actual que es oportuno llamar la atención sobre el hecho de que se castigue con mayor pena (cinco a diez años de prisión) el tráfico de inmigrantes con fines de explotación sexual (art. 318 bis 2 CP), que la misma conducta cuando además se realice con los fines específicamente delimitadores del delito de lesa humanidad del artículo 607 bis 2.9.º CP (seis a ocho años de prisión).

CUADRO 1

Comisaría General de Extranjería: trata de personas para la explotación sexual

Redes			Explotación Sexual no calificable como red		
Desarticuladas	Detenidos	Víctimas	Servicios	Detenidos	Víctimas
115	530	1.035	148	277	583

Para conocer la dimensión del fenómeno sólo podemos acudir a los informes y estadillos confeccionados por la Comisaría General de Extranjería y Documentación y por la Unidad Técnica de la Policía Judicial de la Guardia Civil, que en alguna medida tratan de ajustarse razonablemente a los criterios clasificatorios establecidos por los Instrumentos internacionales de Naciones Unidas.

Aunque las estadísticas relativas a la procedencia de las víctimas y detenidos procedentes de la Policía se refieren exclusivamente a las víctimas controladas por redes, la información que traslada es significativa. Mayoritariamente las víctimas son originarias de América (479) pues representan un 46,28 por 100 del total, seguidas de las procedentes de Europa (383 = 37 por 100), África (53 = 5,12 por 100) y Asia (44 = 4,25 por 100), y, en un 7,34 por 100 (76) no ha sido posible determinar cuál era su país de origen. Por nacionalidades, destacan las 295 brasileñas (más del 28 por 100), 211 rumanas (20,38 por 100), 135 rusas (13,05 por 100) y 95 paraguayas (9,17 por 100).

Es importante llamar la atención acerca de que al no estar expresamente tipificada la trata de personas para la explotación sexual en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de haber sido víctimas de redes dedicadas a la trata de personas, han quedado excluidas de la protección del artículo 318 bis del CP, 244 ciudadanas comunitarias²⁸, esto es el 23,57 por 100.

Por ese motivo han sido detenidas 530 personas integrantes de grupos organizados o redes de las más variadas nacionalidades. El mayor número son españoles (32,64 por 100), rumanos (21,88 por 100) y brasileños (11,32 por 100).

El informe criminológico efectuado por el Departamento de Análisis Criminal de la Policía Judicial de la Guardia Civil, aunque parte correctamente de las definiciones sobre trata de seres humanos contenidas en el Protocolo de Palermo, extiende su riguroso análisis a otras modalidades delictivas más amplias, significadamente en relación con el fenómeno general de la explotación sexual en los territorios de su

²⁸ Entre ellas 6 españolas, 14 búlgaras, 1 eslovena, 2 eslovacas, 2 húngaras, 1 polaca, 2 portuguesas, 1 británica, 4 checas y las ya mencionadas 211 rumanas.

competencia abarcando consiguientemente no solo los supuestos que pudieran tener su encuadre en el artículo 318 bis CP, sino también en otros conexos como los previstos en los artículos 187 y 188.1 CP.

Específicamente las operaciones practicadas contra redes dedicadas a la trata de personas para la explotación sexual se limitan a siete que han dado lugar a la detención de 107 personas²⁹.

En relación con la trata de personas para la explotación laboral que, en sentido estricto, no se encuentra tipificada en derecho español hay que proceder a una conexión entre el tipo básico del artículo 318 bis y subtipo agravado del ordinal tercero del mismo precepto y determinados artículos contra los derechos de los trabajadores (arts. 311 a 313 CP). Incluso, como acertadamente recoge el Informe Unidad Técnica de la Policía Judicial de la Guardia Civil, con los supuestos de explotación para la mendicidad de menores del artículo 232 CP. En todo caso, hay que ser conscientes de que las cifras que puedan publicarse sobre la cuantificación del fenómeno nunca responderán a la realidad con exactitud pues todos los expertos policiales consideran que existe un volumen muy cuantioso de casos no denunciados.

CUADRO 2

Comisaría General de Extranjería: trata de personas para la explotación laboral

Redes			Explotación Laboral no calificable como red		
Desarticuladas	Detenidos	Víctimas	Servicios	Detenidos	Víctimas
43	161	455	153	234	548

Las víctimas de las redes organizadas dedicadas a este delito identificadas por la Policía también proceden de una pluralidad de regiones del mundo: un 48,79 por 100 de América (222); un 30,76 por 100 de Asia (140); un 5,93 por 100 de África (27); y, un 3,29 por 100 de países de Europa (15). Por nacionalidades destaca la explotación laboral de ciudadanos chinos (19,34 por 100 del total), brasileños (17,48 por 100), bolivianos (16,92 por 100), paquistaníes (7,47 por 100) y paraguayos (6,81 por 100). El mayor número de integrantes de redes dete-

²⁹ Según consta en la Tabla 7 que acompaña el informe. En el exhaustivo informe se recogen datos de evidente interés para el conocimiento general de la situación de la posible *explotación sexual* en los territorios competencia de la Guardia Civil: se ha constatado que durante 2007 las 15.264 mujeres extranjeras que han ejercido la prostitución especialmente en clubes de alterne u hoteles de carretera provienen en un 58,39 por cien de América (3.277 de Brasil), en un 35,53 por cien de países europeos no comunitarios, de una pluralidad Estados miembros de la Unión Europea (3.497 de Rumanía), en un 5,92 por cien de África (donde destacan las procedentes de Marruecos, 374), y sólo un 0,07 por cien de Asia. Sin embargo de tan cuantiosa cifra, sólo se han realizado 138 denuncias por determinación coactiva de la prostitución aunque resulte evidente que, sin perjuicio de que un número importante de ellas haya venido a España *voluntariamente* para el ejercicio de esa actividad son muchas las que han sido atraídas a nuestro país de manera coactiva o mediante engaño.

nidos lo constituyen españoles (32,29 por 100), brasileños (18,63 por 100), paquistaníes (13,04 por 100), peruanos (8,07 por 100) y chinos (7,45 por 100).

4.2.4 El favorecimiento de la inmigración clandestina *stricto sensu*, esto es, el desvinculado de la trata de personas porque el inmigrante decide con voluntad libre (sin vicios en el consentimiento) la venida a España de manera subrepticia o fraudulenta está suficientemente tipificado en el artículo 318 bis CP, tanto en su tipo básico como en sus modalidades agravadas. Abarca todas las posibilidades de introducción ilegítima en territorio español, pudiéndose clasificar las conductas más comunes en los siguientes supuestos: inmigración clandestina mediante la introducción en territorio español a través de cayucos, pateras u otras embarcaciones similares, introducción mediante los denominados motores humanos, introducción de inmigrantes ocultos en vehículos a motor o, sin ocultamiento pero de forma subrepticia; y facilitación a los migrantes extranjeros de documentación falsa o a nombre de otra persona para pasar los controles fronterizos.

Algunas de las formas en que se verifica el transporte son extraordinariamente peligrosas para la vida e integridad de los propios emigrantes y en muchas ocasiones, una vez que se someten al control de sus transportistas, pueden quedar atrapados en redes criminales que no dudan de abusar de su situación de vulnerabilidad una vez que han llegado a introducirse en territorio español.

Según informa la Policía, durante 2007 el mayor número de víctimas de la inmigración ilegal organizada son ciudadanos cuyo país de origen no ha podido ser determinado (1.330 = 48,45 por 100) pero que en su mayoría provienen del África subsahariana. De este continente proviene la mayoría de inmigrantes cuya nacionalidad ha sido perfectamente identificada (983 = 35,81 por 100), seguidos de Asia (225 = 7,83 por 100) y de América (187 = 6,81 por 100).

CUADRO 3

Comisaría General de Extranjería: trata de personas para la explotación laboral

Redes			Servicios no calificables como red		
Desarticuladas	Detenidos	Víctimas	Servicios	Detenidos	Víctimas
96	356	2.745	127	209	156

La Jefatura del Servicio de Información de la Guardia Civil precisa que en el ámbito de su competencia durante el año 2007 han sido desarticuladas 13 redes organizadas que se dedicaban a la inmigración clandestina de las más variadas formas (ocultación en vehículos y paso

clandestino de fronteras) y 11 que pretendían lograr sus propósitos mediante conductas falsarias documentales. Por el primer motivo la mayoría de los detenidos eran ciudadanos del Magreb (14 marroquíes y 10 argelinos = 68,57 por 100) siendo el resto nacionales españoles (11 = 31,42 por 100). Por el segundo motivo fueron detenidas 147 personas que trataban de falsear los datos de empadronamiento para justificar la estancia en España de ciudadanos en situación de irregularidad a los efectos de justificar su arraigo o reagrupamiento familiar en España, así como la constitución de empresas ficticias con miras a facilitar contratos de trabajo y optar por un visado. Por el número de detenidos destacan los marroquíes (76 = 51,70 por 100), siguiéndoles los españoles (43 = 29,25 por 100) y los brasileños (23 = 15,64 por 100).

El número de detenidos por servicios de la Guardia Civil en relación con el delito de inmigración clandestina no pertenecientes a redes u organizaciones más o menos establecidas ha sido muy superior, al ascender a 353 personas de las que el mayor número han sido marroquíes (139 = 39,37 por 100) y españolas (78 = 22,09 por 100).

4.2.5 En las Memorias explicativas de su actividad las diferentes Fiscalías territoriales informan de las dificultades que encuentran a la hora de perseguir las variadas conductas tipificadas en el artículo 318 bis CP.

Aunque algunas se refieren a algún aspecto de la problemática derivada de la defectuosa regulación legal y las dificultades que se han planteado en relación no sólo con la subsunción de determinadas conductas en cualquiera de los subtipos del artículo 318 bis CP, sino también con las dudas interpretativas en relación con los supuestos concursales concurrentes, son las cuestiones referentes a la prueba de estos delitos las que mayor número de problemas señalan.

La denuncia más generalizada se pronuncia sobre la compleja realización de las pruebas testificales de las víctimas derivadas de una variedad de factores: en la mayoría de las ocasiones deben ser necesariamente preconstituidas o anticipadas lo que provoca la imposibilidad de llevarse a cabo en los servicios de guardia cuando son prestados por un solo Juzgado en régimen de 24 horas y el número de diligencias a practicar es muy numeroso; por la pronta expulsión gubernativa del testigo extranjero y las limitaciones de aplicación del artículo 59 LE; por la resistencia a declarar de muchas de las víctimas en las que pesa más el temor a sus tratantes que cualquier otra opción; por las insuficiencias y deficiencias de un sistema manifiestamente inadecuado de protección de testigos regulado por la obsoleta Ley de 1994; por las reticencias, y, en algún caso, negativas de algunos Juzgados sobre su

práctica mediante exhorto del Juzgado que conoce de la causa cuando las víctimas de redes están residiendo en distintas circunscripciones judiciales; y, por la inexistencia en algún caso de personal cualificado indispensable para llevarlas a efecto (intérpretes).

Para corregir estas deficiencias y otras de diversa naturaleza como la relativa a la cooperación jurídica internacional, indispensable en los supuestos de crimen organizado transnacional, la Fiscalía Delegada ha adoptado una serie de medidas que han empezado a dar unos resultados muy positivos: en primer lugar se ha establecido un sistema de comunicación permanente y periódica (mínimo una reunión mensual ordinaria y cuantas veces lo exijan las situaciones excepcionales) con la Comisaría General de Extranjería (Comisarios de Redes y de Falsedades Documentales) en las que se analizan todas las investigaciones de relevancia sobre trata de personas en sus dos modalidades básicas con la finalidad de establecer las correspondientes medidas de colaboración entre el instituto policial y el Ministerio Fiscal dentro de sus respectivas competencias, con traslado a las distintas Fiscalías, donde se ha favorecido también la relación de los fiscales delegados con las respectivas UCRIF (Unidades Contra Redes de Inmigración y Falsedades); en segundo lugar se ha establecido una comunicación de la misma naturaleza y periodicidad con la Red Española de Lucha contra la Trata de Seres Humanos que acoge a las organizaciones nacionales e internacionales más importantes³⁰ *que trabajan en el ámbito de la lucha contra la trata de personas en España desde una perspectiva global de acuerdo con los instrumentos legales nacionales e internacionales aplicables en España, considerando como víctimas de trata a todas aquellas que lo sean con fines de explotación sexual, laboral, matrimonios serviles, mendicidad, situaciones de esclavitud, etc., de acuerdo a la definición del Protocolo de Palermo*³¹. Estas reuniones se

³⁰ Con la información recabada es factible, además de facilitar la anticipación de la prueba testifical de los extranjeros víctimas de delito de trata de seres humanos, valorar, en función de las circunstancias concretas, la procedencia de la aplicación del artículo 59 de la LEX con el fin de suspender o dejar sin efecto eventuales medidas de expulsión o devolución de los mismos, cuando se considere indispensable o muy aconsejable su presencia en el acto del juicio oral para declarar como testigos con inmediatez. En estos casos, con frecuencia, la duración de la causa penal dilata excesivamente el proceso administrativo para la concesión de permisos extraordinarios de residencia y trabajo y a veces determina que los testigos cesen en su colaboración. Por otra parte, con frecuencia se trata de testigos protegidos siendo necesario evitar que vuelvan a caer en redes de explotación. Para evitar o paliar en lo posible estos problemas es posible contar, en adelante, con la cooperación de la Red de Lucha contra la Trata de Seres Humanos que puede hacerse cargo de la asistencia a las víctimas mientras dure el procedimiento y se regularice o resuelva en su caso su situación, como, por otra parte, ya han hecho en algún caso las UCRIF. Del mismo modo, cuando en una causa por delitos de trata de seres humanos se estime necesario por el Fiscal Delegado de Extranjería la adopción de especiales medidas de protección a la o las víctimas se podrán poner en contacto con la Coordinación de la Red, bien a través de esta Fiscalía de Sala o bien directamente.

³¹ Accem; Afromujer Andalucía; Afesip; Anzadeia; Amnistía Internacional; Asociación para la Prevención, Reinserción y Atención de la Mujer Prostituida (APRAMP); Cáritas; Comisión Española de Ayuda al

realizan con dos propósitos perfectamente definidos: la comunicación por la Red de los hechos de los que tengan noticia que puedan constituir delito de trata de seres humanos; y, la colaboración de la Red cuando sea necesario adoptar medidas de protección de víctimas y testigos de estos delitos así como para facilitar la obtención de prueba y la presencia de los testigos en el acto del juicio.

4.3 MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

4.3.1 Como ya se puso de relieve en la Memoria de esta Fiscalía del año 2006, la protección, tratamiento jurídico y eventual repatriación de los *menores extranjeros no acompañados* ha sido una de las más perentorias y principales preocupaciones de la Fiscalía de Sala Delegada de Extranjería. Se ha dedicado, por ello, una parte muy importante de nuestra actividad a la supervisión y coordinación de toda esta materia no sólo con objeto de lograr la deseada unificación de criterios en todas las fiscalías territoriales respecto de una legislación vigente con muchas lagunas e insuficiencias, sino también con el propósito de mejorar nuestra respuesta en defensa de los derechos de los niños que siempre deben ser prioritarios frente a cualquier otro interés legítimo que también pueda concurrir.

4.3.2 Dos son los aspectos a los que se extiende la intervención del Fiscal de Extranjería en relación a los menores extranjeros no acompañados.

El primero de ellos se refiere a la determinación provisional de la edad de extranjeros indocumentados de cuya minoría de edad se dude conforme a las disposiciones del artículo 35.1 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. El segundo se centra en el control de los expedientes administrativos que se tramiten para la repatriación de estos menores, ya sea para su reagrupación familiar o para ser asumida su guarda por los servicios competentes de protección de menores de sus países de origen, conforme al artículo 35.3 de la referida Ley Orgánica, desarrollado por el artículo 92.4 del Real Decreto 2393/2005, que aprueba su Reglamento.

Aunque la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 5/2007 atribuye a las Secciones de Extranjería de las Fiscalías territoriales la

Refugiado (CEAR); CONFER; Cruz Roja Española; ECPAT; Federación de Mujeres Progresistas; Fonte; Lepala; Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África; Médicos del Mundo; Mujeres en Zonas de Conflicto; Proyecto Esperanza; Red Acoge; Red Cantabria; Rescate; Save the Children; Women's Link Worldwide; *Colaboradores*: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR); Organización Internacional para las Migraciones (OIM); Asociación pro Derechos humanos de España.

competencia para intervenir o, en su caso, coordinar, supervisar y trasladar las pautas a seguir en esta materia, es lo cierto que en cualquiera de los dos supuestos (determinación de la edad y expedientes repatriativos) se impone –como indica razonablemente la Circular 2/2006 FGE– la necesaria cooperación entre las Secciones de Menores y de Extranjería. Ello es evidente, por cuanto no sólo el interés del menor es una realidad jurídica que no puede ser valorada de manera diferenciada según el sector del ordenamiento jurídico aplicable (extranjería y protección de menores), sino también en razón de que o bien, desde una perspectiva funcional y organizativa muchas de las actuaciones deben ser llevadas a cabo por las Secciones de Menores que cuentan con un servicio de guardia que permite atender sin demora cualquier solicitud recibida con arreglo al artículo 35.1 LEX o bien, porque son esas unidades las que disponen de la información precisa para configurar aquel interés superior.

Por ello, se mantiene contacto estable con la recientemente constituida Fiscalía de Sala de Menores para intercambio de información y coordinación en todas las cuestiones relativas a menores extranjeros no acompañados que puedan importar a ambas especialidades. Así ha ocurrido en cuanto a los problemas surgidos en la tramitación de la documentación de MENA a efectos de la posible concesión de permiso de residencia o trabajo conforme a lo dispuesto en el artículo 35.4 LE, que fueron detectados por la Fiscalía de Sala de Extranjería, a través de diferentes quejas y denuncias formuladas por asociaciones encargadas de la guarda y acogimiento de estos menores y trasladados a la Fiscalía de Sala de Menores por tratarse de una cuestión propia de su competencia³².

4.3.3 En relación con la competencia del Ministerio Fiscal sobre la determinación de la edad respecto de los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad (art. 35.1 LEX), todavía persisten una serie de dudas interpretativas no resueltas ni por la Instrucción FGE 2/2001 ni por la Circular FGE 2/2006.

En este sentido, se plantea por alguna Fiscalía la posibilidad de acordar la práctica de pruebas para conocer la edad concreta de estos extranjeros no documentados, una vez establecida sin duda su minoría

³² Que con celeridad se ha dirigido a sus respectivos delegados instruyéndoles de que con fundamento en lo dispuesto en los artículos 40 LE y 10.4 de la LOPJM en consonancia con el pronunciamiento del Defensor del Pueblo en su Recomendación 54/2004 *debe procurarse instar de las entidades públicas de tutela el inicio de los trámites necesarios para la debida documentación del menor con la anticipación suficiente con respecto a la fecha de su mayoría de edad, sin perjuicio de condicionar en todo caso su efectiva concesión al cumplimiento de los requisitos reglamentariamente exigidos y que, en los acuerdos de desamparo se fije la fecha en que el menor fue puesto a disposición de la entidad a la que habrán de retrotraerse sus efectos a los fines de la concesión de permiso de residencia o trabajo.*

de edad, con el fin de programar la acción protectora y educativa de las entidades de tutela acorde a su madurez o para saber si pueden ser habilitados para trabajar, tal como en ocasiones demandan las entidades de protección. El tenor literal del artículo 35 de la LE excluye que las pruebas puedan ser acordadas por esta vía, sin perjuicio de que eventualmente proceda su autorización conforme a las normas de protección de menores y en particular la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (Cádiz).

En lo que concierne al ámbito subjetivo de aplicación de ese precepto, durante el año 2007 se han suscitado dudas acerca de si abarca a los niños rumanos indocumentados. Una vez incorporada a la Unión Europea Rumania, es incontestable que el artículo 35.1 LE no les será de aplicación al quedar excluidos expresamente del régimen de extranjería tanto los españoles como los ciudadanos comunitarios (art. 1 LE), que quedarán sometidos al sistema general de protección de menores o a los acuerdos bilaterales suscritos entre España y los países de la Unión afectados.

Con objeto de favorecer la aplicación normalizada del artículo 35.1 LE se han suscrito, muchas veces a instancia de la Fiscalía territorial de aquellas regiones donde la afluencia de MENAS es más importante (Cádiz, Las Palmas, Santa Cruz de Tenerife, Madrid, Granada y Huelva), una pluralidad de protocolos o convenios de actuación entre todas las instituciones afectadas (Fiscalías, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad e instituciones autonómicas sanitarias y de protección de menores). Esta iniciativa ha sido avalada por esta Fiscalía de Sala de Extranjería hasta el punto de que estamos tratando de extenderla a otras provincias en donde la afluencia masiva de menores extranjeros no regulares constituye un fenómeno más reciente como es el caso de Almería o Baleares.

Con ello se pretende lograr varios objetivos de indudable trascendencia señalados por la Instrucción FGE 2/2001: *a)* Superar los conflictos relativos a la determinación del Centro Médico competente para realizar las pruebas; *b)* Evitar los traslados automáticos y muchas veces precipitados del extranjero a los centros de protección de menores generadores de un importante trastorno para el régimen interno y desarrollo del trabajo del Centro cuando posteriormente resultaba acreditado que el interesado era mayor de edad; *c)* Impedir la duplicación de pruebas mediante la potenciación y adecuada utilización del Registro de Menores Extranjeros No Acompañados (art. 111 RE) actualmente inserto en la Base de Datos Addextra del CNP, en el que se deben incluir los resultados de las pruebas médicas que, con anterioridad, se hubieran llevado a cabo para la determinación de la edad

del extranjero³³. Al respecto, por parte de esta Fiscalía de Sala de Extranjería se ha procurado instruir a todos los Fiscales Delegados territoriales de la necesidad no sólo de evitar que se lleve a cabo actuación alguna respecto de MENA localizado por vez primera en un territorio sin consultar, previamente, posibles antecedentes en el Registro sino también de la necesidad de que todos los datos obligatorios sean comunicados, ya sea desde la propia Fiscalía o desde las instituciones de protección de menores al Cuerpo Nacional de Policía para que ningún menor extranjero no acompañado quede sin registrar. Igualmente, se han mantenido los correspondientes contactos para recabar la indispensable cooperación de la Fiscalía de Sala de Menores en esta materia.

No obstante, en la actualidad todavía siguen detectándose importantes problemas prácticos en la aplicación de este precepto, derivados esencialmente de la inexistencia de criterios médicos uniformes tanto respecto de las técnicas utilizadas como de la interpretación o valoración de sus resultados. Efectivamente la prueba más utilizada es la controvertida radiografía de muñeca y mano izquierda (método Greulich-Pyle) para su comparación con unas tablas previamente elaboradas para estudios estadísticos sobre crecimiento de estos huesos a diferentes edades, cuyo margen de error oscila entre los 6 y los 24 meses. La discutible validez de este método, que está fundado en tablas o *atlas* de contraste elaborados en los años 30 del siglo XX respecto de la población europea o norteamericana de raza blanca, se agrava si tomamos en cuenta que en muchas provincias españolas los informes de interpretación de los resultados de las pruebas no son realizados por médicos forenses expertos en la materia sino por los mismos médicos de Urgencias de los Hospitales donde se practican, que muchas veces carecen de la debida especialización y del tiempo necesario para profundizar en sus informes. La solución de este problema es muy complicada toda vez que las alternativas existentes además de que no son absolutamente fiables, tienen un costo muy elevado y son muy lentas en su realización. En este sentido, en algunas regiones (Orense y Guipúzcoa) se llevan a cabo *ortopantomografías*

³³ Como reiteradamente ha puesto de manifiesto la Comisaría General de Extranjería, el Registro de MENA está lejos de ser completo debido esencialmente a la falta de coordinación con las diferentes instituciones implicadas que no siempre comunican al CNP los datos necesarios para efectuar el registro de los menores y las dificultades de identificación de éstos. Últimamente cada vez más se está generalizando su utilización y mejorando su eficacia sin perjuicio de la necesidad de continuar divulgando su funcionamiento y mejorando la coordinación de las Administraciones Públicas en su utilización. Según el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados aparecen registrados 948 MENA en el segundo semestre de 2006 y 1.594 en el primero de 2007. Este dato resulta más indicativo de una mayor utilización del sistema de registro de los menores que de un aumento real en el número total que no se correspondería con la tendencia general en la llegada de inmigrantes y pateras a nuestro país.

(radiografías panorámicas de ambos maxilares) que valoran la edad tomando en consideración el desgaste de dientes y muelas. Se utiliza para contrastar y depurar los resultados preliminares derivados del estudio de la radiografía común de muñeca y mano.

4.3.4 A pesar de todo ello, la segunda de nuestra actividad en relación con los MENAS, esto es, el seguimiento, control y actuación en el procedimiento de repatriación de menores ha tenido una mayor complejidad y riqueza problemática.

En la Memoria del año 2006 ya habíamos señalado las graves deficiencias que se estaban produciendo en la tramitación del procedimiento repatriativo regulado por el artículo 92.4 RE, derivadas esencialmente de las carencias y lagunas de un precepto cuya modificación y reforma se impone necesariamente.

Durante el año 2007 hemos tratado de paliar en parte sus consecuencias negativas instruyendo a los fiscales especialistas de extranjería sobre la necesidad de extremar el celo en su intervención en este tipo de procedimientos administrativos con objeto de que todos los trámites reglamentariamente previstos sean rigurosamente respetados, significadamente el referido al cumplimiento de la audiencia preceptiva del menor con intervención directa del Ministerio Fiscal, la práctica de las diligencias acreditativas de la situación familiar del menor en su país de origen, la documentación que deben aportar los representantes diplomáticos del país de origen del menor y las garantías de recepción adecuada una vez decretada la reagrupación familiar o la repatriación del menor³⁴.

Del mismo modo, en cumplimiento del mandato recibido del Excmo. señor Fiscal General del Estado y en su representación, esta Fiscalía de Sala se ha integrado en el Grupo de Trabajo constituido en septiembre de 2007 por la Secretaría de Estado de Inmigración del entonces Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales³⁵ con el objeto de analizar y valorar la forma en que se venía llevando a cabo la tramitación de los expedientes de repatriación en los diferentes territorios³⁶,

³⁴ Para lograr el adecuado seguimiento del fenómeno en su conjunto, mediante oficio de 14 de septiembre de 2007 esta Fiscalía de Sala interesó de todas las Fiscalías territoriales la comunicación puntual de cuantas diligencias preprocesales de repatriación de MENA fueran incoadas conforme al artículo 5 del EOMF y a la Circular FGE 2/2006 así como del estado de tramitación e informe de las incidencias que se fueran produciendo.

³⁵ Dicho Grupo de Trabajo se encuentra compuesto por representantes de la Secretaría de Estado que lo convoca y preside, de su Dirección General de Integración de los Inmigrantes, de la Vicepresidencia Primera del Gobierno, del Ministerio de Asuntos Exteriores, de la Comisaría General de Extranjería y, como se ha dicho, de la Fiscalía General del Estado, representada por la Fiscalía de Sala Coordinadora de Extranjería, asistiendo con carácter permanente la Ilma. señora doña Adriana de Buerba Pando.

³⁶ Fundamentalmente el estudio se ha centrado en las provincias andaluzas en las que es mayor la presencia de menores marroquíes, ante la inminente entrada en vigor del Acuerdo entre el Reino de España y

corregir las irregularidades procedimentales, unificar criterios y confeccionar un protocolo uniforme de actuación en todo el Estado español que, superando las dificultades técnicas, jurídicas y prácticas detectadas pueda llevar a buen fin los expedientes en aras al superior interés del menor.

4.3.5 A pesar de la aparente simplicidad de los trámites establecidos en el artículo 92.4 RE, es lo cierto que en su ejecución han surgido tal número de problemas que han sido muy pocos los expedientes que han culminado con acuerdos de repatriación. Incluso, muchos de los concluidos positivamente posteriormente han sido dejados sin efecto por los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo, precisamente por adolecer de defectos formales y apreciarse vulneraciones de garantías determinantes de la nulidad de actuaciones.

Según datos de la Comisaría General de Extranjería, en 2007 se han ejecutado 18 repatriaciones de menores extranjeros no acompañados (13 marroquíes y el resto de otras nacionalidades, Ucrania, Paraguay, Bolivia y Colombia). Se ha producido, por tanto, un considerable descenso en la cifra de repatriaciones respecto de las 111 ejecutadas en 2006.

Este descenso en la cifra de repatriaciones obedece a varias causas:

a) Dificultades en la obtención de la información precisa para localizar a los padres de los menores o, en su caso, de las condiciones de repatriación ante los servicios de protección de menores del país de origen, así como de la expedición por las representaciones consulares correspondientes de los permisos y documentación administrativa precisa para que el retorno pueda materialmente ser ejecutado. Para solventarlas se hace preciso llegar a acuerdos bilaterales como el que se ha suscrito entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre Cooperación en el Ámbito de la Prevención de la Emigración Ilegal de Menores No Acompañados, su Protección y su Retorno Concertado hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007.

b) Del estudio de los expedientes de repatriación que hasta este año se estaban tramitando, se ha podido constatar un incumplimiento, preocupantemente frecuente, de los trámites esenciales y garantías del procedimiento, tal como lo dibuja el artículo 92.4 RE integrado por las

el Reino de Marruecos sobre Cooperación en el Ámbito de la Prevención de la Emigración Ilegal de Menores No Acompañados, su Protección y su Retorno Concertado hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007. Posteriormente, sin embargo, tras suscribirse el Acuerdo hispano senegalés sobre Cooperación en el Ámbito de la Prevención de la Emigración Ilegal de Menores No Acompañados, su Protección y su Retorno Concertado los trabajos se extienden a Canarias donde la presencia de menores no acompañados procedentes de Senegal es numerosa.

normas nacionales, comunitarias e internacionales en materia de protección jurídica de menores.

Como es sabido, con la Instrucción FGE 4/2006, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados se produce un cambio en la interpretación de las normas reguladoras del régimen jurídico y repatriación de los menores extranjeros no acompañados, dejando sin efecto las conclusiones de la Instrucción FGE 3/2003 de 23 de octubre sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo, regresando a la anterior doctrina ya anticipada en la Circular 3/2001 de 21 de diciembre sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería. Superada aquella desafortunada interpretación, la decisión sobre la repatriación de un menor extranjero no acompañado, en cualquiera de las dos modalidades autorizadas por los artículos 35 LE y 92 RE (esto es, para la reagrupación familiar o para su adecuada tutela por los servicios correspondientes de su país de origen) sólo podrá adoptarse cuando no atente contra el principio del interés superior del menor según las exigencias establecidas por el artículo 2 de la LOPJM en consonancia con el artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño y la jurisprudencia integradora de los principios constitucionales. Sin embargo, durante un tiempo, los efectos de reputar mayores de edad, a efectos de poder ser decretada administrativamente su devolución, a los menores extranjeros no acompañados mayores de 16 años que ingresaron ilegalmente en territorio español se han seguido haciendo notar.

4.3.6 En el año 2006, las deficiencias en la tramitación de expedientes de repatriación, por incumplimiento, sobre todo, de los trámites de audiencia al menor y de localización de su familia o, en su defecto, de los servicios de protección de menores del país de origen que se hicieran responsable del él, fueron detectadas por los órganos jurisdiccionales del orden contencioso administrativo que, admitiendo recursos interpuestos en representación de los propios menores afectados y, en algún caso, interpuestos por el Ministerio Fiscal, dejaron sin efecto varias resoluciones administrativas de repatriación³⁷.

En 2007, los pronunciamientos judiciales estimatorios de recursos contra resoluciones gubernativas de repatriación de menores extranjeros no acompañados, han sido más numerosos. La causa fundamental de este

³⁷ Vide, SJCA 14 Madrid de 25 de septiembre de 2006, SJCA 25 Madrid de 6 de noviembre de 2006 que fue confirmada por STSJ (S 5) Madrid [Rec. núm. 148/2007] y SJCA 1 Huesca de 13 de octubre de 2006.

aumento de pronunciamientos judiciales ha sido el reconocimiento, cada vez más extendido, de la capacidad procesal del propio menor que posea suficiente grado de madurez, para recurrir, en vía contencioso administrativa, la resoluciones gubernativas de repatriación. Este reconocimiento y la correlativa admisión a trámite de los recursos interpuestos por los menores afectados, asistidos de letrado, ha determinado que los órganos judiciales del orden contencioso llegaran a pronunciarse sobre una materia que hasta entonces venía quedando fuera de su alcance.

Entre las diligencias a practicar en el expediente de repatriación destaca por su relevancia la audiencia del menor, que debe ser practicada por la autoridad competente de la Administración General del Estado que va a decidir sobre su repatriación. Es un trámite necesario e imperativo ordenado por el artículo 92.4 RE en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 9.2 LOPJM (el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social).

No obstante la claridad del precepto reglamentario, es lo cierto que ha sido incumplido en muchos procedimientos de repatriación al interpretarse que dicha exigencia se cumplía suficientemente con las declaraciones que había realizado el menor en los correspondientes expedientes de tutela.

Sin embargo las consecuencias que se derivarían de su incumplimiento no han sido valoradas de la misma manera. Mientras la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado y la STSJ (S1) Málaga 26 de enero de 2007 (R. núm. 437/2002), entienden que la omisión de la audiencia del menor implica una lesión del derecho de defensa del artículo 24 CE, la sección Novena del Tribunal Superior de Justicia de Madrid niega dicha consecuencia al no tener carácter sancionador el expediente gubernativo de repatriación, lo que determina la imposibilidad de acudir al cauce procesal especial de derechos fundamentales [*Vide* SSTSJ Madrid (S9) 29 de mayo de 2007 (R. núm. 96/2007); 11 de junio de 2007 (R. núm. 571/2007)].

4.3.7 Directamente vinculado con el trámite de la audiencia del menor, durante el año 2007 se ha suscitado una importante polémica en el ámbito de la jurisdicción contenciosa en relación con el pretendido derecho del menor a ser asistido de letrado cuando se haya manifestado por aquél una voluntad contraria al retorno a su país de origen en contra de lo manifestado por la entidad que le tutela y la valoración del Ministerio Fiscal y, más limitadamente, sobre la admisión de la existencia de conflictos de intereses en estos casos.

Lejos de llegarse a soluciones pacíficas³⁸, por los tribunales se han dictado un buen número de resoluciones manifiestamente contradictorias cuya superación sólo podrá llevarse a cabo mediante la oportuna reforma del artículo 92.4 RE:

a) Algunas resoluciones, con base en la doctrina de que la capacidad de obrar es de carácter progresivo en nuestro Ordenamiento Jurídico en interpretación extensiva de los artículos 162.1, 163 y 299 CC, reconocen palmariamente que los menores de edad maduros tienen plena capacidad de obrar en el expediente de repatriación y plena capacidad procesal para recurrir la resolución de repatriación ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Aceptando la existencia de conflictos de intereses con sus representantes legales admiten que no precisan de ninguna integración de su personalidad procesal de tal manera que podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses (art. 85. 2 LRJPAC) [*Vide*, la Sentencia de la Sección Quinta del TSJ de Madrid de 26 de abril de 2007; la del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 15 de Madrid de 27 de abril de 2007; la del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Albacete, de 21 de diciembre de 2007; la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Albacete de 28 de noviembre de 2007; la Sentencia de 4 de diciembre de 2007 del TSJ (S 2.^a) de Castilla-La Mancha; las sentencias del TSJ (S 1.^a) de Castilla-La Mancha 153, 154 y 239 de 2007; la Sentencia de 31 de julio de 2007 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Cantabria; y la Sentencia de 4 de mayo de 2007 de la Sección 2 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Barcelona].

b) Otro sector de la jurisprudencia y de la doctrina ha venido negando la capacidad procesal de los MENA, en todo caso, para actuar por sí en los expedientes de repatriación, al no estar expresamente habilitados para ello ni en el artículo 35.3 LE ni en el artículo 92.4 RE, limitando por lo tanto su derecho al de ser oído y a que sus opiniones sean valoradas y tenidas en cuenta en el procedimiento de acuerdo con

³⁸ La doctrina de la Fiscalía General del Estado no reconoce la capacidad de obrar del menor de edad en el expediente de repatriación, ni consecuentemente su derecho a estar asistido de letrado en el trámite de audiencia ni su capacidad procesal para recurrir por sí la resolución de repatriación, en la medida en que este criterio no está avalado expresamente ni por el artículo 92.4 REX ni por el artículo 9.2 LOPJM, que no prevé trámite alguno dirigido a establecer el grado de discernimiento del menor de edad afectado, de tal manera que por tratarse de una materia vinculada a las exigencias del orden público procesal no parece que pueda quedar indefinida o condicionada a las circunstancias concurrentes en cada caso. Por otra parte, cualquier conflicto de intereses que pudiera existir entre el menor y su representante legal, en este caso, la entidad pública que le tutela, quedaría subsanado a través de la preceptiva intervención en el expediente del Ministerio Fiscal con la misión específica de velar por que la resolución que se dicte sea la más adecuada al interés superior del niño.

las normas sobre audiencia al menor, en el sentido general que se le atribuye en el orden civil [Vide, las Sentencias de la Sección 8.^a del TSJ de Madrid de 22 de noviembre de 2006 y 28 de febrero de 2007].

c) Otras sentencias de naturaleza ecléctica niegan al menor capacidad de obrar en el expediente de repatriación pero reconoce la existencia de un conflicto de intereses entre el niño y la entidad pública que le tutela cuando ésta propone la incoación del expediente e informa favorablemente a la repatriación contra la voluntad manifestada por aquél, de forma que considera que debe procederse, en estos casos, al nombramiento de defensor judicial al menor para que le asista y represente en el expediente gubernativo [Vide la Sección 9.^a de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid en Sentencias de 10 de julio de 2007 y 24 de julio de 2007 (R. núm. 522/2007)].

El debate ha calado en el ánimo de las Administraciones Públicas implicadas de forma que ya en muchas Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno se reconoce la capacidad de obrar del menor en el expediente de repatriación, nombrándole abogado de oficio para que le asista en el acto de la audiencia, para lo que se ha llegado a acuerdos con los respectivos Colegios de Abogados. Sin embargo, la falta de unidad de criterio jurisprudencial ha dado como resultado en absoluto deseable, el que se reconozca la capacidad de obrar procesal del menor y su derecho a estar asistido de letrado sólo en algunos territorios, negándosele en otros. Así, en las Subdelegaciones del Gobierno de Almería, Granada, Cantabria o Málaga se ha acordado nombrar letrado de oficio al menor para que le asista en los expedientes de repatriación. Por el contrario, se niega la asistencia jurídica a los menores sujetos al mismo expediente en las Subdelegaciones del Gobierno de Madrid, Barcelona o Las Palmas.

Como hemos adelantado, las irreconciliables posturas jurisprudenciales provocan un estado de inseguridad y de trato dispar a los menores extranjeros no acompañados según la provincia en que se encuentren que exige una pronta reforma normativa del artículo 92.4 RE que, además de clarificar la cuestión, se ajuste escrupulosamente a las orientaciones que en interpretación de la Convención de los Derechos del Niño ha recogido la Observación General núm. 6 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas (Informe del año 2005).

4.4 INTERNAMIENTO CAUTELAR DE EXTRANJEROS SOMETIDOS A EXPEDIENTES GUBERNATIVOS DE EXPULSIÓN

4.4.1 Dos son las funciones encomendadas a la Fiscalía de Extranjería en relación con los internamientos cautelares de extranje-

ros dirigidos a asegurar la resolución final que pudiera recaer en el respectivo expediente administrativo de expulsión [art. 61 LE], devolución [art. 58 LE] o retorno [art. 60 LE].

La primera, en la que participan todas las Secciones especializadas de las distintas Fiscalías territoriales, consiste en su intervención activa y directa en las Diligencias de los Juzgados de Instrucción abiertas con el fin de autorizar los internamientos, así como lograr que se cumplan escrupulosamente los plazos máximos de privación de libertad determinados por la resolución judicial. La segunda, atribuida exclusivamente a las Fiscalías territoriales donde estén ubicados Centros de Internamiento de Extranjeros (CIES)³⁹ exige la inspección ordinaria (cadencia trimestral) y extraordinaria (según lo exijan las circunstancias sobrevenidas) de dichos Centros con objeto de transmitir a la Administración competente las deficiencias apreciadas y las propuestas de solución.

4.4.2 En el primer caso, esta actividad no presenta extraordinarios problemas interpretativos dado que no sólo existe una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia elaborada en una multiplicidad de sentencias⁴⁰ sino también de la propia Fiscalía General del Estado, que se ha preocupado de ordenar esta función prioritaria en la Circular 2/2006.

Consiguientemente están adecuadamente normalizados los criterios relevantes acerca de la naturaleza y extensión del control judicial de la medida sobre la pérdida de libertad⁴¹, sobre las circunstancias que deben ser valoradas —que nunca pueden incluir las relativas a la decisión de la expulsión en sí misma ni sobre la prueba de los hechos en que se basa, sometidas a la jurisdicción contenciosa-administrativa⁴²—, sobre la moti-

³⁹ Fiscalías de Barcelona, Cádiz, Madrid, Málaga, Las Palmas, Santa Cruz de Tenerife y Valencia.

⁴⁰ Por todas *vide*, 12 de febrero de 2007 (núm. 20/2007).

⁴¹ La decisión sobre el internamiento cautelar del extranjero corresponde a la autoridad judicial, única con potestad para autorizarlo, previa petición de las autoridades administrativas competentes para resolver sobre la expulsión, devolución o retorno cuando no pueda ser realizado más allá de las setenta y dos horas. *Por consiguiente, a la luz de la Constitución, el término «interesar», ha de ser entendido como equivalente a demandar o solicitar del juez la autorización para que pueda permanecer detenido el extranjero más allá del plazo de setenta y dos horas. Lo que el precepto legal establece es que el órgano administrativo, en el plazo máximo de setenta y dos horas, ha de solicitar del Juez que autorice el internamiento del extranjero pendiente del trámite de expulsión* [STC 7 de julio de 1987 (núm. 115/1987); 12 de noviembre de 1996 (núm. 679/1996)].

⁴² El órgano judicial habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, no las relativas a la decisión de la expulsión en sí misma (sobre la que el Juez no ha de pronunciarse en este procedimiento) [SSTC 7 de julio de 1987 (núm. 115/1987); 26 de septiembre de 1990 (núm. 144/1990); 17 de enero de 1994 (núm. 12/1994); 12 de noviembre de 1996 (núm. 679/1996)]. Debe valorar las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión [SSTC 7 de julio de 1987 (núm. 115/1987); 26 de septiembre de 1990 (núm. 144/1990); 17 de enero de 1994 (núm. 12/1994); 12 de noviembre de 1996 (núm. 679/1996)].

vación de la resolución que la acuerda⁴³ y sobre los principios rectores de excepcionalidad y *favor libertatis*⁴⁴.

Durante el año 2007 han sido pocas las irregularidades cometidas durante la tramitación y resolución de las Diligencias Indeterminadas incoadas por los juzgados de instrucción para autorizar los internamientos de extranjeros. En términos generales, se respetan las garantías procedimentales⁴⁵ y de las propias resoluciones, entrando a valorar la causa de expulsión invocada, la situación legal y personal del recurrente, y la mayor o menor probabilidad de huida⁴⁶. Se ha erradicado

⁴³ La decisión judicial, en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, ha de ser «adoptada mediante resolución judicial motivada» (STC 41/1982, de 2 de julio), que debe respetar los derechos fundamentales de defensa (arts. 24.1 y 17.3 de la Constitución), incluidos los previstos en el artículo 30.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, en conexión con el artículo 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, así como la interposición de los recursos que procedan contra la resolución judicial y eventualmente los reconocidos en el artículo 35 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, en conexión con el artículo 5.4 del citado Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales [SSTC 7 de julio de 1987 (núm. 115/1987); 26 de septiembre de 1990 (núm. 144/1990); 19 de junio de 1995 (núm. 96/1995)]; 12 de noviembre de 1996 (núm. 679/1996)]. La resolución judicial, pues, no sólo controlará la pérdida de libertad, sino que permitirá al interesado presentar sus medios de defensa, evitando así que la detención presente el carácter de internamiento arbitrario [STC 26 de septiembre de 1990 (núm. 144/1990)]. La falta de audiencia y de defensa de los recurrentes ante el Juez que autorizó la privación de libertad mientras se tramitaba el procedimiento administrativo de expulsión vulnera los artículos 17.1 y 24.1 de la CE [STC 19 de junio de 1995 (núm. 96/1995)]. La resolución judicial, pues, no sólo controlará la pérdida de libertad, sino que permitirá al interesado presentar sus medios de defensa, evitando así que la detención presente el carácter de internamiento arbitrario [STC 26 de septiembre de 1990 (núm. 144/1990)].

⁴⁴ Este carácter judicial de la privación de libertad hace plenamente aplicable también al caso de los extranjeros la doctrina sentada por este Tribunal, para el supuesto distinto de la prisión provisional. Ha de decirse que el internamiento del extranjero «debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar» (STC 41/1982, de 2 de julio). La Sentencia de 12 de marzo de 1987 ha sostenido que este carácter excepcional exige la aplicación del criterio hermenéutico del *favor libertatis*, lo que supone que la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial. Este carácter excepcional, resulta ya del propio artículo 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985, que aun cuando utiliza el término «imprescindible» sólo respecto a la duración, implícitamente parece dar a entender que ha de ser también imprescindible la propia pérdida de libertad, de modo que no es la sustanciación del expediente de expulsión, sino las propias circunstancias del caso, por razones de seguridad, orden público, etc., las que han de justificar el mantenimiento de esa pérdida de libertad, siendo el Juez, guardián natural de la libertad individual, el que debe controlar esas razones [SSTC 7 de julio de 1987 (núm. 115/1987); 26 de septiembre de 1990 (núm. 144/1990); 19 de junio de 1995 (núm. 96/1995); 16 de abril de 1996 (núm. 66/1996); 12 de noviembre de 1996 (núm. 679/1996)].

⁴⁵ No obstante el Fiscal de Santa Cruz de Tenerife denuncia en su memoria que *con todo, se producen aún supuestos patológicos en los que, sin siquiera recabar la Resolución administrativa que motiva la medida cautelar de internamiento y, lógicamente, sin dar traslado al Ministerio Fiscal, es autorizada la medida cautelar.*

⁴⁶ El Fiscal de Extranjería de Cádiz recuerda que no cabe entrar en el fondo de la resolución administrativa, intentando desentrañar si concurre o no la concreta causa de expulsión aducida por la Administración, pues ello no es competencia del Fiscal de guardia. Será en vía administrativa y, en su caso, en vía contencioso administrativa, a través de los recursos legalmente previstos, donde habrá de dilucidarse la conformidad o no a Derecho del acto administrativo. Deberá también comprobarse que el expediente no esté afectado por la caducidad o por la prescripción. La caducidad se produce por el transcurso de 6 meses desde la incoación del expediente administrativo de expulsión hasta la notificación al interesado del Decreto de expulsión, salvo causa imputable a éste último (art. 121.1 RE). Las infracciones prescriben a los tres años si la infracción fuera muy grave y a los dos años si fuera grave, contados a partir del día en que los hechos se hubiesen cometido, interrumpiéndose por cualquier actuación de la Administración de la que tenga conocimiento el denunciado (art. 121.2 RE). La prescripción de la sanción se produce por el transcurso del plazo de 2 ó 5 años desde la firmeza del Decreto, plazo que no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada en territorio nacional fijado en la resolución de expulsión (arts. 56 LE y 121.3 RE).

la práctica de las *decisiones de internamiento para expulsión* de forma colectiva⁴⁷ o la motivación genérica del auto judicial a través de la mera invocación de los preceptos legales aplicables u omitiendo cualquier referencia a los motivos o razones que determinan el internamiento durante el tiempo anterior a dicha expulsión.

En todas las comparecencias debe acudir personalmente el Ministerio Fiscal según exige la Circular FGE 2/2006 por lo que, dado el gran número de *pateras* que arriba a las costas del archipiélago canario, se ha necesitado no sólo el nombramiento de dos fiscales de apoyo para cada Fiscalía provincial⁴⁸, sino también la debida coordinación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para que una vez interceptada la *patera* o *cayuco* se pusieran en contacto con el Fiscal de Extranjería con objeto de organizar con el Juzgado correspondiente y la Policía la puesta a disposición judicial de los extranjeros y la preparación de los desplazamientos del Fiscal de refuerzo entre los juzgados requirentes y las distintas islas⁴⁹.

Sin embargo, una de las prácticas judiciales de la que se quejan muchos Fiscales de Extranjería es, como expone la Fiscalía de Madrid, la de apreciar *que los Juzgados son reacios a separar el expediente de las diligencias previas, cuando se incoa al tiempo causa penal. La audiencia al detenido por el hecho delictivo y por la solicitud de internamiento se recogen en un mismo acta en el que con frecuencia se recoge a continuación el sentido del informe del Fiscal sobre la autorización del internamiento solicitado. La instrucción de la causa penal, en caso de autorizarse el internamiento, suele quedar suspendida en tanto transcurre el plazo del internamiento, a la espera de comprobar si se ejecuta la expulsión, en cuyo caso se sobresee y archiva el procedimiento sin práctica de otras diligencias. Sólo en*

⁴⁷ Excepcionalmente, según informa la Fiscalía de Las Palmas de Gran Canaria, hubo de evitarse la pretensión del Juzgado de Instrucción de San Bartolomé de Tijarana de proceder a la audiencia colectiva de inmigrantes subsaharianos.

⁴⁸ La adscripción permanente de una Juez Sustituta, un Secretario Judicial y ocho funcionarios a los Juzgados de Arona –acordada por la Comisión Permanente del CGPJ con fecha 26 de septiembre de 2006 y sucesivamente renovada– facilita enormemente la tramitación de los expedientes de internamiento. La medida adoptada por el CGPJ ha supuesto «*de facto*» la creación de un Juzgado *adscrito al Juzgado de Guardia* y exclusivamente dedicado a cuestiones de inmigración. Al tratarse de un único «*órgano jurisdiccional*», evidentemente especializado, se asegura la fluidez en la tramitación de los procedimientos y permite acordar con facilidad criterios comunes con el SE de esta Fiscalía.

⁴⁹ En este sentido, señala el Fiscal de Extranjería de Santa Cruz de Tenerife, *como la Audiencia Provincial en recursos planteados por los letrados defensores de los ciudadanos extranjeros. La pretensión deducida más controvertida ha sido, sin duda, la concerniente a la falta de competencia territorial del Juzgado autorizante cuando el «cayuco» desembarcaba en partido judicial distinto al del Juez ante el que se ponían a disposición los inmigrantes y que autorizaba la medida cautelar de internamiento. Las dos secciones de la Audiencia han coincidido en admitir que, si bien se trata de una irregularidad procesal, no constituye causa suficiente de nulidad la falta de competencia objetiva o funcional al no estar contemplada como tal en el artículo 238 Ley Orgánica del Poder Judicial. Aún pende la resolución de recursos de apelación interpuestos frente a autos de internamiento del año 2006.*

*caso de no llegar a materializarse la expulsión, el Juzgado realiza nuevas diligencias instructoras. Esta costumbre de no separar, ha llevado en ocasiones a remitir el expediente para la autorización del internamiento junto con la causa penal al juzgado que por normas de reparto debía conocer de éste, pero que no había autorizado el internamiento; con los problemas que ello provoca en la tramitación de los recursos contra la resolución autorizando la medida cautelar*⁵⁰.

También hemos tenido que recurrir alguna que otra resolución peculiar. En este sentido el Fiscal de Extranjería de Málaga, nos informa sobre que *algún que otro juzgado de instrucción, al denegar el internamiento ha acordado imponer al interno la obligación de «presentaciones periódicas» ante la autoridad gubernativa o bien ante el Decanato lo que nos obliga a interponer recurso de Reforma y Subsidiario de apelación. En nuestros recursos en resumen argumentamos que el internamiento, como medida cautelar lo tiene que acordar la autoridad gubernativa y autorizar el juez de instrucción, pero si el Juez de instrucción lo deniega no puede acordar otras medidas cautelares que son competencia exclusiva de la administración, poniendo de manifiesto todos los problemas prácticos que se derivan de admitir dicha práctica al interferir en la adopción de medidas cautelares en la tramitación de un procedimiento administrativo, excediendo con ello de las competencias que le son propias. Hasta ahora la Audiencia Provincial de Málaga ha respaldado el criterio del ministerio Fiscal.*

4.4.3 El control del plazo de internamiento exige la implantación de un programa de seguimiento informático que, como adelantamos, está siendo confeccionado en unión con la Fiscalía de Apoyo del Fiscal General del Estado y el Ministerio de Justicia. Hasta tanto haya sido plenamente desarrollado, esta función debe verificarse con un gran esfuerzo de los Fiscales de Extranjería que en Canarias es especialmente gravoso⁵¹.

⁵⁰ En unas oportunas y completas notas de servicio dirigidas al resto de la plantilla el Fiscal de Extranjería de Cádiz recuerda que *será necesario incoar unas diligencias autónomas, tanto cuando la solicitud se realice independientemente como cuando se efectúe en él un atestado por haber sido detenido el extranjero por la comisión de un hecho delictivo, debiendo desterrarse la práctica en este segundo caso de acordar el internamiento en los propios autos penales para evitar perturbaciones, salvo que el internamiento solicitado y tramitado en el seno de una causa penal sea denegado y el Fiscal no considere procedente recurrir la resolución judicial, pues aquí ya no concurre la ratio justificadora de la necesidad de tramitar procedimientos independientes.*

⁵¹ La BPE y D da cuenta diariamente al Servicio de Extranjería de la Fiscalía de los extranjeros internados, especificando la fecha límite de privación de libertad, altas, bajas y, en su caso, el número de personas que han arribado en 'cayuco' durante la jornada –en previsión de las plazas que en breve ocuparán–, así como datos relativos a incidencias –vuelos fallidos, inmigrantes en hospital, etc.–. El cotejo de los datos policiales con los correspondientes Autos de internamiento –recabados de cada uno de los Juzgados autorizantes– permite velar por el estricto cumplimiento de los plazos de privación de libertad, en este sentido informa el Fiscal de Extranjería de Tenerife.

En todo caso no se conoce la existencia de ningún supuesto en que se haya producido extralimitación alguna del plazo señalado por el Juez en el año 2007, lo que se debe no sólo a la diligencia de los Directores de los centros sino también al celo de nuestra institución.

Como consecuencia de la doctrina del Tribunal Constitucional y las exigencias legales sobre la duración máxima del plazo de internamiento, los problemas prácticos más relevantes sobre la materia los provoca la literalidad del artículo 153.5 RE, según el cual «*la duración máxima del internamiento no podrá exceder de 40 días, y deberá solicitarse de la autoridad judicial la puesta en libertad del extranjero cuando con anterioridad al transcurso de este plazo se tenga constancia de que la práctica de la expulsión no podrá llevarse a cabo*», dado que parece establecer una exigencia de *control judicial de la puesta obligatoria de libertad* que además de ser contradictorio con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 17 CE (¿acaso el Juzgado podría negarse a la libertad interesada por la autoridad policial?) puede originar diversos problemas de aplicación normalizada.

4.4.4 La segunda de las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal en relación con el internamiento de extranjeros es la supervisión de los establecimientos no penitenciarios en los que se encuentran recluidos los sometidos a expulsión según ordena el artículo 4.2 EOMF. A estos efectos por el Ilmo. señor Fiscal de Extranjería de Santa Cruz de Tenerife, don Carlos Eguiluz, se ha elaborado un meditado y exhaustivo protocolo de inspección que fue aprobado por la Primera Reunión de Fiscales de Extranjería celebrada los días 16 y 17 de abril de 2007 en el que de manera sistemática se recogen todas las áreas de nuestra intervención.

Según las actas de inspección y los informes emitidos por los correspondientes Fiscales de Extranjería existen notables diferencias entre los CIES:

Centro de Internamiento de Barranco Seco (Gran Canaria). Desde todos los puntos de vista exige importantes reformas organizativas y de acondicionamiento. En términos generales la Ilma. señora Fiscal doña Teseida García con la precisión que le caracteriza afirma que *el Centro de Barranco Seco, es un centro obsoleto, que ocupa el lugar del que fuera el antiguo Centro Penitenciario de Gran Canaria. Es un centro, en el que su población, no sólo la integran los extranjeros que han llegado a la isla en cayuco o patera, sino también aquellos que están sometidos a un expediente de expulsión de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000 junto con aquellos que además de estar en situación irregular en España, han sido*

detenidos por la comisión de un hecho delictivo. El Centro no está preparado para albergar a tal amalgama de internos con situaciones dispares, sin embargo, no se han registrado incidentes importantes. Además, en las actas de inspección se denuncia el deplorable estado de la «sala» destinada a las visitas de familiares y abogados, las humedades existentes en los baños destinados a los varones, la falta de medidas de seguridad en prevención de incendios y la escasa dotación de policías con merma de la debida custodia de los internos. Por el contrario de esos mismos informes se infiere que los servicios de comida, de limpieza y de desinfección son correctos y que el servicio sanitario esta cubierto suficientemente.

Centro de Internamiento del Matorral (Fuerteventura). Según informa la misma Fiscal, el Centro de Internamiento de Fuerteventura, con capacidad para más de 1.100 personas, es el Centro de Internamiento mayor de España. Sin embargo, podemos decir que goza de una organización perfecta. No existen problemas en cuanto a las medidas de seguridad. De las actas de inspección se hace preciso llamar la atención de que se está detectando respecto a las peticiones de asilo, un fraude consistente en solicitar el asilo cuando se llevan casi 30 días de internamiento, a pesar de tener la información para pedir el asilo desde el primer día de internamiento e incluso desde que llegan a territorio español. Esta petición implica que por poco que tarde en admitirse a trámite la solicitud y tramitarse en la misma, el peticionario no tendrá ningún tipo de resolución antes de que pasen 10 días, por lo que deberá ser puesto en libertad. Obviamente, esta forma de proceder, eludirá la repatriación si ésta estuviera prevista; ya que una vez puesto en libertad el extranjero, será enviado muy probablemente a la península y difícilmente se le podrá localizar posteriormente para notificarle la resolución recaída en el procedimiento de asilo. Se configura así este modo de proceder en una argucia, del que cada vez son más conocedores los extranjeros, y por ende las mafias que controlan en los países de origen, de formas legales para eludir las repatriaciones y frustrar así sus expectativas al emigrar.

Centro Provisional y habilitado excepcionalmente de la Isleta (Gran Canaria): La Fiscal de Extranjería informa que pese a que la provincia de Las Palmas cuenta con un total de 1.243 plazas en los dos Centros de Internamiento con los que cuenta, en dos períodos del año 2007 ha sido necesario habilitar nuevamente el Centro Provisional de La Isleta para la ejecución de la medida cautelar de internamiento. El Centro se encuentra en una zona militar, y a diferencia de lo que ocurrió en el año 2006 en el que los extranjeros dormían, comían y se aseaban en tiendas de campaña, a finales del año 2006,

se habilitaron las dependencias anexas a los terrenos ocupados por las tiendas de campaña cedidas por el Ministerio de Defensa, de forma que la antigua prisión militar que se encontraba en el lugar, fue remodelada y adaptada a las necesidades alojativas de los extranjeros; mejorando sin duda alguna sus condiciones de vida mientras se ejecutaba la medida. No fue realizada ninguna visita al Centro Provisional por parte de esta Fiscalía, puesto que no tuvo conocimiento exacto de los períodos en el que el mismo estuvo abierto. Sin embargo, la Comisaría de Extranjería de la Brigada de Extranjería y Documentación de la Policía Nacional, junto al Inspector Jefe de la misma, se reunieron con este Fiscal a principios del año 2007, mostrándole gráficamente las obras realizadas en el Centro.

Centro de Hoya Fría (Tenerife): El Fiscal de Extranjería expone que muchas de las deficiencias denunciadas en la Memoria precedente han sido corregidas, tanto en lo que se refiere a los sistemas de identificación de los extranjeros internados, sobre la seguridad y custodia al haberse reforzado el número de agentes por turno y, de asistencia social (en el último cuatrimestre del año, hubo trabajadores sociales y un ATS más del previsto orgánicamente). Sin embargo, el Fiscal de Extranjería de Tenerife indica que «tal como ya hemos venido solicitando en informes precedentes, aun no correspondiendo al Ministerio Fiscal pronunciarse en materia de política de inmigración, sí le compete velar por los Derechos Fundamentales de las personas. Por eso, en lo que aquí nos ocupa, se impone la creación de un nuevo Centro de Internamiento en la provincia donde se garantice a los internos, no sólo los derechos y deberes regulados en nuestra legislación sino, sobre todo, el necesario respeto a la dignidad humana y a los derechos que le son inherentes –artículo 10.1 CE. El Ministerio del Interior ha construido de nueva planta durante 2007 los denominados CITEs –Centros de Internamiento Temporal de Extranjeros– en La Gomera –julio–, El Hierro –septiembre– y Playa de Las Américas –diciembre–, cada uno de ellos con una capacidad aproximada de 300 plazas. Aun constituyendo un indudable avance en las condiciones de detención inicial de los inmigrantes, en muchos casos llegados en condiciones físicas lamentables –artículo 61.1 d) LOEx.–, los CITEs pueden suponer un riesgo para los Derechos Fundamentales de aquellos –no está contemplada en la legislación la figura de los CITEs– si llegasen a erigirse en Centros de Internamiento ‘de facto’, eludiendo por tanto las exigencias legalmente establecidas para los CIEs recogidas en los artículos 62 y ss. LOEx y 153 RD 2393/2004. El Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma y el Subdelegado del Gobierno en la provincia han asegurado que no se utilizarán como

Centros de Internamiento. Ello no obstante, ya se ha intentado su utilización para tal finalidad –por parte de la BPE y D– con ocasión de llegadas simultáneas de ‘cayucos’, conminándose por parte del Juzgado de Apoyo a la Inmigración y el SE al traslado de sus ocupantes a otros CIEs –El Matorral. Fuerteventura–, previa comprobación de su nivel de ocupación, rechazando así que pueda ser utilizado como Centro de Internamiento el CITE de Playa de Las Américas. El vacío legal existente en materia de gestión y funcionamiento de Centros de Internamiento –art. 153 RD 2393/2004 y OM de 22 de febrero de 1999– ha exigido la aplicación analógica de la legislación penitenciaria en problemas surgidos con ocasión de la privación de libertad de los internos. Así, consultas dirigidas por el Director del CIE en relación con huelga de hambre de internos, traslados a hospital o medidas de aislamiento, han encontrado solución en la regulación contenida en el Reglamento Penitenciario. Con especial atención se vigilan las medidas de aislamiento, insistiendo a la Dirección del Centro que, si la medida viene originada por la comisión de un ilícito penal, debe levantarse el correspondiente atestado y remitirse ulteriormente al Juzgado que corresponda para su adecuado encauzamiento procesal.

Málaga. Según informa el Fiscal de Extranjería de Málaga, aunque el año pasado se realizaron avances el estado en que actualmente se encuentra el CIE todavía no es el adecuado, dado que se trata de un antiguo cuartel, que tiene bastantes humedades y que no da respuesta a las necesidades que un centro de internamiento requiere tanto estructurales como de organización, hasta el punto de que destaca que son frecuentes los incidentes entre los internos. En la última visita girada en el presente mes, se constata que el centro, si cabe, vuelve a estar en peores condiciones que el año anterior, el deterioro del edificio por más dinero que se invierta en el mismo, resulta patente, por ello insistimos, como ya lo hemos hecho en anteriores Memorias, que resultaría necesario un edificio de nueva construcción, donde existiese, con el mismo régimen de vida aplicable, una separación física entre aquellos ciudadanos extranjeros en situación irregular con causas penales de los que únicamente tienen un expediente administrativo, a fin de evitar situaciones no deseadas. Partiendo de que dichos centros tienen la consideración de «No penitenciarios», debe crearse espacios que no parezcan, como en la actualidad, centros penitenciarios, pero que a su vez no están dotados de los medios con los que cuentan los mismos. El Centro de Internamiento de Málaga produce sensación cada vez más de precariedad, y no resulta propio de un Estado moderno. Cada día resulta más difícil justificar su estado, por ello al inicio del año 2007, el 2 de febrero, en una de las primeras comunicaciones que realizamos

al Excmo. señor Fiscal de Sala Delegado de Extranjería, ante el informe que la plataforma de solidaridad con los inmigrantes había realizado sobre el estado del mismo, exponíamos que a nuestro juicio sería conveniente que la Fiscalía General del Estado, trasladara al gobierno de la nación, la conveniencia de promulgar una norma con rango de Ley Orgánica, que regule el funcionamiento de los mismos y el estatuto de las personas allí internadas partiendo siempre del «carácter no penitenciario» que la propia Ley Orgánica de Extranjería atribuye a los mismos.

Cádiz: Según informa el Fiscal de Extranjería de Cádiz El principal problema que plantea el CIE de Algeciras, en funcionamiento desde el mes de junio de 2003, y creado legalmente por Orden PRE/3483/2006, de 13 de noviembre, del Ministerio de la Presidencia, no son las deficiencias o carencias que presenta, sino el establecimiento en sí mismo, ya que se trata de un antiguo establecimiento penitenciario, que desafectado de esa función por las circunstancias en las que se encontraba, tras una inversión económica, ha sido dedicado a Centro de Internamiento de Extranjeros, atendido por los servicios contratados, y custodiado por el Cuerpo Nacional de Policía en funciones de vigilancia, control y garantía de los derechos de los internos, sin que su antigua procedencia, que denota una impronta carcelaria según palabras empleadas por el Defensor del Pueblo en su informe anual correspondiente a 2006, pueda disimularse. A ello se añaden los problemas de construcción o vejez del edificio, aquejado de problemas de humedad. El 28 de mayo de 2007 se realizó visita al CIE, la cual quedó reflejada en la correspondiente acta, en la cual quedaron consignadas, entre otras, las siguientes observaciones: Las habitaciones presentan signos de humedad en techos y paredes, sin que hayan sido pintadas desde la apertura del centro. A pesar de que el centro no sea penitenciario, la visita no deja de recordar la anterior función desempeñada por el edificio. A pesar de que los internos se mueven libremente por las zonas dedicadas a ello, e incluso pueden quedarse en las habitaciones, la estructura, distribución y medidas de seguridad son las propias de un centro penitenciario. Con relación a la recomendación efectuada por el Ministerio Fiscal sobre la información de cuestiones de organización general, normas de funcionamiento del Centro y normas disciplinarias, se ha realizado por la dirección del centro un modelo sobre las normas que deberían incluirse en la información de derechos y deberes de los internos, la cual fue remitida a la Comisaría General de Extranjería y Documentación el 17 de mayo de 2006, siendo reiterada la petición el 16 de enero de 2007, sin que en la fecha de la visita se hayan recibidos los

modelos impresos traducidos a los distintos idiomas. En la visita realizada el 16 de febrero de 2006, se comprobó que no existían Servicios Sociales, los cuales, según información recabada de la dirección del centro, estuvieron contratados en años anteriores y realizaban una labor importante de atención a los internos en los aspectos que demandaban. Tras la comunicación pertinente a la Subdelegación del Gobierno para su subsanación, se comprobó en la visita realizada el 28 de mayo de 2007 que seguían sin prestarse esos servicios, lo que se puso en conocimiento de la Ilma. señora Fiscal Jefe por si procediera comunicarlo a la Fiscalía General del Estado conforme a lo dispuesto en la Circular 2/2006. El 9 de agosto de 2007 la dirección del CIE comunicó al Fiscal de Extranjería que desde el día 8 de agosto estaba trabajando una trabajadora social contratada por la DGP por un período de 5 meses, y que el servicio médico fue incrementado en dos ATS que desempeñaban su cometido en horario de mañana y tarde durante el mismo período, habiendo comunicado igualmente a finales de diciembre que la trabajadora social estuvo contratada desde julio a diciembre, sin que a partir de esa fecha el trabajo lo realice nadie, siendo los funcionarios policiales los que realizan algunas gestiones, quedándose en la mayoría de los casos sin hacer las tareas propias que con anterioridad realizaba la trabajadora social.

Internamientos en lugares no constituidos legalmente como CIE habilitados excepcionalmente para la ejecución de esta medida cautelar: en relación a ellos el citado Fiscal afirma que: En la provincia de Cádiz se ha utilizado el Centro de la Isla de las Palomas como centro temporal de extranjeros cuando el CIE de Algeciras ha estado lleno. Las características del centro fueron recogidas en el acta de visita realizada el 16 de febrero de 2006, y tras las obras realizadas, se giró nueva visita el 28 de mayo de 2007, que quedó igualmente recogida en la correspondiente acta. El centro carece de normativa reguladora, no existe orden ministerial por la que se haya procedido a la creación del mismo conforme a lo dispuesto en los artículos 155.1.2 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, actuando como un apéndice o anexo al CIE de Algeciras. Las dependencias del centro forman parte de un antiguo cuartel militar abandonado, del que los pabellones utilizados fueron objeto de remozamiento en la época en la que el litoral gaditano, especialmente en el Campo de Gibraltar y zonas limítrofes, fue objeto del casi diario desembarco de pateras. Los pabellones actualmente utilizados fueron remozados y cumplieron una importante utilidad para la atención inmediata de los inmigrantes hasta que se les incoaban los expedientes de expulsión, procediéndose a su regulación, bien mediante la devolución o internamiento en algún CIE hasta que la devolución se llevase a cabo. Desde la

última ocupación, respecto de la que se giró visita reflejada en el acta de 19 de octubre de 2006, el Consejo de Ministros, por acuerdo de 15 de diciembre de 2006 aprobó la realización de unas obras por importe máximo de 434.000 euros, las cuales estaban terminándose, en lo relativo a dependencias destinadas a los funcionarios del CNP y oficinas, cuando se realizó la última visita. Las obras han consistido en la supresión de los bancos de mampostería existentes en el perímetro de las celdas que impedirían la ubicación de camas o literas, lo que se aprovechó para cambiar el sistema de desagüe. Se ha instalado un sistema antiincendios nuevo, así como un sistema de agua caliente y lavandería. Se han habilitado las zonas de ocio con cuartos de baño. Se ha cerrado el perímetro destinado a ocio al aire libre con valla metálica, y dentro del mismo se han construido dos patios o campos de deporte vallados y cerrados que les permite a los internos estar al aire libre durante el día. No está previsto que el centro disponga de cocina propia, siéndole servida desde el CIE de Algeciras. Con relación a la última visita el centro presenta un aspecto limpio, habiéndose realizado las obras necesarias para compaginar la privación de la libertad ambulatoria de los internos con los demás derechos de los que no han sido privados, no transmitiendo el centro la sensación de centro penitenciario o carcelario. El centro opera de hecho como un anexo al CIE de Algeciras, ya que utiliza su base informática, sus impresos, así como los servicios de comida. El personal destinado al centro tiene la consideración de agregados. Tiene libros de registro propios. Se ha dotado a todas las celdas de literas de hierro fijadas al suelo. Los internos tienen teléfono público a su disposición en la zona de ocio, así como máquinas dispensadoras de refrescos y otros productos.

Durante 2007 el centro ha sido abierto por saturación del CIE de Algeciras del 21 de mayo al 28 de junio, y del 18 de septiembre al 21 de diciembre, de manera que cuando iban quedando vacantes en el CIE de Algeciras, eran trasladados a ese centro. El 18 de septiembre con ocasión de un desembarco en Cádiz, ingresaron 9 mujeres subsaharianas, de las que dos venían acompañadas de 3 menores de edad, siendo puestas en libertad el día 25 de septiembre, y las restantes el día 10 de octubre. La mayor parte de los ingresos producidos proceden de desembarcos de pateras en las costas de Almería, Motril, Murcia y Melilla. A la llegada al Centro, a cada interno se le abre un expediente en el que se recogen todos los datos que aportan los diferentes Grupos policiales, así como el auto de internamiento, las fichas de reseña de identificación con el nombre que dio a su llegada, después se le informa de sus derechos y deberes en impresos de su idioma, incorporándose copia del acta de información de derechos al expediente, así como copia del acta de información del derecho a realizar petición de asilo. Se reseñan los

efectos personales depositados, los cuales son devueltos a su salida del centro. Los expedientes son archivados en el CIE de Algeciras. La atención médica se realiza a través de los servicios médicos del CIE de Algeciras, el cual ha desplazado a diario un ATS, que ha realizado en la enfermería el seguimiento de los tratamientos que estuviesen prescritos por los médicos, resolviéndose otras incidencias a través del Centro de Salud de Tarifa o, en su caso, a través del Hospital de Algeciras. Ha prestado su colaboración la ONG CARDIJN, la cual ha realizado labores en cuanto al vestuario y desarrollo de actividades deportivas e información sobre la inmigración en España, así como ha colaborado preparando pequeños cursos de español. El centro, a diferencia del CIE de Algeciras, cuenta con su propia lavandería, en la que se lava la ropa proporcionada a los internos por el centro, así como la personal de los internos cuando éstos lo solicitan.

La impresión que causa este centro cuando ha sido visitado por última vez, quizá por su situación geográfica (un antiguo acuartelamiento militar de gran extensión, del que se utiliza como Centro de Internamiento una mínima parte, situado en una península en medio del mar, entre el océano Atlántico y el Mar Mediterráneo, con África al fondo y con un precioso paisaje, con vallas y sin muros) y la ausencia de elementos que recuerden a un establecimiento carcelario, así como por la expresión de los internos, hace que se considere mucho más idóneo para el internamiento de extranjeros que el CIE de Algeciras.

Barcelona. El Servicio de Extranjería, a lo largo del año referenciado, ha venido realizando visitas periódicas mensuales al Centro de Internamiento, entrevistándose con los internos que así lo han interesado ascendiendo a 57 el número de entrevistas realizadas. Siendo el principal de los problemas planteados la dificultad para ponerse en contacto con sus abogados en aquellos internos en los que la orden de internamiento fue dictada por juzgados de fuera de Cataluña. No existen quejas en cuanto a las condiciones materiales del Centro ya que el mismo es nuevo llevando solo año y medio en funcionamiento.

Valencia: Como se puso de manifiesto en la memoria del año pasado el nuevo Centro de Internamiento de Extranjeros construido por módulos, a semejanza con el de Santa Cruz de Tenerife, empezó a funcionar el día 10 de noviembre del año 2005 y aún cuando sigue ubicado en las dependencias de la policía del antiguo cuartel de Zapadores de Valencia ha supuesto una notable mejoría en todos los aspectos. Ya se han solucionado los problemas de falta de personal al haberse aumentado la dotación de funcionarios de policía. Durante los últimos cinco meses del año 2007 se ha tenido contratado a un trabajador social: pero su contrato no ha sido renovado al acabar el año.

4.5 BREVE REFERENCIA A OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS

4.5.1 *La expulsión sustitutiva de extranjeros no residentes legalmente encartados en procesos penales*

Los mecanismos legales que permiten sustituir el proceso penal incoado contra un extranjero no residente legalmente en España por su expulsión del territorio nacional, en sus dos modalidades, mediante la autorización judicial para ejecutar una sanción gubernativa de expulsión impuesta a extranjero imputado en un proceso penal, con el consiguiente archivo del mismo, conforme al artículo 57.7 LEX o mediante la sustitución por expulsión de la pena privativa de libertad impuesta ya en sentencia penal firme, conforme al artículo 89 CP, se han venido considerando, durante mucho tiempo, como el núcleo esencial propio de la especialidad de Extranjería.

Como ya se puso de manifiesto otros años, la inexistencia en las aplicaciones de gestión de las Fiscalías territoriales de un apartado específico para registrar las causa en las que se solicita por el Ministerio Fiscal la aplicación de este mecanismo de sustitución de las penas privativas de libertad por expulsión del territorio nacional, impide contar con una estadística, siquiera aproximada, del número de solicitudes o informes evacuados por el Ministerio Fiscal y correlativo de resoluciones judiciales recaídas en las materia. Las Secciones de Extranjería en cada una de las Fiscalías territoriales, constituidas en cumplimiento de la Instrucción FGE 5/2007 de 18 de julio, no cuentan con herramientas informáticas de ninguna clase para llevar a cabo el control de los expedientes propios de la especialidad. Cabe destacar el meritorio esfuerzo de muchos Fiscales Delegados de Extranjería, que han desarrollado sistemas propios para el desempeño de sus funciones de control, coordinación y elaboración de informes estadísticos relativos a la Sección, siempre de forma manual. Los datos obtenidos de esta forma son posteriores al nombramiento de los Fiscales especialistas en octubre de 2007 y se refieren, por tanto, en el mejor de los casos, al último trimestre del año.

Aunque siguen produciéndose problemas recurrentes en la aplicación diaria de estos mecanismos, con el tiempo se han ido superando muchos de los que planteaba el artículo 89 CP, en cuanto a la comprobación de la condición de no residente legalmente en España del imputado, que constituye su presupuesto material, la delimitación de los supuestos en que no procede decretarla, aun siendo la pena privativa de libertad impuesta inferior a seis años o el procedimiento para su apreciación y del artículo 57.7 LE, en cuanto a los límites del con-

trol de legalidad de la resolución gubernativa de expulsión o el momento preclusivo a partir del cual no puede ya ser aplicado.

Sí es necesario poner de relieve las dificultades de índole práctica que se producen en la ejecución de la medida de expulsión, una vez decretada, ya sea en sentencia penal firme o por resolución administrativa, derivadas de la imposibilidad de conocer el número y estado de tramitación de todas las causas penales o, incluso, condenas penales firmes que pueda tener pendientes de enjuiciamiento o ejecución el extranjero sujeto a expulsión, por lo extraordinariamente preocupantes que sus consecuencias pueden llegar a ser.

El artículo 57.7 de la LEX establece la necesaria autorización judicial, previo informe del Ministerio Fiscal, para ejecutar una sanción gubernativa de expulsión respecto de extranjero imputado en proceso penal por delito.

No existe una disposición semejante en caso de expulsiones decretadas judicialmente, aunque se procura por los Fiscales que se compruebe si el reo tiene otras causas pendientes antes de ejecutar una expulsión, judicialmente decretada, que pueda venir a frustrar los fines de las mismas. En caso de que así sea y efectivamente el reo tenga alguna otra causa penal pendiente, deberá aplicarse, conforme a la Circular FGE 2/2006, el mismo mecanismo del artículo 57.7 LE y recabar autorización de los Juzgados ante quienes se sigan dichas causas para poder llevar a cabo la ejecución.

La dificultad reside, tal como ponen de manifiesto los Fiscales delegados de Alicante o Tenerife, en que la única herramienta con que se cuenta para controlar las causas o ejecutorias que pueda tener pendientes el reo de expulsión, son las aplicaciones informáticas de gestión de Fiscalía o Juzgados, que quedan limitadas al territorio provincial correspondiente, ya que no hay una base de datos general de causas penales que permita hacer lo mismo a nivel nacional. En cuanto a las Bases de Datos Policiales, la falta de homogeneidad de los sistemas informáticos de CNP, Guardia Civil y Policías Autonómicas impiden, muchas veces, conseguir datos fiables sobre las causas penales que pueda tener pendientes el reo.

Un problema parecido se produce en los casos en que se procede por la autoridad gubernativa a ejecutar la devolución de extranjero que haya regresado a España contraviniendo una prohibición de entrada. En este caso, dado que conforme al artículo 58.2 LE no es preciso tramitar expediente de expulsión se interpreta por la autoridad gubernativa que no procede aplicar lo dispuesto en el artículo 57.7 LE y se ejecuta la devolución sin comprobar las causas pendientes que dicho extranjero pueda tener por delitos cometidos desde que regresó ilegalmente a España hasta que su presencia es detectada.

Resultaría extraordinariamente útil, por no decir indispensable, una base de datos nacional de causas penales en trámite y de sentencias penales pendientes de ejecución para evitar situaciones nada deseables en las que la acción de un Juzgado, ejecutando una medida judicial de expulsión, o la de la autoridad gubernativa, ejecutando una resolución administrativa de expulsión, pueda venir a colocar fuera de la acción de la justicia española a un imputado o incluso condenado, en alguna causa seguida por delito grave y violento, crimen organizado o delito contra la libertad sexual, en una provincia diferente, frustrando así no sólo el *ius puniendi* del Estado sino también el derecho de las víctimas a ser resarcidas.

Entre tanto, desde algunas Fiscalías, como la de Madrid, se propone arbitrar un sistema a través del cual, a instancia del Ministerio Fiscal, los Juzgados ante quienes se tramite, contra extranjero no residente legalmente en España que por cualquier circunstancia no se encuentre cautelarmente privado de libertad, causa seguida por delito de los que no permiten autorizar la sustitución por expulsión o la ejecución de una condena penal firme, puedan comunicar esta circunstancia a la Comisaría General de Extranjería del Cuerpo Nacional de Policía, previniéndole para que se abstenga de ejecutar resolución alguna de expulsión, gubernativa o judicial, respecto de ese reo en concreto. Dicha orden podría ser remitida a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad junto a las correspondientes órdenes de busca y captura del reo imputado o condenado. Es decir, se trataría de crear una forma de listado de extranjeros no residentes legalmente en España «no expulsables» por encontrarse sujetos a la acción ineludible de la justicia española, que podría, incluso, insertarse en las mismas bases de datos de requisitorizados.

Con antelación suficiente al 1 de enero de 2007, se impartieron las instrucciones necesarias, en todas las Fiscalías, para que se diera el tratamiento de ciudadanos comunitarios a todos nacionales de Rumanía y Bulgaria imputados en procesos penales, excluyendo la aplicación del artículo 89 CP.

Sin embargo, se planteó entonces el problema de cómo proceder a la ejecución de las sentencias penales firmes, anteriores a esa fecha, en las que un ciudadano de esas nacionalidades hubiera sido condenado a pena privativa de libertad sustituida por expulsión del territorio nacional, aún no llevada a efecto.

O qué tratamiento dar a aquellas personas, nacionales de esos Estados miembros, que contravinieran una prohibición de regresar al territorio español, por un plazo de 10 años, impuesta también en sentencia penal firme anterior a la adhesión a la UE.

Las posibles soluciones eran dos: *a)* dejar sin efecto la sustitución por expulsión, por «inejecutable» y volver por tanto a la pena sustituida, sin perjuicio de su suspensión o sustitución conforme a las reglas generales de los artículos 80 y 88 CP o, *b)* proceder a la ejecución de la sentencia en sus propios términos con a la aplicación del artículo 89 CP en los casos de contravención de la prohibición de regresar al territorio español.

El tema fue objeto de tratamiento prioritario en la Reunión de Fiscales Especialistas de Extranjería celebrada en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia los días 16 y 17 de abril de 2007, para tratar de dar respuesta a un problema que diariamente se estaba planteando en los Juzgados penales de toda España. Partiendo del principio de intangibilidad de las resoluciones penales firmes y teniendo en cuenta la normativa comunitaria, fundamentalmente la Directiva 2004/38/CE, que, aún de forma extraordinariamente restrictiva, contempla y no excluye la expulsión por parte de un Estado miembro de un nacional de otro Estado, se concluyó la necesidad de instar la ejecución de estas sentencias en sus propios términos. La respuesta judicial ha sido, no obstante, variable, adoptándose una u otra solución, según los casos, en los diferentes Juzgados de lo Penal y Audiencias.

4.5.2 *Registro Civil*

En cuanto a la inscripción de recién nacidos en España de padres extranjeros, tal como ponen de relieve las Fiscalías de Álava u Orense, ha aumentado considerablemente el número de Expedientes de declaración de nacionalidad española con valor de simple presunción cuando la legislación del país de origen de éstos no atribuye al menor la nacionalidad hasta que sean inscritos en el Consulado correspondiente. Alegando el artículo 17.1.c) del Código Civil español, consiguen que se declare la nacionalidad española de origen del menor, conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado según la cual se equiparan a los apátridas los extranjeros no inscritos en su registro consular correspondiente cuando la legislación de su país supe-dite a dicho requisito la adquisición de la nacionalidad.

En relación con los denominados matrimonios «blancos» de complacencia es preciso constatar que durante el año se ha acrecentado la celebración de estos matrimonio fraudulentos según se constata por las numerosas investigaciones llevadas a cabo por las UCRIF (Unidades Contra Redes de Inmigración y Falsedades de las Brigadas de Extranjería). Por ello, en todas las Fiscalías se ha extremado el celo en el control

de los expedientes previos a la celebración de matrimonios mixtos, para tratar de evitar esas bodas de conveniencia, poniendo, para ello, especial cuidado en que la audiencia reservada a los contrayentes se realice de manera exhaustiva y no como mero trámite. Ello ha traído como consecuencia un llamativo aumento en el número de rechazos de autorizaciones para contraer matrimonio entre españoles y extranjeros. Son difícilmente evitables, sin embargo, los casos de matrimonios eclesiásticos que acceden al Registro Civil con una simple certificación de los párrocos sobre su celebración. Sí se da cuenta, por la Fiscalía de Alicante, de la incoación de varias investigaciones penales por haberse detectado falsedad en las certificaciones parroquiales sobre celebración de matrimonio canónico presentadas ante el Registro.

5. Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial

5.1 INTRODUCCIÓN

Los discursos y razonamientos sobre seguridad vial hay que iniciarlos siempre por las víctimas de los mal llamados accidentes de tráfico. Por los que han perdido la vida o sufren limitaciones también de por vida (lesiones medulares, cerebrales, graves traumatismos), destrozos, dolor y secuelas causadas en ellos, en sus familias y en el círculo de amigos, conocidos y afectados directa o indirectamente.⁵²

El fenómeno se extiende también a múltiples instancias internacionales, culturales y religiosas. En vía de ejemplo, la Iglesia católica, desde su perspectiva religiosa, en un documento pontificio ha realizado un duro alegato de orden ético sobre las infracciones de tráfico⁵³. Del mismo modo los pensadores comienzan a profundizar en el modelo sociológico e ideológico que está en el fondo de los enfoques y planteamientos sobre la circulación rodada que suscita el interés de los científicos de distintos ámbitos. Los medios de comunicación, avanzadilla de las inquietudes sociales, logran que lo que en otros tiempos se contemplaba como desgracias accidentales del progreso, ubicadas en las páginas de sucesos, pasen a convertirse en materia de debate e impacto social.

⁵² En los últimos tiempos la onda expansiva se va extendiendo progresivamente, llegando a alcanzar a toda la sociedad. Lo observamos en las respuestas de organismos internacionales como la ONU y la OMS que hablan de una verdadera pandemia y realizan ya estudios de la siniestralidad a nivel mundial reveladores de una perspectiva globalizada. Todo ello por no hablar de los antiguos y claros compromisos de la CEE.

⁵³ Vid. «Orientaciones para la pastoral de la carretera», publicado por el Pontificio Consejo para la Pastoral de los Emigrantes e Itinerantes, Ciudad del Vaticano, 19 de junio de 2007. Este documento lo comenta positivamente Rojas Marcos *vid nota 11* en cuanto censura de los fenómenos de violencia vial y promoción de respuestas no violentas sino de disculpa por parte de los demás conductores afectados.