

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circular 3/2001, de 21 de diciembre, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.

Referencia: FIS-C-2001-00003

ÍNDICE

I. Introducción. II. Medidas privativas de libertad: de la expulsión de extranjeros no sujetos a causa penal. II.1. La detención cautelar. II.2. El internamiento preventivo. II.2.A) Casos en que procede. II.2.B) Otras cuestiones. *a)* Internamientos en procedimientos de expulsión de devolución del artículo 58.a) de la LE. *a')* Órgano competente. *b')* Audiencia del interesado. *c')* Excepcionalidad de la medida. *d')* Forma de la resolución. *e')* Duración. *f')* Centros de internamiento. *g')* Control del internamiento. *h')* Recursos. *b)* Internamientos en los supuestos de retorno y de devolución del artículo 58.2.b) de la LE. III. Expulsión de extranjeros sujetos a causa penal. III.1. Introducción. III.2. Autorización judicial de expulsión de extranjero inculcado o procesado. III.2.A) Ámbito objetivo de aplicación. III.2.B) Momento y trámite procesal. III.2.C) Control judicial del acuerdo gubernativo. III.2.D) Criterios de decisión. III.3. La expulsión como medida sustitutiva de la pena de prisión. III.3.A) Naturaleza de la medida. III.3.B) Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación. III.3.C) Contenido y efectos. III.4.D) Criterios de actuación del Ministerio Fiscal. III.4. La expulsión como medida sustitutiva del cumplimiento del último cuarto de la pena de prisión. III.4.A) Naturaleza y ámbito de aplicación. III.4.B) Procedimiento. III.5. La expulsión como medida sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad. III.6. Comunicación interorgánica. III.7. Dificultades para ejecutar la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea o de otros países signatarios del acervo Schengen. IV. El Ministerio Fiscal y los menores extranjeros. IV.1. La condición del menor extranjero. IV.2. Derechos de los menores extranjeros en España. IV.3 Situación de los menores extranjeros acompañados. IV.4 Menores extranjeros en situación de desamparo. IV.5. Repatriación de menores extranjeros. IV. 6. Determinación de la edad e identificación de los extranjeros menores indocumentados. IV.7. Especialidades en la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000.

I. Introducción

La preocupación de la Fiscalía General sobre la situación de los extranjeros en España se ha visto plasmada en las diversas Consultas, Circulares e Instrucciones que, desde 1985, se han dictado sobre esta materia.

Bajo la vigencia de la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, se dictaron las Consultas 5/1987, 2/1990 y 12/1997, la Instrucción 6/1991 y la Circular 1/1994.

El panorama legislativo a que se referían tales instrumentos de la Fiscalía General ha cambiado recientemente. La normativa vigente en materia de extranjería se halla representada por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social -reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre- (en adelante LE), y por su Reglamento de ejecución, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (en adelante RE). Al amparo de la misma la Fiscalía General ha dictado la Consulta 1/2001 y las Instrucciones 2/2001 y 4/2001.

Ahora bien, la complejidad y magnitud que el fenómeno migratorio ha alcanzado en los últimos tiempos, la modificación legislativa que se ha operado mediante la promulgación de la Ley y del Reglamento antes citados, y las especialidades derivadas en esta materia de la existencia de una ciudadanía de la Unión Europea son factores que han aconsejado la elaboración de esta Circular. Se pretende establecer criterios interpretativos que, adaptados a la nueva normativa, guíen la actividad del Ministerio Fiscal en este ámbito y, al mismo tiempo, facilitar el conocimiento de los mismos por los Sres. Fiscales refundiendo y adaptando los contenidos en las diversas Consultas, Circulares e Instrucciones antes citadas.

La presente Circular no introduce criterios incompatibles con las dictadas hasta la fecha; al contrario, parte de las orientaciones que sentó la Circular 1/1994 y profundiza en las líneas de interpretación que se establecen en las Instrucciones y la Consulta del año 2001, que, por tanto, deben reputarse vigentes.

II. Medidas privativas de libertad: de la expulsión de extranjeros no sujetos a causa penal

Uno de los temas de necesario tratamiento al abordar la problemática del extranjero es el de la posibilidad de adoptar, en determinados casos, medidas privativas de libertad. La LE, al igual que hacía la legislación derogada, contempla dos situaciones de privación de libertad del extranjero sometido a procedimiento administrativo de expulsión u obligado al cumplimiento de determinadas resoluciones administrativas de salida del territorio nacional: la detención y el internamiento.

II.1. La detención cautelar

La actual normativa prevé la posibilidad de acordar la detención de un extranjero sustancialmente en los mismos supuestos en los que cabe autorizar el internamiento. Este, en efecto, se configura como una prolongación, sujeta a control judicial, de esa inicial privación de libertad necesariamente limitada en el tiempo.

Esta detención cautelar del extranjero fuera del procedimiento penal, ya fue admitida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 115/1987, de 7 de julio. La novedad estriba en que la LE establece, de forma expresa, un límite máximo a su duración, coincidente, además, con el contenido en el art. 17.2 CE. En concreto, el art. 61.1. d) LE señala que durante la tramitación del expediente de expulsión se podrá acordar la detención cautelar por un período máximo de setenta y dos horas, añadiendo que, en cualquier otro supuesto de detención (aquí habría que incluir los casos de retorno, devolución o incumplimiento de la obligación de abandonar el territorio español), la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a setenta y dos horas.

Ahora bien, tal previsión legal debe de ser interpretada, dado el carácter excepcional de toda privación de libertad, en igual sentido que el citado art. 17.2 CE. Esto es, la pérdida de libertad no puede prolongarse, como regla general, hasta su plazo máximo, sino que ha de durar «el tiempo estrictamente necesario para realizar el fin al que sirve la privación cautelar de libertad» (STC 86/1996, de 21 de mayo), por lo que, atendidas las circunstancias del caso, su límite máximo podrá ser sensiblemente inferior a las setenta y dos horas.

Como cuestión de cierta relevancia cabe mencionar la relativa a la autoridad competente para acordar la detención. La LE se limita a mencionar a «la autoridad gubernativa o sus agentes» (art. 61). Aunque el término autoridad gubernativa no plantea problemas, no ocurre lo mismo respecto de quienes deben ser considerados sus agentes a estos efectos. Pues bien, teniendo en cuenta que las competencias, en materia de extranjería, están atribuidas al Cuerpo Nacional de Policía conforme al art. 12.1.A) de la LO 2/1986, serán en principio sus agentes los encargados de proceder, respecto de los extranjeros detenidos en aplicación de las prescripciones de la LE, a su filiación y lectura de derechos.

Ello no es óbice para que otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en el ejercicio de funciones propias, como la custodia de fronteras que se encomienda a la Guardia Civil y, en todo caso, en el marco de la obligación de cooperación recíproca y de auxilio mutuo que les impone la LO 2/1986, puedan proceder a la identificación de extranjeros y a su inmediato traslado, en el

plazo más breve posible, a los correspondientes grupos de Extranjeros del Cuerpo Nacional de Policía, cuando se encuentren incurso en alguna de las infracciones previstas en la LE.

II.2. El internamiento preventivo

La LE y su Reglamento de ejecución vienen a perfilar esta figura a lo largo de su articulado, siguiendo los postulados de la STC 115/1987, de 7 de julio que interpretó el art. 26.2 de la derogada Ley Orgánica 7/1985. Conviene poner de manifiesto, en este punto, que el internamiento cautelar ya fue objeto de tratamiento desde la Fiscalía General del Estado, a través de la Instrucción 6/1991 y de la Circular 1/1994, cuya vigencia, en lo que no resulte modificado por la presente Circular, se recuerda.

II.2.A) Casos en que procede

La actual legislación amplía, de forma expresa, los supuestos en los que cabe la adopción de la medida de internamiento, que no queda ya reducida a la hipótesis del extranjero sujeto a procedimiento de expulsión.

En concreto, el art. 127.2 RE contiene una enumeración taxativa de las ocasiones en las que resulta procedente, al disponer que «sólo» se podrá acordar el internamiento del extranjero cuando concorra alguno de los supuestos que contempla. De su contenido, puesto en relación con el de los preceptos concordantes de la LE y del propio RE, se desprenden las siguientes hipótesis de internamiento.

a) Expulsión de extranjero

Aquí, la actual normativa distingue, a su vez, dos casos, en función de que la medida provisional se acuerde durante la tramitación del expediente de expulsión, o una vez finalizado éste.

Así, en primer lugar, los arts. 61.1.e) y 62 LE y 127.2 a) RE se refieren al internamiento del extranjero sujeto a un procedimiento administrativo de expulsión. En particular, aluden a la posibilidad de solicitar dicha medida durante la sustanciación del expediente en el que se formula propuesta de expulsión, es decir, antes de que recaiga la resolución que ponga fin al citado expediente. Pues, precisamente, en estos casos, la finalidad que se persigue con el internamiento es la de asegurar la eficacia de dicha resolución, tal y como se establece en el art. 61.1 LE.

El legislador limita, no obstante, la posibilidad de acordar el internamiento a la concurrencia de determinadas causas de expulsión. En este sentido, el art. 62.1 LE dispone que únicamente cabe el internamiento cuando el expediente se refiera a extranjeros incurso en las causas de expulsión comprendidas en las letras *a)* y *b)* del art. 54.1 y *a)*, *d)* y *f)* del art. 53 LE, restricción legal que deberá ser tenida siempre en cuenta a la hora de valorar la procedencia de autorizar un internamiento. Este régimen resulta de aplicación a los extranjeros que no sean nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea ni de los Estados incorporados al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Sin embargo, respecto de los ciudadanos comunitarios o nacionales de alguno de los Estados incorporados a dicho Acuerdo, habrá que tener en cuenta el régimen contenido en el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas que reduce, de modo importante, la posibilidad de adoptar medidas de expulsión, y cuyo tratamiento se recoge en otro capítulo de esta Circular.

Por otra parte, tras la nueva redacción otorgada a las causas de expulsión, en particular a las previstas en los arts. 53. *f)* y 54.1 *a)*, conviene precisar que la LE concreta, mediante la remisión a lo dispuesto en la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, qué actividades contrarias al orden público constituyen causa de expulsión. Es decir, en la actualidad, no toda actividad contraria al orden público se configura «per se» como causa de expulsión como ocurría bajo el imperio de la legislación derogada, sino que únicamente lo será la realización de las actividades previstas como infracciones graves o muy graves en la LO 1/1992.

En consecuencia, la comisión de una infracción penal, supuesto subsumible en el concepto amplio de actividad contraria al orden público, no resulta ya incardinable en las causas de expulsión contenidas en los arts. 53.f) y 54.1 a), al no estar incluida en el catálogo de infracciones graves o muy graves de la citada LO 1/1992, lo que impedirá, tanto la tramitación de un expediente de expulsión amparado en tales preceptos, como el internamiento del extranjero por dichas causas.

Así se desprende, por otra parte, del art. 32.2 de la citada LO 1/1992, que establece que cuando las conductas a las que se refiere tal ley pudieran revestir los caracteres de infracción penal, se remitirán los antecedentes al Ministerio Fiscal, y la resolución definitiva del expediente administrativo sólo podrá producirse cuando sea firme la resolución penal.

Igualmente, no es posible autorizar el internamiento respecto del extranjero expulsado por haber sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa, que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, dado que tal causa de expulsión prevista en el art. 57.2 LE, no conlleva la posibilidad del internamiento conforme al art. 62.1 LE.

Por último, tampoco será posible autorizar el internamiento en aquellos casos en los que el extranjero es detenido por estar indocumentado, pues, en principio, ello constituirá una infracción administrativa de las contempladas en la LO 1/1992, y no una causa de expulsión, salvo que se acredite, por otros medios (transcurso de los plazos legales sin haber obtenido o tener caducada la prórroga de estancia, autorización de residencia u otros documentos análogos), que se encuentra irregularmente en territorio español en los términos del art. 53 a) de la LE.

En segundo lugar, el internamiento puede tener lugar en el caso de no abandono del territorio nacional por el extranjero ya expulsado. Este supuesto, contemplado en los arts. 64.1 LE y 100.2 y 127.2 d) RE, presupone, a diferencia del primero, la existencia de una resolución administrativa de expulsión ya dictada, es decir, la finalización de la tramitación del expediente administrativo y, además, la notificación de dicha resolución al extranjero.

Si dicha decisión administrativa ha recaído en un procedimiento preferente, esto es, tramitado por las causas previstas en las letras a) y b) del art. 54.1 y a), d) y f) del art. 53 LE, la hipótesis más habitual será que el extranjero se encuentre ya internado, por lo que se interesará de la autoridad judicial el cese de la medida cautelar para proceder a su expulsión, o, de no estar internado, se procederá a su detención y conducción al puesto de salida, dado que la ejecución deberá realizarse de forma inmediata (art. 63.4 LE).

Ahora bien, si el procedimiento administrativo donde se ha dictado la orden de expulsión, no ha tenido carácter preferente o, teniéndolo, el extranjero no se encuentra internado, se fijará el plazo en el que el extranjero vendrá obligado a abandonar el territorio español, que, en ningún caso, podrá ser inferior a las setenta y dos horas.

De incumplirse dicho plazo de salida voluntaria por el extranjero, se procederá a hacer efectiva su expulsión y, si esta no pudiera ejecutarse en el plazo de setenta y dos horas, podrá solicitarse la medida de internamiento, cuyo fin, aquí, es el aseguramiento de la ejecución de la orden de expulsión.

b) Retorno de extranjero

La segunda hipótesis de internamiento tiene lugar cuando se ha dictado una resolución administrativa de retorno y éste no puede ser ejecutado dentro del plazo de setenta y dos horas, tal y como disponen los arts. 60 LE y 127.21) y 137 RE. Podrá, entonces, la autoridad gubernativa dirigirse al Juez de Instrucción a fin de que determine el lugar donde haya de ser internado el extranjero hasta que llegue el momento del retorno.

A diferencia de los casos de expulsión, el retorno, que resulta de aplicación, a tenor del art. 60 LE, a aquellos «extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país», es un acto administrativo carente de naturaleza sancionadora. Se trata de una medida administrativa de policía tendente al mantenimiento del orden jurídico, que se adopta tras la tramitación del procedimiento oportuno, en los términos del art. 137.2 RE, sin que lleve aparejada la

prohibición de entrada en territorio español y cuyo internamiento se rige por lo dispuesto en el citado art. 60 LE.

c) Devolución de extranjero

Es, también, motivo de internamiento, conforme a los arts. 58.5 LE y 127.2.c) RE, haberse dictado por la autoridad gubernativa acuerdo de devolución sin que pueda ejecutarse el mismo en el plazo de setenta y dos horas.

Ahora bien, al hablar de devolución hay que poner de relieve el distinto tratamiento que la Ley otorga a cada uno de los casos comprendidos en su art. 58.2, ninguno de los cuales tiene naturaleza sancionadora, siendo, igualmente, medidas administrativas de policía dirigidas, aquí, al restablecimiento del orden jurídico previamente conculcado, por lo que no precisan de expediente de expulsión.

El apartado a) de dicho precepto se refiere al extranjero que, habiendo sido ya expulsado, contravenga la prohibición de entrada en España. En tal hipótesis la medida de internamiento que la autoridad gubernativa debe solicitar de la judicial es, a tenor del art. 58.5 LE, la prevista para los expedientes de expulsión. Esta remisión legal parece sustentarse en el hecho de que dicho extranjero ha sido ya objeto de una previa sanción de expulsión con expresa prohibición de entrada, siendo tal prohibición el acto administrativo que ahora está conculcando.

El apartado b), por su parte, regula una causa de devolución completamente distinta: la del extranjero que pretende entrar ilegalmente en el país. Aquí, deben de considerarse incluidos, conforme al art. 138 1. b) RE, que acoge la interpretación dada por la Consulta 1/2001 de la Fiscalía General del Estado, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional, en tránsito o en ruta, sin cumplir los requisitos de entrada.

El internamiento de dichos extranjeros no sigue los cauces del art. 58.5 LE, ya que este precepto únicamente hace mención al primer supuesto de devolución. Ello obliga a reconducir el régimen de su internamiento al regulado en el art. 60 LE, dado que, al igual que sucede con el retorno, el extranjero que pretende entrar ilegalmente en el país, en los términos expresados, no ha sido objeto, ni de previa, ni de actual expulsión.

II.2.B) Otras Cuestiones

Siendo la medida cautelar de internamiento un acto de privación de libertad, su adopción ha de estar rodeada de una serie de garantías, ya perfiladas por el Tribunal Constitucional en su sentencia 115/1987, de 7 de julio, y plasmadas, muchas de ellas, en la nueva LE, correspondiendo a los Sres. Fiscales la vigilancia de su cumplimiento.

Conviene, no obstante, precisar, en sintonía con lo hasta ahora expuesto, el diverso tratamiento que la actual normativa otorga a esta medida cautelar en función de los casos que permiten su adopción, lo que obliga a diferenciar dos supuestos: los internamientos derivados de un expediente de expulsión o de la devolución prevista en el art. 58.2.a) LE y aquellos que tienen su origen en una resolución de retorno o de devolución prevista en el art. 58.2. b) LE.

A ellos hay que añadir un tercer caso, el de los menores extranjeros, cuyo internamiento se rige por unos principios propios y específicos contenidos en los arts. 62.3 LE y 127.8 RE, y que es objeto de atención en otro capítulo de esta Circular.

a) Internamientos en procedimientos de expulsión o de devolución del art. 58.2.a) LE

a') Órgano competente

La competencia para proponer la medida del internamiento corresponde a la autoridad gubernativa que, en concreto, será, el Subdelegado del Gobierno o el Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, conforme a los arts. 55.2, 58.4 y 61.1 LE.

Ahora bien, la competencia para autorizar el internamiento corresponde siempre a la autoridad judicial pues la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de las decisiones de expulsión, devolución o retorno y de la ejecución de las

mismas. En concreto, el órgano judicial competente será, a tenor de los arts. 60 y 62 LE y 127.1 RE, el Juez de Instrucción del lugar en el que hubiese sido detenido el extranjero, que actuará, en estos casos, como Juez de garantías.

Asimismo, corresponde a la autoridad judicial que hubiere decretado el ingreso, a solicitud motivada del Director del centro, acordar, por razones justificadas de índole personal o familiar, el traslado de extranjeros ingresados a otros centros de internamiento, con comunicación al Ministerio Fiscal y a la autoridad gubernativa de la provincia donde se ubique el centro (art. 35.1 OM de 22/2/1999).

b') Audiencia del interesado

La LE impone en el art. 62.1 como requisito para la autorización del internamiento, la previa audiencia del interesado, lo que permitirá a éste efectuar sus alegaciones y presentar sus medios de defensa, siendo extensible tal trámite a los casos de devolución, por la remisión, ya señalada, que efectúa el art. 58.5 LE.

Con ello, se pretende evitar todo atisbo de indefensión que pudiera sufrir el extranjero abocado a una eventual restricción de su libertad, debiendo arbitrarse los medios necesarios para que dicha audiencia se efectúe en las condiciones más favorables para el extranjero, lo que exigirá, siempre que resulte necesario, la presencia de un intérprete.

c') Excepcionalidad de la medida

Resulta indispensable tener presente que la medida de internamiento, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Constitucional (SSTC 115/1987, de 7 de julio, 144/1990, de 26 de septiembre y 182/1996 de 12 de noviembre, entre otras), ha de regirse por el principio de excepcionalidad, debiendo aplicarse el principio de «favor libertatis», lo que supone que la libertad tiene que 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.

Impera, por ello, aquí el principio de proporcionalidad que comporta que la restricción de libertad que implica el internamiento, sólo deba autorizarse cuando, analizadas todas las circunstancias del caso, resulte absolutamente necesaria para garantizar el fin legalmente perseguido, que no es otro que el aseguramiento de la efectiva expulsión del territorio nacional.

Compete al juez adoptar libremente tal decisión teniendo en cuenta, no las circunstancias relativas a la decisión de la expulsión en sí misma, sino las concernientes a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida y a cualquier otra que estime relevante para adoptar su decisión, fundamentalmente, la posibilidad cierta de que la expulsión del extranjero va a poder ser llevada a cabo durante el período fijado de internamiento.

d') Forma de la resolución

En consonancia con la doctrina del Tribunal Constitucional, el art. 62.1 LE establece que la decisión judicial que autorice el internamiento se adoptará mediante auto motivado. Aunque tal precepto alude tan sólo a los internamientos de extranjeros pendientes de expulsión, la exigencia de motivación en la decisión judicial de internamiento es extensible a los casos de devolución, no sólo por la remisión expresa que el art. 58.5 LE efectúa a los expedientes de expulsión, sino por la previsión genérica contenida en el art. 248.2 LOPJ.

Ello permitirá conocer las razones por las que la autoridad judicial ha estimado procedente la restricción de la libertad del extranjero, facilitando su impugnación y el control de tal decisión por un tribunal superior.

e') Duración

Los arts. 62.2 LE y 127.3 y 5 RE disponen que el internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente y no podrá prolongarse por más tiempo que el imprescindible para la práctica de la expulsión, añadiendo una serie de límites a dicha duración.

En primer lugar, en ningún caso podrá exceder de cuarenta días, si bien la autoridad judicial podrá fijar, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, un período máximo de internamiento inferior a dicho plazo. La necesidad de no prolongar la restricción de libertad más allá de lo estrictamente indispensable, ha de erigirse en principio rector de los internamientos, evitando que el agotamiento sistemático del plazo legal se convierta en norma general. Ello exigirá una completa ponderación de las circunstancias que acaecen en cada supuesto, y, en particular, de las medidas adoptadas por la autoridad administrativa para proceder, en el plazo más breve posible, a la expulsión del extranjero.

En segundo lugar, cuando con anterioridad al transcurso de este plazo se tenga constancia de que la práctica de la expulsión no podrá llevarse a cabo, deberá solicitarse de la autoridad judicial la puesta en libertad del extranjero. Se exige, por lo tanto, una decisión judicial para proceder a la puesta en libertad del extranjero internado.

Ahora bien, si lo que ocurre es que se ha producido una salida del extranjero del centro de internamiento para la ejecución de la expulsión y esta no se ha podido llevar a efecto, cabe el reingreso del extranjero en dicho centro por el plazo que reste hasta el máximo autorizado judicialmente, siempre que existan motivos fundados para estimar que su expulsión podrá efectuarse durante dicho plazo (art. 39.1 OM de 22/2/1999). En tal hipótesis no se exigirá nueva autorización judicial, bastando con dar cuenta inmediatamente al Juez de dicho reingreso.

Finalmente, respecto de los internamientos sucesivos, no cabe acordar un nuevo internamiento por las causas previstas en un mismo expediente. Es decir, incoado un expediente de expulsión, el extranjero sólo podrá ser ingresado por un máximo de cuarenta días por las causas comprendidas en el mismo.

Por lo tanto, transcurrido el plazo de internamiento fijado en la resolución judicial o el de los cuarenta días, si el plazo inicialmente acordado era menor y fue judicialmente ampliado, sin que se haya podido ejecutar la correspondiente orden de expulsión, el extranjero deberá ser puesto en libertad, sin que quepa solicitar, ni acordar un nuevo internamiento por una causa ya prevista en el expediente inicial. Sin embargo, si al extranjero así puesto en libertad se le incoa un nuevo expediente de expulsión por una causa no contemplada en el primer expediente, sí resultará posible la solicitud y, en su caso, la autorización de un nuevo internamiento.

Conforme a lo anterior, el extranjero sujeto a orden de devolución en la hipótesis del art. 58.2.a) LE, una vez internado para ejecutar dicha resolución administrativa, no podrá ser objeto de nuevo internamiento cuando no se haya podido llevar a cabo, durante el primer internamiento, la devolución acordada.

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

f) Centros de internamiento

La LE omite, al tratar del internamiento de los extranjeros sujetos a expediente de expulsión, toda referencia al lugar en donde deba materializarse éste.

El silencio legal aparece subsanado por el RE, cuyo art. 127.1 especifica que el ingreso acordado por el Juez de Instrucción se efectuará en centros de internamiento de extranjeros que no tengan carácter penitenciario, lo que resulta acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional de evitar que el extranjero sufra el tratamiento propio de un centro penitenciario, impidiendo, con ello, que la privación de libertad tenga carácter aflictivo.

En cuanto a la determinación del concreto centro no penitenciario donde se deba de verificar el internamiento, de la actual normativa cabe entender que corresponderá a la autoridad gubernativa indicar al juez, al tiempo de proponer el ingreso de un extranjero, el lugar del internamiento. Es decir, a diferencia de lo que ocurre con el retorno, aquí la elección del centro de internamiento donde se va a efectuar el ingreso se atribuye a la autoridad gubernativa, y la

comunicación al Juez, tiene por finalidad, no la obtención de una autorización respecto de dicho centro, sino facilitar el correspondiente control judicial de la medida.

Finalmente, respecto a las condiciones de dichos centros habrá que estar a lo establecido en los arts. 127 y ss. RE y a lo dispuesto en la Orden del Ministerio de la Presidencia de 22 de febrero de 1999 donde se contienen las normas sobre funcionamiento y régimen interior de los mismos, en lo que no haya resultado modificado por el citado Reglamento de Extranjería.

Sólo la plena adecuación de los centros de internamiento a los requisitos reglamentariamente establecidos garantizará que la restricción de la libertad que implica todo internamiento no incida de forma negativa en otros derechos del extranjero sujeto a tal medida.

g') Control del internamiento

Siendo judicial la decisión del internamiento, el extranjero queda a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó, por su carácter de garante principal de la libertad. Aunque nada dice la Ley, así lo recoge el art. 127.6 RE, añadiendo que la autoridad gubernativa deberá comunicar al Juez autorizante cualquier circunstancia en relación con los extranjeros internados.

A la autoridad judicial compete, pues, el control o seguimiento completo del internamiento acordado, velando, en todo momento, por el respeto de los derechos fundamentales de los extranjeros, dado que éstos siguen gozando de todos sus derechos salvo el de libertad ambulatoria. Dicha labor comprende, también, la salvaguarda de la observancia de los requisitos que deben reunir los centros de internamiento.

Por ello, el art. 33.3 de la OM de 22/2/1999 establece el derecho de los ingresados de formular peticiones o quejas ante el Juez de Instrucción a cuya disposición se encuentren o ante el Ministerio Fiscal. Y, en el mismo sentido, el art. 127.6 RE señala que se remitirán, a la autoridad u órgano a quien sean dirigidas, las quejas y peticiones que presente el extranjero en defensa de sus derechos e intereses legítimos.

h') Recursos

Pese al silencio legal, la posibilidad de recursos contra las resoluciones judiciales de internamiento tiene su apoyo tanto en la STC 115/1987, de 7 de Julio, que reconoce la misma, como en el art. 5.4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que establece que «toda persona privada de su libertad mediante... internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial...».

En concreto, y por aplicación de lo dispuesto en los arts. 217 y 218 LECrim, los autos autorizando el internamiento serán susceptibles de los recursos de reforma y queja.

b) Internamientos en los supuestos de retorno y de devolución del art. 58.2.b) LE

Los arts. 60 LE y 137 RE contienen unas reglas especiales respecto de estos internamientos que modulan su régimen en una serie de puntos. En lo demás, deben considerarse aplicables los criterios ya expuestos que vienen a completar este específico régimen.

En primer lugar, en cuanto a la autoridad administrativa competente para su propuesta, el art. 60 LE se limita a mencionar a la autoridad gubernativa sin concretar cuál sea, especificando el art. 137.3 RE que, por delegación de la autoridad gubernativa, también podrá proponer el internamiento el responsable del puesto fronterizo. Dicho silencio legal aparece salvado por la previsión contenida en la Disposición Adicional Primera del Reglamento que dispone que cuando la competencia en materia de resoluciones no esté expresamente atribuida a un determinado órgano, será ejercida por el Subdelegado del Gobierno o el Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales.

Una segunda especialidad radica en su duración, respecto de la cual, no se establece ningún límite máximo, limitándose a señalar el art. 60.1 LE que serán internados «hasta que llegue el momento del retorno». Los términos utilizados por el legislador, parecen abonar la idea de que resulta posible autorizar internamientos por un plazo superior a 40 días, si el retorno no se ha podido llevar a cabo durante tal período. Tal conclusión encuentra, igualmente, apoyo en la naturaleza cautelar de dicha medida cuya finalidad no es otra que la de asegurar la ejecución

de un acto administrativo: la resolución de retorno [o de devolución del art. 58.2.b) LE], por lo que sí dicha ejecución no se pudiera llevar a cabo en cuarenta días, estaría justificada la prolongación de tal medida más allá de dicho plazo.

No obstante, conviene tener presente la singularidad de los supuestos afectados - el retorno a su punto de origen del extranjero al que no se permite en frontera el ingreso en el país y la devolución del extranjero que pretenda entrar ilegalmente en España - que, en principio, parecen permitir una ejecución sin dilaciones de la correspondiente resolución, por lo que difícilmente se alcanzaría el límite de los 40 días. Tampoco hay que olvidar la previsión del legislador de que el retorno se efectúe «en el plazo más breve posible» (art. 60 LE) o «de forma inmediata» (art. 137.3 RE). Y, por último, que el art. 127 RE parece extender su contenido a todo internamiento, cualquiera que sea su causa, por lo que sería aquí también, de aplicación el límite de los 40 días establecido en su apartado 5º.

De ahí que resulte razonable concluir que, en estos casos, el plazo de los cuarenta días opera, también, como límite máximo del internamiento. Solución que se acomoda mejor a la doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual, siempre debe exigirse una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan, aún previstas en la ley, privaciones de libertad que no siendo razonables rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación (STC 178/1985).

En tercer lugar, el art. 60.2 LE regula, de forma expresa, el carácter de los centros de internamiento, señalando que los lugares de internamiento de extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios.

Y, además, tanto la LE como el RE atribuyen a la autoridad judicial la determinación del lugar de internamiento (art. 60.1 LE). La peculiaridad de tales supuestos donde al extranjero se le impide en frontera la entrada en el país, y el hecho de que la Ley hable de lugar y no de centro permite afirmar que el lugar de internamiento no será, necesariamente, uno de los centros de internamientos de extranjeros regulados por la OM de 22/2/1999.

Incumbe al Juez, con libertad de criterio, su determinación, aunque deberá siempre reunir las condiciones del art. 60 LE, correspondiendo igualmente, a la autoridad judicial la decisión sobre la idoneidad de tal lugar (instalaciones de aeropuertos, puertos o cualesquiera otras que se creen a estos efectos).

Finalmente, el art. 60.3 LE atribuye, asimismo, a la autoridad judicial autorizante el control del internamiento, en iguales términos que para la expulsión. Teniendo en cuenta lo hasta ahora expuesto, compete a los Sres. Fiscales, conforme al mandato contenido en el art. 124 de la Constitución y a lo dispuesto en el EOMF, el velar por el respeto de los anteriores requisitos, en los términos expresados en la Instrucción 6/1991, debiendo notificárseles los autos de internamiento para la supervisión del cumplimiento de las garantías señaladas, y, para, en caso de inobservancia, ejercitar los recursos oportunos.

Además, se recuerda a los Sres. Fiscales el deber de visitar periódicamente los centros de internamiento de extranjeros, levantando la correspondiente acta y dando cuenta a la Fiscalía General, así como el de llevar un libro registro de los internamientos autorizados.

III. Expulsión de extranjeros sujetos a causa penal

III.1. Introducción

La expulsión del territorio nacional de los extranjeros sujetos a causa criminal puede llegar a enfrentar las exigencias de la política de extranjería con los fines de la política criminal creando un conflicto entre legítimos intereses del Estado que, en virtud de la preeminencia de la función jurisdiccional sobre la actuación administrativa, y de la posible afectación de derechos fundamentales, corresponde dirimir a los jueces y tribunales del orden penal.

La LO 7/1985, art. 21.2, diferenciaba las dos situaciones en que podía hallarse el extranjero sujeto a causa penal, distinguiendo de un lado la situación del extranjero encartado, cuya expulsión precisaba como condición habilitante la autorización judicial (párrafo 1º), de la del

extranjero condenado, cuya expulsión podía ser acordada por el juez o tribunal como sustitutivo de la pena sin previo expediente gubernativo (párrafo 2º).

Hasta la entrada en vigor del Código Penal vigente, que incorpora en su art. 89 la expulsión del condenado como sustitutivo del cumplimiento de penas privativas de libertad, y hasta la nueva Ley reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España, aprobada por LO 4/2000, la autorización judicial de los acuerdos gubernativos de expulsión o la expulsión sustitutiva de la pena sólo era posible en relación con delitos de naturaleza menos grave. En este contexto normativo la doctrina de la Fiscalía General del Estado se decanta por un ejercicio amplio de las facultades legales de expulsión, en sintonía con el criterio enunciado en la proposición no de Ley del Congreso de los Diputados de fecha 9 de abril de 1991 -Circular 1/1994-.

Los cambios que introduce el Código Penal y la LO 4/2000 al extender, en determinadas condiciones, la posibilidad de acordar o autorizar la expulsión en relación con autores de delitos graves, obligan, si no a replantearse los criterios de la Circular 1/1994, sí al menos a efectuar una razonable diversificación.

En este sentido, si bien en relación con delitos menos graves la opción de la sustitución del proceso o la pena por la expulsión puede resultar adecuada para conjugar los diversos intereses en juego, frente a delitos graves la respuesta no es tan clara y demanda un esfuerzo complementario de ponderación.

III.2. Autorización judicial de expulsión de extranjero inculcado o procesado

Se regula en el art. 57.7 LE, que prevé que cuando un extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, bien su salida del territorio español, bien su expulsión previa sustanciación del correspondiente expediente sancionador.

Quien acuerda la expulsión no es el Juez o Tribunal, sino la Administración que previamente ha dictado el correspondiente acto administrativo sancionador en los supuestos previstos en el art. 57.1 y 2 LE. No es el hecho objeto del proceso penal el que motiva la autorización de la expulsión, sino la existencia previa del acuerdo gubernativo adoptado por hallarse el extranjero incurso en alguna de las citadas causas legales de expulsión.

La LE autoriza al Juez a suspender discrecionalmente el ejercicio de la potestad jurisdiccional en su vertiente de juzgar el hecho inculcado, renunciando al proceso y admitiendo como solución alternativa a su conclusión la sustitución del mismo por una medida administrativa de expulsión.

En este punto la posición en que se halla el extranjero inculcado en una causa penal resulta especialmente favorecida pues goza de un plus de garantías al quedar sujeta la sanción gubernativa al control de la jurisdicción penal.

Este control no se identifica con el que corresponde efectuar a la jurisdicción contencioso-administrativa, es más somero y busca principalmente comprobar si el acuerdo gubernativo cumple las exigencias esenciales de la Ley en cuanto a la competencia del órgano autor del mismo, formalidades externas y concurrencia de alguno de los supuestos materiales que lo justifican en Derecho.

De acuerdo con la STC (1ª) 24/2000, de 31 de enero, «...el papel del Juez Penal en este caso es, pues, en cierto modo análogo al del Juez que conoce en sede de "habeas hábeas" de la situación del extranjero que va a ser expulsado. La doctrina de este Tribunal ha señalado que, en estos casos, el control pleno de la legalidad de la medida de expulsión corresponde a los Tribunales Contencioso-Administrativos, pero el Juez Penal debe velar "prima facie" por los derechos del extranjero, revisando, aunque de manera provisional, el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención (SSTC 12/1994, de 17 de enero, 21/1996, de 12 de febrero, 66/1996, de 16 de abril y 174/1999, de 27 de septiembre)».

Cuando el Juez autoriza la expulsión del extranjero imputado una vez ejecutada la misma debe proceder al archivo provisional de la causa penal, notificando dicha decisión a las partes y a los perjudicados por el delito. El archivo de la causa devendrá definitivo una vez que haya transcurrido el período de prohibición de regreso a España impuesto al extranjero en el acuerdo gubernativo de conformidad con el art. 58.1 LE.

III.2.A) Ámbito objetivo de aplicación

El art. 57.7 LE ha ampliado las posibilidades de expulsión pues ya no se limita a los procesos en que se imputan delitos menos graves, expresión que utilizaba el art. 21.2.1 LO 7/1985, entendiéndose por tales los castigados con pena igual o inferior a prisión menor, sino que abarca todos aquellos delitos que estén castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años.

El marco legal vigente comprende por lo tanto delitos que exceden manifiestamente el límite del art. 33.3.a) CP y el ámbito competencial de enjuiciamiento de los Juzgados de lo Penal (art. 14.3 LECrim) y que en el sistema de clasificación tripartita de las infracciones penales introducido en el Código Penal han de ser calificados como delitos graves.

Se suscita la duda en torno a si la imputación de delitos que no tengan prevista pena privativa de libertad puede justificar la aplicación de la medida de expulsión sustitutiva del proceso. Dado que la norma actual vincula el ejercicio de la facultad de sustitución del proceso a la imputación, no de un delito menos grave, como hacía el anterior art. 21.2.1 LO 7/1985, sino de un delito castigado con pena privativa de libertad de determinada extensión, la interpretación más ceñida a la literalidad llevaría a considerar excluidos los delitos retribuidos con penas de multa o privativas de derechos. Ello conduciría, contra toda lógica, a autorizar la renuncia al ejercicio del «ius puniendi» en relación con delitos castigados con pena privativa de libertad y a prohibirla en relación con delitos de menor contenido de injusto y menos precisados de respuesta penal.

Por otra parte el riesgo de fraude apuntado en la Circular 1/1994 y recordado en la Instrucción 4/2001 se incrementaría al brindarse al extranjero expedientado una fácil vía para eludir la eficacia del acuerdo de expulsión mediante la comisión de infracciones de escasa trascendencia no sancionadas con pena privativa de libertad.

Se impone por ello una interpretación flexible de la norma que considerando los antecedentes históricos inmediatos y el espíritu y finalidad que anima la regulación de la medida de expulsión sustitutiva del proceso, entienda comprendidos en el ámbito de la autorización del art. 57.7 LE los procesos en que se imputen delitos no sancionados con penas privativas de libertad.

III.2.B) Momento y trámite procesal

En relación con la determinación del momento procesal en que es posible autorizar la expulsión, el art. 57.7 LE emplea los términos *inculpado* y *procesado* para definir la condición del extranjero sujeto a esta posibilidad.

La referencia al procesamiento resulta superflua pues como es sabido sólo los delitos castigados con pena privativa de libertad superior a nueve años pueden ser enjuiciados por el cauce del Sumario Ordinario, único procedimiento en el que subsiste el auto de procesamiento -art. 779 LECrim-.

En cuanto al término inculpado ha de ser entendido con toda la flexibilidad que le es propia de modo que tan pronto se concrete la inculpación en fase de diligencias previas, mediante la citación del extranjero ante el juez de instrucción en calidad de imputado (art. 789.4 LECrim) quedará expedita la vía para autorizar judicialmente la expulsión gubernativa, tal y como reconoce expresamente el Tribunal Constitucional en su Sentencia 24/2000, de 31 de enero (fundamento jurídico 5º) y se apuntó en su día en la Circular 1/1994.

La iniciativa para abrir en el proceso penal el debate partirá normalmente de la propia autoridad gubernativa que ha acordado la expulsión del extranjero, la cual se dirigirá al juez o tribunal penal solicitando la indispensable autorización.

Juez competente será el de instrucción si la solicitud se presenta antes de dictarse el auto de apertura de juicio oral. A partir de dicho momento, la competencia decisoria pasará al Juez de lo Penal o a la Audiencia Provincial. En el ámbito orgánico de la Audiencia Nacional la competencia se referirá al Juzgado Central de Instrucción, Juzgado Central de lo Penal y Audiencia Nacional en su caso.

Debe ser oído el Ministerio Fiscal antes de adoptarse decisión alguna al respecto, audiencia imprescindible en la medida en que la autorización de expulsión impide el ejercicio de la acción penal que en relación con los delitos públicos tiene atribuido el Fiscal.

III.2.C) Control judicial del acuerdo gubernativo

El art. 57.7 LE exige como presupuesto de la autorización de la expulsión la sustanciación previa del expediente gubernativo. El juez constata la preexistencia de la decisión administrativa de expulsión y comprueba su validez, para lo que es preciso que haya sido adoptada por el órgano competente, con las formalidades legales y con fundamento en alguno de los supuestos de la Ley.

Esta comprobación no pretende duplicar el control de legalidad que corresponde ejercer, previo recurso del interesado, a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino homologar judicialmente la aptitud del acto administrativo para sustituir en su caso el proceso penal y provocar su conclusión anticipada. Las exigencias legales varían considerablemente según que el expedientado proceda de un país comunitario o no.

Los extranjeros que no sean nacionales de países miembros de la Comunidad Europea ni de países incorporados al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, están sujetos a las causas de expulsión previstas en el art. 57 LE y en consecuencia la validez del correspondiente acuerdo gubernativo deberá aquilatarse en función de la concurrencia aparente de alguno de los supuestos de hecho previstos en dicha norma.

Por el contrario, cuando la medida de expulsión afecte a un ciudadano comunitario o nacional de alguno de los Estados incorporados al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, el acuerdo gubernativo se ajustará al régimen específico previsto en el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, que autoriza la expulsión sólo cuando la conducta del extranjero representa una amenaza actual y relevante para el orden público nacional, como se indica *infra* en el apartado IV de esta Circular que trata de las dificultades que plantea la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea.

III.2.D) Criterios de decisión

El Juez penal decide sobre la conveniencia de proseguir el procedimiento o de autorizar la expulsión del imputado valorando con amplia discrecionalidad cuál sea el interés público más necesitado de afirmación. La Ley sólo prohíbe que se autorice la expulsión en los procesos en que se imputen alguno de los delitos tipificados en los arts. 312, 318.bis, 515.6º, 517 y 518 CP - art. 57.7.2 LE-, por lo que *sensu contrario*, la expulsión puede ser acordada en cualquier otro caso.

La doctrina de la Fiscalía General del Estado se pronuncia desde la Circular 1/1994 a favor de la autorización de la expulsión. Este criterio se confirma en la Instrucción 4/2001 y en principio se ha de mantener con la misma generalidad en relación con los delitos menos graves.

En relación con delitos de naturaleza grave los fiscales valorarán el conjunto de las circunstancias del caso -especial trascendencia del delito cometido, pertenencia a grupos organizados, alarma social, necesidad reforzada de respuesta penal- para instar la decisión que mejor acomode las exigencias de la justicia, como valor superior del ordenamiento jurídico, con las necesidades de una racional y prudente política de extranjería.

De entre todas estas circunstancias la gravedad del delito imputado y la frecuencia de su comisión adquieren un perfil dominante, como ha afirmado en alguna ocasión la doctrina del TS -Vid STS 1144/2000, de 4 de septiembre- por lo que procede denegar la autorización de expulsión en los casos más graves por aplicación del principio de proporcionalidad.

Cuando se opte por la continuación del proceso deberá considerarse con cierto rigor la situación personal del imputado e instarse la adopción de la medida cautelar de prisión provisional si se constata la existencia de riesgo de fuga o de nueva comisión de delitos y se estima necesaria la adopción de tal medida para evitar que la permanencia del extranjero en el país pueda convertirse en factor criminógeno.

III.3. La expulsión como medida sustitutiva de la pena de prisión

III.3.A) Naturaleza de la medida

De acuerdo con el art. 89.1 CP las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. La inclusión de este precepto en la Sección del Código dedicada a regular las formas de sustitución de las penas cortas privativas de libertad pueden inducir a la errónea consideración de que la medida de expulsión es una suerte de pena o sanción sustitutiva que realiza por una vía alternativa las exigencias del «ius puniendi» estatal.

No es este sin embargo el verdadero alcance y sentido de la medida de expulsión que en estos casos se configura como una suspensión de la potestad jurisdiccional en su modalidad de hacer ejecutar lo juzgado en aras a preservar otros fines igualmente valiosos para el Estado relacionados con su política de extranjería, fines respetables, que podrán adquirir preponderancia siempre y cuando no impidan la realización elemental de los fines de prevención general y afirmación del ordenamiento jurídico que justifican la existencia de la pena y que se verían resueltamente lesionados si la praxis derivase a una aplicación indiscriminada de la medida de expulsión.

Como expresa el Tribunal Constitucional en su Auto 106/1997, la expulsión no persigue, a diferencia de otros sustitutivos de las penas cortas privativas de libertad, surtir efectos positivos en orden a la reeducación y reinserción social del extranjero en España, porque en rigor no es una pena, ni, dado su carácter puntual o de agotamiento en un solo acto, puede considerarse adecuada para el cumplimiento de finalidades preventivo-especiales que, desde luego, no están garantizadas por el simple regreso del penado a su país.

La expulsión no sustituye la condena, la suspende para facilitar la aplicación de la normativa administrativa y de los fines de la política de extranjería forzando la salida de quienes no se hallan debidamente autorizados para residir en España.

III.3.B) Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación

La medida de expulsión alcanza en la normativa actual una extensión desconocida antes al autorizar su aplicación en aquellos supuestos en que la pena en concreto impuesta en sentencia no alcance los seis años de privación de libertad, desbordando el marco normativo del art. 21.2.2 LO 7/1985, que restringía el uso de esta facultad a los casos de condena por delito menos grave.

La expulsión puede acordarse no sólo en sustitución de penas privativas de libertad impuestas por la comisión de delitos menos graves, sino también por delitos graves que tengan prevista pena de prisión inferior a seis años, e incluso por delitos que teniendo prevista pena igual o superior a seis años, hayan conducido en función del grado de desarrollo, participación o concurrencia de eximentes incompletas o atenuantes a la imposición en sentencia de una pena de prisión de menos de seis años de duración.

Desde el punto de vista subjetivo la regulación actual restringe la aplicación de esta medida a los extranjeros no residentes legalmente en España. El extranjero residente que se halle en posesión de alguna de las autorizaciones administrativas o dispensado de la obligación de obtenerlas en virtud de tratado o de ley ha de afrontar el cumplimiento de la condena en las mismas condiciones que el reo español, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el art. 57.2 LE que autorizaría la incoación de expediente de expulsión si la condena ha sido por delito doloso que tenga señalada pena privativa de libertad superior a un año de duración.

La situación de irregularidad administrativa es condición legal de la sustitución de la pena y debe estar debidamente acreditada en la causa (*vid.* STS 919/1999, de 2 de junio, FJ 2º).

III.3.C) Contenido y efectos

El efecto inmediato de la sustitución de la pena será el archivo de la ejecutoria y la imposición judicial de una prohibición de regreso a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión. La determinación de este plazo se verificará atendiendo a la duración de la pena impuesta. Si regresare antes, cumplirá las penas sustituidas, si bien, en caso de ser localizado en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa -art. 89.2 y 3 CP-.

Es posible que sea el propio condenado el que solicite la expulsión para eludir el cumplimiento de la pena de prisión. En este caso la medida de expulsión no debe ser considerada como un beneficio ni atribuye un derecho subjetivo para exigir del juez o tribunal un trato benévolo en comparación con el dispensado a los penados españoles o a los extranjeros residentes. El juez o tribunal no está obligado a otorgar la expulsión ni sujeto a una interpretación necesariamente favorable al reo en virtud del principio «pro libertate» que en modo alguno resulta aplicable al caso (Auto TC 33/1997).

Al decidir la expulsión del reo la autoridad judicial ejerce una facultad discrecional de primer grado, no susceptible de censura casacional (SsTS 919/1999, de 2 de junio, FJ 2º; 330/1998, de 3 de marzo, FJ 3º; 929/1998, de 13 de julio, FJ 3º E). No obstante la decisión no puede ser arbitraria, sino razonada, fruto de una equilibrada valoración de los intereses en conflicto debidamente expresada en el auto judicial.

En lo que respecta a los pronunciamientos civiles de la sentencia, la expulsión no ha de ser óbice para que se concluyan las piezas separadas de responsabilidad civil, que no deberán ser archivadas hasta que se hayan concluido debidamente, procurando en su caso la localización y realización de los bienes del reo que puedan ser objeto de traba en España. En este sentido se ha de recordar que el archivo de la ejecutoria penal no justifica el automático cierre de la pieza separada de responsabilidad civil si existen bienes embargados o se han localizado fuentes de ingresos que puedan servir para satisfacer las indemnizaciones declaradas en sentencia.

III.3.D) Criterios de actuación del Ministerio Fiscal

Nada obsta para que el criterio favorable a la expulsión definido en la Circular 1/1994 y confirmado en la Instrucción 4/2001 se mantenga para los delitos de naturaleza menos grave si no concurren en el caso particular circunstancias especiales que lo desaconsejen.

En relación con las condenas por delitos graves y de acuerdo con los argumentos expuestos supra se ponderarán las circunstancias concurrentes en cada caso, tomando en consideración especialmente la necesidad de afirmar el ordenamiento jurídico frente al infractor en aquellos casos en que el delito revista especial trascendencia bien por su gravedad intrínseca -v. gr tráfico de drogas, agresiones sexuales- bien por las particulares circunstancias de sus autores o los fines perseguidos -grupos de delincuentes organizados, especialmente si se trata de grupos transnacionales, bandas armadas y terroristas, etc.-, bien por la existencia de una necesidad reforzada de protección a la víctima -menores, discapacitados, personas en situación de desvalimiento-.

En estos supuestos y en cualesquiera otros que se consideren de especial trascendencia se habrá de instar el cumplimiento de la condena en sus propios términos. Cuando los extranjeros hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los arts. 312, 318.bis, 515.6ª, 517 y 518 CP la expulsión se llevará a efecto tras el cumplimiento de la pena de prisión, que no podrá ser sustituida -art. 89.4 CP y 57.8 LE-.

III.4. La expulsión como medida sustitutiva del cumplimiento del último cuarto de la pena de prisión

III.4.A) Naturaleza y ámbito de aplicación

Recoge esta posibilidad el art. 89.1 CP, al señalar que los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena.

Las penas privativas de libertad de duración inferior o se sustituyen desde su inicio, o se cumplen de acuerdo con la normativa penitenciaria que autoriza al interno que logra la libertad condicional a residir en su país de origen si dan las condiciones legales y reglamentarias para ello -arts. 90 y ss CP, 197.1 Reglamento Penitenciario y convenios internacionales sobre traslado de personas condenadas-.

Aunque algún sector doctrinal la ha calificado de «libertad condicional *sui generis*», la expulsión del extranjero interno en Centro Penitenciario presenta un perfil distinto a la libertad condicional pues la decide el Juez o Tribunal sentenciador, no el Juez de Vigilancia Penitenciaria, no va precedida de propuesta de la Junta de Tratamiento del Centro, y determina la suspensión de la ejecución de la condena, no su extinción en alguna de las modalidades de régimen reguladas en la Ley Orgánica General Penitenciaria.

La prohibición de retorno a España prevista en el art. 89.2 CP se aplica a los dos supuestos recogidos en el apartado 1, y no sólo a los casos de sustitución completa de la pena, pues el Código no los distingue. En consecuencia, el Juez o Tribunal sentenciador deberá fijar en su acuerdo de expulsión una prohibición de retorno a España de entre tres y diez años de duración, que no tiene que coincidir necesariamente con el período de condena pendiente de cumplimiento, aunque lo lógico es que su duración sea igual o superior.

Si el extranjero intenta quebrantar la prohibición de retorno y es localizado en la frontera, la autoridad gubernativa procederá a su devolución inmediata. Si consigue entrar en territorio español, será ingresado en prisión para cumplir la totalidad de la pena pendiente, sin que el período de tiempo que hubiere pasado fuera de España le pueda ser computado en la liquidación de condena, pues la expulsión sustitutiva no es un medio de cumplimiento de la condena y no está sujeto al régimen jurídico de la libertad condicional, en particular a lo dispuesto en el art. 93 CP.

III.4.B) Procedimiento

La medida se adopta a instancia del Fiscal y a este fin el art. 197.2 del Reglamento Penitenciario exige a los Centros Penitenciarios que comuniquen anticipadamente al Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria.

Este artículo hace referencia a la proximidad de cumplimiento, en su caso, de los dos tercios de la condena, referencia que por obvias razones de jerarquía normativa y sistemática legal entendemos carece de virtualidad, pues el art. 89.1 CP exige como condición legal el cumplimiento de los tres cuartos de la condena. La comunicación al Fiscal es independiente de la elevación por las Juntas de Tratamiento de la correspondiente propuesta de libertad condicional al Juez de Vigilancia Penitenciaria -art. 198 del Reglamento Penitenciario-, y tiene por objeto proveer al Fiscal de suficientes elementos de juicio para valorar la conveniencia de solicitar la expulsión del interno.

Acordada la expulsión por el tribunal sentenciador, deberá procederse al archivo del expediente de libertad condicional si se hubiere llegado a incoar, pues la decisión de sustitución de la pena suspende su ejecución y determina el fin de la intervención penitenciaria sobre el reo, sin perjuicio de restablecer su cumplimiento si luego el extranjero quebranta la prohibición de regreso al territorio español -art. 89.2 CP-.

El penado ha de ser obligatoriamente oído -art. 89.1, in fine CP-, en un trámite que ha de tener por objeto específico el debate sobre la aplicación de la medida de expulsión, de lo que ha de ser informado previamente y con la debida claridad (vid STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 6ª).

Aunque el Código Penal no lo prevé, también es posible que sea el propio penado el que se dirija al juez o tribunal sentenciador solicitando la medida de expulsión. De hecho el art. 52.2 del Reglamento Penitenciario impone a la Administración Penitenciaria la obligación de informar a los internos extranjeros de las posibilidades de sustitución de la pena impuesta o a imponer por medida de expulsión.

Cuando el penado solicite su propia expulsión, se dará traslado al Fiscal para que informe sobre la procedencia de la medida, pues al tener reconocida legalmente la iniciativa en esta

modalidad de sustitución, y al ser garante del cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público o social (art. 3.9 EOMF) ninguna suspensión de condena puede ser acordada sin su previo dictamen.

III.5. La expulsión como medida sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad

El art. 96.3.5ª CP comprende entre las medidas de seguridad no privativas de libertad la de expulsión del territorio nacional de los extranjeros no residentes legalmente en España. Esta peculiar medida sólo se aplica como sustitutiva de otra medida de seguridad privativa de libertad de acuerdo con el art. 108 CP según el cual si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que le sean aplicables. El sujeto a esta medida no podrá regresar a España durante el plazo que se señale, sin que pueda exceder de diez años.

Pese al etiquetado legal es obvio que esta medida de expulsión no comparte la naturaleza de las genuinas medidas de seguridad que procuran un tratamiento adecuado al sujeto infractor en orden a superar su constatada peligrosidad criminal. De la misma forma que la medida de expulsión sustitutiva de penas privativas de libertad no es una pena, no realiza el «ius puniendi» estatal, tampoco la expulsión sustitutiva de una medida de seguridad es una verdadera medida de seguridad, un tratamiento dirigido a la curación o reinserción del infractor.

Nuevamente nos hallamos en presencia de una habilitación legal conferida al juez o tribunal sentenciador para valorar la conveniencia de no cumplir la sentencia en sus propios términos y de acordar en su lugar la expulsión del condenado no residente legalmente en España.

El Código Penal no fija límites a la medida de internamiento sustituida, de modo que cualquiera que sea la extensión máxima fijada en sentencia se podrá acordar la expulsión sustitutiva. No obstante, en los supuestos del art. 99 CP de concurrencia de medida de seguridad privativa de libertad con pena de prisión, si ésta tuviere una duración igual o superior a seis años no sería procedente acordar la expulsión de conformidad con el límite fijado en el art. 89 CP.

III.6. Comunicación interorgánica

El Ministerio Fiscal deberá cuidar que los mecanismos de comunicación interorgánica previstos en el art. 136 del Reglamento de Extranjería funcionen adecuadamente. Especialmente en aquellos supuestos previstos en los apartados 2, 3 y 4 de la citada norma.

Particularmente, tras la autorización judicial de una expulsión, se exigirá de las autoridades gubernativas y los servicios policiales la comunicación inmediata de la práctica de la expulsión o de las razones que en su caso imposibiliten su realización. Si por cualquier motivo la expulsión no se materializa -v. gr. porque la jurisdicción contencioso-administrativa ha decidido suspender cautelarmente el acuerdo gubernativo de expulsión- se instará el alzamiento de la suspensión del proceso penal y la continuación del mismo.

Si por el contrario la autorización judicial de la expulsión fuere denegada, el Ministerio Fiscal procurará que, tan pronto concluya el proceso penal mediante sentencia o por otra resolución definitiva, se ponga dicha circunstancia en conocimiento de la correspondiente Brigada Provincial de Extranjería y Documentación.

III.7. Dificultades para ejecutar la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea o de otros países signatarios del acervo de Schengen

El art. 1.1 LE define como extranjero al que carece de la nacionalidad española. No cabe teóricamente, por tanto, un «tertium genus» entre las nociones de español y extranjero. Sin perjuicio de ello, forzoso es reconocer la existencia de una ciudadanía de la Unión Europea, expresamente regulada en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante TCE), que matiza notablemente el *status* de extranjero que corresponde a los nacionales de los restantes países de la Unión. De ello es consciente el texto de la propia LE, cuando afirma que sus disposiciones se entienden sin perjuicio de los Tratados internacionales en los que España

sea parte, entre los que sin duda están comprendidos el citado TCE y el Tratado de la Unión Europea.

Posee la ciudadanía de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro; esta ciudadanía es complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional (art. 17 TCE). Todos los ciudadanos de la Unión tienen derecho a circular y residir libremente en el territorio de otro Estado miembro, con sujeción a las condiciones y limitaciones previstas en el TCE y en sus normas de aplicación (art. 18 TCE). Por su parte, el art. 39.1 TCE asegura la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad.

La transposición al Derecho español de las normas comunitarias que desarrollan las condiciones y limitaciones del ejercicio de estos derechos (en particular la Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio, relativa al derecho de residencia) ha tenido lugar mediante el R.D. 766/1992, de 26 de junio (modificado por el R.D. 737/1995, de 5 de mayo, y por el R.D. 1710/1997, de 14 de noviembre), sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas y otros Estados Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en adelante AEEE, que en la actualidad -después de la adhesión a las Comunidades de Austria, Suecia y Finlandia- son únicamente Liechtenstein, Noruega e Islandia (estos dos últimos países, pese a no ser comunitarios, sí forman parte sin embargo del espacio Schengen, del que se hablará infra).

Los ciudadanos de los países de la UE y el AEEE gozan de un régimen especial para entrar y salir de España, así como para obtener la tarjeta de residente. El art. 15.1 del citado R.D. 766/1992 admite, no obstante, posibles limitaciones al ejercicio de los derechos de libre circulación y residencia por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública; concretamente, se admite que también los ciudadanos de los países de la UE y el AEEE pueden ser objeto de una medida de expulsión, devolución o prohibición de entrada en el país por tales motivos. Se reproduce de este modo lo establecido en el art. 2.2 de la Directiva 90/364/CEE, la cual permite que los Estados miembros limiten el derecho de residencia de los nacionales de otros Estados miembros por razones de orden público, de seguridad o de salud públicas, si bien «en estos casos se aplicará la Directiva 64/221/CEE». Esta Directiva del Consejo, de 25 de febrero de 1964, establece en su art. 3.1 que «las medidas de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo al que se apliquen» (mandato reproducido en el art. 15.2.d) del R.D. 766/1992), pero añade a continuación (art. 3.2) que «la mera existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas». Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha interpretado este precepto en su Sentencia de fecha 27-10-1977 (caso *Regina/Bouchereau*), afirmando que la existencia de una condena penal es trascendente sólo en la medida en que pudiera ser indicativa de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual contra el orden público; en idéntico sentido, la Sentencia de fecha 19-1-1999 (caso *Calfa*) reitera que es contraria al Derecho comunitario una expulsión del territorio nacional de un ciudadano comunitario decretada de manera automática como consecuencia de una condena penal, sin tener en cuenta si su comportamiento personal ha supuesto una amenaza real y suficientemente grave contra un interés fundamental de la sociedad.

Así las cosas, el motivo previsto en el art. 57.2 LE no es suficiente por sí solo para decretar la expulsión de un ciudadano comunitario. Asimismo, el art. 89 CP, que se refiere únicamente a extranjeros que no residan legalmente en España, difícilmente podrá ser aplicado a un ciudadano comunitario. Además, tanto en este caso como si se pretendiese hacer uso de la posibilidad prevista en el art. 57.7 LE de autorizar judicialmente la expulsión de un ciudadano comunitario -acordada en expediente administrativo sancionador seguido al efecto- que se encuentra inculcado en un procedimiento penal, existiría otra dificultad adicional para que la medida resultase efectiva, como es la existencia de un espacio común sin fronteras creado por las normas de Schengen.

En efecto, hay que tener presente que el libre ejercicio de los derechos de circulación y residencia en el territorio de la Unión está favorecido y garantizado especialmente por el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990 (en adelante CS), que ha suprimido los controles sobre las personas en las fronteras internas de la Unión (art. 2.1) al tiempo que ha sometido a principios uniformes el control en las fronteras exteriores (art.

6.1 CS). En la aplicación del acervo de Schengen, de conformidad con la definición contenida en el art. 1 CS, sólo tienen la consideración de extranjeros las personas que no sean nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta evidente que la libre circulación de personas es una realidad incuestionable, de manera particular en el territorio de los países signatarios de Schengen (todos los de la Unión Europea, excepción hecha del Reino Unido e Irlanda, a los que se suman Noruega e Islandia), en la medida en que no hay ningún tipo de control sobre las personas que cruzan las fronteras comunes de los Estados miembros, y que los únicos controles existentes son los que se establecen en las fronteras con países que no se han incorporado al espacio Schengen.

Por otra parte, la expulsión de un extranjero por las autoridades españolas habrá de conllevar - para que sea eficaz- la imposibilidad de entrar no sólo en España sino en todo el espacio Schengen, ya que, para hacer efectiva la medida y conforme a los mencionados principios comunes que han de ser aplicados por los Estados miembros en sus fronteras exteriores, se ha creado en el marco del SIS (Sistema de Información de Schengen) la denominada lista de extranjeros no admisibles. Inscrito un extranjero en dicha lista por cualquier Estado miembro, no pueden los restantes concederle el permiso de residencia, a no ser por motivos serios, especialmente de carácter humanitario o derivados de obligaciones internacionales (art. 25 CS); estar incluido en la lista de personas no admisibles es motivo para la denegación del visado (art. 27.5 LE) y la autorización de residencia temporal (art. 31.5 LE). Entre los motivos que dan lugar a la inscripción de un extranjero en la lista de no admisibles se encuentra «el hecho de que el extranjero haya sido objeto de una medida de alejamiento, de devolución o de expulsión que no haya sido revocada ni suspendida y que incluya o vaya acompañada de una prohibición de entrada o, en su caso, de residencia, basada en el incumplimiento de las legislaciones nacionales relativas a la entrada o a la residencia de extranjeros» (art. 96.3 CS).

En este estado de cosas, aunque resulte posible en el plano teórico la expulsión judicial de un ciudadano comunitario por las causas previstas en el art. 57.7 LE, en la práctica se revela una medida muy poco eficaz, ya que, al poder atravesar todas las fronteras interiores de la Unión (con la única excepción de Irlanda y el Reino Unido) sin ser sometido a ningún tipo de control, resulta imposible impedir que desde su propio país regrese a España. Sin embargo, el principal motivo para disuadir de la adopción de esta medida no es tanto su más que probable ineficacia como el riesgo de impunidad que conlleva, ya que la expulsión, cuya consiguiente prohibición de entrada puede ser fácilmente burlada, impediría - en caso de no detectarse la violación de tal prohibición- proseguir en nuestro país el procedimiento penal o ejecutar la pena impuesta. Esta impunidad resultaría además especialmente injustificada en un contexto en el que se tienden a suprimir, en el concreto ámbito de aplicación la justicia penal, las diferencias de trato entre los nacionales españoles y los de cualquier otro país comunitario, como sucede también, p.e., con la frecuente renuncia a invocar el principio de no entrega del nacional en materia de extradición.

Consecuentemente con todo lo anterior, los Sres. Fiscales deberán, con carácter general y salvo supuestos excepcionales, informar negativamente las solicitudes de expulsión relativas a ciudadanos comunitarios que, al amparo de lo previsto en los arts. 57.7 LE y 89 CP, les trasladen para informe los órganos judiciales competentes.

Distinta de la expulsión, sin embargo, es la posibilidad de aplicar los Convenios existentes en materia de traslado de personas condenadas, y en particular el Convenio del Consejo de Europa sobre esta materia, de 21 de marzo de 1983, del que son Estados Parte, entre otros, todos los Estados miembros de la Unión Europea, y que permite a los penados extranjeros ser trasladados al país del que son nacionales para extinguir allí la condena que les haya sido impuesta y quede aún pendiente de cumplir. No existe ningún inconveniente para que se haga uso de este Convenio en el caso de ciudadanos comunitarios que deseen cumplir en su país de origen las penas privativas de libertad impuestas en España.

IV. El Ministerio Fiscal y los menores extranjeros

La inclusión en la presente Circular de un extenso capítulo dedicado a la situación de los menores extranjeros en España, y a la actuación del Ministerio Fiscal en relación con los

mismos, está justificada por la importante misión que el ordenamiento jurídico encomienda al Ministerio Público en el ámbito de la protección de menores, así como por las amplias facultades que para ello le confiere.

A este respecto, se debe destacar que incumbe al Fiscal «la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores» (art. 174.1 CC), independientemente de cuál sea la nacionalidad de éstos. Asimismo, hay que tener presente que corresponde al Fiscal asumir o promover la representación y defensa de los menores, en juicio o fuera de él (art. 3.7 EOMF). De manera particular, la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, le faculta expresamente para ejercer, entre otras, las acciones de protección del honor, la intimidad y la propia imagen (art. 4.2 y 4), o de cese y rectificación de publicidad ilícita (art. 5.5). Además, con carácter general, el Fiscal deberá promover ante el juez las medidas de protección de menores que estime necesarias (art. 174.1 CC), a cuyo fin el menor podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considera que atentan contra sus derechos (art. 10.2.b) de la LO 1/1996); asimismo, el Fiscal podrá interesar del Juez que éste dicte las «disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios» (arts. 158.3º y 216 CC), medidas que podrán adoptarse «dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria».

Por otra parte, corresponde al Ministerio Fiscal comprobar al menos semestralmente la situación de los menores que son objeto de medidas de protección (art. 174.2 CC), así como ejercer la vigilancia sobre todos los centros que acojan a menores (art. 21.4 de la LO 1/1996), sin distinguir entre menores nacionales o extranjeros. Para ejercer esta vigilancia deberá hacer uso de la facultad que para visitar los centros de internamiento de cualquier clase le confiere el art. 4.2 EOMF.

IV.1. La condición de menor extranjero

Hay que considerar, en primer lugar, que la mayor o menor edad del extranjero viene determinada por la aplicación de su propia ley nacional (art. 9.1 CC). Así, aunque con arreglo a la ley española la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos (art. 315 CC), y es constatable en la legislación de los diversos países un proceso de armonización o convergencia encaminado a fijar con carácter general la mayoría de edad precisamente a partir de los dieciocho años, tampoco es descartable *a priori* la posible presencia en España de ciudadanos extranjeros a los que la legislación de su país otorgue la mayoría de edad a una edad distinta. Reflejo de lo anterior es la definición contenida en el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU, conforme a la cual «se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad». Trasunto de esta norma es a su vez el art. 1 de nuestra LO 1/1996, que determina como destinatarios de la misma a «los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad».

Sentado lo anterior, hay que admitir igualmente la dificultad de conocer las excepciones que algunas legislaciones extranjeras puedan contener respecto de la norma general que fija la mayoría de edad en los dieciocho años. Añadiendo a ello que la carga de probar el contenido y la vigencia del derecho extranjero corresponde a quien lo invoca (art. 12.6 CC), se puede establecer con carácter general la presunción «*iuris tantum*» de que es menor todo extranjero que no haya cumplido aún los dieciocho años.

IV.2. Derechos de los menores extranjeros en España

Además de los derechos que la Ley reconoce con carácter general a todos los extranjeros, tanto mayores como menores de edad, existen también algunas previsiones legales específicas referidas expresamente a estos últimos, como es el caso de los derechos a la educación y a la asistencia sanitaria.

El art. 10.3 de la LO 1/1996 ya reconoció que «los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación», y el art. 9.1 LE ha explicitado el contenido de tal derecho afirmando que «todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el

acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas». Por el contrario, en los niveles de enseñanza no obligatoria, únicamente los extranjeros residentes están equiparados legalmente a los españoles (art. 9.3 LE).

Paralelamente, se ha ampliado también el ámbito de reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria. Frente al art. 10.4 de la LO 1/1996, que lo reconocía a los menores extranjeros que se hallasen «en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residieran legalmente en España», el actual art. 12.3 LE afirma categóricamente que «los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles».

IV.3. Situación de los menores extranjeros acompañados

Los menores extranjeros pueden encontrarse en España respondiendo básicamente a dos situaciones muy distintas: puede tratarse de menores que han venido acompañados de sus padres o tutores, o de menores no acompañados por ninguna persona responsable de su guarda y custodia.

Asimilable al primero de los supuestos es el de aquellos menores que, a pesar de no estar acompañados por ningún guardador en España, se encuentran regularmente en nuestro país con el consentimiento de sus representantes legales; tal es el caso, por ejemplo, de quienes han venido con una autorización de estancia por estudios o en un programa de desplazamiento temporal [arts. 54.2.c) y 63 RE, respectivamente].

También es asimilable al supuesto de un menor acompañado por sus representantes legales el de un menor acompañado por un mero guardador de hecho (generalmente se tratará de un familiar más o menos próximo), ya que es ésta una figura plenamente admitida en nuestro derecho como una forma posible del ejercicio de la facultad-deber de guarda sobre los menores (arts. 303 CC y 12.2 de la LO 1/1996), situación que por otra parte puede resultar relativamente frecuente en el ámbito de algunas culturas diferentes de la nuestra. A este respecto, hay que tener presente que tanto las relaciones paterno-filiales como la tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se rigen en primer lugar por la ley nacional de éste (art. 9.4 CC).

En el caso de los menores extranjeros que se encuentran acompañados por sus padres, tutores o guardadores, y respecto de los cuales no es apreciable la situación de desamparo descrita en el art. 172.1 CC, prima el derecho del menor a conservar sus relaciones familiares y a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos (art. 9.1 de la Convención sobre derechos del niño), lo cual implica que, como regla general, si la autoridad competente acuerda la expulsión, devolución o retorno de los padres, tutores o guardadores del menor extranjero, ello conlleva también la salida de nuestro país del menor sometido a su potestad, sin que haya que ver en ello el menor reproche sancionatorio hacia la conducta del menor. Por otra parte, esta situación no es sino la otra cara del derecho a la reagrupación familiar o facultad que tienen los extranjeros residentes legalmente en España de reunir con ellos a los hijos o tutelados menores de dieciocho años [art. 17.1.b) y c) LE]. Por idéntica razón, en aquellos supuestos en que la ley prohíbe imponer la sanción de expulsión a un extranjero, tampoco permite que sean expulsados los hijos menores o incapacitados que se hallen a su cargo (art. 57.6 LE).

Como consecuencia de lo anterior, es posible que la autoridad judicial acuerde, excepcionalmente y con carácter cautelar, el ingreso de menores en un centro de internamiento de extranjeros, «cuando también lo estén sus padres o tutores, lo soliciten éstos y existan módulos que garanticen la intimidad familiar» (arts. 62.3 LE y 127.8 RE). Aunque en un plano teórico pudiera defenderse la conveniencia de que la autorización fuese concedida por los Jueces de familia (en su defecto, de primera instancia), la norma no deja duda al respecto, al disponer que la autorización corresponde al Juez de Menores, quizá en razón de un imprevisto paralelismo con la competencia atribuida al Juez de instrucción para autorizar el internamiento de extranjeros adultos (art. 62.1 LE). También recoge la Ley expresamente la necesidad de que el Ministerio Fiscal informe previamente sobre el internamiento del menor.

Este informe será vinculante para el Juez si el Fiscal, valoradas todas las circunstancias concurrentes, se opone al internamiento, ya que la ley exige para autorizar el internamiento que el informe del Fiscal sea favorable. El Fiscal, atendiendo al interés prevalente del menor y a su derecho a no ser separado de sus padres y familiares, deberá con carácter general informar favorablemente siempre que se cumplan las condiciones que impone la ley (solicitud de los padres o tutores y existencia de módulos que garanticen la independencia familiar). Es conveniente, por tanto, que en las visitas que los Fiscales realicen periódicamente a los centros de internamiento comprueben, entre otros extremos, el de la existencia o no de estos módulos, sus condiciones de separación e higiene, dotación de servicios básicos para la convivencia, etc., y que en caso de observar deficiencias insten a las autoridades competentes para posibilitar el internamiento de los menores conjuntamente con sus padres o tutores.

Una particular atención merece el supuesto de las extranjeras embarazadas sometidas a expediente de expulsión o devolución, ya que prima en este caso el derecho que les reconoce la ley a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y posparto. Expresamente disponen los arts. 57.6 y 58.3 LE que no podrán ser expulsadas ni devueltas las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre. Una vez producido el alumbramiento y prestada la atención médica precisa, el menor seguirá lógicamente la suerte de la madre, de tal manera que si ésta es expulsada o devuelta lo hará acompañada de su hijo. El hecho de que el hijo haya nacido en España no es óbice para ello, ya que por este sólo hecho no se adquiere la nacionalidad española; sólo adquieren la nacionalidad española por «ius soli» «los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España» (art. 17.1.b) CC). Ello no obstante, también cabe la posibilidad de que la madre abandone al niño u otorgue su consentimiento para que sea dado en adopción, en cuyo caso deberá intervenir la entidad pública competente, asumiendo la tutela e iniciando el oportuno expediente de adopción.

IV.4. Menores extranjeros en situación de desamparo

Es posible que, aun tratándose de menores que han llegado a España acompañados de personas que se hacen cargo de ellos, en determinadas situaciones se aprecie, por parte de aquéllos (ya sean los representantes legales del menor -padres o tutores- o un guardador de hecho) un incumplimiento, o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, con la consecuente privación de la necesaria asistencia moral o material, situación legal de desamparo que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 172.1 CC conlleva la asunción automática de la tutela por parte de la entidad pública competente. En tales casos, así como en todos aquellos en que se localice a un menor abandonado o no acompañado, ninguna relevancia tiene cuál sea la ley personal del menor, ya que la citada LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que contempla expresamente como medida de protección la asunción de la tutela «ex lege» en los casos de desamparo (art. 12.1), es aplicable a todos los menores que se encuentren en territorio español, independientemente de su nacionalidad (art. 1); asimismo, el párrafo tercero del art. 9.6 CC establece claramente que es aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español. En idéntico sentido, el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores (ratificado por España el 22 de mayo de 1987) establece que las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado de residencia habitual del menor serán competentes para adoptar medidas encaminadas a proteger su persona o sus bienes (art. 1), y que adoptarán las medidas previstas por su ley interna, que regulará la adopción, modificación, cesación y efectos de las mismas (art. 2); sin embargo, la invocación y aplicación de esta última norma habrá de ser muy restringida, dado el escaso número de países que han ratificado el Convenio y la reserva efectuada por España, que limita su aplicación a los menores que tengan la nacionalidad de un Estado contratante.

En todos aquellos casos en que se acredite la existencia de un menor extranjero en la situación de desamparo anteriormente descrita, deberá ser puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores. Cabe preguntarse, sin embargo, si es posible considerar emancipado a un menor de dieciocho años en virtud de una causa diversa de la mayor edad. Es preciso recordar aquí nuevamente que la capacidad y el estado civil se rigen

por la ley nacional del sujeto y que no cabe, por tanto, considerar sin más como emancipado - extrapolando las normas de nuestro CC- al menor extranjero que vive independientemente con el consentimiento paterno (art. 319 CC), emancipación que además -aparte de la dificultad que habría para probar tal consentimiento- resulta extremadamente precaria por la posibilidad que tienen los padres de revocar el consentimiento en cualquier momento. Por ello, en tanto no se pueda acreditar fehacientemente la emancipación del extranjero menor de dieciocho años conforme a su ley personal, habrá que reputarlo como menor a todos los efectos. También la posibilidad de emancipación por matrimonio (art. 314.2º CC) estará sujeta a lo que establezca para ese caso la ley personal del menor.

Hay que señalar de todas formas que la intervención de las entidades públicas no tiene necesariamente que desembocar, en todos los supuestos de actuación protectora, en el internamiento del menor en un centro de protección. En ocasiones, se revelarán como más acertadas otro tipo de medidas, que se podrán desarrollar en medio abierto o incluso en el propio ámbito familiar. En este sentido, la LO 1/1996 contempla como diversa de la situación de desamparo la que denomina situación de riesgo, caracterizada por la existencia de factores que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, pero que no requieren la asunción inmediata de la tutela; en estos casos, compete a la entidad pública poner en marcha las actuaciones pertinentes para reducir la situación de riesgo y realizar el seguimiento de la evolución del menor en la familia (art. 17). Incluso en los supuestos de desamparo «stricto sensu», que dan lugar a la tutela automática, la facultad de guarda inherente a la tutela puede desarrollarse tanto mediante el acogimiento familiar como mediante el acogimiento residencial (art. 172.3 CC), debiendo tener presente que en este segundo caso habrá que procurar que el internamiento dure el menor tiempo posible (art. 21.1 de la LO 1/1996).

Una vez asumida la tutela por haberse apreciado el desamparo, en tanto el menor extranjero no abandone nuestro país, sólo se extinguirá la tutela cuando cumpla el extranjero los dieciocho años o concurra cualquier otra de las causas contempladas en el art. 276 CC, precepto que es aplicable también a los supuestos de tutela legal automática en la medida en que su supuesto habilitante -el desamparo de un menor- aparece también como una de las causas que dan lugar a la tutela al regular el régimen general de ésta (art. 222.4º CC). No es causa de extinción de la tutela, por tanto, la vida independiente del menor con consentimiento del tutor (a diferencia de lo que prevé el citado art. 319 CC para la patria potestad), aunque sí puede serlo la obtención judicial del beneficio de la mayor edad.

Durante todo el tiempo que un menor extranjero sea tutelado por una entidad pública, su estancia en España se considerará regular a todos los efectos (art. 35.4 LE). Por ello, aunque el actual RE no lo afirme expresamente con la rotundidad con que lo hacía el art. 13 del Reglamento derogado, los menores extranjeros que se encuentran en España en situación de desamparo no pueden ser objeto de una medida de expulsión. No es preciso que la entidad pública haya dictado formalmente la resolución en que aprecia el desamparo y asume la tutela, ya que -al margen de la práctica de las administraciones de documentar la constitución de la tutela con posterioridad a la detección de la situación de desamparo, sobre todo por motivos de seguridad jurídica y para posibilitar un eventual recurso- ésta se produce en realidad «ope legis» de manera automática, tan pronto como se constata el desamparo, de modo que un menor extranjero sólo puede ser expulsado, devuelto o retornado a su país en compañía de su representante o representantes legales. Por idéntico motivo, cuando finalmente se documenta mediante el correspondiente permiso de residencia la legalidad de la situación del menor, los efectos de ésta se retrotraen «al momento en que el menor hubiese sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores», lo cual conforme a la ley ha de tener lugar tan pronto como se tenga conocimiento de su situación de desamparo (arts. 13.1 y 14 de la LO 1/1996). Asimismo, el art. 10.4 de la LO 1/1996 impone a las entidades públicas la obligación de facilitar a los menores extranjeros sometidos a su guarda o tutela la documentación acreditativa de su situación. Sin embargo, el permiso de residencia sólo se tramitará «una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen».

IV.5. Repatriación de menores extranjeros

Efectivamente, en el caso de menores extranjeros que se encuentren en España en situación de desamparo y cuyos familiares más cercanos residan en el extranjero, la actuación de los

poderes públicos debe estar orientada por el ya citado derecho del menor a no ser separado de sus padres y familiares y, en consecuencia, debe intentarse la repatriación del menor con fines de reagrupación familiar. La repatriación no es, sin embargo, un objetivo absoluto que se haya de perseguir a toda costa; pueden estar en juego también otros intereses, como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los derechos fundamentales del menor, que pueden hacer que la balanza del interés superior de éste se incline finalmente en pro de su permanencia en nuestro país. La decisión sobre el retorno del menor a su país de origen -o de residencia de sus familiares- o sobre su permanencia en España, corresponde a la Administración del Estado (art. 35.3 LE), por ser la única competente en materia de inmigración, emigración y extranjería (art. 149.1.2ª CE). Sin perjuicio de ello, deben informar previamente -en razón también de su propia competencia en la materia- los servicios de protección de menores. Todos cuantos intervengan en este procedimiento deben orientar su actuación de acuerdo con el principio de reagrupación familiar -como expresamente recoge el art. 35.3 LE- pero, sobre todo, con el de prevalencia del interés del menor (art. 2 LO 1/1996). Por ello, la repatriación sólo podrá llevarse a cabo «una vez localizada la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país», y «tras la verificación de que no existe riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares» (art. 62.4 RE).

La autoridad gubernativa tiene la obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal todas las actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento de repatriación de un menor (art. 62.4 RE). A través de estas comunicaciones el Fiscal podrá comprobar si efectivamente la decisión adoptada es la más adecuada a los intereses del menor. De manera especial, deberá velar para que no se sobrepase el plazo máximo en el que se ha de resolver y ejecutar la repatriación, que es de nueve meses desde la puesta del menor a disposición de los servicios competentes -no necesariamente coincidente con la fecha en que formalmente hayan asumido éstos la tutela- (art. 62.5 RE); si en ese plazo no ha sido posible la repatriación, procederá en todo caso la concesión al menor del permiso de residencia (art. 62.5 RE).

También contempla expresamente el art. 62.4 RE la posibilidad de que el menor que va a ser repatriado se encuentre incurso en un proceso judicial». Tratándose de un menor de dieciocho años, la referencia ha de entenderse hecha al procedimiento regulado en la LO 5/2000. La repatriación se condiciona en este supuesto a la autorización judicial, análogamente al supuesto de autorización de la salida o expulsión de un extranjero mayor de edad que se encuentre inculcado en un procedimiento por delito (art. 57.7 LE), ya que en ambos casos la salida del extranjero supone una renuncia al ejercicio en España del «ius puniendi», algo que corresponde valorar y en su caso autorizar solamente al órgano judicial, no a la autoridad gubernativa. Llama la atención, sin embargo, el distinto tratamiento que de la situación hacen la norma legal y la reglamentaria. Así, mientras el art. 57.7 LE exige la audiencia previa del Fiscal, el art. 62.4 RE se limita a decir que «deberá constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal», sin ni siquiera aclarar qué es lo que se ha de comunicar, si la solicitud de autorización de repatriación o la posterior resolución del juez. Una interpretación sistemática de los dos preceptos abona la opinión de que, también en el supuesto de menor imputado en el procedimiento de la LO 5/2000 -que no deja de ser un supuesto de extranjero inculcado en un procedimiento por delito, conforme al art. 57.7 LE-, sea preciso el dictamen previo del Fiscal para que el juez pueda autorizar su repatriación. Además, no parece lógico que habiendo encomendado la ley al Ministerio Fiscal no sólo la instrucción de este procedimiento, sino de manera especial la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en interés del menor y la observancia de las garantías del procedimiento (art. 6 de la LO 5/2000), se prescindiera de su parecer acerca de la procedencia o conveniencia de la repatriación. En cuanto al juez que ha de autorizar la repatriación, parece claro que habrá de ser el titular del Juzgado de Menores competente conforme al art. 2.3 de la LO 5/2000.

Queda, por último, preguntarse qué recurso cabe interponer contra la resolución que acuerda la repatriación del menor si se considera que ésta es contraria a sus intereses. Si se tratase de una resolución adoptada por la entidad pública competente en materia de menores, no cabría duda que habría que acudir al proceso especial previsto en el art. 780 LEC. Sin embargo, la decisión sobre la repatriación del menor no es competencia de las entidades que tienen encomendada la protección (las designadas por las Comunidades y Ciudades Autónomas, conforme a la Disposición Final 22ª de la LO 1/1996), sin perjuicio de su deber de informar

sobre la cuestión en tanto que afecta también a los intereses de protección del menor, sino - como se ha indicado *supra*- de la Administración del Estado, única competente en materia de extranjería, y más concretamente de los Delegados o Subdelegados del Gobierno (art. 62.4 RE). Contra las resoluciones dictadas por éstos -al no haber sido dictadas en virtud de una competencia en materia de protección de menores, de la que carecen manifiestamente- no cabrá acudir directamente a la vía civil, sino que su control y eventual revisión habrán de regirse por las normas y trámites del procedimiento administrativo y de la jurisdicción contencioso-administrativa. La legitimación del Ministerio Fiscal para recurrir estas decisiones encuentra su apoyo legal en los arts. 3.7 EOMF y 8.2 LEC -que atribuyen al Fiscal la representación procesal del menor que no tenga quien le represente (sin perjuicio del deber de representación que corresponde a la entidad pública en virtud de la tutela automática y teniendo en cuenta la superior vigilancia que sobre ésta ejerce el Ministerio Fiscal)- en relación con el art. 19.1.a) LJCA.

IV.6. Determinación de la edad e identificación de los extranjeros menores indocumentados

En relación con la localización de extranjeros indocumentados cuya edad no pueda ser determinada con exactitud, se recuerda la plena vigencia de los criterios reflejados en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado nº 2/2001, acerca de la interpretación del actual art. 35 de la LO 4/2000, cuya reiteración aquí resulta ociosa. Sin embargo, sí resulta especialmente oportuno recordar de nuevo la necesidad de que por parte de todos los agentes implicados en el procedimiento (Ministerio Fiscal, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad e instituciones sanitarias) se desarrollen los correspondientes protocolos de actuación, que permitan garantizar la plena coordinación entre todos y determinar así con la mayor celeridad posible la edad del extranjero indocumentado, así como, en su caso, la puesta del menor a disposición de los correspondientes servicios de protección.

Íntimamente relacionadas con las actuaciones tendentes a determinar la edad de un extranjero indocumentado están las actuaciones encaminadas a determinar su identidad. Para facilitar éstas, el art. 60 RE prevé la creación, en la Dirección General de la Policía, de un Registro Central de Extranjeros y, separadamente, de un «Registro de Menores Extranjeros en situación de desamparo a efectos puramente identificadores» (art. 602 RE). En este registro, que incluirá sólo a los menores en desamparo y por tanto tutelados por una entidad pública, constarán entre otros los siguientes datos: su impresión decadactilar, su fotografía y el resultado de la prueba ósea de determinación de la edad; asimismo, constarán otros datos que puedan facilitar en su caso las investigaciones previas a la repatriación, como la nacionalidad, el nombre de los padres, el lugar de nacimiento y la última residencia en el país de procedencia. Los servicios competentes de protección de menores tienen obligación de colaborar con la Dirección General de la Policía, comunicando todos los datos del art. 60.2 RE que conozcan de los menores en situación de desamparo que hayan sido puestos a su disposición. Se facilita de este modo la previsión contenida en el art. 35.5 LE (párrafo introducido por la LO 8/2000), que prevé la utilización por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de las medidas técnicas necesarias -entre las que sin duda cobran una especial importancia el cotejo de las fichas decadactilares y la comprobación de fotografías- para identificar a los menores extranjeros indocumentados a través de las referencias que sobre los menores pudieran existir en alguna institución pública, nacional o extranjera, encargada de su protección.

Sin embargo, añade el citado art. 35.5 LE que los datos que obtenga la policía por este procedimiento no podrán ser utilizados con una finalidad distinta de la identificación del menor. Así pues, se posibilita en primer lugar la cesión de datos por parte de la entidad pública competente en materia de protección de menores para su inclusión en los ficheros policiales, cubriendo de este modo la exigencia de que la comunicación de datos entre Administraciones Públicas haya sido prevista por la disposición que crea el fichero (art. 21.1 de la LO 19/2000, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal). Pero, al mismo tiempo, se impide que, una vez introducidos los datos en los ficheros policiales, se pueda hacer uso de ellos para el ejercicio de otras «competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas», al margen de los fines policiales de identificación, como genéricamente contempla el citado artículo. Obsérvese, además, que el art. 60.3 RE sí prevé que la información del Registro Central de Extranjeros -no la del Registro de Menores Extranjeros-

será puesta a disposición de los órganos de las Administraciones Públicas para el ejercicio de competencias en materia de extranjería, de conformidad con lo dispuesto en la citada LO 19/2000. La Dirección General de la Policía no podrá, por tanto, utilizar ni ceder los datos del Registro de Menores Extranjeros en situación de desamparo que haya obtenido de otras entidades, para desarrollar otras actuaciones en el ámbito de la extranjería distintas de la identificación de extranjeros (p.e., tomar noticia de datos familiares para incoar un expediente de expulsión a un adulto).

IV.7. Especialidades en la aplicación de la LO 5/2000

En el caso de menores extranjeros detenidos por la comisión de infracciones delictivas, hay que tener presentes las normas especiales previstas en la LO 5/2000. Concretamente, si el menor tiene su residencia habitual fuera de España, habrá que notificar el hecho de la detención a las autoridades consulares correspondientes; también habrá que notificar la detención a las autoridades consulares, aunque el menor extranjero resida habitualmente en España, si lo solicitan el menor o sus representantes legales (art. 17.1 i.f.).

Por otra parte, ya se ha aludido anteriormente a la posibilidad de que sea acordada la repatriación de un menor que se halle incurso en el procedimiento regulado por la LO 5/2000, y a los criterios y garantías procesales que deben observarse en tal caso.

Finalmente, si un menor extranjero es ingresado en un centro de los previstos en la citada ley, ya sea para el cumplimiento de una medida impuesta en sentencia, ya sea con carácter cautelar durante el procedimiento, habrá que facilitarle a su ingreso en el centro información escrita, en un idioma que entienda, sobre sus derechos y obligaciones, el régimen de internamiento en que se encuentran, las cuestiones de organización general, las normas de funcionamiento del centro, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas o recursos; si tuviese dificultades para comprender esta información escrita, habrá que transmitírsela por cualquier otro medio adecuado (art. 58.1).