

JORNADAS DE FISCALES ESPECIALISTAS EN EXTRANJERÍA
OVIEDO 15 Y 16 DE OCTUBRE DE 2009

GUIÓN:

PUNTO UNO: ART. 57-7 LOEX , ART. 89 CP. Y DA 17ª DE LA LO 19/03
recordatorios, recomendaciones y conclusiones

PUNTO DOS: ART.318 BIS CP recordatorios, recomendaciones y conclusiones

PUNTO TRES: INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS recordatorios,
recomendaciones y conclusiones

PUNTO CUATRO: MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS recordatorios,
recomendaciones y conclusiones

.-ANEXOS

PUNTO PRIMERO: ART. 57-7 DE LA LEY DE EXTRANJERÍA, ART. 89 DEL CÓDIGO PENAL y DA 17ª DE LA LEY ORGÁNICA 19/03

Texto vigente art. 57.7 LOEX: (redacción dada al mismo por la LO11/03 de 29 de septiembre)

- a. *Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación.*

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

- b. *No obstante lo señalado en el párrafo a anterior, el juez podrá autorizar, a instancias del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio español en la forma que determina la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#).*
- c. *No serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los [artículos 312, 318 bis, 515.6.a, 517 y 518 del Código Penal](#).*

Texto vigente art. 89 CP:

1.Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los [artículos 80, 87 y 88 del Código Penal](#).

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

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

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

4. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los [artículos 312](#), [318 bis](#), [515.6](#), [517](#) y [518 del Código Penal](#).

Texto vigente DA 17 LO 19/03:

Comunicaciones de los órganos judiciales a la autoridad gubernativa en relación con extranjeros.

Los órganos judiciales comunicarán a la autoridad gubernativa la finalización de los procesos judiciales en los que concurra la comisión de infracciones administrativas a las normas sobre extranjería, a los efectos de que por las autoridades administrativas pueda reanudarse, iniciarse o archivarse, si procede, según los casos, el procedimiento administrativo sancionador. Del mismo modo, comunicarán aquellas condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, a los efectos de incoación del correspondiente expediente sancionador.

Igualmente, comunicarán las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial.

RECORDATORIO Nº 1 (ART. 57-7 LEX): En caso de que se presente solicitud de expulsión por vía del art. 57-7 LOEX de un extranjero imputado en causa por menudeo de sustancias que causan grave daño a la salud, no cabrá informar a favor dado que el artículo 57.7 LOEX no se refiere a la pena efectivamente pedida o impuesta (como ocurre en el artículo 89 CP) sino a la señalada en abstracto (3 a 9 años de prisión).

CONCLUSIÓN Nº 1: Las demostradas disfunciones que ocasiona en la práctica la redacción del art. 57-7 de la LOEX cuya literalidad ha ocasionado problemas que no hallan solución a pesar de la exhaustividad de la Circular 2/06; las dudas que surgen a la hora de determinar si la condición administrativa del extranjero en España debe ser considerada como hecho sustancial de la acusación, que por tanto ha de ser probado por el Ministerio Fiscal; las dudas generadas por el desigual tratamiento que recibe la situación de estancia y la de residencia en España a los efectos de aplicación del art. 89 del CP y la desigual aplicación en la práctica de la DA 17 de la LO 19/03 son cuestiones que sugieren la necesidad de una nueva Circular de la FGE que supere y resuelva los problemas de interpretación que a diario se plantean en la práctica y que someta a revisión, entre otras, las siguientes materias:

.-la carga de la prueba sobre la situación de regularidad administrativa del extranjero imputado en el proceso penal, que debería recaer en el propio interesado.

.-la interpretación del término "implicado o procesado" del art. 57-7 de la LOEX entendiendo que tal condición debe entenderse que se mantiene hasta el momento en el que se ha dictado sentencia firme.

.-la equiparación de la estancia en España con la ausencia de residencia legal a los efectos de aplicación del art. 89 del C.P.

APROBADA POR MAYORÍA (un voto en contra)

(esta conclusión se encuentra comentada en el Anexo)

CONCLUSIÓN Nº 2: en los casos de Juicios de Faltas en que la pena impuesta al condenado extranjero sin residencia legal pueda considerarse prescrita el informe será favorable a la autorización de la expulsión acordada administrativamente.

APROBADA POR UNANIMIDAD

RECORDATORIO Nº 2 (ART. 89 CP) En los escritos de calificación provisional dirigidos contra extranjeros no residentes legalmente deben reflejarse su nacionalidad y su situación administrativa en España que habrá de haber quedado acreditada durante la fase de instrucción. Conforme a la Circular 2/06 se puede prescindir de la certificación de la BPE cuando el extranjero acusado no solo no presenta documentación acreditativa de su residencia legal sino que además reconoce carecer de ella.

RECORDATORIO Nº 3 (ART. 89 CP): Cuando la no aplicación del art. 89 esté fundada en que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un

centro penitenciario en España no podrá informarse a favor de la suspensión de la condena por ser una postura incoherente.

RECORDATORIO Nº 4 (ART.89-2 CP): En los casos de solicitud de penas superiores a seis años de privación de libertad se indicará que en virtud de lo dispuesto en el art. 89.1, párrafo 2 del CP la pena será sustituida por la expulsión a su país de origen una vez cumplidas las tres cuartas partes de la condena, haciéndose mención expresa de que la prohibición de regreso a España por tiempo de diez años.

RECORDATORIO Nº 5 (ART. 89-2 CP): Deberá remitirse toda información concerniente a la aplicación de este precepto al Fiscal de Sala Coordinador de Vigilancia Penitenciaria.

CONCLUSIÓN Nº 3 (ART. 89 CP) : La petición de sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio español, se hará constar en el párrafo quinto del escrito de acusación provisional tras la pena solicitada, indicando que ésta deberá ser (evitando expresiones como “podrá ser” o “alternativamente será...”) sustituida por la expulsión del acusado a su país de origen sin que pueda volver a España en un plazo de diez años.

APROBADA POR UNANIMIDAD

CONCLUSIÓN Nº 4 (ART. 89CP): deberían iniciarse gestiones a fin de articular un sistema que permita que durante los servicios de Guardia el Fiscal tenga acceso a las bases de datos policiales sobre extranjeros para conocer su situación en España a los efectos de decidir con conocimiento de causa sobre la aplicación del art. 89 del CP.

APROBADA POR UNANIMIDAD

CONCLUSIÓN Nº 5 (ART. 89 CP): En los casos en los que se solicite pena privativa de libertad no superior a seis años a un extranjero en situación irregular, en los que en atención a las circunstancias concurrentes el Fiscal haya considerado que no procede la sustitución, deberá hacerse constar que el Fiscal se opone a la misma en atención a las circunstancias valoradas negativamente (empleo de violencia, especial riesgo o uso de armas, especial gravedad del delito en el caso de agresiones sexuales, formas imperfectas de homicidios etc) o positivamente (arraigo acreditado del extranjero, especiales circunstancias concurrentes en los hechos etc...).

APROBADA POR UNANIMIDAD

CONCLUSIÓN Nº 6 (ART. 89 CP): Si en el escrito de calificación provisional se ha solicitado la sustitución de la pena por expulsión y el acusado extranjero conoce personalmente dicha petición, ello supone un cumplimiento del trámite de audiencia en aquellos casos en que el extranjero voluntariamente decide no comparecer a juicio, por entender que ha tenido ocasión de conocer la petición contra él dirigida y la posibilidad de alegar lo que a su derecho conviene.

APROBADA POR UNANIMIDAD

CONCLUSIÓN Nº 7 (ART 89 CP): En los casos en que el Fiscal no ha solicitado en el escrito de calificación la sustitución de la pena por expulsión y el extranjero no comparece a juicio es imposible que el requisito de audiencia se cumpla con lo cual no cabe que al elevar a definitivas se pida la sustitución ni que el juez la acuerde.

APROBADA POR UNANIMIDAD

CONCLUSIÓN Nº 8 (ART. 89 CP): No cabe suprimir la petición de sustitución de pena por expulsión como mecanismo para alcanzar la conformidad, salvo en aquellos casos en los que excepcionalmente en la fase intermedia o como cuestión previa haya quedado acreditada la concurrencia de causas objetivas que desvirtúen las razones por las que se solicitó en su día la sustitución.

APROBADA POR UNANIMIDAD

CONCLUSIÓN Nº 9 (ART. 89 CP): En los casos en que la sentencia condenatoria omite cualquier pronunciamiento o referencia a la sustitución de pena por expulsión debidamente formulada por el Ministerio Fiscal, éste deberá solicitar aclaración de la sentencia cuando proceda (art. 161 LECrim), o en su caso interponer recurso de apelación.

APROBADA POR UNANIMIDAD

RECORDATORIO Nº 6 (DA 17 LO 19/03) : Conforme a la Circular 2/06 en caso de aplicación del art. 89 CP, la regla general será el inmediato ingreso en prisión del condenado, aunque tal norma debe ser flexibilizada para evitar resultados desproporcionados sobre todo en los casos de penas cortas de prisión que de ordinario no habrían motivado el ingreso en centro penitenciario. En tales casos la circular sugiere la concesión de un plazo al condenado para abandonar voluntariamente el territorio español, plazo cuya inobservancia determinaría el ingreso en prisión. En los demás casos deberá solicitarse el estricto cumplimiento de lo establecido legalmente.

RECORDATORIO Nº 7 (DA 17 LO 19/03): Si la expulsión no ha podido llevarse a cabo dentro del plazo que prevé la DA 17ª en su último inciso, siguiendo la pauta de la Circular 2/06 habrá que diferenciar según la voluntad del condenado haya sido la determinante de dicha imposibilidad. En caso negativo el extranjero condenado tendrá derecho a la suspensión de la pena o a sus sustitución por otra menos gravosa siempre que concurren los requisitos legales y en el segundo caso la postura obstruccionista del condenado habrá de ponderarse para optar por el cumplimiento en prisión o por la suspensión o sustitución de la pena “para evitar que resulten premiados dichos comportamientos obstruccionistas, lo que constituiría una incoherencia desde el punto de vista político criminal”.

RECORDATORIO Nº 8: En ningún caso un extranjero condenado a pena privativa de libertad al que se ha sustituido la condena, hasta el momento de la materialización de la misma, podrá estar internado en un CIE

ART. 318 BIS DEL CÓDIGO PENAL

RECORDATORIO Nº 9 (ART 318 BIS CP) En los escritos de acusación por delito del art. 318 bis, 312-2, 313 y 188-1 del CP deberá hacerse constar con precisión el nombre y apellidos del acusado, su nacionalidad y su situación administrativa en España

RECORDATORIO Nº 10 (ART. 318 BIS CP): En los escritos de acusación por delitos de explotación deberán seguirse las siguientes pautas a) determinación

individualizada de todas y cada de las víctimas (Nombre y apellidos o en su caso N° testigo protegido), nacionalidad y situación en España; b) redacción minuciosa de los episodios sufridos por cada una de ellas (captación, traslado, recepción en España), medios comisivos utilizados para lograr vencer su resistencia en cada caso, situación pormenorizada de la forma de llevarse a cabo su explotación efectiva; c) petición de responsabilidad civil; d) Tantos delitos de prostitución como víctimas; d) Concurso de prostitución con el artículo 318 bis CP.

RECORDATORIO N° 11 (ART. 318 BIS CP) : En los casos de favorecimiento de la inmigración clandestina sin explotación deberán observarse las siguientes pautas: a) determinación individualizada de todas y cada de las víctimas (Nombre y apellidos o en su caso N° testigo protegido), nacionalidad y situación en España; b) redacción minuciosa de la forma de realizarse el transporte o la introducción en España; c) Ponderación de la pena que se pide: número de afectados; circunstancias concurrentes; traída de niños acompañados de sus padres o no; d) Doctrina Sala Segunda TS sobre los tipos cualificados.

RECORDATORIO N° 12 (ART. 318 BIS CP): El delito de inmigración clandestina se considera consumado, sin que quepa la apreciación de formas imperfectas de ejecución si se ha desarrollado la actividad tendente al favorecimiento de la inmigración aún en el caso de que no se haya producido la entrada en España o no se haya alcanzado la finalidad perseguida con la acción delictiva.

RECOMENDACIÓN N° 1 (ART. 318 BIS CP) En los casos de causas por delito del art. 318 bis CP mediante la facilitación de ofertas fraudulentas de trabajo, con la finalidad de incorporar a los autos pruebas documentales acreditativas del fraude, se solicitarán los pertinentes oficios a la Dependencia de Trabajo, Tesorería General de la Seguridad Social, Subdelegación de Gobierno e Inspección Provincial de Trabajo. Se remitirá a todos los Fiscales Delegados una copia del acta de la reunión multilateral que tuvo lugar el 26 de noviembre de 2008 en la provincia de Teruel para el establecimiento de pautas para la investigación y persecución de los delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros, (Anexo n° 4), a fin de que pueda servir de modelo de actuación en otras provincias.

CONCLUSIÓN N° 10 (ART. 318 BIS CP): Es incompatible la aplicación de la atenuante del art. 318 bis-6 del CP con aquellas conductas indicadoras de que el agente se dedica profesionalmente a esa actividad delictiva, o lo hace de manera habitual con ánimo de lucro, cuando sea miembro no forzado de una organización delictiva, cuando el número de personas transportadas es importante, cuando hay un plus de riesgo en el transporte, o cuando el sujeto activo es autoridad, agente de la autoridad o funcionario Sin embargo en determinados casos es compatible la aplicación del tipo privilegiado del n° 6 con el subtipo agravado del n° 3: así con el ánimo de lucro respecto del que a cambio de precio cede su documentación genuina a otro para que pueda pasar la frontera (STS 7/12/2005); en relación con los pilotos de pateras o cayucos que en alguna ocasión han realizado esta función de colaboración como forma de pago de su propio transporte (STS 4/5/2005) salvo que la manera de verificarse el transporte sea patentemente peligrosa (STS 14/12/2005); y cuando existe una relación muy cercana de parentesco entre el autor y la víctima (STS 1/10/2007) (STS 9/12/2007).

APROBADA POR UNANIMIDAD

CONCLUSIÓN Nº 11 (ART. 318 BIS CP): La aplicación de la atenuante del párrafo sexto no es aplicable en el caso de que la acusación sea por delito del art. 318 bis-2 en la modalidad de trata de seres humanos con fines de explotación sexual.

PUNTO 3: INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS.

(VER ANEXO Nº 6)

Art. 135 de la LJCA .

El Juez o Tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso, adoptará la medida sin oír a la parte contraria. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución, el Juez o Tribunal convocará a las partes a una comparecencia, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes, sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. Celebrada la comparecencia, el Juez o Tribunal dictará auto, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.

RECORDATORIO Nº 13 : Deberá informarse en contra de la intervención del juez de instrucción de guardia en funciones contencioso administrativas en los términos del art. 135 de la LJCA cuando la solicitud de suspensión cautelar de la ejecutividad de la resolución administrativa se plantee en día y hora hábil, no revista carácter de urgencia o no concurran los demás requisitos legales.

CONCLUSIÓN Nº 12: La literalidad del art. 135 de la LJCA según el cual “El Juez o Tribunal atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso adoptará la medida sin oír a la parte contraria” no permite concluir que la resolución haya de adoptarse sin oír al Ministerio Fiscal, el cual tiene en la propia ley jurisdiccional un tratamiento procesal diferenciado de las demás partes (art. 119 LJCA). Por ello el Ministerio Fiscal instará del Juez de Instrucción en funciones de guardia, que se le de traslado de las actuaciones a fin de emitir informe sobre la procedencia o no de la suspensión cautelar de la ejecutividad de la resolución de retorno. Tal intervención del Ministerio Fiscal resulta inexcusable en el caso de que el afectado sea un menor de edad en cuyo supuesto deberá atenderse siempre al interés superior del mismo. En el supuesto de adoptarse la medida el Ministerio Fiscal cuidará de que las actuaciones sean inmediatamente remitidas al Juzgado de lo Contencioso. Cuando el Ministerio Fiscal deba emitir informe sobre la procedencia o no de la adopción de la medida, teniendo en cuenta las consecuencias que la misma produce, valorará la posible utilización fraudulenta de este mecanismo legal.

APROBADA POR UNANIMIDAD

CONCLUSIÓN Nº 13: La concesión de la cautelarísima (art. 135 LJCA), impide durante tres días la materialización de la repatriación, pero no la continuidad del internamiento, que sólo debe concluir por su ratificación tras la comparecencia y la vista, ya que de lo contrario el alzamiento de la cautelarísima privaría de eficacia al internamiento.

APROBADA POR UNANIMIDAD

CONCLUSIÓN Nº 14: Se reitera el acuerdo 12 de las Jornadas de FDE de Extranjería de Segovia del año 2008 y se insiste en la necesidad de que se reforme el art 153-5 del Reglamento de Extranjería a los efectos de que en los casos de extranjeros internados en CIE cuya expulsión deviene imposible se pueda acordar el cese del internamiento en el CIE sin necesidad de obtener autorización judicial. En todo caso el Fiscal promoverá la puesta en libertad cuando la misma proceda y no sea posible obtener la resolución judicial en tiempo. A los efectos de agilización de los trámites se apunta la conveniencia de que el expediente procesal tenga un distintivo especial que permita su rápida identificación a fin de darle un tratamiento de urgencia.

(La Ley de Extranjería tras la reforma operada por LO 2/09 recoge este criterio en el art. 62-3 que dispone que “Cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, (motivadoras del internamiento) el extranjero será puesto inmediatamente en libertad por la autoridad administrativa que lo tenga a su cargo, poniéndolo en conocimiento del Juez que autorizó su internamiento. Del mismo modo y por las mismas causas, podrá ser ordenado el fin del internamiento y la puesta en libertad inmediata del extranjero por el Juez, de oficio o a iniciativa de parte o del Ministerio Fiscal.

(VER ANEXO 7)

APROBADA POR UNANIMIDAD

PUNTO 4 MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

CONCLUSIÓN Nº 15: en caso de aportación de nuevas pruebas por parte del menor o de persistencia de las dudas racionales sobre su edad por otros motivos que no se tuvieron en cuenta en el primer procedimiento -especialmente porque el menor presenta documentación con indicios de falsedad o porque, aun siendo genuino el documento, contiene éste datos manifiestamente incorrectos, contradictorios con otros documentos o no fiables para la determinación de la edad-, podrá dictarse un nuevo decreto por el que se acuerde una nueva determinación de su edad. ***Este criterio es el que se ha seguido en la Consulta 1/09 de la FGE da con posterioridad a la celebración de las Jornadas.***

APROBADA POR UNANIMIDAD

CONCLUSIÓN Nº 16: En todos los casos en los que se dicte por el Fiscal de Extranjería decreto de determinación de la edad de menores extranjeros no acompañados, al amparo del art, 35 de la LEX deberá establecerse una inmediata comunicación con el Fiscal Delegado de Menores a los efectos de cumplimiento del Oficio de fecha 24 de abril de 2008 de la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores conforme al cual por parte del Fiscal Delegado de Menores habrá de instarse de la Administración Pública que asumió la tutela de menor, la activación de la tramitación de su documentación sin esperar ni permitir que se espere de forma automática al plazo de nueve meses previsto en el art. 92.5 del REX, que debería operar como límite máximo y no como término “a quo”.

APROBADA POR UNANIMIDAD.

ANEXOS

- 1.-PLANTILLA INFORME FAVORABLE ART. 57-7 LEY DE EXTRANJERÍA PG 13
- 2.-PLANTILLA INTERESANDO APLICACIÓN DE LA DA 17ª DE LA LO 19/03 PG 14
- 3.-PLANTILLA INFORME APLICACIÓN ART. 59 LEY DE EXTRANJERÍA PG 15 a 17
- 4.-MODELO DE ACTUACIÓN COORDINADA PARA LA INVESTIGACIÓN Y PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS. (TERUEL 28 DE NOVIEMBRE DE 2008) PG 18 a 21
- 5-COMENTARIOS SOBRE ART. 57-7 LEX PG 22 y 23
- 6-TEXTO EXTRACTADO DE LA LEY DE JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y ACUERDO DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2007 DEL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL POR EL QUE SE MODIFICA EL ART. 42.5 DEL REGLAMENTO 1/05 DE 15 DE AGOSTO DE LOS ASPECTOS ACCESORIOS DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES. PG 24 a 27
- 7-TEXTO EXTRACTADO DEL REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA PG 28 y 29

ANEXO 1: FORMULARIO PARA INFORME FAVORABLE A LA APLICACIÓN DEL ART. 57-7 DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

“El Fiscal se muestra conforme con la expulsión del ciudadano (nacionalidad e identificación) si administrativamente resulta procedente. A fin de evitar que puedan eludirse las consecuencias del procedimiento penal por delito (o en su caso por falta) de, al verse beneficiado el implicado con la autorización de una expulsión que luego, como a veces sucede, no puede materializarse por falta de documentación u otras razones, procede oficiar a la policía a fin de que en el plazo máximo de un mes comunique la fecha exacta en la que se va a materializar la referida expulsión a efectos de archivar provisionalmente el presente procedimiento respecto al mismo hasta su prescripción o continuar para el caso de que la expulsión administrativa no pudiera llevarse a cabo. Una vez que se comunique la materialización de la expulsión procede darlo de alta en las órdenes de averiguación de domicilio y paradero durante el plazo de prescripción del delito, o en su caso de la falta, ante la eventualidad de que regrese a territorio español”.

ANEXO 2: FORMULARIO PARA LA SOLICITUD DE APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DECIMOSÉPTIMA DE LA LEY ORGÁNICA 19/03:

En los escritos de calificación provisional en los que se solicite la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio español y dentro de los parámetros de la Circular 2/06 antes señalados, se indicará *“en caso de sentencia condenatoria, el Fiscal interesa que en aplicación de la DA 17 de la LO 19/03, en tanto se materialice la expulsión solicitada en el plazo mas breve posible y en todo caso dentro del plazo de 30 días, se proceda a la ejecución de la pena privativa de libertad procediendo el ingreso en centro penitenciario del penado”*.

ANEXO Nº 3 FORMULARIO PARA LA SOLICITUD DE APLICACIÓN DEL ART. 59-4 DE LA LEY DE EXTRANJERÍA:

FISCALÍA PROVINCIAL DE
SECCIÓN DE EXTRANJERÍA.

EXPEDIENTE ART. 59 LE.
Nº

A LA BRIGADA PROVINCIAL DE EXTRANJERÍA Y
DOCUMENTACIÓN DE

En esta Fiscalía y con arreglo al art. 5 de la Ley 50/81, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, se han incoado las Diligencias Preprocesales nº relativas a las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal por el art. 59 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Así:

PRIMERO.-

El citado artículo 59 de la LE, bajo el título de “Colaboración contra redes organizadas” contempla la posibilidad de acordar la exención de responsabilidad administrativa y no expulsión de un extranjero en situación irregular cuando, en líneas generales, haya sido víctima, perjudicado o testigo de un delito, en especial de los relacionados con el tráfico de seres humanos, inmigración ilegal y prostitución, haya colaborado al esclarecimiento de los hechos e identificación de los responsables y resulte su contribución imprescindible para las diligencias policiales y judiciales. Constituye éste un mecanismo imprescindible en la lucha contra determinado tipo de delincuencia en la que en el extranjero tiene una doble y contradictoria posición, por un lado la de víctima, perjudicado o testigo de hechos delictivos de gravedad, y por otro, la de situación administrativa irregular en España. Al interés preferente de la lucha contra esas formas de delincuencia responde el contenido del art. 59 según el cual:

Art. 59.1:

“El extranjero que haya cruzado la frontera española fuera de los pasos establecidos al efecto o no haya cumplido con su obligación de declarar la entrada y se encuentre irregularmente en España o trabajando sin autorización, sin documentación o con documentación irregular, por haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra, o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a las autoridades competentes a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores”.

Art. 59.4:

“Cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en el procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias policiales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa competente a los efectos de que se valore la inejecución de su expulsión y, en el supuesto de que se hubiese ejecutado esta última, se procederá de igual forma a los efectos de que autorice su regreso a España durante el tiempo necesario para poder practicar las diligencias precisas...”

SEGUNDO.-

En base a Atestado de la UCRIF se sigue en el Juzgado de Instrucción nº ... de el procedimiento penal contra los imputados quienes se encuentran en situación de prisión provisional por esta causa desde el....., por los presuntos delitos de inmigración clandestina con fines de explotación sexual (art. 318 bis C.P.), determinación a la prostitución (art. 188-1 del CP) y falsedad documental.

En dicha causa figura como testigo protegido en aplicación de las medidas previstas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, la persona referida como, en situación irregular en España, y contra la que se ha dictado orden de expulsión. Su identidad es la que sigue:

.....

Pues bien dicha testigo aparece como víctima y perjudicada en los delitos objeto de la causa y que se han referido. El pasado prestó declaración en el Juzgado en calidad de testigo vertiendo manifestaciones claramente incriminatorias y esclarecedoras sobre los hechos supuestamente delictivos y la responsabilidad penal de las personas imputadas por los mismos. Su aportación al esclarecimiento de los hechos es decisiva pues aparece en la causa como única persona víctima y testigo de los hechos y su declaración en el juicio oral constituye la base ineludible para que pueda prosperar la acusación a formular por parte del Ministerio Fiscal por tan graves hechos delictivos.

Por todo ello y a través del presente escrito el Ministerio Fiscal pone en conocimiento de la autoridad gubernativa, a través de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación, tales hechos y solicita se aplique por la autoridad gubernativa competente a dicha persona extranjera lo previsto en el art. 59 de la Ley Orgánica 4/2000 a fin de que se acuerde la exención de responsabilidad administrativa de la testigo y, en su defecto, la inejecución de la sanción de expulsión acordada.

.....ade.....de.....

Fdo. EL FISCAL DELEGADO DE EXTRANJERÍA.

Comisario. Jefe de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación.
Barcelona. C/ Balmes 192.

ANEXO Nº 5 MODELO DE ACTUACIÓN COORDINADA PARA LA INVESTIGACIÓN Y PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS. (TERUEL 28 DE NOVIEMBRE DE 2008)

ACTA REUNION FISCALIA CON ÓRGANOS DE LA A.G.E

26 de noviembre de 2008

Sr. D. José R. Morro García, Secretario General de la Subdelegación del Gobierno,
Sr. D. Valentín Solano Sanmiguel, Comisario Jefe Provincial de Policía
Sr. D. Andrés M. Velarde Tazón, Comandante Segundo Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil
Sr. D. Jesús Villeda Sánchez, Jefe de la Dependencia Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales,
Sr. D. Francisco Martín, Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo
Sr. D. Miguel Angel Sola Lapeña, Director Provincial del Instituto Nacional y de la Tesorería General de la Seguridad Social
Ilmo. Sr. D. D. Jorge Moradell Avila, Fiscal de la Sección de Extranjería de la Fiscalía Provincial

En el día de hoy se ha reunido en esta Subdelegación del Gobierno, el Fiscal encargado en materia de extranjería de la Fiscalía Provincial de Teruel, con Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, la Dirección Provincial de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, Comisaría Provincial de Policía Nacional, Comandancia de la Guardia Civil, la Dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales, Jefe de la Sección de Autorizaciones Administrativas y Derechos Ciudadanos y Secretario General de la Subdelegación del Gobierno, para tratar asuntos relacionados con la explotación y trata de personas, inmigración ilegal de trabajadores extranjeros, ofertas de trabajo fraudulentas y demás delitos o infracciones administrativas realizados en el ámbito de la extranjería.

El Sr. Fiscal responsable en materia de extranjería ha precisado en la reunión algunas orientaciones de actuación consensuadas por la Fiscalía Coordinadora de Extranjería de la Fiscalía General del Estado, tras las conclusiones de la reunión celebrada entre el Fiscal de Sala, y los

Fiscales Provinciales Delegados, en Segovia, los días 27 y 28 de octubre pasados. Al mismo tiempo se propone debatir sobre la aportación que pueden realizar las diversas Instituciones representadas en la reunión, a la más completa investigación y plasmación en los atestados, tanto de la Policía Nacional como de la Guardia Civil, que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado elaboran en esta materia para los Juzgados y Fiscalías.

Se refieren cuestiones relativas a la delimitación objetiva de los tipos penales, en especial en relación con los artículos 188, 312. 2 y 318 bis del código penal; Competencias policiales y judiciales, estructuración de los atestados.

En cuanto a la delimitación subjetiva en los tipos penales, se ha analizado el caso de la figura del intermediario como aquella persona que busca y “construye” ofertas irreales de trabajo con el fin de lucrarse, en acuerdo con quien figura como empleador. Precisamente Policía Nacional y Guardia Civil indican que, aunque sea difícil encajar la actividad del intermediario en el tipo penal correspondiente, es esta persona la que verdaderamente genera al final los procesos de inmigración ilegal.

Menciona el Sr. Fiscal que también es importante tener constancia real de la persona que presenta la oferta de trabajo (intermediario, el propio empleador, gestor administrativo...), a fin de valorar la distinta implicación subjetiva de los distintos intervinientes. No hay que olvidar que en caso que de estas ofertas se constatasen fraudulentas, para el caso que la autorización inicial de residencia y trabajo fuese desestimada, cabría atribuir a esta, o estas personas, tentativa de delito de tráfico ilegal de personas.

Como aspectos a tener en cuenta, a fin de consignar en los atestados, debe figurar la persona del empleador, con sus datos empresariales, quien presenta la físicamente la oferta en Dependencia de Trabajo, la fecha de presentación (la agrupación temporal y número de ofertas es muy significativo) y la fecha de concesión, así como la memoria de la actividad correspondiente: Para todo ello, se repasa uno a uno los datos que pueden facilitar a la investigación, las distintas Instituciones:

- El Sr. Director del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social, a petición del Sr. Fiscal informa de que esta Institución puede ofrecer a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para sus investigaciones policiales información acerca de la deuda con la Seguridad Social, altas y bajas de los trabajadores, así como altas y bajas de las empresas, pero todo ello conforme a las instrucciones de la Dirección General correspondiente que

establecen que cuando estas Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado actúen como policía judicial, será necesario acreditar la existencia de diligencia previas abiertas en el Juzgado correspondiente, mediante el pertinente mandamiento judicial. Cuando actúen como Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se les facilitará aquellos datos de carácter personal que resulten necesarios, debiéndose almacenados en los ficheros específicos regulados en la Ley de Protección de Datos Personales. Indica igualmente que en materia de extranjería la colaboración es total entre la Tesorería General de la Seguridad Social y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Tanto el Comisario Provincial de Policía, como el Comandante de la Guardia Civil exponen que el carácter de su actuación es fundamentalmente de policía judicial en la investigación y persecución de estos presuntos delitos. Por tanto, a la hora de solicitar datos a la Tesorería General de la Seguridad Social, se acuerda que lo harán como Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado antes de que se hayan abierto diligencia judiciales y como policía judicial una vez abiertas estas diligencias en los juzgados correspondientes.

- El Sr. Inspector Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo indica que pueden facilitar información tanto a los Juzgados como a las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, sobre ofertas de trabajo presentadas, volumen de trabajo de la empresa, sector de actividad, características socio-laborales, volumen económico de la masa salarial y centro de trabajo.

- Por su parte el Jefe de de la Dependencia Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales informa del procedimiento y control que se lleva a cabo en la Institución para el trámite de concesión de las correspondientes autorizaciones de residencia y trabajo. Ello lleva a exigir entre otras cosas:

La identificación de la persona que presenta la solicitud. En caso de ser a nombre de empresas se solicita los poderes notariales con carácter de la persona dispone en la empresa.

Memoria de actividad.

Situación económica de la empresa. Se puede solicitar hasta balances económicos de tres años anteriores a la presentación de solicitudes.

Para cada uno de los trabajadores se solicita los correspondientes informes de antecedentes policiales, del registro de penados y rebeldes, y de posibles deudas de la empresa contratante con la Seguridad Social y la Agencia Tributaria.

Por último se debate la cuestión de las primeras renovaciones de las autorizaciones de trabajo y residencia, pues seguramente debido a la actual coyuntura económica, el mayor problema de intento de fraude se da actualmente en la gran cantidad de trabajadores que no pueden acreditar el mínimo de 180 días anuales cotizados a la Seguridad Social para poder renovar el permiso. De hecho se ha constatado que en muchos casos permanecen de alta sin actividad laboral alguna hasta tanto han conseguido la renovación de la autorización, una vez producida ésta inmediatamente se dan de baja en la Seguridad Social. Se ha constatado que también en las renovaciones se producen fenómenos de fraude y extorsión a los trabajadores por parte de los intermediarios que ofrecen esta posibilidad de renovar.

Por último el Fiscal Jefe agradece la colaboración y el alto grado de consenso entre las Instituciones asistentes a la reunión, al tiempo que propone celebrar, una o dos reuniones de este tipo con carácter anual. Esta propuesta es aceptada por todos los asistentes.

ANEXO 5: COMENTARIOS:

PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DEL ART. 57-7 DE LA LOEX

PRIMERO: la referencia legal, genérica e imprecisa a la concurrencia de “causas excepcionales” como determinantes de la no autorización de expulsión del extranjero incurso en causa penal, ha dado lugar a una variada interpretación que se proyecta:

a.- sobre las categorías delictivas. Así si bien con carácter unánime que se informa a favor de la expulsión en los casos de delitos contra el patrimonio de menor cuantía, falsedades documentales, delitos contra la propiedad intelectual, lesiones menos graves o usurpación de estado civil, también se ha observado en algunas provincias como Baleares la aplicación de este precepto a los imputados en delitos de tráfico de drogas en cantidades de poca importancia aun tratándose de sustancias que causan grave daño a la salud dado que estando para ellas prevista una pena de tres a nueve años, la venta de tales sustancias por dosis, difícilmente es penada con mas de tres o cuatro años de prisión.

b.- al posible arraigo del extranjero y otras circunstancias añadidas, como (erróneamente) la posible conculcación del principio de presunción de inocencia.

SEGUNDO: EL MOMENTO PRECLUSIVO DE APLICACIÓN DEL PRECEPTO.

El art. 57-7 LE se refiere como sujetos pasivos de la expulsión a los extranjeros “procesados o inculpados”. Conforme al criterio de la mencionada Circular 2/06, la condición de inculpado o procesado cesa en el momento en el que se produce el inicio de las sesiones de juicio oral :

Texto Circular 2/06: “En cuanto al momento preclusivo para solicitar la autorización de la expulsión, debe entenderse que puede instarse la misma hasta el inicio de la celebración de las sesiones de juicio oral. A partir de ese momento, el juicio oral debe continuar y culminar en sentencia, no siendo procedente conceder la autorización. Esto no obstante, si por cualquier motivo legal se acuerda la suspensión de las sesiones del juicio oral, con pérdida de validez de lo actuado, habrá de entenderse admisible autorizar la expulsión interesada vía gubernativa.”

Con independencia de que el empleo del término “procesado” resulta desafortunado pues tal condición únicamente se da en el ámbito del procedimiento ordinario, previsto para el enjuiciamiento de delitos castigados con penas superiores a los nueve años de prisión –excluidos por tanto “ex lege” del ámbito de aplicación de este art. 57-7 de la LEX,- es lo cierto que la exigencia de que el extranjero se encuentre “inculpado o procesado” y sobre todo la interpretación que la Circular 2/06 ha dado a esta expresión ha conducido a que los fiscales informen en contra de la autorización de expulsión en una serie tan extendida de casos que hemos llegado a un punto en el que lo que se pretendía evitar –que la pena y su cumplimiento se convirtiera en una fórmula de permanencia en España del extranjero en situación irregular- es precisamente lo que ocurre habiendo llegado algunos Fiscales Delegados a utilizar el término “burladero procesal” o “permiso penal de residencia” para definir a la situación creada de facto.

A título de ejemplo veamos cómo en los siguientes casos que se enumeran, el informe del Fiscal ha de ser desfavorable a la autorización de expulsión:

.- extranjero penado por delito, pero en situación de libertad y con la pena no ejecutada, fundamentalmente penas de trabajos en beneficio de la comunidad o multas. No cabe aplicar el art. 89 porque éste solo se refiere a la sustitución por la

expulsión de las penas privativas de libertad. Tampoco el 57-7 porque ya está penado. El caso mas claro se da cuando la pena que se impone al extranjero en situación irregular, por ser prisión inferior a tres meses –caso clarísimo de los hurtos intentados- ha de ser sustituida ex lege por multa conforme al art. 71-2 del CP

- .- extranjero que ya ha sido condenado a pena que le ha sido suspendida.
- .- extranjero ya penado en juicio de faltas y con la pena no ejecutada o en fase de ejecución.
- .- extranjero sobre el que ha recaído decreto de expulsión y es sorprendido cometiendo delito o falta de los que dan lugar a juicio rápido por delito o por falta. Si la existencia del decreto de expulsión no consta en el atestado (muy frecuentemente en atestados levantados por Guardia Civil, Policías Autónomas o Policías Locales), el extranjero se conformará y la imposición de la pena determinará su permanencia en territorio español si resulta que la pena (en ocasiones leve, o menos grave no privativa de libertad) no puede ser sustituida por la expulsión.

Por ello a raíz del análisis de las Memorias de los Fiscales Delegados que reflejan los problemas que han quedado expuestos, el tema fue abordado en las jornadas de Delegados de Extranjería celebradas recientemente en Oviedo y allí se plasmó la idea de que quizás ha llegado el momento de atemperar la interpretación dada al precepto mencionado, que ha conducido a resultados altamente disonantes. Es con el paso del tiempo cuando se ha demostrado que buena parte de los problemas que origina se deben al colapso de las ejecutorias como consecuencia, entre otras cosas, del defectuoso desarrollo que ha tenido la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y la concesión sistemática de aplazamientos de pago en las penas de multa, que convierten la fase de ejecución penal en un trámite tedioso e interminable de tal manera que de poco sirve que los Fiscales insten la agilización de la tramitación de las mismas a los fines que estamos analizando, cuando el problema es de fondo y estructural.

TERCERO: LA AUDIENCIA DEL EXTRANJERO

El art. 142 del REX establece la necesidad de oír al interesado antes de autorizar la expulsión acordada administrativamente en los términos del art. 57-7 de la LEX. Se constatan las dificultades que entraña la observancia de esta exigencia en aquellos casos en los que el extranjero se encuentra interno en un CIE o incluso en un Centro Penitenciario, en ocasiones muy distante del órgano que debe decidir. Como es sabido los CIES que se encuentran en funcionamiento en España se hallan situados en zonas sensiblemente alejadas de todo el norte peninsular, surgiendo estos problemas fundamentalmente en Galicia, Asturias, País Vasco o Cantabria.

CUARTO: DISFUNCIONES // LA PENDENCIA DE OTRAS CAUSAS

El párrafo segundo del art. 57-7 de la LEX establece que cuando el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en varios juzgados y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo primero. La carencia o falta de información de la autoridad gubernativa han dado lugar a casos de expulsiones llevadas a cabo sin comunicación alguna al Juzgado por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado y sin cumplir por tanto los requisitos de audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal.

ANEXO 6: (TEXTO EXTRACTADO DE LA LEY DE JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y ACUERDO DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2007 DEL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL POR EL QUE SE MODIFICA EL ART. 42.5 DEL REGLAMENTO 1/05 DE 15 DE AGOSTO DE LOS ASPECTOS ACCESORIOS DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES)

CAPÍTULO II. MEDIDAS CAUTELARES.

Artículo 129.

1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.
2. Si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda.

Artículo 130.

1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.
2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

Artículo 131.

El incidente cautelar se sustanciará en pieza separada, con audiencia de la parte contraria, en un plazo que no excederá de diez días, y será resuelto por auto dentro de los cinco días siguientes. Si la Administración demandada no hubiere aún comparecido, la audiencia se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada.

Artículo 132.

1. Las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley. No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiarán las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado.
2. No podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y, tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.

Artículo 133.

1. Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos.

2. La caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho. La medida cautelar acordada no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos, o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas para evitar o paliar los perjuicios a que se refiere el apartado precedente.

3. Levantada la medida por sentencia o por cualquier otra causa, la Administración, o la persona que pretendiere tener derecho a indemnización de los daños sufridos, podrá solicitar ésta ante el propio órgano jurisdiccional por el trámite de los incidentes, dentro del año siguiente a la fecha del alzamiento. Si no se formulase la solicitud dentro de dicho plazo, se renunciase a la misma o no se acreditase el derecho, se cancelará la garantía constituida.

Artículo 134.

1. El auto que acuerde la medida se comunicará al órgano administrativo correspondiente, el cual dispondrá su inmediato cumplimiento, siendo de aplicación lo dispuesto en el [Capítulo IV del Título IV](#), salvo el [artículo 104.2](#).

2. La suspensión de la vigencia de disposiciones de carácter general será publicada con arreglo a lo dispuesto en el [artículo 107.2](#). Lo mismo se observará cuando la suspensión se refiera a un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas.

Artículo 135.

El Juez o Tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurren en el caso, adoptará la medida sin oír a la parte contraria. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución, el Juez o Tribunal convocará a las partes a una comparecencia, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes, sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. Celebrada la comparecencia, el Juez o Tribunal dictará auto, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.

Artículo 136.

1. En los supuestos de los [artículos 29 y 30](#), la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada.

2. En los supuestos del apartado anterior, las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, tramitándose conforme a lo dispuesto en el artículo precedente. En tal caso el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. En los tres días siguientes se convocará la comparecencia a la que hace referencia el artículo anterior.

De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido.

Acuerdo de 28 de noviembre de 2007, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que modifica el artículo 42.5 del Reglamento 1/2005, de 15 de agosto, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

Sumario:

- **Artículo único.**
- **ANEXO I. Cuadro actualizado de las disposiciones reglamentarias vigentes del Consejo General del Poder Judicial.**

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El Título III del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, establece las normas generales sobre prestación y desarrollo del servicio de guardia en cumplimiento de la habilitación reglamentaria conferida al Consejo por el artículo 110.2, ñ de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el seno de este Título, y dentro de su Capítulo Primero, el artículo 42 ocupa una posición central, al delimitar el objeto del servicio abarcando, en el ámbito de la instrucción penal, funciones propias del Juzgado de Instrucción -apartado primero- junto a cometidos de sustitución de los Juzgados de Menores -apartado tercero- y de Violencia sobre la Mujer -apartado cuarto- en aquellas circunscripciones en que no se han puesto en marcha servicios específicos de guardia para este tipo de órganos.

El apartado quinto del citado precepto reglamentario extiende, por su parte, el objeto de la guardia al desempeño de misiones que siendo extravagantes del orden penal, demandan por su carácter de urgentes e inaplazables una tutela judicial inmediata en garantía de los derechos de los ciudadanos, tutela que, en ausencia de servicios especialmente instituidos para la atención de dichas vicisitudes, sólo el Juzgado de Guardia puede dispensar con inmediatez acorde a las exigencias del artículo 24.1 de nuestra Constitución. Se trata de actuaciones que pertenecen a la esfera de la Oficina del Registro Civil y, en régimen de sustitución de segundo grado, de aquellas que el artículo 70 de la Ley de Enjuiciamiento Civil atribuye a los Jueces Decanos para la adopción de medidas urgentes en asuntos pendientes de reparto, que el servicio de guardia asume como competencia residual.

Es en este último ámbito en el que se suscitan ciertas dudas interpretativas derivadas de la generalidad de los enunciados reglamentarios, que han sido especialmente intensas en algunos supuestos en que se ha acudido directamente al Juzgado de Guardia para reclamar la adopción de medidas cautelares provisionálsimas al amparo del artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, singularmente en aquellos casos en que se ha pretendido una tutela cautelar frente a acuerdos gubernativos de expulsión, devolución o retorno adoptados con arreglo a la legislación de extranjería que, ante la inminencia de su eventual ejecución coercitiva en días y horas inhábiles, no consentía la necesaria demora hasta el siguiente período de audiencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para que fuese oportunamente dispensada por éstos.

Con el fin de dotar de mayor certeza a la regulación actual, y atajar el peligro de una contraproducente dispersión de criterios en la actuación de los órganos judiciales encargados del servicio de guardia, el Consejo considera oportuno proceder a la modificación del tenor literal de este apartado reglamentario en los términos del siguiente

Artículo único.

Se modifica el apartado 5 del artículo 42 del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, que pasará a tener la siguiente redacción:

5. El Juez que desempeñe en cada circunscripción el servicio de guardia conocerá también, en idéntico cometido de sustitución, de las actuaciones urgentes e inaplazables que se susciten en el ámbito de la Oficina del Registro Civil así como de las atribuidas a los Jueces Decanos en el artículo 70 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; singularmente, se ocupará de las que, correspondiendo a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, sean instadas en días y horas inhábiles y exijan una intervención judicial inmediata en supuestos de:

- a. Autorización de entradas en domicilios y lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular conforme a lo previsto en el artículo 8.6, párrafos primero y tercero de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.*
- b. Medidas sanitarias urgentes y necesarias para proteger la salud pública conforme al artículo 8.6 párrafo segundo de la Ley 29/1998, de 13 de julio.*
- c. Adopción de medidas cautelares previstas en el artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen expulsión, devolución o retorno. Cumplimentada su intervención el Juez de Guardia remitirá lo actuado al órgano judicial competente para celebración de comparecencia y ulterior resolución del incidente.*

En todo caso, quien inste la intervención del Juez de Guardia en los supuestos previstos en este apartado habrá de justificar debidamente su necesidad por resultar inaplazable y no haber sido posible cursar la solicitud al órgano naturalmente competente en días y horas hábiles. Deberá igualmente aportar cuanta información sea relevante o le sea requerida sobre procedimientos en trámite que tengan conexión con el objeto de dicha solicitud.

Madrid, 28 de noviembre de 2007.

El Presidente del Consejo General del Poder Judicial,
Francisco José Hernando Santiago.

ANEXO 7: TEXTO EXTRACTADO DEL REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA:

Artículo 153. Centros de internamiento de extranjeros.

1. El juez de instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero, a petición del instructor del procedimiento, del responsable de la unidad de extranjería del Cuerpo Nacional de Policía ante la que se presente el detenido o de la autoridad gubernativa que por sí misma o por sus agentes hubiera acordado dicha detención, en el plazo de 72 horas desde aquella, podrá autorizar su ingreso en centros de internamiento de extranjeros que no tengan carácter penitenciario, en los casos a que se refiere el apartado 2 siguiente.

2. Sólo se podrá acordar el internamiento del extranjero cuando concurra alguno de los siguientes supuestos:

- a. Que haya sido detenido por encontrarse incurso en alguno de los supuestos de expulsión de los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como los párrafos a, d y f del artículo 53 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.
- b. Que se haya dictado resolución de retorno y este no pueda ejecutarse dentro del plazo de 72 horas, cuando la autoridad judicial así lo determine.
- c. Cuando se haya dictado acuerdo de devolución de conformidad con lo establecido en este reglamento.
- d. Que se haya dictado resolución de expulsión y el extranjero no abandone el territorio nacional en el plazo que se le haya concedido para ello.

3. El ingreso del extranjero en un centro de internamiento de carácter no penitenciario no podrá prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión, devolución o retorno, y la autoridad gubernativa deberá proceder a realizar las gestiones necesarias para la obtención de la documentación que fuese necesaria con la mayor brevedad posible.

4. La detención de un extranjero a efectos de expulsión, devolución o retorno será comunicada al consulado competente, al que se le facilitarán los datos sobre la personalidad del extranjero y la medida de internamiento.

Esta comunicación se dirigirá al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación cuando no se haya podido notificar al consulado o este no radique en España. Si así lo solicitase el extranjero, se comunicará el internamiento a sus familiares u otras personas residentes en España.

5. La duración máxima del internamiento no podrá exceder de 40 días, y deberá solicitarse de la autoridad judicial la puesta en libertad del extranjero cuando con anterioridad al transcurso de este plazo se tenga constancia de que la práctica de la expulsión no podrá llevarse a cabo.

6. El extranjero, durante su internamiento, estará en todo momento a disposición del órgano jurisdiccional que lo autorizó, y la autoridad gubernativa deberá comunicar a aquel cualquier circunstancia en relación con la situación de dicho extranjero internado.

7. Las personas ingresadas en centros de internamiento de carácter no penitenciario gozarán durante este de los derechos no afectados por la medida judicial de internamiento y, en especial, de aquellos recogidos en los [artículos 62 bis y 62 quáter de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero](#).

Igualmente, estarán a obligados a cumplir y respetar los deberes y obligaciones derivados de la condición de internamiento, en los términos establecidos en la [Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero](#), y sus normas de desarrollo.

8. Los menores extranjeros no podrán ser ingresados en dichos centros, y deberán ser puestos a disposición de los servicios competentes de protección de menores, salvo que el juez de primera instancia lo autorice, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, y sus padres o tutores se encuentren ingresados en el mismo centro, manifiesten su deseo de permanecer juntos y existan módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar.
