

## **EL EXTRANJERO EN LA NORMATIVA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO**

**Vicente José Martínez Pardo**

Secretario Judicial. Doctor en Derecho  
Profesor Asociado de Derecho Procesal  
Universitat de Valencia

La Fiscalía General del Estado ha dictado sobre la materia relativa a la situación de los extranjeros en España diversas Circulares, Instrucciones y Consultas desde la LO 7/1985, de derechos y libertades de los extranjeros en España, y posteriormente sobre las Leyes Orgánicas 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y su reforma por LO 8/2000. Todas ellas sirven para la aplicación e interpretación de las leyes de extranjería, completando las lagunas que se puedan plantear en la interpretación de la ley.

Podemos distinguir entre Circulares e Instrucciones desde la LO 7/1985 hasta la entrada en vigor de la LO 4/2000, y posteriores a la entrada en vigor de la misma. Destacamos entre otras:

a) *Consulta 5/1987*, de 18 de noviembre de 1987, sobre cuestiones referentes a la expulsión de extranjeros sujetos a determinados procesos penales<sup>1</sup>.

b) *Consulta 2/1990*, de 10 de octubre de 1990, sobre la expulsión de extranjeros: Juez competente para decidirla y fase procesal en que debe acordarse<sup>2</sup>.

c) *Consulta 12/1997*, de 30 de octubre de 1997, acerca de la interpretación que deba darse al artículo 41.2 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LO 7/1985<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Con base en la LO 7/1985, de 1 de julio, 1º. Es imprescindible la existencia de un procedimiento penal típico cuya competencia venga atribuida a los Jueces de Instrucción, para poder judicialmente decretarse la expulsión de un extranjero encartado por delito menos grave. 2º. El Fiscal deberá ponderar cada caso para pronunciarse sobre la expulsión o no, cuando se trate de extranjeros comprendidos en un proceso penal.

<sup>2</sup> Si se hubiese dictado sentencia firme, el único Juez competente para decidir será el Juez de lo Penal. Si aún no se hubiese dictado sentencia: a) Si aún no se han remitido las actuaciones al Juez de lo Penal, más se ha producido escrito de calificación por el Fiscal, es competente el Juez de Instrucción; b) si ya se han remitido las actuaciones al Juez de lo Penal, éste será el competente.

<sup>3</sup> A la vista de las consideraciones efectuadas, que el artículo 41.2 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre extranjeros, ni introduce novedad alguna que suponga un cambio sustancial en el ordinario quehacer profesional del Ministerio Fiscal, ni obliga al mismo a confirmar una prohibición cuya competencia le resulta totalmente ajena. Se trata, además de una competencia conferida por un Reglamento que, por su naturaleza, no puede suplir a la Ley allí donde ésta es necesaria para producir un determinado efecto o regular un cierto contenido. En consecuencia, la

d) *Instrucción 6/1991*, de 24 de octubre de 1991, sobre garantías de las autorizaciones judiciales de internamiento de extranjeros sometidos a procedimientos de expulsión, señalando que esta medida debe estar inspirada en un principio de excepcionalidad, sin que pueda realizarse en centros penitenciarios ni en Comisarías de Policía, debiendo indicar la Autoridad gubernativa al Juez el centro concreto donde va a ser internado el extranjero, así como las causas que aconsejen tal petición, dejando claro que, en todo caso, el extranjero está a disposición del Juez. También señala que el internamiento se ha de otorgar, previa la presencia física del detenido ante la Autoridad Judicial, con la pretensión de que dicha Autoridad Judicial escuche a dicha persona y adopte su decisión con mayor conocimiento de su causa, precisando que el Juez, al elaborar el criterio sobre la posibilidad de internamiento, ha de tomar en consideración el dato de si el extranjero en cuestión ha sido internado con anterioridad, con lo que se evita la figura del internamiento sobrevenido o sucesivo<sup>4</sup>. Para evitar la descoordinación entre las autoridades administrativas y judiciales se creó el “libro registro de extranjeros”.

e) *Circular 1/1994*, sobre intervención del Ministerio Fiscal en relación con determinadas situaciones de los extranjeros en España, creando los Servicios de Extranjería. Con esta Circular se evidencia como el campo de actuación del Ministerio Fiscal en el ámbito de la legislación de extranjería es muy amplio, produciéndose en un doble orden jurisdiccional. Por un lado, el orden contencioso-administrativo, ante la revisión judicial de las resoluciones gubernativas de expulsión de un extranjero, asumiendo una función garantista. Por otro, en el orden jurisdiccional penal, una vez que es firme el Decreto gubernativo de expulsión, produciéndose con frecuencia situaciones de concurrencia entre imputaciones de delitos menos graves y causas de expulsión que ocasionan importantes contradicciones y disfuncionalidades<sup>5</sup>.

---

aplicación de la citada disposición procesal deberá sujetarse a la interpretación efectuada en el presente documento.

<sup>4</sup> Se interesa de los Sres. Fiscales, vigilen en los expedientes de internamiento de extranjeros sujetos a procedimientos de expulsión, el cumplimiento de las siguientes reglas: 1ª. La medida de internamiento ha de estar inspirada por un principio de excepcionalidad. 2ª. Estos internamientos no pueden verificarse en centros penitenciarios, ni en comisaría de policía. 3ª. El extranjero queda a disposición del Juez en estos internamientos. Es en definitiva el Juez el que ha de valorar las razones que puedan existir para la adopción de tan grave medida. 4ª. La Autoridad gubernativa ha de indicar al Juez, al solicitar el auto de internamiento, el centro concreto donde va a ser internado el extranjero, así como las causas que han aconsejado tal petición, lo que lleva consigo el que la Autoridad judicial proceda a un control efectivo de la medida restrictiva, así como que valore la oportunidad de su otorgamiento. 5ª. El internamiento se ha de otorgar, previa la presencia física del detenido ante la Autoridad judicial. 6ª. El Juez, al elaborar el criterio sobre la posibilidad de internamiento, ha de tomar en consideración el dato de si el extranjero en cuestión ha sido ya internado con anterioridad. 7ª. La resolución judicial que acuerde el internamiento ha de ser motivada. 8ª. Los autos de internamiento extendidos por los jueces dan una autorización a la Administración para que se prive de libertad al extranjero por el plazo máximo legal permitido de cuarenta días, lo que no quiere decir que esos cuarenta días hayan de concederse inicialmente, ni que siempre se concedan cuarenta días.

<sup>5</sup> La Circular 1/1994, de 15 de febrero, establece: “...la experiencia ha puesto de manifiesto, y así lo reconoce el Defensor del Pueblo en un informe remitido a la Fiscalía General, que se dan situaciones anómalas que es preciso corregir, como son: Internamientos sucesivos por plazos de cuarenta días, debido a la falta de coordinación entre las propias autoridades administrativas y las judiciales. Para

Tras la entrada en vigor de la LO 4/2000 se han dictado las siguientes:

a) *Circular 3/2001*, de 21 de diciembre, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería. Trata sobre las medidas privativas de libertad en los supuestos de expulsión de extranjeros no sujetos a causa penal, y en concreto del internamiento de extranjeros en los supuestos de expulsión, devolución y retorno, el control del internamiento y el carácter de los centros de internamiento.

Esta Circular no introduce criterios incompatibles con las dictadas hasta esa fecha; al contrario, parte de las orientaciones que sentó la Circular 1/1994, pero adaptándolas a la nueva normativa por LO 4/2000, y profundiza en las líneas de interpretación que se establecen en las Instrucciones 2/2001 y 4/2001, que deben reputarse vigentes.

De manera más concreta, respecto al internamiento de extranjeros en Centro no penitenciario, la Circular 3/2001 enumera algunos supuestos en que no procede el internamiento: 1. La comisión de una infracción penal no resulta incardinable en las causas de expulsión contenidas en los artículos 53, f) y 54.1,a), al no estar incluida en el catálogo de infracciones graves o muy graves de la LO 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, lo que impedirá la tramitación de un expediente de expulsión amparado en tales preceptos. Así se desprende del artículo 32.2 de la citada Ley 1/1992, que establece que cuando dichas conductas 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.

2. Tampoco es posible autorizar el internamiento respecto del extranjero expulsado por haber sido condenado, dentro o fuera de España por una conducta dolosa que constituye en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, dado que tal causa de expulsión prevista en el artículo 57.2 LO 4/2000 no conlleva la posibilidad de internamiento conforme al artículo 62.

3. Finalmente no será posible autorizar el internamiento en aquellos casos en los que el extranjero es detenido por estar indocumentado, pues ello constituiría una infracción administrativa contenida en la LO 1/1992 y no una causa de expulsión, salvo que se acredite por otros medios (transcurso de plazos legales sin haber obtenido o tener caducada la prórroga de estancia, autorización de residencia u otros documentos análogos) que se encuentra irregularmente en España en los términos del artículo 53, a LO 4/2000.

También se pronuncia la Circular 3/2001 sobre los internamientos sucesivos en que puede incurrir un extranjero, estableciendo que si al extranjero, puesto en libertad por no haberse podido ejecutar la orden de expulsión, se le incoa un nuevo expediente de expulsión por una causa no

---

*evitar estas situaciones, los señores Fiscales deberán de ajustarse a lo prevenido en la Instrucción 6/1991 de la Fiscalía General del Estado que expresa las reglas a tener en cuenta por los Fiscales que intervienen en las peticiones de internamiento de extranjeros, y en concreto, la siguiente regla: 6º “El Juez, al elaborar el criterio sobre la posibilidad del internamiento, ha de tener en consideración el dato de si el extranjero en cuestión ha sido ya internado con anterioridad. Con ello se evita la figura del internamiento sobrevenido o sucesivo”.*

contemplada en el primer expediente, si resultará posible la solicitud, y, en su caso, la autorización de un nuevo internamiento.

b) *Circular 1/2002*, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería<sup>6</sup>.

c) *Instrucción 2/2001*, de 28 de junio, acerca de la interpretación del artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>7</sup>.

e) *Instrucción 4/2001*, de 25 de julio, sobre autorización judicial de la expulsión de extranjeros imputados en procedimientos penales. Esta instrucción examina el termino “inculpado”, debiendo entender aquel a quien el Juez de Instrucción pone en su conocimiento el hecho punible y le ilustra de sus derechos, y determina el momento a partir del cual puede autorizar su expulsión.

f) *Instrucción 2/2002*, de 11 de febrero, sobre organización de la Fiscalía en materia de extranjería<sup>8</sup>.

e) *Instrucción 3/2003*, de 23 de octubre, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo; estableciendo en la misma que, salvo en aquellos supuestos excepcionales en que se aprecie una palmaria situación de desamparo, por los Fiscales se dictaminará a favor del retorno del menor a su punto de origen a la mayor brevedad posible (artículo 60.1 LO 4/2000). Y en el caso de que el retorno no pudiera llevarse a cabo dentro de las cuarenta y ocho horas de la detención, el Fiscal de Menores se dirigirá al Juez de Menores para que autorice el internamiento en el centro de menores que designe la correspondiente Comunidad Autónoma<sup>9</sup>. Lo que preocupa a la Fiscalía General del Estado, como se refleja en el planteamiento de la misma, es el tratamiento jurídico y

---

<sup>6</sup> En la Circular num. 1/2002, se tratan por separado la actuación del Ministerio Fiscal ante los matrimonios simulados; el tratamiento penal de la inmigración ilegal, en concreto, los problemas concursales entre el artículo 318 bis con los delitos contra los derechos de los trabajadores, y las especialidades en la sustitución de las penas impuestas a los extranjeros condenados por delitos de tráfico ilegal de personas y en su expulsión; y en el aspecto contencioso-administrativo el régimen de recursos y la ejecutividad de las sanciones en el proceso ordinario y en el preferente, y las posibles interferencias entre el procedimiento administrativo sancionador y el procedimiento penal y el principio *non bis in idem*.

<sup>7</sup> Establece el artículo 35.1 LO 4/2000: “En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas, que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias”.

<sup>8</sup> La Instrucción 2/2002 acuerda la reestructuración de las Fiscalías, creando el Servicio de Extranjería en todas las Fiscalías en las que todavía no lo tenían creado y reforzando el servicio de Extranjería en las que ya existían, incrementando el número de Fiscales adscritos al mismo.

<sup>9</sup> Esta Instrucción fue objeto de críticas por diversos organismos como Amnistía internacional, por no respetar los derechos fundamentales de los menores, así como por entrar en contradicción con anteriores pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado en la materia, generando interpretaciones que no respetaban el principio general de prevalencia del interés superior del menor. En ese sentido se expresan FÁBREGA RUIZ, C., *Retorno de inmigrantes y emancipación de hecho*, Diario La Ley núm. 5940, de 26 de enero de 2004, y FELIX PANTOJA, Vocal del CGPJ, que la califica de “sorprendente, grosero incumplimiento de la convención de Derechos del Niño, discriminatoria...”.

asistencia que se está dando, hasta la fecha, a la avalancha de extranjeros menores de edad e indocumentados, que sin familia ni medios de vida, acceden ilegalmente a nuestro país<sup>10</sup>

f) *Instrucción 6/2004*, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados, que ratifica la directrices de las Circulares 3/2001, de 21 de diciembre, y la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, acerca de la interpretación del artículo 35 LO 4/2000, dejando sin efecto la Instrucción 3/2003, a la vista de las dudas que su interpretación generó.

g) *Consulta 1/2001*, de 9 de mayo, sobre retorno de los extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España, fijando su alcance y límites; intentando distinguir entre el retorno, y la expulsión. Llega a la conclusión de que la devolución o retorno no es propiamente una sanción, sino una medida para el restablecimiento inmediato del orden jurídico perturbado que se acuerda, sin necesidad de incoar expediente de expulsión, por resolución administrativa de la autoridad competente y que no lleva aparejada la prohibición de futura entrada. La adopción de la devolución o retorno se justifica en atención a la flagrancia de la infracción administrativa consistente en la entrada ilícita en territorio español. Con la expresión legal “*los que pretendan entrar ilegalmente en el país*” (artículo 54.2 b) LO 4/2000), se acota la figura del retorno y se aplica a aquellos que sean sorprendidos de un modo patente o “*in fraganti*” en su acción de entrada ilícita en España<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> En el año 2002, los organismos públicos de protección acogieron a 6239 menores extranjeros no acompañados, un 56% más que el año pasado, con una tasa estimada anual de 1000 menores. La mayor parte de ellos proceden de Marruecos, concretamente 4738, lo que representa un 75% del total.

<sup>11</sup> Las conclusiones que se afirman en la Consulta 1/2001 son: 1ª. La expulsión constituye una sanción administrativa, que lleva aparejada la prohibición de entrada en España por un lapso temporal, y que precisa de la tramitación de expediente administrativo en el que se acredite la comisión del ilícito sancionado. 2ª. La devolución o retorno no es propiamente una sanción, sino una medida para el restablecimiento inmediato del orden jurídico perturbado que se acuerda, sin necesidad de incoar expediente de expulsión, por resolución administrativa de la autoridad competente y que no lleva aparejada la prohibición de futura entrada. 3ª. La adopción de la medida de devolución o retorno sin previo expediente se justifica en atención a la flagrancia de la infracción administrativa consistente en la entrada ilícita en territorio español. 4ª. Desde el criterio interpretativo la decisión de la autoridad administrativa autorizando la medida de retorno o devolución en el caso sometido a consulta se considera acorde con la normativa entonces vigente y en especial con la causa de retorno del artículo 54.2 b) de la LO 4/2000. 5ª. La elección de la medida de retorno no es óbice para que pueda recibirse declaración a las personas a quienes se aplique la misma.