

# Asistencia jurídica en llegadas marítimas

## Guía práctica para la abogacía



**Abogacía  
Española**  
CONSEJO GENERAL



**Fundación**  
ABOGACÍA ESPAÑOLA

© Consejo General de la Abogacía Española  
SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL  
Paseo de Recoletos, 13 28004 Madrid  
Teléfono: 91 523 25 93  
E-mail: [informacion@abogacia.es](mailto:informacion@abogacia.es)  
<https://www.abogacia.es/>

© FUNDACIÓN ABOGACÍA ESPAÑOLA  
Paseo de Recoletos, 13  
28004 Madrid  
Teléfono: 91 523 25 93  
E-mail: [fundacion@fundacionabogacia.org](mailto:fundacion@fundacionabogacia.org)  
[fundacion.abogacia.es](http://fundacion.abogacia.es)

EDICIÓN: Fundación Abogacía Española

AUTORES: Noemí Alarcón Velasco, Fran Morenilla Belizón, José Luis Rodríguez Candela

SUPERVISIÓN: Francisco Segovia Losa, coordinador de la Fundación Abogacía Española

FOTOGRAFÍAS: Adobe Stock

MAQUETACIÓN E IMPRESIÓN: Eventos y Sinergias, SL

DEPÓSITO LEGAL: M-21867-2021

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente, ni registrada ni transmitida por un sistema de recuperación de información en ninguna forma ni por ningún medio, ya sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo, por escrito, del editor.





## ABREVIATURAS

- ACNUR:** Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
- AN:** Audiencia Nacional
- AP:** Audiencia Provincia
- BEF:** Brigada de Extranjería y Fronteras
- BOE:** Boletín Oficial del Estado
- CATE:** Centro de Atención Temporal de Extranjeros
- CE:** Constitución Española
- CEDH:** Convenio Europeo de Derechos Humanos
- CDFUE:** Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
- CDN:** Convención sobre Derechos del Niño
- CIE:** Centro de Internamiento de Extranjeros
- ERIE:** Equipo de Respuesta Inmediata y Emergencias
- LAJG:** Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita
- LEC:** Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil
- LECR:** Ley de Enjuiciamiento Criminal
- LJCA:** Ley 29/1998, de Jurisdicción Contencioso Administrativa
- LOEX:** Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
- LPAC:** Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común
- LRJSP:** Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público
- MENA:** Menor Extranjero No Acompañado
- OAR:** Oficina de Asilo y Refugio
- RELOEX:** Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009
- TC:** Tribunal Constitucional
- TEDH:** Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- TJUE:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- TS:** Tribunal Supremo
- TSJ:** Tribunal Superior de Justicia



## Prólogo

La Abogacía Española, a través de esta Guía, quiere proyectar su mirada, su compromiso y su preocupación ante uno de los grandes dramas de nuestro tiempo como es, sin duda, todo lo que tiene que ver con la cuestión demográfica, los movimientos migratorios y el derecho internacional. Más concretamente, como aquí se tratará, la dimensión de la asistencia jurídica de migrantes.

Una asignatura pendiente que ya venía arrastrando el mundo antes de la pandemia, cuando ACNUR señalaba que, en 2019, una de cada 100 personas había dejado su hogar por conflictos o persecución, que se había batido el récord de refugiados o que cerca de la mitad de esos refugiados fueron niños y niñas. Un escenario doloroso y sobrecogedor que la Covid y sus muchas crisis derivadas no han hecho más que complicar, con una intensificación –en cuanto al número de llegadas– del papel de España como puerta de entrada a la UE o en las peticiones de asilo, con una ruta canaria reactivada o con el plus de vulnerabilidad de una cada vez más frecuente presencia de mujeres y menores en las pateras. Seres humanos que huyen de un pasado sin futuro arriesgando sus vidas para encontrar la esperanza de un horizonte con mañanas y sueños.

Resulta indiscutible que la migración es un desafío de orden mundial. Y en ese desafío, vertebrado por el Derecho de Extranjería, no puede, ni debe, ni quiere faltar la Abogacía

con su voluntad constructiva, sus propuestas y su acción. Lo hacen cada día, en una emocionante lección de entrega y de compromiso, los abogados y abogadas especialistas que llevan derecho y humanidad donde más se necesitan y a quienes más lo necesitan. Y lo hacemos también desde los Colegios y Consejos de la Abogacía, desplegando recursos e iniciativas de todo tipo para facilitar ese trabajo, para asegurar el mejor servicio y para proteger a cualquier persona el marco de sus derechos y libertades. Esta Guía es un buen ejemplo de ello.

Todo esfuerzo cuenta, todo apoyo suma, y esta publicación es una pieza más que incorporamos, desde la Abogacía Española, para entender y aplicar un Derecho de Extranjería que nuestra democracia está obligada a cuidar con especial esmero. Hoy más que nunca, porque es en la protección de los derechos y libertades donde el Estado de derecho mejor puede blindarse frente a esos riesgos de erosión de los que, con lógica preocupación que compartimos, nos viene alertando Naciones Unidas.

Ante todo y sobre todo, somos Abogacía. Ante todo y sobre todo, son seres humanos.

Victoria Ortega  
*Presidenta*  
*Consejo General de la Abogacía Española*

## Introducción

En el mundo global que vivimos, en este siglo de la revolución tecnológica, y frente al elevado nivel de vida y desarrollo de las sociedades de los países avanzados del mundo, sobreviven o malviven pueblos y países en la más absoluta miseria y en la explotación más abyecta. Consecuencia de la apropiación sin escrúpulos de unos pocos de las riquezas naturales de países y de la corrupción por parte de los gobernantes, se veda en muchos lugares del mundo la más mínima oportunidad de vida a sus ciudadanos.

Si a este dramático escenario unimos a los países en guerra donde la destrucción de las personas constituye la pauta diaria y continua de actuación u otros países que sufren la instalación y permanencia en el poder de regímenes dictatoriales donde se persigue, destruye y tortura al que disiente, y en donde los crímenes de lesa humanidad se convierten en el patrón de comportamiento desde los aparatos del poder para mantenerse en el mismo, sembrando el terror en la población, podemos concluir que millones de personas se vean en la necesidad de demandar el apoyo, la solidaridad y la protección en países con nivel de desarrollo.

Consecuencia de estas realidades son los constantes flujos migratorios que se producen en el mundo, razón por lo que nuestro país, puerta de Europa en África, recibe continuamente a tantas personas necesitadas de apoyo.

Todas y cada una de estas personas ostentan el derecho fundamental de defensa y asistencia jurídica, y por ello no se debe cesar de trabajar, y así se hace desde el Consejo General de la Abogacía Española y desde los Colegios de Abogados, para dotar de instrumentos que ayuden, faciliten y apoyen el derecho fundamental de defensa de las personas migrantes y que sea una asistencia jurídica de calidad.

El compromiso de la Abogacía Española se muestra una vez más con las personas más vulnerables y necesitadas de protección. Más que nunca es necesario este trabajo de la Abogacía en el que defendiendo los derechos de personas vulnerables, se están defendiendo los derechos humanos.

Blas Jesús Imbroda Ortiz  
*Presidente de la Subcomisión de Extranjería y Protección  
Internacional del Consejo General de la Abogacía Española*

## Sobre los autores

En la redacción de esta Guía han participado Fran Morenilla Belizón, abogado de oficio, de Cruz Roja Almería y miembro de la Asociación de Abogados y Abogadas Extranjeristas; José Luis Rodríguez Candela, también miembro de la Asociación de Abogados y Abogadas Extranjeristas, abogado en ejercicio y de oficio, doctor en Derecho y profesor de Derecho Penal, miembro del equipo de investigación del Proyecto I+D Iusmigrante; y Noemí Alarcón Velasco, abogada en ejercicio y de oficio, formadora y consultora internacional en migraciones, miembro de la Subcomisión de Extranjería y Protección Internacional del Consejo General de la Abogacía Española y presidenta del Comité de Migraciones del Consejo de la Abogacía Europea (CCBE). No obstante, también es fruto del trabajo en red de muchos compañeros y compañeras implicados en esta materia; siendo ejemplo de ello la aportación de Daniel Arencibia Borrego, abogado en ejercicio en Las Palmas, con el formulario de entrevistas que se anexa al presente trabajo.



# 1 Marco normativo y naturaleza jurídica de la devolución

La devolución se regula en el **artículo 58.3.b) de la LOEX**. Dicho precepto establece lo siguiente:

*“No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos:*

*a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España.*

*b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país.”*

Éstos serán los dos supuestos que dan pie a la aplicación de la medida de devolución, no obstante, ante una llegada colectiva marítima a territorio español, lo más frecuente será la aplicación del apartado b) del anterior precepto. Ahora bien, en la medida de lo posible y con carácter previo, es preciso comprobar el expediente administrativo de devolución para verificar la concurrencia de este presupuesto, así como de la motivación suficiente que permita determinar con claridad la existencia de los elementos esenciales de la figura de la devolución.

Continúa el **artículo 58 de la LOEX** del siguiente modo:

*4. En el supuesto de que se formalice una solicitud de protección internacional por personas que se encuentren en alguno de los supuestos mencionados en el apartado anterior, no podrá llevarse a cabo la devolución hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición, de conformidad con la normativa de protección internacional. Tampoco podrán ser devueltas las*



*mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.*

*5. La devolución será acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión.*

*6. Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión.*

*7. La devolución acordada en el párrafo a) del apartado 3 de este artículo conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada. **Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años.**” Éste último inciso declarado inconstitucional por la **Sentencia del TC 17/2013**, de 31 de enero.*

Por su parte, el **artículo 23 del RELOEX**, desarrolla lo señalado anteriormente del siguiente modo:

*“1. De conformidad con lo establecido en el artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no será necesario un expediente de expulsión para la devolución, en virtud de resolución del Subdelegado del Gobierno, o*

*del Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, de los extranjeros que se hallaran en alguno de los siguientes supuestos:*

[...]

**b) Los extranjeros que pretendan entrar irregularmente en el país. Se considerarán incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones.**

A este respecto, se ha de tener presente cuál es la “frontera” a la que alude la normativa referida anteriormente, entendiéndose situada la misma conforme a los **artículos primero y tercero de la Ley 10/1977, sobre Mar Territorial**, en el límite exterior del mar territorial adyacente a la costa, que se sitúa a una distancia de doce millas náuticas desde las aguas interiores españolas (al extenderse hasta ese punto la soberanía del Estado español, siendo dicha definición conforme con los artículos tres y cuatro de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecho en Montego Bay en 1982 (ratificada por España mediante Instrumento de 20 de diciembre de 1996, publicado en BOE de 14 de febrero de 1997).

Cuestión también relevante es analizar el concepto de “inmediaciones”. Así, de la **STS 20/03/2003, Rec. Núm. 488/2001**, se despren-

de que este concepto no se refiere en modo alguno a “el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada”, pues dicha sentencia declaraba nulo este inciso incluido inicialmente en el artículo 138.1.b) del R. D. 864/2001, señalando lo siguiente:

*“El artículo que ahora se recurre lo que pretende llevar a cabo es una interpretación del apartado 2.b del artículo 58 de la Ley, antes transcrito, cuando dice en el apartado 1.b “considerándose incluidos, a estos efectos (pretensión de entrar ilegalmente en el país) 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 con los requisitos de entrada”.*

*La cuestión es si el precepto reglamentario va más allá del mandato legal y realiza una interpretación contra Ley, en cuyo supuesto deberá ser anulado.*

*El Precepto legal de referencia no ofrece duda de que se está refiriendo a la tentativa de entrada, la expresión “pretender entrar” es concluyente al efecto. Es evidente, por otra parte, que **quienes se encuentren en el interior del territorio nacional, por más que estén en ruta o en tránsito, no pretenden entrar ya que esta es una situación incompatible con la de encontrarse “en el interior”, es decir, den-***

*tro del territorio nacional, por más que, decimos, estén en ruta hacia un lugar concreto o en tránsito, tanto si esa situación lo es de una localidad a otra del territorio nacional o hacia un país tercero.*

***El precepto legal se refiere de forma estricta a la pretensión de entrar ilegalmente en el país, no a los supuestos de tránsito, una vez en el país, desde un lugar a otro del mismo o hacia un país tercero. El precepto impugnado efectúa, en consecuencia, una interpretación extensiva que va más allá del mandato legal ampliándolo a un supuesto no previsto en este. Estamos por tanto ante una interpretación contra Ley que aplica un régimen excepcional que no goza de las garantías de la expulsión a supuestos distintos de los legalmente establecidos. Por esta razón el precepto debe ser anulado.”***

Seguidamente, la **STS de 13/10/2003, Rec. núm. 120/2002**, profundiza un poco más en la determinación del concepto “inmediaciones” estableciendo que:

*“Se trata en definitiva de determinar si cabe considerar que pretende entrar ilegalmente en el país, como exige la ley, y por tanto, la devolución se puede acordar sin expediente de expulsión, cuando el extranjero es interceptado en las inmediaciones de la frontera sin cumplir con los requisitos de entrada.*

A juicio de la Sala el artículo 58.2.b) de la Ley, al referirse a “los que pretendan entrar ilegalmente en el país”, se está refiriendo, por una parte, **a la mera tentativa de entrada**, como dijimos en la Sentencia de 20 de marzo de 2.003, y, por otro lado, utiliza un concepto –país– sin contenido jurídico propio que, estima la Sala no hace referencia ni al espacio aéreo ni a las aguas interiores al mar territorial adyacente a las costas, delimitado como mar territorial, comprendiendo tan sólo el espacio de tierra firme del territorio nacional.

Entendido así el término “país” resulta acomodado a derecho el precepto reglamentario recurrido interpretado en el sentido de que permite la devolución del extranjero interceptado tanto en el mismo límite fronterizo de la costa como en las inmediaciones de ésta dentro del mar territorial español.

Por otro lado, la expresión “pretender entrar”, utilizada por la norma legal, incluye en sus propios términos no sólo la posibilidad de permitir la devolución sin expediente de los extranjeros que no cumplan los requisitos de entrada y sean interceptados en el límite fronterizo o en sus inmediaciones exteriores del mar territorial, sino también de aquéllos que, en las mismas condiciones de ilegalidad de entrada, sean objeto de una **actuación positiva, activa e ininterrumpida, por parte de las autoridades españolas, iniciada antes de su en-**

**trada en el país o inmediatamente después y al objeto de lograr su interceptación cuando ésta se produzca en las inmediaciones de la frontera.”**

Todo lo anterior nos conduce a diferenciar aquellos casos en los que la embarcación es rescatada antes de alcanzar la costa, de aquellos otros en los que la embarcación, por el contrario, ha tocado tierra y las personas extranjeras han sido detenidas en los alrededores del punto de llegada; lo cual nos conduce, a su vez, a la **diferenciación entre devolución y expulsión.**

A este respecto, si bien la cuestión podría quedar zanjada en el sentido expuesto en las anteriores sentencias del TS remitiéndonos a la verificación de la existencia de una “actuación positiva, activa e ininterrumpida, por parte de las autoridades españolas, iniciada antes de su entrada en el país o inmediatamente después” para determinar si las personas que han alcanzado la costa deben ser objeto de un expediente de devolución o expulsión; lo cierto es que el TS ha ido más allá en esta cuestión. Así las cosas, conforme a las **SSTS de 28/02/2007, rec. núm. 10263/2003; 27/09/2007, rec. núm. 1830/2004; y 18/10/2007, rec. núm. 2298/2004**, se vino a señalar lo siguiente:

**“La entrada ilegal y la estancia de esos primeros noventa días no están tipificadas como infracciones administrativas graves o muy**

**graves** en los artículos 53 y 54 de la L.O. 4/00, modificada por la L.O. 8/00, y, en particular, no lo está en el artículo 53.a)”, que “se refiere a la no obtención o caducidad de la prórroga de estancia, de la autorización de residencia o documentos análogos, todo lo cual, obviamente, es distinto a la pura entrada ilegal y a la pura estancia (artículo 30 de las L.L.O.O. 4/00 y 8/00)”, de forma que **“En estos casos, no constituyendo esos hechos infracciones muy graves o graves, lo que procede es la devolución del extranjero (...), y no la expulsión.”**

*“Lo cual significa que, encontrándose en los primeros noventa días desde su entrada en España, la Administración pudo devolverle pero no expulsarle, ya que la entrada ilegal y la estancia de esos primeros noventa días no están tipificadas como infracciones administrativas graves o muy graves en los artículos 53 y 54 de la L.O. 4/00, modificada por la L.O. 8/00, y, en particular, no lo está en el artículo 53 -a), que es el precepto que la Administración ha aplicado indebidamente en este caso; ese precepto se refiere a la no obtención o caducidad de la prórroga de estancia, de la autorización de residencia o documentos análogos, todo lo cual, obviamente, es distinto a la pura entrada ilegal y a la pura estancia (artículo 30 de las L.L.O.O. 4/00 y 8/00).*

**En estos casos, no constituyendo esos hechos infracciones muy graves o graves, lo que**

**procede es la devolución del extranjero** (desde luego, sin prohibición de entrada, que el artículo 58 reserva para los casos de expulsión), y no la expulsión (artículo 57-1, por exclusión). Así se deduce de una interpretación sistemática de los artículos 30 y 53-a) de las L.L.O.O. 4/00 y 8/00, y 138-1-b) del Reglamento 864/01, de 20 de Julio.”

A mayor abundamiento, tras la **STC 17/2013** en la que se declara inconstitucional el inciso del artículo 58.7 in fine LOEX en el que se aparejaba la prohibición de entrada a la medida de devolución, lo cierto es que esta medida pasó a ser más favorable que la expulsión. Entre otras cosas porque se reduce el plazo de prescripción.

Todo ello nos conduce a analizar este tipo supuestos desde el examen de una adecuada motivación del expediente y de las condiciones en las que se produce la detención en territorio, en lugar de plantear la necesidad de que se hubiera tramitado un expediente de expulsión en vez de un expediente de devolución.

Sea como fuere, aclarados los conceptos de “frontera” e “inmediaciones” y habiéndose abordado la casuística relativa a las embarcaciones que llegan directamente a tierra desde el punto de vista de la diferenciación entre devolución o expulsión, continúa el **artículo 23 del RELOEX** con el siguiente tenor literal:

“2. En el supuesto del párrafo b) del apartado anterior, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros que pretenden entrar irregularmente en España los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución.

3. En cualquiera de los supuestos del apartado 1, el extranjero respecto del cual se sigan trámites para adoptar una resolución de devolución tendrá derecho a la **asistencia jurídica**, así como a la **asistencia de intérprete**, si no comprende o habla las lenguas oficiales que se utilicen. Ambas asistencias serán gratuitas en el caso de que el interesado carezca de recursos económicos suficientes, de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita.

4. Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la **medida de internamiento** prevista para los expedientes de expulsión.

A los efectos previstos en el apartado 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, si durante la situación de privación de libertad el extranjero manifiesta su voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo o ejercitar

la acción correspondiente contra la resolución de devolución una vez agotada la vía administrativa ante el Delegado o Subdelegado del Gobierno o el Director del Centro de Internamiento de Extranjeros bajo cuyo control se encuentre, éste lo hará constar en acta que se incorporará al expediente.

5. La ejecución de la devolución conllevará el nuevo inicio del cómputo del plazo de prohibición de entrada contravenida, cuando se hubiese adoptado en virtud de una resolución de expulsión dictada por las autoridades españolas.

[...]

6. Aun cuando se haya adoptado una resolución de devolución, ésta no podrá llevarse a cabo y quedará **en suspenso** su ejecución cuando:

a) Se trate de **mujeres embarazadas** y la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre; o se trate de personas enfermas y la medida pueda suponer un riesgo para su salud.

b) Se formalice una **solicitud de protección internacional**, hasta que se resuelva sobre la solicitud o ésta no sea admitida conforme con lo dispuesto en el artículo 19.1 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

*La admisión a trámite de la solicitud de protección internacional llevará aparejada la autorización de entrada y la permanencia provisional del solicitante.*

7. El **plazo de prescripción** de la resolución de devolución será de **cinco años** si se hubiera acordado en aplicación del apartado a) del artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero; y de dos años si se hubiera acordado en aplicación del apartado b) del artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. La prescripción se aplicará de oficio por los órganos competentes.

*El plazo de prescripción de la resolución de devolución acordada en aplicación del apartado a) del artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no empezará a contar hasta que haya transcurrido el periodo de prohibición de entrada reiniciado.*

*El plazo de prescripción de la resolución de devolución acordada en aplicación del apartado b) del artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no empezará a contar hasta que haya transcurrido el periodo de prohibición de entrada determinado en la resolución de devolución (Téngase en cuenta que la **STC 17/2013** anuló el inciso de la LOEX por la que se aparejaba la prohibición de entrada a las devoluciones de las personas que tratan de entrar ilegalmente en territorio español).*

8. *Cuando en el marco de un procedimiento relativo a **autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales**, se comprabase que consta contra el solicitante una resolución de devolución no ejecutada, ésta será revocada, siempre que del análisis de la solicitud derive la procedencia de la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales.*

*En caso de que el órgano competente para resolver sobre la solicitud de autorización no fuera el mismo que dictó la resolución de devolución a revocar, instará de oficio su revocación al órgano competente para ello. En el escrito por el que se inste la revocación se hará constar el tipo de autorización solicitada y expresa mención a la procedencia de la concesión de la misma, por cumplimiento de los requisitos exigibles para ello, salvo el relativo a la existencia de la resolución de devolución no ejecutada.”*

Básicamente, este sería el esquema normativo básico sobre el que se apoya un procedimiento de devolución. No obstante, es preciso exponer el marco jurídico en el que se sustenta la **medida de internamiento** a la que se refiere el anterior precepto. Y a este respecto, el **artículo 61.1 de la LOEX** dispone lo siguiente:

*“Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá*

*adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares:*

- a) Presentación periódica ante las autoridades competentes.*
- b) Residencia obligatoria en determinado lugar.*
- c) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida.*
- d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento.*

*En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas.*

- e) **Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento.***
- f) **Cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente.***

Así mismo, el **artículo 62 de la LOEX** dispone en relación al ingreso en Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE) lo siguiente:

*“1. Incoado el expediente por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 54.1, en las letras a), d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de esta Ley Orgánica en el que pueda proponerse expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador.*

*El Juez, **previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal**, resolverá mediante **auto motivado**, en el que, de acuerdo con el **principio de proporcionalidad**, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero.*

*2. El internamiento se mantendrá por el **tiempo imprescindible** para los fines del expediente, siendo su **duración máxima de 60 días**, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente.*

3. Cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, 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.

4. No podrá acordarse el ingreso de menores en los centros de internamiento, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 62 bis 1. i) de esta Ley. Los menores extranjeros no acompañados que se encuentren en España serán puestos a disposición de las entidades públicas de protección de menores conforme establece la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y de acuerdo con las normas previstas en el artículo 35 de esta Ley.

5. La incoación del expediente, las medidas cautelares de detención e internamiento y la resolución final del expediente de expulsión del extranjero serán comunicadas al Ministerio de

Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país.

6. A los efectos del presente artículo, **el Juez competente para autorizar y, en su caso, dejar sin efecto el internamiento será el Juez de Instrucción del lugar donde se practique la detención. El Juez competente para el control de la estancia de los extranjeros en los Centros de Internamiento y en las Salas de Inadmisión de fronteras, será el Juez de Instrucción del lugar donde estén ubicados, debiendo designarse un concreto Juzgado en aquellos partidos judiciales en los que existan varios. Este Juez conocerá, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales. Igualmente, podrá visitar tales centros cuando conozca algún incumplimiento grave o cuando lo considere conveniente.**

Al mismo tiempo, sin perjuicio de una exposición más detallada a lo largo de este trabajo, se habrá de tener en cuenta la existencia de un **marco normativo** mucho más amplio que puede ofrecer un mayor y más adecuado argumentario aplicable al procedimiento de devolución.

- ▶ **Constitución Española:** artículos 17 (derecho a la libertad y habeas corpus) y 24 (derecho a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a la asistencia letrada)
- ▶ **Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX):** artículos 58, 61 y 62
- ▶ **R.D. 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (RELOEX):** artículo 23
- ▶ **Ley 12/2009, de Asilo**
- ▶ **R.D. 203/1995, Reglamento de Asilo** (vigente en lo que no contradiga en la Ley 12/2009)
- ▶ **R.D. 162/2014, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros de Internamiento de Extranjeros**
- ▶ **Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados** (en adelante, Protocolo MENAS)
- ▶ **Protocolo Marco de protección a las víctimas de trata de seres humanos**
- ▶ **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea:** artículos 18 (derecho al asilo), artículo 19 (protección en caso de devolución, expulsión y extradición, y prohibición de expulsiones colectivas) y artículo 47 (derecho a la tutela judicial efectiva)
- ▶ **Directiva 2008/115/CE, de Retorno**
- ▶ **Directiva 2011/95/UE, sobre Requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional.** (Directiva de reconocimiento)
- ▶ **Directiva 2013/32/UE, sobre Procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional** (Directiva de procedimientos - de aplicación directa por falta de trasposición)
- ▶ **Directiva 2013/33/UE, sobre condiciones de acogida solicitantes de protección internacional** (Directiva de acogida –de aplicación directa por falta de trasposición–)

- ▶ **Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas**
- ▶ **Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH):** artículo 2 (derecho a la vida), artículo 3 (prohibición de la tortura, tratos degradantes e inhumanos o, en general, la prohibición de “*malos tratos*”), artículo 5 (derecho a la libertad y a la seguridad), artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar) y artículo 13 (derecho a un recurso efectivo)
- ▶ **Protocolo núm. 4 del CEDH:** artículo 4 (prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros)
- ▶ **Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH):** artículo 39 (medidas cautelares), denominada Regla 39
- ▶ **Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de refugiado:** artículo 1 (definiciones), artículo 33 (principio de no devolución)
- ▶ **Convención de los Derechos del Niño (CDN):** artículo 3 (interés superior del niño), artículo 8 (derecho a la identidad), artículo 12 (derecho a ser escuchado/ oído y a la representación) y artículo 20 (derecho a la protección y asistencia del Estado a los niños privados de su medio familiar)
- ▶ **Protocolo III sobre procedimientos relativos a las Comunicaciones con el Comité de los Derechos del Niño**
- ▶ **Observación General Nº 6 (2005)**
- ▶ **Observación general conjunta Nº 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorio y de sus familiares y Nº 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno**
- ▶ **Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul en 2011**
- ▶ **Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007**

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la medida de devolución, la **doctrina constitucional recogida en la sentencia 17/2013** establece el carácter no sancionador de la devolución:

*“La devolución, en tanto que consiste en la decisión administrativa por la que se decide la salida de España de aquellos que han pretendido entrar en nuestro país eludiendo los requisitos que para ello exige la legislación en materia de extranjería, **no supone el ejercicio del ius puniendi estatal, sino que se dicta como medida de restitución de la legalidad concul-***

***cada, expresada en el incumplimiento de los requisitos legales para el ejercicio del derecho de entrada en el territorio nacional .../... A diferencia de la expulsión, la devolución pretende evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería, por lo que **no comporta en sí misma una sanción sino una medida gubernativa de reacción inmediata frente a una perturbación del orden jurídico, articulada a través de un cauce flexible y rápido. No concurre así en la orden de devolución la “función represiva, retributiva o de castigo”, propia de las sanciones.**”***

### Jurisprudencia:

- ▶ STS 20/03/2003, rec. núm. 488/2001: concepto “pretender entrar”.
- ▶ STS 13/10/2003, rec. núm. 120/2002: concepto “inmediaciones”.
- ▶ SSTS de 28/02/2007, rec. núm. 10263/2003; 27/09/2007, rec. núm. 1830/2004; y 18/10/2007, rec. núm. 2298/2004: Expulsión o devolución.
- ▶ ST del JCA Nº 4 de Málaga núm. 243/17, de 27/07/2017: en relación a la delimitación de la frontera marítima y las operaciones de rescate en zona SAR.
- ▶ STC 17/2013: sobre el carácter no sancionador de la devolución.

## 2 Buenas prácticas para asegurar la calidad de la asistencia jurídica

### En cuanto a la firma de los acuerdos de devolución

En ocasiones la policía ofrece al letrado/a actuante la posibilidad de firmar los acuerdos de devolución en la Comisaría de Policía o, incluso, remitir los acuerdos de devolución por correo electrónico para su firma sin necesidad de efectuar ningún desplazamiento, con independencia del lugar en el que se encuentren detenidas las personas extranjeras. Se desaconseja atender dicho ofrecimiento en la medida en que la firma del acuerdo de devolución debería efectuarse en el momento en que se notifica personalmente dicho acuerdo al cliente/a, en presencia de su letrado/a. Siendo necesario tener en cuenta, además, que durante el desarrollo de la asistencia letrada pueden producirse diversas irregularidades que no deberían contar con la firma y aprobación previa del letrado/a actuante. Es por ello, por lo que se sugiere la conveniencia de encontrarse directamente con los agentes de policía en el Centro de Atención Temporal de Extranjeros (CATE), o dónde vaya a realizarse la asistencia. En este sentido, en los casos en que la policía cite al letrado/a en Comisaría para la firma de los acuerdos de devolución encontrándose sus clientes en el CATE, dicha citación debe rechazarse expresamente puesto que, estando los clientes/as en el CATE, no existe ningún trámite o tarea previa que deba hacer el letrado/a en Comisaría.

### En cuanto a cuestiones de emergencia sanitaria

Dadas las circunstancias recientes creadas a causa de la COVID-19 y otras circunstancias de emergencia sanitaria como

brotos detectados por los servicios sanitarios haciendo necesario el uso de medios de teleasistencia para poder realizar la entrevista reservada en los casos en los que, por cuestiones de seguridad sanitaria se desaconseje el desplazamiento al CATE o Comisaría y el mantenimiento de entrevistas individuales reservadas. En estos casos, en primer lugar, debe verificarse la existencia de protocolos o acuerdos oficiales que no permitan la práctica de la asistencia letrada de forma presencial. De no ser así, debe valorarse que, con la debida diligencia y responsabilidad, se lleve a cabo la asistencia letrada de forma individual y reservada. En todo caso, bien las autoridades o bien el Colegio de Abogados, cuando así se haya establecido previamente, deben poner a disposición de los letrados/as material especial de protección para evitar cualquier riesgo innecesario tanto para la persona asistida como para la abogacía. Cuando en atención a medidas concretas de seguridad o emergencia sanitaria, no se permita el desarrollo normal de la asistencia letrada, dichas medidas deberán ir acompañadas de la puesta a disposición de los medios oportunos de videoconferencia que permitan en todo caso una comunicación confidencial y segura. De lo contrario, al no permitirse ninguna vía alternativa de asistencia letrada, podría entenderse que se ha producido una vulneración de este derecho fundamental. En cualquier caso, se recomienda que la asistencia no se realice por teléfono al

no permitirse interactuar con la persona asistida, siendo aconsejable que se lleve a cabo mediante videoconferencia.

### **Sobre la determinación de la hora exacta de la detención**

Por otro lado, en este momento previo, es importante determinar la hora exacta desde la que las personas extranjeras fueron puestas a disposición de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado tras el rescate de Salvamento Marítimo, ya que el periodo máximo de 72 horas de detención empezará a computarse desde ese momento, y no desde que fueron puestas a disposición de Policía Nacional en el Puerto. Ello es de vital importancia a la hora de plantear un procedimiento de *habeas corpus* por detención ilegal más allá de dicho plazo, ya que en muchas ocasiones la puesta a disposición se efectúa con anterioridad al desembarco, sobre todo cuando quien interviene en el salvamento es la Guardia Civil con alguna de sus patrulleras. Por tanto, en aquellos casos en los que la detención exceda de las 72 horas se iniciará dicho proceso de *habeas corpus* o, en su caso, se pondrá en conocimiento del Juzgado durante la audiencia previa planteando la imposibilidad de dictar Auto de internamiento, ya que con ello se estaría convalidando una situación de detención ilegal por parte del Juzgado, procediendo únicamente por tanto la puesta en libertad.

### **Sobre la determinación del lugar de desembarco**

También es importante conocer el lugar inicial de desembarco. Generalmente, coincidiría con el de la detención, aunque no siempre coincide con el de la asistencia jurídica. El desembarco determinará la competencia del órgano administrativo para resolver sobre la devolución (artículos 58.5 y 55.2 de la LOEX), pudiendo ser nula si se carece de competencia territorial (artículo 47.1 b) de la LPAC) y también la del Juzgado competente para acordar el internamiento, que ha de ser el del lugar de detención (artículo 62.6 de la LOEX).

### **Sobre cualquier incidencia o anomalía que se detecte antes de prestar asistencia o durante la asistencia**

Se recomienda que cualquier anomalía o incidencia detectada que no permita prestar la asistencia en buenas y debidas formas, siguiendo las recomendaciones de esta Guía sea puesta de manifiesto al Colegio de Abogados para intentar buscar una solución satisfactoria para poder prestar la asistencia con las garantías exigidas y, en todo caso, intentar exigir que las mismas sean recogidas por escrito por las autoridades y, finalmente, si fuese necesario, interponer las oportunas quejas ante el Defensor del Pueblo y/u otro organismo que corresponda, tales como ACNUR, etc.



### 3 Práctica de la asistencia jurídica

El **artículo 24.2 CE** proclama como un derecho fundamental **el derecho a la defensa y a la asistencia letrada**, al igual que se predica este derecho para las personas extranjeras en el **artículo 22.2 de la LOEX**:

*“Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de protección internacional, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. Estas asistencias serán gratuitas cuando carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita.”*

De modo que las personas extranjeras sometidas al procedimiento de devolución son acreedoras de los derechos fundamentales a la defensa y a la asistencia letrada. Y, en consecuencia, ni los agentes del Cuerpo Nacional de Policía, ni la abogacía, tienen ninguna facultad de disposición sobre tales derechos. Por ello, necesariamente, la asistencia letrada en el marco de la devolución se ha de llevar cabo en los términos previstos legalmente, ya sea en el CATE o en la Comisaría de Policía Nacional.

Ello conlleva la necesidad de entrevistarse de forma individual con las personas extranjeras con carácter previo a la notificación de los acuerdos de devolución. Esta entrevista individual permite dar un asesoramiento jurídico temprano a la persona migrante, de ahí su vital importancia. Durante la entrevista podremos interactuar

personalmente, debemos presentarnos y facilitar nuestros datos de contacto, confirmar sus datos personales de filiación, obtener información relacionada con los lazos familiares que pudieran existir en España o en la Unión Europea, detectar situaciones de las que se pudiera derivar una solicitud de protección internacional, supuestos de enfermedades graves, mujeres embarazadas, víctimas de trata de seres humanos o niños, niñas o adolescentes considerados como adultos o, incluso, separaciones de unidades familiares. En definitiva, más allá de que se trata de un derecho indisponible, la conveniencia de practicar esta asistencia letrada radica en la posibilidad de obtener todas las vías argumentales posibles que puedan ser de utilidad al letrado/a para la defensa de los intereses legítimos de su cliente/a, no sólo en cuanto al recurso administrativo o contencioso frente al acuerdo de devolución, sino también para evitar la adopción de la medida cautelar de internamiento que, en su caso, pueda ser propuesta por la policía.

Por otra parte, hay que insistir en que las personas extranjeras, de acuerdo con el **artículo 61.1.d) de la LOEX**, se encuentran detenidas de forma cautelar durante un plazo máximo de 72 horas. Y, en su condición de personas detenidas, les son reconocidos los derechos previstos en el **artículo 17.3 de la CE**, los reconocidos en la normativa de extranjería, así como los previstos en el **artículo 520 de la LECR** en la medida en que les sean más favorables.

En consecuencia, el **artículo 520.6.d) de la LECR** establece que toda persona detenida tendrá derecho a la asistencia letrada, la cual consistirá entre otras cosas en:

*“Entrevistarse reservadamente con el detenido, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527.”*

Por su parte, el **TC** en sus **SS. 196/1987 y 38/2003**, ha dejado dicho que forma parte del contenido esencial del derecho a la asistencia letrada al detenido (artículo 17.3 CE) *“el asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio”*. A su vez, el **TEDH** en el Asunto **Campbell y Fell c. Reino Unido** se dice que *“no se concibe que un Abogado pueda asistir a su cliente sin consultas previas entre ellos”*. Si bien esta sentencia se refiere a un asunto de una detención en el marco de un procedimiento penal, al igual que en *Lutsenko c. Ucrania* (párrafo 96) se debe permitir esta asistencia jurídica con independencia del tipo de detención (aunque sea detención migratoria). La ausencia de asistencia jurídica, así como el acceso a la información sobre los motivos de la detención, en el caso de una detención por motivos de extranjería, puede traducirse en una falta de acceso a la tutela judicial efectiva y en consecuencia la detención sería considerada ilegal (**Abdolkhani y Karim-**

**nia c. Turquía**, párrafos 112-114, 141). Añadir y subrayar que el acceso a la asistencia jurídica es una garantía procesal que deben observar los Estados en el marco de los procedimientos de identificación, como bien lo establecen los asuntos **M.S.S c. Bélgica y Grecia** (párrafos 290-320) y **Hirsi Jamaa y otros c. Italia** (párrafo 185) donde se establece la necesidad de proporcionar a las personas migrantes recién llegadas una **entrevista individual junto a la asistencia jurídica letrada**.

Sin perjuicio de todo lo anterior, es habitual encontrarse con serias dificultades para llevar a cabo entrevistas individuales y reservadas en los CATE. Sin embargo, el letrado/a actuante debe considerar la posibilidad de negarse a llevar a cabo a la asistencia para la que ha sido designado en la medida en que no se garantice el derecho fundamental a la asistencia letrada y a la defensa de sus clientes. Y en consecuencia con lo anterior, debería negarse a firmar bien el acta de asistencia jurídica, como el acuerdo de devolución dictado frente a las personas extranjeras a las que asiste, tratando de dejar constancia del motivo por el que se le impide llevar a cabo entrevistas individuales al pie de dichos documentos. Llegado ese momento, sería conveniente abrir una vía de comunicación tanto con el respectivo Colegio de Abogados como con la Subcomisión de Extranjería y Protección Internacional del CGAE, al objeto de comunicar las incidencias que pudieran concurrir, así como para obtener el respaldo

institucional necesario que dignifique el desarrollo de la asistencia letrada y vele por el respeto de los derechos más básicos de las personas a las que defendemos. Todo ello, sin perjuicio de la comunicación de tales incidencias ante el Defensor del Pueblo y/o el inicio de las vías judiciales que se consideren oportunas.

A este respecto, el **Defensor del Pueblo** formuló una sugerencia al Ministerio de Interior, a principios del 2018, en relación con la asistencia letrada en el puerto de Almería del siguiente tenor:

*“... en relación con el derecho de los extranjeros detenidos en el puerto de Almería a ser asistidos de abogado y a comunicarse reservadamente con ellos, es aceptada por este Centro Directivo que se compromete a recordar a la Jefatura Superior de Andalucía Oriental la obligatoriedad de dar cumplimiento a las previsiones contenidas en el artículo 22.2 de la Ley Orgánica 4/2000,[...], y en el artículo 520.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, **en la que se hace consistir la asistencia letrada al detenido, en la celebración de una entrevista reservada entre el abogado y el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiera intervenido** y lo establecido en el artículo 62 bis f) de la vigente Ley Orgánica 4/2000, [...] que reconoce el **derecho de los extranjeros internados a ser asistidos de abogado y a comunicarse reservadamente con el mismo.**”*

En cualquier caso, la negativa por parte de las autoridades de realizar entrevistas individuales (o, en otras palabras, la imposición de entrevistas colectivas), abre la vía del procedimiento contencioso para la protección de los derechos fundamentales de la persona previsto en los **artículos 114 y ss. de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA)**, por la vulneración de los derechos fundamentales a la asistencia letrada y a la defensa. Pero para ello es fundamental que quede constancia de esa irregularidad en el expediente administrativo, aun cuando sea a mano, pues de lo contrario nuestra firma podría estar convalidando un acto nulo.

Igualmente, se debe prestar especial atención a la calidad de la interpretación. En caso de incidencia se debe informar en los términos expuestos más arriba. Al existir un número muy reducido de intérpretes, partimos de la mala práctica por parte de las autoridades consistente en proporcionar un número muy reducido de intérpretes y, en muchos casos sin formación en materia de interpretación, ni tampoco sobre la materia objeto de su intervención, más allá de la propia experiencia individual en la realización de este tipo de interpretaciones. A este respecto, como profesionales jurídicos, debemos tomar el protagonismo durante la asistencia letrada y asegurarnos de que la interpretación se lleva a cabo de la forma más literal posible, tanto en relación a las pregun-

tas como a las respuestas, garantizando que la persona asistida comprende la situación en la que se encuentra, así como el objetivo de la entrevista. Por tanto, no deben aceptarse resúmenes o interpretaciones llevadas a cabo en un idioma o dialecto que la persona extranjera no alcanza a comprender por completo.

En el anexo se facilita un ejemplo (de mínimos) de las preguntas o aclaraciones que podrían realizarse durante las entrevistas individuales. En cualquier caso, es necesario adaptar el lenguaje a la situación concreta, teniendo presente que la persona extranjera en cuestión acaba de ser rescatada durante una travesía por mar que puede ser especialmente traumática y que, difícilmente existirá en ese momento una relación de confianza entre abogado/a y cliente/a. Esto último debe tenerse en cuenta especialmente en aquellos casos en los que se observen indicios de trata de seres humanos, ya que no es aconsejable la formulación de preguntas directas para confirmar la condición de víctima, puesto que la confianza necesaria en ese momento es prácticamente nula y porque difícilmente la persona en cuestión se reconocerá a sí misma como víctima de trata de seres humanos. Por tanto, en relación a esta última cuestión, en lugar de la formulación de preguntas directas, se sugiere la observación activa tanto del propio expediente, como del lenguaje corporal de la persona a la que se asiste.

A pesar de lo anterior, es preciso tener en cuenta que existen otras entidades como ACNUR/CEAR, Save the Children o Cruz Roja, que llevan a cabo tareas de información y detección de situaciones de especial vulnerabilidad y cuyo trabajo previo a la asistencia letrada puede ser de utilidad para una atención jurídica más efectiva durante el trámite de entrevista.

También habrá que dejar constancia del ejercicio de otros derechos como avisar del

lugar de la detención a familiares, el derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad, o poder comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección, así como la asistencia consular. Su incumplimiento supone una vulneración del derecho a la libertad y podría dar lugar al habeas corpus o a la nulidad del expediente administrativo por vulneración de un derecho fundamental (STC 181/2020, de 14/12/2020).

## Jurisprudencia:

- ▶ STEDH de 28/06/1984, *asunto Campbell y Fell*: entrevistas individuales.
- ▶ STEDH de 21/01/2011, *asunto M.S.S c. Bélgica y Grecia*.
- ▶ STEDH de 23/02/2012, *asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia*.
- ▶ SSTC 196/1987 y 38/2003: contenido del derecho a la asistencia letrada.
- ▶ STC 181/2020, de 14/12/2020.

## Otros recursos:

- ▶ **Para la detección de supuestos de protección internacional:**
  - *“La protección internacional de los solicitantes de asilo. Guía práctica para la Abogacía”*. Fundación Abogacía Española y ACNUR (2017).
- ▶ **Para la detección de supuestos de trata de seres humanos:**
  - *“Detección y defensa de víctimas de trata. Guía práctica para la abogacía.”* Fundación Abogacía Española (2015).
- ▶ **Para la detección de supuestos tortura y tratos inhumanos:**
  - *“Actuación frente a torturas y malos tratos, inhumanos y degradantes. Guía práctica para la Abogacía.”* Fundación Abogacía Española (2014).
- ▶ **Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración**
- ▶ **Cursos online HELP <http://help.elearning.ext.coe.int/>:**
  - Niños refugiados y migrantes.
  - Asilo y Derechos Humanos.

## 4 Supuestos de no devolución

En virtud de los **artículos 58.4 LOEX**, y **23.6 RELOEX** no se puede llevar a cabo una devolución en los siguientes supuestos:

- **solicitud de protección internacional.**
- **mujeres embarazadas** (cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre)
- **personas enfermas y la medida pueda suponer un riesgo para su salud.**

La **Directiva de retorno** en su **artículo 5** añade que se ha de tener en cuenta, siempre inspirado por el principio de no devolución:

- a) el **interés superior del niño**,
- b) la **vida familiar**,
- c) el **estado de salud** del nacional de un tercer país de que se trate.

Por lo que se refiere a la inmigración de menores acompañados de sus progenitores, debería primar el interés superior del niño del artículo 5 de la Directiva. En este sentido, la **STJUE 11/03/2021, C-112/20** establece que *“el artículo 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros*

*países en situación irregular, en relación con el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que **los Estados miembros están obligados a tener debidamente en cuenta el interés superior del niño antes de adoptar una decisión de retorno acompañada de una prohibición de entrada, aun cuando el destinatario de esta decisión no sea un menor, sino su padre.***

El artículo 4.4 a) de la Directiva de la Retorno establece que se tomará en consideración las **necesidades de las personas vulnerables**: la de los padres o madres solos con hijos menores de edad y las de las mujeres embarazadas (artículo 3.9).

Por lo que se refiere a **las mujeres embarazadas y personas que padezcan enfermedades graves**, cuando la medida pueda suponer un riesgo para su salud, resulta de vital importancia durante la asistencia letrada, verificar si concurre uno de estos supuestos. En caso afirmativo, comprobar el contenido del expediente administrativo para poder acceder a la documentación médica que se haya incorporado o pedírsela directamente a la persona en cuestión una vez que se la haya entregado la policía. Así mismo, es preciso asegurarse de que todas las personas que han mostrado signos de un estado de salud deficiente que requieran de atención médica, son trasladadas inme-

diatamente al centro hospitalario que corresponda. Ello sin perjuicio del establecimiento de mecanismos de coordinación con entidades de acogida para la recopilación de información y documentación médica relevante para la estimación del recurso, ya que, es habitual que la documentación médica que pueda ser de utilidad se obtenga días después de la asistencia letrada cuando la persona se encuentra en algún dispositivo de acogida.

En relación a los supuestos concretos de **mujeres embarazadas la Sentencia nº 314/18, de 27/07/2018, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Málaga**, establece lo siguiente:

*“3. Otro segundo motivo se refiere a la condición de estar embarazada la parte recurrente, mención que sí consta al reseñarse la recurrente (ordinal nº 56), sin que conste informe médico alguno sobre el riesgo que para la salud de la madre o para la gestación pudiera suponer la decisión de devolución, circunstancias ambas que impiden que la mujer embarazada pueda ser devuelta, conforme dispone el art. 58.4 LO 4/2000, [...]”*

*Lógicamente, cuando una ciudadana extranjera es llevada a puerto español en las circunstancias ya descritas (salvamento en el mar de numerosos ciudadanos extranjeros que están a la deriva en una patera), saber si existe o*

*no riesgo para la gestación o para la gestación o para la salud de la madre exige, de manera ineludible, un reconocimiento médico. La realidad es que – se realizara o no – no consta en el expediente administrativo tal examen. A partir de aquí puede surgir la duda – puesto que tampoco consta en el expediente y es cuestión silenciada por la letrada que asiste a la recurrente sobre si solicitó o no la emisión de tal informe – de decidir si de oficio debió acordarse el reconocimiento médico o si debió ser solicitado por la parte. Como fue, y como la única forma de saber si existe o no riesgo para la gestación o para la salud de la madre es a través de un informe médico, considero que el recurso ha de ser estimado con declaración de invalidez del acto recurrido y sin expreso pronunciamiento sobre las costas de la instancia en atención a la duda expuesta.”*

En cuanto a la formalización de protección internacional, la **Ley 12/2009, de Asilo, en su artículo 18.1.d)**, entre los derechos reconocidos a las personas solicitantes de protección internacional, reconoce el siguiente:

*“A la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante.”*

Sin embargo, no ha sido una cuestión pacífica la decisión de notificar o no un acuerdo de devolución a aquella persona que manifiesta en

el CATE su voluntad de solicitar protección internacional en España, ya que la anterior normativa hace referencia expresa a la suspensión, no a la anulación o a la imposibilidad de iniciar un expediente de devolución cuando se produzca la anterior comunicación. Así las cosas, pese a que el criterio de la policía ha sido cambiante, la regla aplicada en la actualidad es la de no notificar acuerdo de devolución y suspender el expediente de devolución incoado inicialmente cuando sea comunicada la intención de solicitar protección internacional. Dicha solución, en definitiva, ofrece una actuación más garantista con el principio de no devolución de las personas solicitantes de protección internacional, ya que resulta totalmente incongruente notificar un acuerdo de devolución y, al mismo tiempo, documentar a una persona solicitante de protección internacional con un documento que garantiza expresamente la aplicación del principio de no devolución. Sin embargo, es necesario cuestionar el mecanismo por el cual se acuerda la suspensión del expediente de devolución sin que dicha suspensión sea notificada en modo alguno a la persona extranjera o a su abogado/a.

El **principio de non-refoulement o de no devolución** viene recogido en el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 1951:

*“Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno*

*a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas.”*

Este principio de derecho internacional inspira toda la normativa referente al Acquis de Asilo de la Unión Europea (conjunto normativo que conforma el sistema europeo común de asilo) y al Acquis Schengen, de modo que no sólo se garantiza la no devolución del solicitante de protección de internacional, sino que también se

reconoce el derecho de permanencia en el Estado miembro mientras perdure el procedimiento (**artículo 9.1 Directiva de Procedimiento**).

En el **Asunto AC-36/20 PPU**, el **TJUE**, establece que *“de la Directiva 2013/32 se desprende claramente que esta asocia, de manera iterativa, la condición de solicitante de protección internacional al hecho de haber «formulado» una solicitud.”* Reconociendo que la Directiva utiliza una concepción amplia del concepto de *“solicitante”*, como veremos en el siguiente apartado.

### Jurisprudencia:

- ▶ **STJUE C-36/20.**
- ▶ **STJUE C-568/19.**
- ▶ **STJUE C-47/15.**
- ▶ **Auto 322/2017, del JCA nº 5 de Málaga** por el que se acuerda suspender la medida de devolución en la medida en que consta formalizada solicitud de protección internacional.
- ▶ **Sentencia nº 314/18, de 27/07/2018, del JCA nº 3 de Málaga**, sobre la necesidad de contar con informe médico previo relativo a la salud de la madre embarazada y para la gestación de la medida de devolución.

## 5 Acceso al procedimiento de protección internacional

El **derecho de asilo es un derecho fundamental** en virtud del **artículo 18 de la CDFUE**, siendo reconocido como tal en un instrumento de derecho primario de la Unión y desarrollado por las Directivas que conforman el SECA de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico de forma directa en el momento que se redacta esta guía. Si bien en nuestra Constitución no viene configurado como derecho fundamental (viene regulado en el artículo 13.4 CE), por haber sido redactada con anterioridad a estos instrumentos jurídicos, no por ello ha de dejar de serlo en virtud del Principio de primacía del Derecho de la UE.

Sobre la cuestión relativa al momento exacto de la formalización de la solicitud de protección internacional, es cierto que la manifestación de la voluntad de solicitar protección internacional efectuada en el CATE no constituye en sí misma el trámite de formalización de la solicitud, puesto que ésta se efectuará con la realización de la entrevista personal en la cita asignada en el referido documento. Ahora bien, respecto a los diferentes momentos con relevancia que se producen en el acceso al procedimiento de asilo, en el Derecho de la Unión Europea, según la interpretación que se infiere del Artículo 6 de la Directiva de procedimientos se distinguen **3 momentos**<sup>1</sup>:



<sup>1</sup>Fuente: [Guía práctica: Acceso al procedimiento de asilo, EASO y FRONTEX](#).

- 1) **Formulación de una solicitud de protección internacional:** es el acto de expresar, de cualquier modo y ante cualquier autoridad, el deseo propio de obtener protección internacional. **Toda persona que haya manifestado su intención de solicitar protección internacional se considera solicitante,** con todos los derechos y obligaciones asociados a tal estatuto.
- 2) **Registro de la solicitud:** una vez formulada la solicitud de protección internacional, las autoridades competentes deben registrarla, en un plazo determinado, como máximo en los tres días hábiles posteriores si la formulación se ha hecho ante una autoridad responsable de registrarla, o después de seis días hábiles en caso de que la solicitud se haya formulado ante otras autoridades, como la policía, la guardia de fronteras, las autoridades de inmigración o el personal de un centro de internamiento.
- 3) **Presentación de una solicitud de protección internacional:** referida al momento en el que el solicitante facilita información o documentos para completar el expediente creado al registrar la solicitud. La presentación de una solicitud pone en marcha el inicio del examen en primera instancia.

El artículo 6.1 de esta Directiva señala al respecto:

*“1. Cuando una persona formule una solicitud de protección internacional a una autoridad competente para el registro de estas solicitudes con arreglo al Derecho nacional, el registro se realizará en el plazo máximo de los tres días hábiles siguientes a que se formule la solicitud. En caso de que la solicitud de protección internacional se formule ante otras autoridades que, pese a ser probable que reciban tales solicitudes, no sean competentes para registrarlas conforme a su Derecho nacional, los Estados miembros velarán por que el registro se realice en el plazo máximo de los seis días hábiles siguientes a la formulación de la solicitud. Los Estados miembros velarán por que estas otras autoridades que es probable reciban solicitudes de protección internacional, tales como policía, guardias de fronteras, autoridades de inmigración y personal de los centros de internamiento, dispongan de la información pertinente y su personal reciba la formación necesaria del nivel acorde a sus funciones y responsabilidades, así como instrucciones, para informar a los solicitantes sobre dónde y cómo pueden presentarse las solicitudes de protección internacional.*

Este precepto ha sido interpretado recientemente en la **STJUE C-36/20, de 26/06/2020**, en respuesta a varias cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ de Canarias e interesante en

cuanto interpreta quienes se consideran “*otras autoridades*” a los efectos de recepcionar las solicitudes de asilo pero sin ser competentes para registrarlas. Así declara la sentencia:

*“1) El artículo 6.1º y 2º, de la Directiva 2013/32/UE [...] sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, debe interpretarse en el sentido de que el juez de instrucción ante el que se insta el internamiento de un nacional de un tercer país que se halla en situación irregular a los efectos de su devolución está incluido entre las «otras autoridades» a las que se refiere esta disposición, que, pese a ser probable que reciban solicitudes de protección internacional, no son competentes para registrarlas conforme a su Derecho nacional.*

*2) El artículo 6, apartado 1, párrafos segundo y tercero, de la Directiva 2013/32 debe interpretarse en el sentido de que el juez de instrucción, en su calidad de «otra autoridad» en el sentido de esta disposición, debe, por una parte, informar a los nacionales de terceros países que se hallan en situación irregular de las condiciones de presentación de las solicitudes de protección internacional y, por otra parte, cuando un nacional haya manifestado su voluntad de formular tal solicitud, dar traslado del expediente a la autoridad competente para el registro de la solicitud a los efectos de que ese nacional pueda disfrutar de las con-*

*diciones materiales de acogida y de la atención sanitaria que se contemplan en el artículo 17 de la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional.*

*3) El artículo 26 de la Directiva 2013/32 y el artículo 8 de la Directiva 2013/33 deben interpretarse en el sentido de que un nacional de un tercer país en situación irregular que ha manifestado su voluntad de solicitar protección internacional ante «otra autoridad», en el sentido del artículo 6, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2013/32, no puede ser internado por un motivo distinto de los contemplados en el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2013/33.”*

Así mismo, por lo que se refiere al **momento a partir del cual se ostenta la condición de solicitante de protección internacional**, la sentencia dispone:

*92. De estos elementos en su conjunto resulta que el nacional de un tercer país adquiere la condición de solicitante de protección internacional, en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 2013/32, en el momento en que «formula» la solicitud.*

*93. Pues bien, mientras que el registro de la solicitud de protección internacional incumbe al*

*Estado miembro de que se trate, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, párrafos primero y segundo, de esta Directiva, y la presentación de esta solicitud requiere, en principio, que el solicitante de protección internacional cumplimente un formulario previsto a tal efecto, de conformidad con el artículo 6, apartados 3 y 4, de dicha Directiva, **el acto de «formular» una solicitud de protección internacional no requiere formalidad administrativa alguna, como ha señalado el Abogado General en el punto 82 de sus conclusiones, formalidades que deberán respetarse cuando se «presente» la solicitud.***

*94. De ello se sigue, por un lado, que **la adquisición de la condición de solicitante de protección internacional no puede supeditarse ni al registro ni a la presentación de la solicitud** y, por otro lado, que la manifestación por parte de un nacional de un tercer país de su voluntad de solicitar protección internacional ante «otra autoridad» en el sentido del artículo 6, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2013/32, como el juez de instrucción, basta para que se le confiera la condición de solicitante de protección internacional y, **por lo tanto, para que se inicie el plazo de seis días hábiles de que dispone el Estado miembro para registrar dicha solicitud.**”*

A diferencia de lo que venía ocurriendo con anterioridad a esta sentencia, se podrá solicitar la información y el acceso a los procedimientos de asilo, no sólo ante la policía, sino también

ante los Juzgados de Instrucción encargados de las audiencias previas de internamiento en CIE. En estos casos, el Juzgado de Instrucción debe comunicar a la policía que una persona ha formulado su deseo de solicitar protección internacional al objeto de que sea documentada con el volante de manifestación de la voluntad de solicitar protección internacional y, en consecuencia, como solicitante de protección internacional no cabría el internamiento en CIE de esa persona demandante de asilo (salvo en los casos contemplados en el **artículo 8.3 de la Directiva de procedimientos**, que señala lo siguiente:

*“Un solicitante solo podrá ser internado:*

- a) para determinar o verificar su identidad o nacionalidad;*
- b) para determinar los elementos en que se basa la solicitud de protección internacional que no podrían obtenerse sin el internamiento, en particular cuando exista riesgo de fuga del solicitante;*
- c) para decidir, en el marco de un procedimiento, sobre el derecho del solicitante a entrar en el territorio;*
- d) cuando la persona internada esté sometida a un procedimiento de retorno con arreglo a la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre*

*de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, para preparar el retorno o la ejecución del proceso de expulsión, y el Estado miembro pueda demostrar sobre la base de criterios objetivos, que, en particular, el interesado ya ha tenido la oportunidad de acceder al procedimiento de asilo, por lo que hay motivos razonables para pensar que únicamente presenta la solicitud de protección internacional para retrasar o frustrar la ejecución de la decisión de retorno;*

*e) cuando así lo exija la protección de la seguridad nacional y el orden público;*

*f) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del Reglamento (UE) n o 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida.*

*Los motivos de internamiento quedarán establecidos en el Derecho nacional.”*

Respecto a la posibilidad de internamiento de una persona que ha manifestado en CATE su

voluntad de solicitar protección internacional en España, además de lo establecido en la referida STJUE, es preciso traer a colación la naturaleza jurídica y finalidad de los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE), en particular, el **artículo 1.2 y 3 del R. D. 162/2014 por el que se aprueba el Reglamento de los CIE**, conforme al cual:

*“2. Los centros son establecimientos públicos de carácter no penitenciario, dependientes del Ministerio del Interior, destinados a la custodia preventiva y cautelar de extranjeros **para garantizar su expulsión, devolución o regreso por las causas y en los términos previstos en la legislación de extranjería**, y de los extranjeros que, habiéndoles sustituido la pena privativa de libertad por la medida de expulsión, el juez o tribunal competente así lo acuerde en aplicación de lo dispuesto por el artículo 89.6 del Código Penal.*

*3. El ingreso y estancia en los centros tendrá únicamente **finalidad preventiva y cautelar, y estará orientado a garantizar la presencia del extranjero durante la sustanciación del expediente administrativo y la ejecución de la medida de expulsión, devolución o regreso.**”*

Igualmente, la **Directiva sobre procedimientos** en sus **Considerando 26 y 27 dice:**

*“Con vistas a garantizar un acceso efectivo al procedimiento de examen, los funcionarios que entren en primer lugar en contacto con*

*personas que busquen protección internacional, [...] Deben ser capaces de proporcionar a los nacionales de terceros países o personas apátridas que se encuentren en el territorio, con inclusión de la frontera, las aguas territoriales o las zonas de tránsito de los Estados miembros, y que formulen una solicitud de protección internacional, la información pertinente sobre dónde y cómo deben presentarse las solicitudes de protección internacional. Si dichas personas se encuentran en las aguas territoriales de un Estado miembro deben ser desembarcadas en tierra para que sus solicitudes se examinen de conformidad con la presente Directiva.*

*Dado que los nacionales de terceros países y las personas apátridas que hayan expresado su deseo de solicitar protección internacional son solicitantes de protección internacional, deben cumplir las obligaciones y gozar de los derechos contemplados en la presente Directiva y en la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (1). Para ello, los Estados miembros deben inscribir cuanto antes el hecho de que estas personas son solicitantes de protección internacional.”*

De acuerdo con lo anterior, en la medida en que la formalización de la solicitud de protección internacional conlleva **la suspensión y la**

**imposibilidad de llevar a cabo la medida de devolución, con carácter general, no debiera acordarse el internamiento**, ya que la devolución, en ningún caso, podrá materializarse mientras esté en trámite la solicitud de protección internacional. Además, la **Ley 12/2009 de asilo** y referido al asilo en frontera, en su **artículo 22** establece que “*la persona solicitante de asilo permanecerá en las dependencias habilitadas a tal efecto*”, pero esas dependencias no pueden ser los CIEs, pues de haberlo así querido el legislador en el año 2009 expresamente lo hubiera dicho, ya que dichos centros existen desde 1985.

De conformidad con este esquema, pese a no haberse producido la presentación formal de la solicitud de protección internacional mientras la persona en cuestión se encontraba en el CATE, debe entenderse que, desde el momento en que comunica (formulación) su voluntad de solicitar protección internacional ya se ostenta la condición de solicitante y se es titular de todos los derechos y deberes que tal condición lleva aparejada, en especial la no devolución, por ello esto conlleva que la persona no debe ser internada y que ha de suspenderse la orden de devolución desde ese mismo momento.

A nivel jurisprudencial existen diversos pronunciamientos de instancia de los Juzgados de Málaga que justifican la suspensión del acuerdo de devolución:

- ▶ **Sentencia nº 328/2017, de 20/10/2017, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Málaga**, señala lo siguiente:

*“SÉPTIMO.-”... dispone que la mera solicitud de asilo determina “la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante” y en el art. 19.1 de dicho texto legal se preceptúa que “solicitada la protección, la persona no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida”, si bien la solicitud de asilo no supone necesariamente la invalidez automática de la resolución de devolución dictada. [...], por todo lo cual procede estimar parcialmente la demanda articulada en el presente recurso contencioso-administrativo y suspender la devolución hasta que se resuelva y en función de lo que se decida sobre la Solicitud de Asilo formulada por la actora el día 27 de febrero de 2017 y admitida a trámite el día 6 de marzo de 2017.”*

- ▶ **Sentencia nº 125/20 de 11/06/2020 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Málaga**, respecto a una manifestación de asilo hecha durante la asistencia letrada a presencia policial y la administración dictó orden de devolución sin proceder a suspender, dictaminó lo siguiente: *“Distinto es el caso en el que la solicitud de*

*protección internacional ha sido cursada por el extranjero de forma válida antes del dictado de la orden de devolución, en este caso rige el mandato del art. 18.1.d) de la Ley 12/2009, que reconoce al solicitante de asilo el derecho a “a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante”. Quiere esto decir que solicitado el asilo, los procedimientos de expulsión y devolución se suspenden automáticamente y sin necesidad de que medie requerimiento expreso por parte del interesado, lo que convierte en nula cualquier decisión adoptada en el curso de un procedimiento que debe de paralizarse por ministerio de la Ley.*

*El efecto que se obtiene es doble, por un lado se garantiza de manera reforzada el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por España en materia de protección internacional, asegurando el respeto a la regla de la no devolución, pues resultaría contradictorio con este principio decidir el retorno de un extranjero cuyo asilo está en trámite, por estar sustanciándose la esencial causa que justificaría su permanencia en nuestro territorio. A esto se añade que de este modo se evita el latente conflicto entre presunción de legalidad de los actos administrativos y el principio de no devolución, que no es una diatriba meramente conceptual o abstracta, sino*

que nos plantea la espinosa cuestión de si se hace necesaria una solicitud expresa de suspensión de la orden de devolución como medida cautelar en vía jurisdiccional, lo que despoja en gran medida al extranjero de la protección que le dispensa la regla de suspensión automática, problema al que nos hemos enfrentado en otras ocasiones como en nuestra sentencia de 7 de junio de 2018 (rec. 355/16) en el que nos vimos obligados a subrayar que “Así las cosas lo que debemos considerar en nuestro caso es la situación derivada del expediente de otorgamiento del estatuto de protección internacional, solicitada la protección internacional no nos consta inadmitida ni resuelta en sentido denegatorio tal solicitud, así la expulsión no puede llevarse a término hasta tanto no se ha verificado la inadmisión o desestimación de la solicitud de asilo.

Convenimos pues con el recurrente que la adopción de una orden de devolución constante una solicitud de asilo no resuelta en sentido denegatorio, ni inadmitida por resolución expresa, impide la prosecución de un **procedimiento administrativo de devolución, que debe de paralizarse de forma automática desde el momento en el que se solicite formalmente el asilo, momento en el que de conformidad a lo previsto en el art. 8.1 del RD 203/1995, debe comenzar la tramitación del procedi-**

**miento facilitando al extranjero solicitante el preceptivo formulario reglamentario del que deben disponer las autoridades en las dependencias habilitadas, no resultando condicionante para la eficacia de la suspensión del procedimiento de retorno la posposición en el tiempo de la puesta a disposición del formulario reglamentario o de la citación para la formalización de una solicitud expresamente emitida, aunque ello responda a razones de autoorganización administrativa justificadas, deviniendo en consecuencia nula la resolución de devolución que se dicte ignorando el mandato de suspensión derivado del art. 18.1.d) de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, de Asilo y de la Protección Subsidiaria<sup>2</sup>.** Finalmente, decir que en aquellos casos en los que se deniegue o se obstaculice el acceso al procedimiento de asilo a través de los cauces previstos anteriormente, o en los casos en que se acuerde el interna-

<sup>2</sup> Hemos de añadir que existe en Málaga un acuerdo de Pleno de la Sala de lo contencioso del TSJ de Andalucía, de 10 de junio de 2020, en el sentido de considerar que las solicitudes de asilo que no se formalicen en el formulario normalizado indicado en el art. 8.3 del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, no producen el efecto suspensivo de los procedimientos de devolución y expulsión. Aunque, como bien dice la Sentencia precitada “no resultando condicionante para la eficacia de la suspensión del procedimiento de retorno la posposición en el tiempo de la puesta a disposición del formulario reglamentario o de la citación para la formalización de una solicitud expresamente emitida.” Por ello, se ofrecen aquí una batería de argumentos jurídicos para poder rebatir.

miento de solicitantes de Protección Internacional se sugiere establecer contacto directo con ACNUR (a través de sus representantes en la zona) así como con la OAR, dependiente del Ministerio de Interior. Así

mismo, en estas situaciones, debe valorarse la conveniencia de poner en conocimiento del Defensor del Pueblo aquellas actuaciones que impidan u obstaculicen el acceso al procedimiento de asilo.

### Jurisprudencia:

- ▶ **STJUE C-36/20, de 26/06/2020:** Juzgados de instrucción como “otra autoridad” a efectos del acceso a los procedimientos de asilo
- ▶ **STS de 17/06/2013,** rec. Núm. 4353/2012: sobre la indefensión generada ante la ausencia de asistencia letrada en el inicio de los trámites de protección internacional.
- ▶ **Auto de 19/12/17,** Sección 2ª de la AN: en cuanto a la admisión a trámite de solicitudes de asilo en frontera por silencio positivo.
- ▶ **ST nº 328/2017,** de 20/10/2017, JCA nº5 de Málaga.
- ▶ **ST nº 125/20,** de 11/06/2020, JCA nº1 de Málaga.
- ▶ **ST del TSJA de Málaga nº 1621/2021,** de 28 de junio de 2021

### Recursos:

- ▶ **Instrucción SGII 2018/05/28:** solicitantes de protección internacional (PI) procedentes de las Comisarías de Policía tras su llegada a costas, de los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE), de los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI) y del Programa de Atención Humanitaria (AH).
- ▶ **Guía: “La protección internacional de los solicitantes de asilo. Guía práctica para la Abogacía”,** Fundación Abogacía Española y ACNUR (2017).



## 6 Trata de seres humanos

Respecto a esta cuestión, el letrado/a asistente ha de tener siempre presente que una víctima de trata, muy difícilmente, va a verbalizar ante la policía o ante el propio letrado/a su condición de víctima; y mucho menos si tenemos en cuenta la inmediatez y las prisas que envuelven todas las entrevistas relacionadas con llegadas colectivas. Por este motivo, es necesario manejar un sistema indiciario básico que pueda permitir la detección de estos supuestos. A este fin puede ayudarnos la herramienta elaborada por Inserta Andalucía <https://trataandalucia.com/>. En cualquier caso, se ha de partir de la posibilidad de identificación de una víctima de trata de seres humanos mediante el ofrecimiento y la aplicación del **artículo 59 bis de la LOEX**, según el cual:

*“1. Las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para la identificación de las víctimas de la trata de personas conforme a lo previsto en el artículo 10 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005.*

***2. Los órganos administrativos competentes, cuando estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos, informarán a la persona interesada sobre las previsiones del presente artículo y elevarán a la autoridad competente para su resolución la oportuna propuesta sobre la concesión de un período de restablecimiento y reflexión, de acuerdo con el procedimiento previsto reglamentariamente.***

*Dicho **período de restablecimiento y reflexión** tendrá una duración de, al menos, noventa días, y deberá ser suficiente para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. Tanto durante la fase de identificación de las víctimas, como durante*

*el período de restablecimiento y reflexión, no se incoará un expediente sancionador por infracción del artículo 53.1.a) y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiere incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas. Asimismo, durante el período de restablecimiento y reflexión, se le autorizará la estancia temporal y las administraciones competentes velarán por la subsistencia y, de resultar necesario, la seguridad y protección de la víctima y de sus hijos menores de edad o con discapacidad, que se encuentren en España en el momento de la identificación, a quienes se harán extensivas las previsiones del apartado 4 del presente artículo en relación con el retorno asistido o la autorización de residencia, y en su caso trabajo, si fueren mayores de 16 años, por circunstancias excepcionales. Finalizado el período de reflexión las administraciones públicas competentes realizarán una evaluación de la situación personal de la víctima a efectos de determinar una posible ampliación del citado período.*

*Con carácter extraordinario la Administración Pública competente velará por la seguridad y protección de aquellas otras personas, que se encuentren en España, con las que la víctima tenga vínculos familiares o de cualquier otra naturaleza, cuando se acredite que la situación de desprotección en que quedarían frente a los presuntos traficantes constituye un obstáculo insuperable para que la víctima acceda a cooperar.*

*3. El periodo de restablecimiento y reflexión podrá denegarse o ser revocado por motivos de orden*

*público o cuando se tenga conocimiento de que la condición de víctima se ha invocado de forma indebida. La **denegación o revocación** deberán estar motivadas y podrán ser recurridas según lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

*4. La autoridad competente podrá declarar a la víctima exenta de responsabilidad administrativa y podrá facilitarle, a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales cuando lo considere necesario a causa de su cooperación para los fines de investigación o de las acciones penales, o en atención a su situación personal, y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley. Asimismo, en tanto se resuelva el procedimiento de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, se le podrá facilitar una autorización provisional de residencia y trabajo en los términos que se determinen reglamentariamente.*

*En la tramitación de las autorizaciones referidas en el párrafo anterior se podrá eximir de la aportación de aquellos documentos cuya obtención suponga un riesgo para la víctima.*

*5. Las previsiones del presente artículo serán igualmente de aplicación a personas extranjeras **menores de edad**, debiendo tenerse en cuenta la edad y madurez de éstas y, en todo caso, la prevalencia del interés superior del menor.*

*6. Reglamentariamente se desarrollarán las condiciones de colaboración de las organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro que tengan por objeto la acogida y protección de las víctimas de la trata de seres humanos.”*

Igualmente, debería tenerse en cuenta el trabajo previo desarrollado por los Equipos de Respuesta Inmediata y Emergencias (ERIES) activados por Cruz Roja para atender las llegadas colectivas de inmigrantes, y, en especial, las actuaciones realizadas por técnicas/os especializadas en la materia con las mujeres sobre las que se han observado indicios de trata. La colaboración con Cruz Roja será de gran ayuda en la medida en que sus técnicas/os podrán facilitar a los letrados/as actuantes valiosa información que puede ser de utilidad tanto frente al acuerdo de devolución, como frente a la propuesta de internamiento que, en su caso se

podiera plantear. En cualquier caso, la práctica habitual es que la mayor parte de las mujeres que llegan a las costas españolas de manera irregular queden a disposición de entidades especializadas en la acogida de inmigrantes en situación irregular, de modo que necesariamente deberemos estar coordinados con estas entidades. En particular, en lo referido a la posibilidad de solicitar el inicio del periodo de restablecimiento y reflexión, que procede una vez que se hayan detectados indicios de trata, con independencia de que exista o no voluntad de cooperar.

Sea como fuere, en la medida de lo posible, se recomienda que sean compañeras las que lleven a cabo cualquier entrevista que se mantenga con mujeres en llegadas colectivas, al objeto de facilitar el desarrollo adecuado de este tipo de entrevistas.

### Recursos:

- ▶ ***Detección y defensa de víctimas de trata. Guía para la Abogacía.*** Publicada por Fundación Abogacía Española en 2015. <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2015/12/GUIA-VICTIMA-DE-TRATA-VERSION-FINAL.pdf>
- ▶ ***“Valoración del riesgo de trata de mujeres y menores migrantes con fines de explotación sexual”:*** <https://trataandalucia.com/>
- ▶ ***“Guía de buenas prácticas / Protección a largo plazo para las personas víctimas de trata.”*** Proyecto REST. Publicada en 2021.



## 7 Determinación de la edad

En la asistencia letrada hemos de prestar especial atención para **detectar posibles menores de edad**, preguntando a las personas atendidas sobre su edad y documentación, en su caso, que pueda acreditarla.

También hemos de **controlar el proceso de determinación de la edad**, sobre la base de las normas y principios que recogemos en este apartado.

Y por último **impugnar, en la forma que se dirá, los decretos de determinación de la edad del ministerio fiscal** si consideramos no se ajustan a la legalidad o para su dictado se ha prescindido de los principios básicos que recogemos a continuación.

El interés superior del niño se proclama como principio general que ha de presidir todas las medidas que conciernen a los menores, tal y como lo exige el **artículo 3.1 de la CDN**.

La **Observación General 6ª (2005) del CDN**, referida al trato que ha de otorgarse a los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, establece en su **apartado 25** que el menor tiene derecho a expresar su opinión, o lo que es lo mismo a ser oído en todo aquello que le concierna, como recoge el **artículo 12 de la CDN**:

*“De acuerdo con el artículo 12 de la Convención, al determinar las disposiciones que han de adoptarse respecto de los menores no acompañados o separados, se recabarán y tendrán debidamente en cuenta los deseos y las opiniones del menor (párrafo 1 del artículo 12 de la Convención)”*

lo 12). *De cara a la expresión informada de tales deseos y opiniones, es imperativo que los menores dispongan de toda la información pertinente acerca de, por ejemplo, sus derechos, servicios existentes, en especial medios de comunicación, el procedimiento para solicitar el asilo, la localización de la familia y la situación en el país de origen (artículos 13, 17 y párrafo 2 del artículo 22). En lo que concierne a la tutela, custodia y alojamiento y representación legal del menor, deben tenerse también en cuenta las opiniones de éste. La información antedicha se proporcionará en forma que sea acorde con la madurez y el nivel de comprensión del menor. Dado que la participación está en función de una comunicación fiable, se proveerá en su caso interpretación en todas las fases del procedimiento.*

En su **apartado 31** se establece que las medidas que se adopten para atender las necesidades de protección de los menores no acompañados y separados de su familia, su secuencia y prioridad, se regirán por el principio del interés superior del menor. Por ello se ha de determinar, con carácter prioritario, la condición de menor no acompañado o separado de su familia inmediatamente tras su llegada al puerto de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país.

Para la determinación de su edad no sólo debe tenerse en cuenta el aspecto físico del

menor, sino también su madurez psicológica. Además, la evaluación deberá realizarse evitando todo riesgo de violación de su integridad física, respetando debidamente su dignidad humana, y, en caso de incertidumbre, otorgándosele el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal.

En esta línea se han ido pronunciando sucesivos **dictámenes del CDN**, como el de **27 de septiembre de 2018** sobre el procedimiento de determinación de la edad en España, **Comunicación 11/2017 N.B.F vs España**, en el que se recoge que:

*“El Comité considera que es imperativa la existencia de un proceso debido para determinar la edad, así como de la **oportunidad de cuestionar el resultado** mediante procesos de apelación. Mientras dichos procesos siguen abiertos, deberá darse a la persona el beneficio de la duda y tratarla como un niño o niña.”*

*“Recuerda que, **en ausencia de documentos de identidad** u otros medios apropiados para efectuar una estimación bien fundada de la edad, los Estados deben proceder a una **evaluación global del desarrollo físico y psicológico del niño**, llevada a cabo por pediatras y especialistas u otros profesionales que sepan tener en cuenta al mismo tiempo diferentes aspectos del desarrollo. Esas evaluaciones deben reali-*

*zarse con rapidez, de manera apropiada para el niño y teniendo en cuenta cuestiones culturales y de género, entrevistando a los niños y en un idioma que el niño pueda entender. Los documentos disponibles deben considerarse auténticos salvo prueba contraria, y deben tenerse en debida consideración las declaraciones de los niños. Así mismo, es de vital importancia **conceder el beneficio de la duda** a la persona que se está evaluando. Los Estados deben abstenerse de basarse en métodos médicos basados, en el análisis de los huesos y el examen de los dientes, que pueden ser imprecisos, y tener amplios márgenes de error, y también pueden ser traumáticos y dar origen a procedimientos judiciales innecesarios.*

*El Comité considera que **los Estados partes deben designar a un representante legal cualificado** y con capacidades lingüísticas adecuadas para todas las personas jóvenes que alegan ser menores de edad, tan pronto como sea posible a su llegada, a título gratuito. El Comité considera que facilitar representación para estas personas durante el proceso de determinación de su edad equivale a darles el beneficio de la duda y constituye una garantía esencial para el respeto de su interés superior y para asegurar su derecho a ser oído. No hacerlo conlleva una violación de los artículos 3 y 12 de la Convención, porque el procedimiento de determinación de la edad es el punto de entrada para la aplicación de la Convención.*

*En este sentido España, como Estado parte, tiene la obligación de evitar que se cometan violaciones similares en el futuro, asegurando que todo proceso de determinación de la edad de posibles niños no acompañados sea acorde a la Convención y, en particular, que durante dichos procedimientos se designe rápidamente a las personas sometidas a los mismo una representación calificada y gratuita.”*

En el mismo sentido se han ido pronunciando otros **dictámenes como el de 18 de septiembre de 2019**, respecto de la **Comunicación núm. 17/2017, MT vs España; 28 de septiembre de 2020, Comunicación 26/2017, MBS vs España y 07 de febrero de 2020** dictado en la **Comunicación 24/2017, AB vs España**.

Todos esos dictámenes pueden ser consultados en la siguiente página web: <https://juris.ohchr.org/es/search/results?Bodies=5&sortOrder=Date>

Cómo criterio común en todos estos dictámenes, el CDN señala la vulneración de los **artículos 3 y 12 de la CDN**, a saber, el interés superior del menor, así como el derecho de éste a que le sea nombrado representante legal o tutor durante el proceso de determinación de la edad.

En ese proceso de determinación de la edad debemos oponernos a cualquier desnudo integral, al afectar al derecho a la dignidad, según

puso de manifiesto el **Dictamen de 15 de febrero de 2021, Comunicación nº 76/2019 R.Y.S vs España**. Esa prohibición felizmente ha sido incorporada a nuestro derecho en la **Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia**, donde se recoge expresamente en su Disposición Final 24ª que en el plazo de doce meses desde la aprobación de esta ley se procederá al desarrollo normativo del procedimiento para la determinación de la edad de los menores, de modo que se garantice el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por España, así como la prevalencia del interés superior del menor, sus derechos y su dignidad.

En el ámbito comunitario hemos de tener en cuenta la Guía Práctica sobre determinación de la edad, publicada por la Oficina de Europea de Apoyo al Asilo [https://easo.europa.eu/sites/default/files/EASO\\_Age\\_%20assessment\\_ES.pdf](https://easo.europa.eu/sites/default/files/EASO_Age_%20assessment_ES.pdf)

Esa Guía recoge las siguientes consideraciones:

En primer lugar, que el **Interés Superior del Menor** es un concepto con una triple vertiente:

a) **Un derecho sustantivo**: el derecho del niño a que se evalúen y se tengan en cuenta sus mejores intereses cuando se consideren diferentes intereses para tomar una decisión

b) **Un principio jurídico fundamental e interpretativo**: si una disposición legal está abierta a más de una interpretación, se debe elegir la interpretación que sea más efectiva para el interés superior del niño.

c) **Una regla de procedimiento**: cuando se va a tomar una decisión que afecte a un niño específico, un grupo identificado de niños o niños en general, el proceso de toma de decisiones debe incluir una evaluación del posible impacto (positivo o negativo) de la decisión sobre el niño o los niños afectados.

En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta el **beneficio de la duda** como principio interpretativo clave y como una garantía en la evaluación de la edad, ya que ninguno de los métodos actuales puede determinar una edad con certeza debido a la inexactitud de las metodologías actuales. Es necesario reconocer y establecer un margen de error, que como veremos nuestra jurisprudencia ha llevado hasta los dos años.

En tercer lugar, la determinación de la edad **no debe ser una práctica rutinaria**, sino que debe estar debidamente justificada sobre la base de las dudas sobre la edad. Sólo aplicable en aquellos los casos en los que no hay pruebas y/o en los que se evidencien contradicciones en la edad manifestada por la persona asistida

En definitiva solo se practicarán procedimientos para la determinación de la edad cuando no hayan pruebas documentales (como pasaportes, documentos de identidad, tarjetas de residencia o documentos de viaje como los emitidos por el ACNUR, certificados de otros países o certificados religiosos o civiles, sondeando el estado civil: matrimonio, nacimientos, folleto familiar del solicitante o cualquier miembro de la familia –con cualquier referencia a la edad del solicitante–), y las autoridades pueda tener dudas sobre la edad de la persona.

Es muy importante tener en cuenta que durante el proceso de determinación de la edad el sujeto ha de ser tratado como un menor, no como un adulto y, por lo tanto, no debe alojarse junto a adultos o en centros de detención.

Señala, finalmente, la EASO la **necesidad de llevar a cabo un proceso holístico** para la determinación de la edad, un proceso multidisciplinar que permita una más amplia valoración del caso y que deje de lado los perjuicios derivados la aplicación sistemática de pruebas exclusivamente médicas.

Un **enfoque multidisciplinar** para la evaluación de la edad implicaría la exploración de diferentes aspectos o factores tales como los físicos, psicológicos, del desarrollo, ambientales y culturales. Dependiendo del método utilizado, puede incluirse a trabajadores sociales, médi-

cos, radiólogos, psicólogos (infantiles), pediatras u otras personas con habilidades adecuadas con experiencia en el campo del desarrollo infantil y la estimación de la edad. Para coordinar los aportes de los diferentes expertos, debe existir un mecanismo de coordinación durante la implementación práctica de un enfoque multidisciplinario. Así lo dice con total rotundidad la Guía EASO que estamos comentando

Por su parte la **Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 12/04/2017, sobre Protección de los menores migrantes** señala, en relación a los procedimientos de determinación de la edad que:

*“Los métodos y procedimientos de determinación de la edad varían enormemente según los Estados miembros y no siempre se ajustan a las recomendaciones y a la evolución de las prácticas de la EASO. Así, por ejemplo, se realizan evaluaciones de edad innecesarias; se emplean, en ocasiones, medios invasivos; a menudo, los tutores sólo son designados cuando ya se han llevado a cabo los procedimientos de determinación de la edad; y las disputas en torno a la edad llevan a que los menores acaben internados. ...cuando existan dudas acerca de si una persona tiene menos de 18 años, se necesitan procedimientos fiables y multidisciplinarios de determinación de la edad que respeten plenamente las garantías legales relativas a la determinación de la edad prevista por la nor-*

*mativa de la UE. Cuando los resultados no sean concluyentes, se presumirá que la persona es menor, otorgándosele, en consonancia con la legislación de la UE, el beneficio de la duda. ...”*

Descendiendo a la **NORMATIVA INTERNA** el marco jurídico viene regulado en la L.O. 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, LOEX, y RE-LOEX.

El **artículo 2.1 de la L.O. 1/1996, de Protección Jurídica del Menor** establece que *“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado.”* Y que en todas las medidas que se adopten primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Por su parte el **artículo 9** recoge que el menor tiene derecho a ser oído en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

Además, se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente.

El **artículo 35. 3 y 4 de la LOEX**, regula la actuación en el supuesto de que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad. En ese caso, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal. Será el fiscal quien dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.

Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle.

Por su parte el **artículo 190 RELOEX** desarrolla este precepto, estableciendo que los datos de identificación del menor serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, una vez se haya dictado el decreto por parte del Ministerio Fiscal fijando la edad, de conformidad con lo previsto en el artículo 215 del RELOEX.

También dice el reglamento que se ha de dar conocimiento de la localización del menor o posible menor al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente por razón del territorio donde éste se encuentre.

En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, que, como hemos dicho ha de aparecer siempre por la imprecisión de estas pruebas, el reglamento recoge el principio *“in dubio pro minore”*.

A pesar de todo lo anterior, es habitual, y debemos intentar evitar con nuestra asistencia, la mala práctica consistente en que, una vez constatada la imposibilidad de establecer con seguridad la minoría de edad de esta persona, las autoridades informen sólo a Fiscalía, pero no a Protección de Menores, por lo que este servicio público especializado en la atención de niños, niñas y adolescentes, no interviene en el proceso de determinación de la edad descrito. Tampoco se avisa al letrado para que pueda asistirle durante dicho proceso de determinación de la edad, por lo que no se puede verificar si el menor es debidamente informado al respecto o si se obtiene su consentimiento (preceptivo) para la práctica de pruebas radiológicas, necesariamente invasivas.

Esos incumplimientos de las garantías podrán dar lugar a la nulidad de dichas pruebas por vulneración de derechos fundamentales y por ende a cualquier posible resolución administrativa de devolución dictada al amparo de una supuesta mayoría de edad.

También esas pruebas son interpretadas por un especialista radiólogo, no por un peri-

to forense o por un pediatra. Sea como fuere, habitualmente, no se hace entrega de los resultados de las referidas pruebas, ni tampoco del Decreto de Fiscalía que establece, con carácter provisional, la mayoría de edad del menor. Todo ello hace necesario el acceso al expediente administrativo correspondiente con carácter previo a cualquier actuación letrada que permita, en su caso, un conocimiento exacto de las carencias del mismo, lo que puede tener su importancia ante un posible recurso contencioso-administrativo, como ya ha puesto de manifiesto el **Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 7 de los de Málaga, en sentencia 247/2021 de 06/05/2021**, anulando la resolución de devolución de un presunto menor al no haberse aportado al expediente administrativo ni por la demandada el expediente de fiscalía de determinación de la edad.

Al objeto de garantizar la asistencia letrada durante estos procedimientos de determinación de la edad, deben hacerse valer los **artículos 3** (interés superior del niño) y **12** (derecho de representación y a ser oído) de la **CDN**. Igualmente, y respecto al derecho a la tutela judicial y a la libre designación de letrados/as para el caso de menores de edad, puede esgrimirse la **STC 183/2008**, según la cual:

*“En efecto, la interpretación y aplicación de la regulación de la capacidad procesal, por ser un presupuesto de acceso a la jurisdicción, debe*

*estar regida por el principio pro actione, siendo constitucionalmente exigible que se ponderen las circunstancias concurrentes para adoptar una decisión que no resulte rigorista ni desproporcionada en que se sacrifiquen intereses de especial relevancia. Entre esos intereses está, sin duda, y como ya se expuso anteriormente, el derecho de cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, a ser oído en vía judicial en la adopción de medidas que afectan a su esfera personal, en tanto que este Tribunal ya ha reiterado que forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE. De ese modo, con mayor razón, y por ser en muchos casos su presupuesto lógico, también forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal.”*

Por lo que respecta a los criterios jurisprudenciales establecidos en los procesos de determinación de determinación de la edad, el **Tribunal Supremo**, en su **sentencia núm. 307/2020, de 16/06/2020**, claramente estableció que, en materia de determinación de la edad, *“el criterio prioritario debe ser la protección del menor que se encuentran en nuestro país sin familia, circunstancia que le hace especialmente vulnerable. Como consecuencia, la interpretación de los textos legales debe*

*llevarse a cabo de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño (vinculante para España, conforme a los arts. 96 y 10.2 de la Constitución Española) que en su art. 3.2 ordena que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.*

Señala asimismo el TS que si un menor extranjero aporta partida de nacimiento no está indocumentado y de los documentos que aporte un menor tales como carta nacional de identidad, certificado de la oficina consular y/o pasaporte resulta acreditada la identidad y la edad deben ser valorados. *“(...) cuando se emite el primer decreto de minoría de edad por la Fiscalía, el demandante no estaba indocumentado, pues aportó una partida de nacimiento fechada a 25 de marzo de 2015. En el momento en que se dicta el decreto de no revisión el 21 de septiembre de 2015 el menor había aportado además un carné de identidad expedido por el Consulado de Malí (expedido el 15 de junio de 2015), un certificado de la Embajada de Malí (de fecha 22 de junio de 2015) y el pasaporte (expedido el 1 de agosto de 2015). De todos ellos resultaba su identidad y que era menor de edad.*

[...]

*El valor acreditativo de la menor edad que resulta de la documentación oficial expedida por las autoridades competentes de los países de origen debe prevalecer sobre las dudas suscitadas en la Fiscalía acerca de la fiabilidad de la edad que consta en una documentación oficial que no ha sido invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expidieron y que tampoco presenta indicios de manipulación, sobre todo cuando lo que resulta de la propia documentación aportada por el menor es hacer valer su condición de tal a efectos de obtener la protección de menores.”*

En **sentencias núm. 357/2021, 452/2014 y 453/2014**, el TS ha reconocido la prohibición de realización de pruebas médicas cuando estas personas lleven consigo documentos que acrediten fehacientemente su edad (pasaportes, documentos nacionales de identidad o certificados de nacimiento) cuya autenticidad no haya sido cuestionada. A este respecto debemos tomar todas las precauciones posibles para asegurarnos de la autenticidad del pasaporte a aportado ante las autoridades para acreditar la minoría, ya que en caso de cuestionarse su autenticidad podrá ser retirado para ser objeto de informe científico por la unidad de falsedades de documentales de Policía Nacional para determinar su autenticidad, incluso ser detenido por falsificación de documento de identidad si finalmente fuera considerado falso.

La propia declaración de mayoría de edad del extranjero al entrar en territorio español, continúa diciendo la sentencia comentada, no es un dato decisivo para dudar de la fiabilidad de la documentación *“pues es conocido que declaraciones en tal sentido se hacen por quienes son menores creyendo que así encontrarán trabajo o, tal y como en el caso explicó el demandante –según expone el propio Fiscal–, que es el modo de pasar a la península, ir a Madrid y no quedarse en un centro de internamiento en Melilla,...Estas explicaciones resultan creíbles ante una política sobre menores extranjeros no acompañados orientada al retorno del menor a su país de origen, bien con su familia bien en un centro de acogida de menores de su país.”*

No es determinante tampoco el criterio de la apariencia física en los adolescentes, *“pues no en todos los casos la apariencia física de los adolescentes revela indubitadamente su minoría”*, como tampoco la negativa a someterse a las pruebas puede considerarse como un criterio decisivo para sospechar la mayoría de edad. *“Tal negativa no carece de justificación y es coherente tanto con las razones defendidas en el recurso en el sentido de estar documentado por un pasaporte no invalidado y acreditativo de su menor edad como con la exigencia de que las pruebas de determinación de la edad no se practiquen de manera indiscriminada, tal y como ahora recoge el art. 12.4 LOPJM.”*

Incluso la propia **Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado**, en su **Nota Interna 2/2018**, sobre seguimiento de los expedientes de revisión de los decretos de determinación de la edad de extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad establece el principio *in dubio pro minore* “Se trataría de una presunción *iuris tantum* reforzada que, para enervarla, exige que concurren dos requisitos:

- a) *Que se haya eliminado cualquier duda razonable. Esto es, que se haya probado la mayoría de edad tras la valoración racional, lógica y conforme a los dictados de la ciencia y máximas de experiencia, de todos los elementos probatorios existentes.*
- b) *Que el decreto que declara la mayoría de edad esté suficientemente motivado hasta el punto que cualquier lector comprenda el hilo argumental que ha llevado al fiscal a formular su decreto, excluyendo cualquier atisbo de arbitrariedad.*

*Dicha fundamentación se extiende a la valoración de los documentos identificativos presentados por el extranjero, ya sea en el momento de la localización inicial o cuando pretenda la revisión del decreto del fiscal. Así lo exige el artículo 12.4 LOPJM cuando dispone que: (...) el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que*

*se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. Los criterios valorativos sobre la fiabilidad de la documentación presentada y los argumentos que condicionan su decisión deben quedar reflejados exhaustivamente en el decreto, de tal manera que la proporcionalidad legalmente requerida sea su consecuencia lógica y racional.”*

### **Recursos contra el decreto de determinación de la edad de fiscalía**

El Decreto no es recurrible o, mejor dicho, **no tiene previsto un recurso directo** frente al mismo, no obstante, el **Protocolo de MENAS**, aprobado por Resolución de 13 de octubre de 2014 y publicado en el BOE de 16 de octubre de 2014 **prevé su revisión** a instancias de parte con interés legítimo, en los supuestos del apartado 6.2, es decir:

- A) Cuando se aporten documentos o certificaciones genuinas expedidas por autoridades del Estado de donde es nacional el interesado que tengan fuerza probatoria según el artículo 323 LEC por haberse así reconocido por Convenio bilateral o Tratado internacional.
- B) Cuando se comunique al Ministerio Fiscal cualquier sentencia o auto judicial de cualquier orden jurisdiccional que establezca otra edad diferente.

C) Cuando concurren circunstancias sobrevenidas o que siendo preexistentes no pudieron ser tomadas en cuenta en el momento de dictar el decreto, y el Fiscal las valore como relevantes y suficientes para su modificación.

Por su parte el **TC** en **auto 151/2013**, cuando resuelve sobre la inadmisión de un recurso de amparo frente a uno de dichos Decretos por falta de agotamiento de la vía jurisdiccional, concluye que tales **Decretos son recurribles de modo indirecto** en la medida en que:

*“La determinación de la edad de un menor indocumentado se adopta por una resolución interlocutoria, que reviste los caracteres de cautelar y provisionalísima, y que se desarrolla en el ejercicio de las competencias del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, por lo que la resolución se integra en el conjunto de medidas protectoras o de otra naturaleza que se adoptan a raíz de la fijación de la edad que realiza el Fiscal.*

*Tales medidas son desde luego impugnables en vía judicial, ya sea ante la jurisdicción civil, cuando se trata de medidas de protección de menores, por la vía del proceso especial de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores del art. 780 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), ya sea ante la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando se trata de medidas administrativas que afectan al estatuto del extranjero, ya sea*

*mediante el ejercicio de otras acciones contempladas en el ordenamiento procesal en función del contenido de las medidas adoptadas.*

*[...] los órganos judiciales tienen todavía ocasión de restablecer los derechos que se consideran vulnerados por los recurrentes en amparo, puesto que nada impide a un juez de lo civil, o de lo contencioso-administrativo, al hilo de un procedimiento incoado para impugnar alguno de los eventuales efectos derivados de la aplicación del decreto de determinación de la edad que ha establecido una determinada fecha de nacimiento del extranjero, pronunciarse sobre dicho decreto, al estar este en el origen del acto que pueda ser objeto del procedimiento en cuestión.”*

No obstante ello la reciente sentencia del Tribunal Supremo 410/21, sala de lo Civil de 18 de junio de 2021 ha establecido la posibilidad de impugnación directa del Decreto del Ministerio Fiscal en el caso en que no existe resolución alguna desestimatoria del desamparo.

En relación a la **validez de las pruebas médicas de determinación de la edad**, el **TS**, en su **sentencia de 17/06/2013**, señalaba, respecto a una de las pruebas más utilizadas, como es la radiografía del carpo de la mano izquierda, que:

*“La imprecisión de la prueba no es extraña si tenemos en cuenta que la radiología simple del carpo de la muñeca izquierda para la predicción de*

*la edad cronológica a través de la edad ósea, por el método de Greulich y Pyle (la llevada a cabo al solicitante) **no da lugar a resultados que puedan considerarse absolutos y exactos sino que se trata de un método predictivo** que necesariamente presenta desviaciones. Ha de señalarse y así ha sido puesto de manifiesto por diversas organizaciones no gubernamentales y por resoluciones judiciales (téngase en cuenta a estos efectos las fundadas consideraciones contenidas en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de enero de 2012 –recurso contencioso-administrativo número 125/2009–) que el método consiste en comparar los resultados con los estándares (en imágenes) del Atlas de Greulich y Pyle, con referencia a la maduración ósea que presenta la media de la población a una determinada edad cronológica y que está basada en mediciones realizadas en niños de raza blanca en Estados Unidos y Europa, sin tomar en consideración las características éticas, sociales, culturales, nutricionales y medioambientales, que pueden tener una importante influencia en el desarrollo y madurez física y psíquica de la persona. Se menciona, incluso, la conveniencia de expresar que las determinaciones de edad basadas en el examen de los huesos de la muñeca deberían incluir un margen de error de, al menos, veinte meses.”*

Más recientemente la **Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 2ª**, insiste en la **inexactitud de dicha prueba** en su **sentencia**

**de 9 de octubre de 2017, recurso 353/2016**, allí se establece en su Fundamento cuarto:

*“Ahora bien, en opinión de la Sala, la prueba practicada por las instituciones sanitarias no permite afirmar de una forma tajante, como se hizo, que el demandante y solicitante de asilo tenía 19 años de edad. Quizás por ello, en lugar de darla por buena, se debieron pedir aclaraciones a la misma. En efecto, para determinar la menor edad cabe acudir a varios métodos, pero suele realizarse la prueba denominada “Greulich y Pyle” o el método TW-2 (Tanner y Whitehouse). En nuestro caso se realizó la primera de las pruebas.*

*La prueba Greulich y Pyle se basa en un análisis radiológico de los huesos y la muñeca y la mano izquierda, para su posterior comparación con unas tablas previamente elaboradas mediante estudios estadísticos que recogen el desarrollo de los huesos con diferentes edades. Ahora bien, existe consenso científico en entender que esta prueba no determina con exactitud la edad de una persona, sino que realizan una estimación de la misma con un margen de error que los expertos cifran en una franja de dos años arriba o abajo. Por eso, la afirmación del informe emitido por los servicios sanitarios a falta de la realización o constancia de otra prueba, indicando que el examinado tenía 19 años no puede ser considerada científica. De hecho, en los informes se suele indicar que, por ejemplo, la edad puede estar comprendida entre los 17 y 19 años y, en tal caso, en*

*aplicación del principio de protección del menor, siempre se opta por la más favorable al menor.*

*En nuestro caso, a falta de mayor prueba y partiendo del dato de los 19 años, es posible que el solicitante tenga 17 años, que es lo que siempre ha sostenido, insistimos, a falta de mayor prueba o de otro tipo de indicios. Debe quedar claro que no estamos diciendo que esta prueba no sea válida, sino únicamente que en determinadas circunstancias puede no ser suficiente –dado su margen de error– y que, ante la duda, debe optarse siempre por la protección del menor en aplicación del principio de precaución.*

*Esta forma de razonar, basada en el parecer de la comunidad científica, tiene su reflejo en nuestra jurisprudencia”*

**El TS, Sala segunda, en su Auto de 13 de mayo de 2010 (Rec. 10097/2010) sostiene que:**

*“La suficiencia y licitud de dicha prueba. Pero en el caso enjuiciado la prueba se había practicado dos veces y el propio declarante, inicialmente, sostuvo su mayoría de edad. Y como razona la STS (Penal) de 10 de diciembre de 2014 (Rec. 10515/2014), “doctrinalmente los grandes métodos para determinar la edad son los siguientes: Radiografía de muñeca (método de Greulich y Pyle Atlas 1930) (Atlas Thiemann-Nitz 1977). Ortopantomografía dental para determinar la maduración de los terceros molares (método Dermijian). Tomogra-*

*fía computarizada (TC) del extremo medial de la epífisis clavicular (estadios de Schmeling), con la utilización de cortes axiales de alta resolución “. Pues bien, de esta sentencia nos interesa destacar que, según el informe del Médico Forense, antes un examen radiológico, “ indica una edad superior a los 19 años, con un intervalo de error de (+/-) dos años, al tratarse de un sujeto no europeo”. Continúa razonando la sentencia que “ este margen de error ha de suponer que la fiabilidad de la prueba] no sea absoluta “ y por ello absuelve”.*

En definitiva, sobre la materia de este apartado debe conocer el letrado/a actuante que existe la posibilidad no solo de revisar un Decreto de Fiscalía que establezca una mayoría de edad como consecuencia de pruebas oseométricas, sino también de iniciar Diligencias de determinación de la edad, cuando la minoría de edad no haya sido detectada o tenida en cuenta en el CATE o incluso en los centros de internamiento.

También, si fuera necesario, deberá plantearse la **actuación ante el Comité de los Derechos del Niño**, con solicitud de medidas provisionales conforme al **artículo 6 del protocolo facultativo**, una vez agotadas las vías judiciales internas, o siendo estas ineficaces, [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-966](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-966).

Para la **comunicación individual** deberá utilizarse, preceptivamente, el formulario que se recoge en su página web. <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx>

## Jurisprudencia:

- ▶ **Auto del TC núm. 151/2013:** en relación a la posibilidad de recurrir los Decretos de determinación de la edad de Fiscalía.
- ▶ **SSTS núm. 357/201, 307/2020; 452/2014 y 453/2014:** respecto a la prohibición de realización de pruebas médicas de determinación de la edad cuando se aporten documentos que acrediten la edad del extranjero/a.
- ▶ **STS 410/2021**
- ▶ **STS de 17/06/2013:** sobre la indefensión generada ante la ausencia de asistencia letrada en el inicio de los trámites de protección internacional.
- ▶ **ATS, Sala 2ª de 13/05/2010.**
- ▶ **Auto del TS 943/2010 de 13/05/2010 (Sala 2ª):** acerca del margen de error de las pruebas oseométricas realizadas conforme al método Greulich y Pyle.
- ▶ **SAN de 09/10/2017, Sección 2ª y otra de la misma fecha:** acerca de la inexactitud de las pruebas oseométricas realizadas conforme al método Greulich y Pyle.
- ▶ **SAN 518/2016, Sección 2ª:** interpretación tendente a la protección del menor.

## Recursos:

- ▶ **Comité de los Derechos del Niño**
- ▶ **¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad.** Defensor del Pueblo.

## 8 El internamiento. Propuesta y audiencias previas

Con carácter previo se ha de tener presente el **artículo 17.1 de la CE**, que reconoce el derecho a la libertad de toda persona, sin que pueda ser privada de ella, salvo con la observancia de lo que el precepto dispone y en los casos y formas previstas por las leyes. A su vez, el **artículo 3.1 de la LOEX** reconoce, de acuerdo con el **artículo 13.1 de la CE**, que los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la CE.

De este modo, **la medida cautelar de internamiento debe ser excepcional** y exige un juicio de proporcionalidad que pondere las circunstancias concretas del caso.

Nos encontramos ante **una medida cautelar privativa de libertad, cuya única finalidad es llevar a efecto una resolución de devolución, por lo que los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, han de estar muy presentes en la resolución que se adopte**. Así lo exigió la **STC 115/1987**.

De los **artículos 61 de la LOEX y 235 del RELOEX** se deduce también que el internamiento es una medida excepcional, el último recurso a utilizar para ejecutar el acuerdo de devolución.

El **artículo 61.1 de la LOEX** recoge las siguientes medidas cautelares:

- a) Presentación periódica ante las autoridades competentes.
- b) Residencia obligatoria en determinado lugar.

- c) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida.
- d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento.
- e) **Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento de extranjeros.**
- f) o cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente.

El **artículo 58.6 de la LOEX** dispone que **cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión.**

Conforme a este último precepto, lo primero que hemos de tener en cuenta es que **la medida de internamiento en los supuestos de devolución ha de solicitarse en el plazo de 72 horas desde la llegada irregular**, sin que quepa acudir a ella una vez fue puesta en libertad la persona que accedió irregularmente a España. En este sentido, se ha pronunciado el **auto de 16 de abril de 2021 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas**, según el cual:

*“...si no puede ejecutarse la devolución en los plazos máximos de la detención preventiva y del internamiento, por la razón que fuere, o bien no se adopta ninguna de ambas medidas siendo puesto en libertad el extranjero, fenece la eficacia del acuerdo de devolución estando el extranjero al amparo de las garantías que le ofrece el art. 3.1 de la Ley de extranjería, y más concretamente y conforme al art. 5.1 puede circular libremente por España y elegir su residencia.”*

Así también lo declaró la sección segunda en Santa Cruz de Tenerife, mediante auto de 8 de marzo de 2021.

En el mismo sentido también se ha pronunciado la **AP de Barcelona, sección 7ª, mediante auto de 21 de enero de 2021**, que además recuerda que lo que procedería, en su caso, sería incoar expediente de expulsión, al haber pasado con creces el plazo de 72 horas desde la llegada a España.

También así lo ha declarado la AP de Málaga.

La **Circular 6/2014 de la Dirección General de Policía**, con carácter general, establece los **criterios para solicitar el ingreso de ciudadanos extranjeros en Centros de Internamiento**. De su introducción es especialmente llamativo el siguiente contenido:

*“Siendo un hecho objetivo y constatado la capacidad limitada de todos los centros de inter-*

*namiento, así como el número considerable de peticiones de internamiento que se vienen realizando respecto de extranjeros cuya situación no siempre aconseja adoptar dicha medida cautelar, la combinación de ambos extremos precisa concretar una serie de circunstancias que concurren en los afectados, que han de ser valoradas y tenidas en cuenta por los instructores de los diferentes expedientes de repatriación, con el fin de que las peticiones de internamiento que dirijan a la Autoridad Judicial reflejen realmente la situación personal, social y familiar del ciudadano extranjero, así como la viabilidad de que pueda llevarse a efecto la medida de repatriación.”*

En línea con lo anterior, dicha Circular establece determinados criterios relativos, de un lado, a las circunstancias de carácter personal del ciudadano extranjero; y, de otro lado, a las circunstancias sobre la posibilidad real de ejecutarse la repatriación. Así mismo, establece la obligatoriedad de que los agentes de policía actuantes efectúen determinadas consultas al ACNUR antes de solicitar el internamiento de los extranjeros/as. Y, finalmente, esta norma de carácter interno dispone también que el artículo 61.1 de la LOEXIS contempla otras medidas cautelares que puedan ser adoptadas por el instructor del expediente que, al igual que la del internamiento, tienen como fin asegurar la expulsión, como son:

a) La presentación periódica ante el instructor.

b) La retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida.

Sin perjuicio de lo anterior, en muchos casos la valoración de las anteriores circunstancias se reduce a criterios de nacionalidad, en la medida en que existan convenios de repatriación y/o acuerdos bilaterales con los países de origen y éstos o sus misiones diplomáticas estén en condiciones de documentar a los que dicen ser sus nacionales; o bien, a meros criterios de ocupación de los CIE o a la carga de trabajo de los agentes de la autoridad actuantes. En cualquier caso, el letrado/a designado debe velar porque la policía efectúe una valoración individualizada de las circunstancias personales de cada caso, evitando con ello actuaciones sistemáticas y generalizadas que pudieran asemejarse más bien a expulsiones colectivas, prohibidas expresamente por el **artículo 4 del Protocolo núm. 4 del CEDH**, o por el **artículo 19.1 de la CDFUE**. Evitando así mismo actuaciones policiales que vulnerasen el principio de no devolución.

Igualmente debemos tener muy presente lo dispuesto en el **R.D. 162/2014, por el que se aprueba el Reglamento de los CIEs**, en particular, sus **artículos 21** (Requisitos legales del ingreso y plazo máximo de estancia) y **23** (Solicitud de internamiento derivada de un expediente administrativo de expulsión, devolución

o denegación de entrada). El primero de estos preceptos dispone que:

*“1. El ingreso en los centros solamente se podrá realizar en virtud de resolución de la autoridad judicial competente, en los supuestos y con los efectos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y en el artículo 89.6 del Código Penal.*

*2. El período de internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente y no podrá exceder en ningún caso de sesenta días.*

*La decisión judicial que lo autorice, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, podrá establecer un periodo máximo de duración del internamiento inferior al citado.*

*3. Se podrán solicitar nuevos ingresos del extranjero si obedecen a causas diferentes, en este caso por la totalidad del tiempo legalmente establecido.”*

A su vez, el **artículo 23 del citado Reglamento** señala que:

*“1. La solicitud de ingreso se formalizará de manera motivada ante la autoridad judicial, según lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, por el instructor del expediente administrativo.*

*2. El instructor que solicite la autorización de internamiento de un extranjero dispondrá su presentación ante el juez de instrucción competente, junto con aquellos documentos que formen parte del expediente o resolución de expulsión, devolución o denegación de entrada.*

*3. Asimismo, el instructor aportará al juez certificado de todos los periodos de internamiento en centro o centros por dicho extranjero de los que se tenga constancia, con indicación de los expedientes administrativos de los que derivaron tales medidas cautelares y los juzgados que las acordaron, así como de su resolución.”*

Lo anterior resulta relevante en lo que se refiere a la conveniencia de poder acceder al expediente administrativo del que dispone la policía para verificar la documentación remitida por el Instructor al Juzgado de Instrucción, así como para verificar si existieron internamientos anteriores y la duración de los mismos.

Sea como fuere, el plazo máximo de detención cautelar, previo a la puesta en libertad o a disposición judicial, será de setenta y dos horas, pero se ha de recordar en este punto que dicho plazo se configura constitucionalmente (artículo 17.2 de la CE) como un periodo máximo de tiempo, por lo que no necesariamente se ha de agotar el mismo para llevar a cabo la puesta en libertad o la puesta a disposición judicial.

Por otra parte, en caso de que la policía acuerde la puesta en libertad de las personas expedientadas, se llevará a cabo un acto formal de entrega de éstos a la entidad de acogida que corresponda, en su caso. De este modo, se observa nuevamente, la necesidad de mantener una colaboración fluida con el personal técnico de estas entidades sociales.

El procedimiento para acordar el internamiento, de acuerdo con el **artículo 62.1 de la LOEX**, exigiría audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal. Se resolvería mediante auto motivado, en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, habrá de tomarse en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero.

Llegado este momento, se abre la vía judicial y desde un punto de vista logístico, supondrá el traslado de las personas detenidas cuyo internamiento haya sido propuesto por el instructor actuante, desde el CATE o desde la Comisaría de Policía Nacional, hasta la sede judicial.

Es necesario celebrar una audiencia de internamiento, con la debida confidencialidad y en presencia judicial, del letrado de la Administración de Justicia, del ministerio fiscal y de la defensa. Esa audiencia ha de tener similares términos que la prevista en el **artículo 505 de la LECR** relativo a la audiencia previa para acordar la prisión provisional. Allí ha de garantizarse la audiencia del extranjero/a y la valoración individualizada de su declaración y de la prueba que pueda proponerse y practicarse y practicarse en el acto o dentro de las 72 horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial.

Respecto a la necesidad de celebrar esta vista, con la garantía que ello supone, podemos acudir a la **STC 115/87**, ya citada, que pese a declarar la constitucionalidad de la medida de internamiento, exigió una serie de garantías, considerando de aplicación los mismos principios que en los supuestos diferentes de la prisión preventiva.

La **Circular de la Fiscalía 2/2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España**, en relación a la intervención del Fiscal en las audiencias previas de internamiento recoge en el mismo sentido que:

*“... a la vista de la naturaleza de los intereses en juego, resultando afectado un derecho fundamental de la persona como es la libertad, interpretando sistemáticamente el art. 62 LE en*

*relación con el art. 505 LECrim y teniendo en cuenta las funciones asignadas al Fiscal por la Constitución y su Estatuto Orgánico es conveniente –pese a la inexistencia de una disposición específica en tal sentido– la presencia del Fiscal en el acto de la audiencia y la emisión de informe previo a la decisión judicial.”*

En cualquier caso, la finalidad del acto consiste en que la autoridad judicial pueda escuchar a la persona extranjera, al Ministerio Fiscal y a la defensa respecto a la propuesta de internamiento efectuada por el instructor del procedimiento, así como conocer las circunstancias personales que pudieran concurrir en el caso e influir en la decisión que se adopte.

El letrado defensor debe recabar información y ponerla de manifiesto sobre todas aquellas cuestiones de mayor relevancia (circunstancias familiares, protección internacional, trata, minoría de edad no reconocida, estado de salud, etc.). También debe ponerse en conocimiento de la autoridad judicial y del Ministerio Fiscal, si es posible antes de la vista, las circunstancias especialmente graves que desaconsejen la adopción de la medida cautelar de internamiento y así poder ofrecerles más tiempo para valorar las circunstancias concretas, ello sin perjuicio de reproducirlas en ese acto procesal para que quede constancia de ellas.

Ha de recordarse que es posible solicitar protección internacional ante la autoridad judicial, lo que impedirá la adopción del internamiento, según la **STJUE C-36/20, de 26/06/2020**, salvo que existan circunstancias que lo aconsejen por razones de orden público.

El auto deberá ser notificado al interesado. Debe el letrado/a asegurarse de que se realiza una valoración individualizada de cada caso, analizando la documental que, en su caso, pudiera aportarse y contestando a las alegaciones formuladas.

En ningún caso debe llevarse a cabo la asistencia letrada, o deberá hacerse constar la queja, cuando se observe que los autos de internamiento hayan sido dictados con anterioridad a la celebración de la vista.

Téngase en cuenta, de cara a la interposición de recursos frente al internamiento, que será conveniente dejar constancia por escrito en la declaración de cualquier incidencia que haya podido ocurrir durante el transcurso de la vista.

Aprovechando la comparecencia en sede judicial del extranjero/a es oportuno realizar un **apoderamiento apud acta**, bien ante el letrado de la administración de justicia del juzgado de guardia o del Decanato, de cara a obtener la representación procesal neces-

ria para la interposición de acciones judiciales que en ese momento ya se prevean como posibles ante la jurisdicción contenciosa-administrativa.

Una vez acordado y llevado a cabo el internamiento el letrado/a designado debe tener muy presente el plazo máximo de duración de éste (sesenta días, o el indispensable para la ejecución de la devolución), de forma que en el momento en que se constate que la devolución no podrá llevarse a cabo en dicho plazo, se ponga de manifiesto al Juez de Instrucción para que levante el internamiento. Para ello, se solicitará al Juez que pida información a la policía acerca de las gestiones realizadas para materializar la medida de repatriación, instándole al Juez que, al constatarse que pudiera ser previsible que

no se pueda ejecutar en plazo la repatriación, el internamiento deja de tener sentido y debe procederse a la inmediata puesta en libertad de la persona internada.

También ha de tenerse en cuenta que el plazo de 60 días es un plazo máximo, no teniendo porque dictarse auto por ese máximo legal (**STC 115/87, auto nº 1112/16 de 30 de diciembre de 2016 de la AP Málaga, sección primera, y auto nº 253/2017 de 28 de marzo de 2017 sección tercera**).

Cualquier prórroga del internamiento inicialmente señalado, siempre por debajo de los 60 días, deberá realizarse, al igual que en los casos de la prisión preventiva, previa audiencia del interesado en presencia de su letrado/a.

## Jurisprudencia:

- ▶ **STEDH Saadi c. Reino Unido** (nº 13229/03), párr. 67 a 73.
- ▶ **STJUE C-36/20, de 26 de junio**: imposibilidad acordar internamiento salvo que existan circunstancias que lo aconsejen por razones de orden público
- ▶ **STC 115/87 de 7 de julio**: sobre aplicación principios y garantías de la prisión preventiva al diferente caso del internamiento.
- ▶ **Auto de 23/01/2018, del Juzgado de Instrucción nº 2 de Barakaldo**: en cuanto a los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad de la medida de internamiento.
- ▶ **Auto de 30/12/2016 nº 1112/16 AP Málaga, sección primera**. Respecto a reducción plazo 60 días.
- ▶ **Auto de 28/3/2017 nº 253/2017 AP Málaga, sección tercera**. Respecto a reducción plazo 60 días.

## Recursos:

- ▶ ***Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras. Proyecto I+D+i lusmigrante***
- ▶ **Directrices de ACNUR** sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención.

## 9 Recursos frente a los autos de internamiento

Frente al auto de internamiento dictado por el Juzgado de Instrucción **podrán interponerse los recursos de reforma y subsidario de apelación o directamente el recurso de apelación**. El primero de ellos, el de reforma, de acuerdo con el **artículo 211 de la LECR** se interpondrá dentro de los tres días siguientes a la notificación y será resuelto por el mismo órgano que dictó la resolución recurrida. **Resulta más conveniente interponer directamente el recurso de apelación** en el plazo de cinco días, de acuerdo con el **artículo 766 de la LECR**. Ello salvo que exista documentación nueva o circunstancias que no pudieron ser tenidas en cuenta por el juzgador, pues en caso contrario es poco probable que modifique su criterio. Deberá advertirse en el recurso de apelación que se trata de una privación de libertad para que se resuelva con carácter de urgencia.

En cualquier caso, para la interposición de los recursos **será necesario disponer de toda la documentación**, incluida la declaración efectuada por la propia persona extranjera, la cual debe ser recabada del juzgado a la mayor brevedad, si no disponemos de ella.

Es posible que durante la tramitación del recurso las personas internadas en CIE ya hayan sido puestas en libertad, lo cual será comunicado por la policía al Juzgado de Instrucción. En esos casos hay tendencia a considerar que se ha producido una pérdida del objeto del litigio, en tanto en cuanto esta persona ha quedado en libertad. Sin embargo, ello no es así, la Audiencia provincial debe examinar los presupuestos que fueron tomados en consideración para acordar el internamiento y verificar si el auto se ajustaba a

derecho, con independencia de la puesta en libertad. No existe, por tanto, pérdida de objeto, según ha tenido la oportunidad de pronunciarse el **auto de la AP Málaga, sección 8ª Rollo de Sala 503/2017, de 29 de septiembre**.

En otro supuesto diferente, pero con el que guarda similitud el **Tribunal Constitucional en sentencia 72/2009, de 23 de marzo**, estableció doctrina sobre la pérdida de objeto al declarar que ***“existe el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de la pretensión ejercitada, integrado en el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE.”***

Otra cuestión relevante es que el contenido de este recurso de apelación va a fijar las cuestiones que van a ser objeto de controversia, por lo que **deberán denunciarse las vulnera-**

**ciones de derechos que se hayan observado**, en particular las referidas a los derechos fundamentales (libertad, tutela judicial efectiva, defensa, asistencia letrada, etc.), ya que será un requisito imprescindible para poder acceder a un eventual al recurso de amparo.

El letrado/a designado debe llevar a cabo un minucioso análisis del contenido del auto de internamiento y entre otras cuestiones debe prestar especial atención a circunstancias tales como, si se ha establecido un periodo máximo de internamiento inferior a los sesenta días o se ha optado por el tiempo máximo sin justificar esa opción; si se ha señalado el CIE al que se va a efectuar el traslado y si éste centro de internamiento cuenta con los requisitos legales mínimos exigidos para su funcionamiento, así como la ausencia de naturaleza penitenciaria del mismo.

### Jurisprudencia:

- ▶ **STC 72/2009**, de 23/03/2009: en relación a la pérdida de objeto
- ▶ **Auto de la AP de Málaga, Sección 8ª, de 29/09/2017**: en relación a la pérdida de objeto.

## 10 Recurso de alzada frente a la resolución de devolución

Frente a las resoluciones de devolución, que **no agotan la vía administrativa**, según la **Disposición adicional decimocuarta del REOLEX**, conforme a los **artículos 121 y siguientes de la LPAC**, deberá interponerse recurso de alzada en el plazo de un mes desde la notificación de la resolución. Para ello es preciso haber tenido acceso, al menos, a uno de los expedientes administrativos completos, al ser todos iguales. A parte de las cuestiones relacionadas con la determinación de la edad, protección internacional, enfermedad grave, arraigo, etc., debemos verificar el grado de motivación empleado por la autoridad competente para adoptar el acuerdo de devolución que, a pesar de no ser un expediente administrativo de expulsión, de conformidad con el **artículo 58.3 de la LOEX**, deberá estar motivado y adoptar la forma de un expediente administrativo en el que se recojan con claridad los presupuestos que dan lugar a la aplicación de los preceptos correspondientes.

En este sentido se pronunció la **sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Málaga, núm. 409/2017, de 10 de octubre**, señalando lo siguiente:

*“Lo anterior, que no nos encontramos ante un procedimiento sancionador y que pueda decidirse la devolución sin necesidad de expediente administrativo entendido en la forma dicha de no ser preciso abrir un trámite de prueba o de audiencia, **no obsta para afirmar que la decisión ha de estar, en todo caso, motivada**, entendiéndose en este caso por motivación la adecuada correlación entre el presupuesto de hecho que habilita para la aplicación de la norma y que ha de tener reflejo en el expediente administrativo y la aplicación de la norma misma.”*

Así mismo, con mayor profundidad y en relación a la motivación concreta que debe recoger el acuerdo de devolución, la **sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 7 de Málaga, núm. 112/2018, de 23 de febrero** señala que:

*“Recuerda la jurisprudencia que la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones: desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración; pero en el terreno formal, esto es, **la exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo, no es solo una elemental cortesía sino que constituye una garantía para el administrado**, que podrá así impugnar el acto administrativo con posibilidad de criticar las bases en que se funda de tal modo que, en último término, la motivación facilita el control jurisdiccional de la Administración (artículo 106.1 CE), que sobre su base podrá desarrollarse con conocimiento de todos los datos necesarios.*

*Y dice que la falta de motivación o la motivación defectuosa pueden integrar un vicio de anulabilidad o una mera irregularidad no invalidante, y que el deslinde de ambos supuestos se ha de hacer indagando si realmente ha existido una ignorancia de los motivos que funda la actuación administrativa y si, por tanto, se ha producido o no la indefensión del administrado.*

*Pero ha declarado también el Tribunal Supremo en numerosas sentencias que el empleo de modelos normalizados en que aparezcan ya*

*incorporados determinados textos o argumentos de común aplicación, responde a una técnica de racionalización del trabajo que no puede calificarse apriorísticamente de reprobable, siempre y cuando la elección y aplicación del formulario de resolución sea fruto de un análisis y valoración específica de la situación personal del interesado y se resuelvan las cuestiones planteadas en el expediente.*

***La resolución impugnada en este recurso es muy escueta, pues se limita a ordenar la devolución del actor, sin especificar el lugar y circunstancias en las que fue hallado.***

***Aparece incorporado al expediente un informe policial que relata con detalle las circunstancias del rescate y detención de los migrantes; pero el contenido de ese informe no fue incorporado a la orden de devolución, ni consta hubiera sido comunicado al letrado del ciudadano extranjero, de cuya designación e intervención en el procedimiento administrativo no tenemos constancia anterior a la presentación del recurso de alzada, en el que alegó precisamente la indefensión por falta de motivación, argumento que por las razones expuestas debemos acoger.”***

Respecto a la competencia, de acuerdo con lo dispuesto en el **artículo 149.1.2ª de la CE**, el **58.5 de la LOEX** y el **23.1 del RELOEX**, así como al **artículo 75 de la LRJSP**, viene atribuida el Delegado o Subdelegado del Gobierno.

No obstante, pese a dicha literalidad, en algunas provincias no se notifica a los interesados, ni al letrado/a la resolución dictada por el Delegado o Subdelegado del Gobierno; sino que la notificación efectuada es la de la de propuesta de devolución firmada por el Instructor y el Secretario correspondientes, adscritos a la Brigada de Extranjería y Fronteras de la Comisaría Provincial de la Policía Nacional correspondiente. Dicho documento, aunque no se diga expresamente, puede entenderse como una “*propuesta de resolución*”, a la vista de las expresiones contenidas en la mismo que son del siguiente tenor:

*“En atención a los hechos expuestos y el precepto supuestamente infringido, la sanción que puede llegar a imponerse es la de DEVOLUCIÓN, [...]”*

Respecto a las **delegaciones de firma**, a modo de ejemplo y para su fácil comprensión, tomaremos como ejemplo la provincia de Almería. Allí no se justifica la falta de firma del Subdelegado del Gobierno sobre la base de una supuesta delegación de competencias o delegación de firma efectuada al amparo de lo previsto en la Ley 40/2015. Aun existiendo una Delegación de firma adoptada mediante Resolución de 22 de mayo de 2017, no se hace referencia a la misma en el documento notificado, como sería exigible conforme al artículo 12.3 de la referida Ley 40/2015.

Ello vulnera el **artículo 103.1 de la CE**, en tanto:

*“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.”*

Y lo dispuesto en el **artículo 47.1.b) de la LPAC**, según el cual:

*“1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:*

[...]

*b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.”*

### **Solicitud de suspensión del acto administrativo**

Con la interposición del recurso de alzada debe solicitarse por otrosí la suspensión de la resolución recurrida al objeto de evitar la devolución del extranjero mientras se tramita el recurso. Ello de conformidad con el **artículo 117.2 de la LPAC**:

*“2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el ocasionado al recurrente como consecuencia de la*

***eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:***

- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.*
- b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de esta Ley.”*

Es muy importante resaltar el **carácter positivo del silencio administrativo** en relación a la solicitud de suspensión de la ejecución del acto impugnado, transcurrido el plazo de un mes desde la solicitud (**artículo 117.3º LPAC**). Transcurrido el plazo deberá solicitarse el correspondiente certificado de actos presuntos, aun cuando su no emisión no es óbice para no entenderlo suspendido, pues podría acreditarse por cualquier medio de prueba válido en derecho.

Es importante tener en cuenta que **“La suspensión se prolongará después de agotada la vía administrativa cuando, habiéndolo solicitado previamente el interesado, exista medida cautelar y los efectos de ésta se extiendan a la vía contencioso-administrativa. Si el interesado interpusiera recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, se mantendrá la suspensión hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud.”**

El órgano competente para resolver el recurso de alzada es el superior jerárquico (Delegado del Gobierno o Ministro del interior en las Comunidades Autónomas uniprovinciales), aun cuando puede presentarse, también, ante el mismo órgano que dictó la resolución, quien deberá remitirlo al competente para resolver (artículo 121.1 LPAC).

### Jurisprudencia:

- ▶ **Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Málaga, núm. 409/2017, de 10/10/2017:** sobre la falta de motivación de la que puede adolecer el expediente administrativo.
- ▶ **Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 7 de Málaga, núm. 112/2018, de 23/02/2018:** sobre la falta de motivación del propio acuerdo de devolución, sin perjuicio del contenido del expediente administrativo.

## 11

## Contencioso administrativo. Acreditación de la representación

Para la resolución del recurso de alzada la administración tiene el plazo de tres meses, siendo el silencio negativo. Por ello bien tras la resolución expresa, o transcurrido el plazo de tres meses, se interpondrá el recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo del lugar de la sede del órgano que dictó el acto originario y ello a través del procedimiento abreviado, por lo que, de acuerdo con el **artículo 78 de la LJCA**, hay que redactar la demanda en el escrito inicial, al que se podrá **añadir por otrosí la solicitud de adopción de medidas cautelares, suspensivas y/o positivas**, que en su caso pudieran plantearse, como así se prevé en los **artículos 129 y siguientes de la LJCA**. **El plazo para presentar el contencioso, salvo en el caso del silencio (que no habrá plazo), será de dos meses.**

Se ha de tener presente que el régimen de extranjería aplicable en España se rige no solo por el derecho interno sino también, y de manera especial, por el Derecho de la Unión Europea y en materia de derechos humanos por las previsiones tanto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como del Convenio Europeo de Derechos Humanos o de la propia Directiva de Retorno. Debemos invocar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en defensa de las pretensiones de la persona extranjera.

En todo caso y dada la no obligatoriedad de la intervención de los procuradores en los procedimientos abreviados seguidos ante órganos unipersonales, la representación puede ser ostentada por el letrado/a, aunque dado el tenor del **artículo 22.3 LOEX y**

**del artículo 223 RELOEX**, se debe ser cuidadoso en cuanto a la acreditación de la misma, ya que los Juzgados de lo contencioso administrativo no están aceptando la designa por el turno de oficio como suficiente. Así además lo ha confirmado el TS en **sentencia 1135/2020, de 30 de julio**.

Si la persona extranjera está privada de libertad se puede pedir designación de procurador de oficio, enviándose al Colegio de abogados la solicitud lo antes posible. **En el caso de designarse procurador no es preceptivo el apoderamiento apud acta**, sirviendo esa designa colegial como acreditativa (**sentencia nº 1200/2015 del TSJA Sala de lo contencioso-administrativa, sede de Málaga, sección 3ª**). Se recomienda solicitar procurador de oficio desde el primer momento de la privación de libertad del extranjero, ello en función de lo establecido en el artículo 18 del RD 67/2008 Reglamento Andaluz de Justicia Gratuita, para el caso de las asistencias en las costas andaluzas.

El criterio pacífico del TS, expresado en la **sentencia 273/2020, de 26 de febrero, y 1135/2020 de 30 de julio** es que **el letrado de oficio necesita acreditar la representación mediante poder o apud acta, no así el procurador**.

Este asunto de la designación de procurador para la representación en procedimientos abreviados seguidos ante órganos jurisdic-

cionales unipersonales recibe un tratamiento heterogéneo, difícilmente justificable desde el punto de vista del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

En este sentido, sin perjuicio de la remisión que se desprende de los artículos 22.3 de la L.O. 4/2000 y 223 del R.D. 557/2011 al artículo 24.1 de la Ley 1/2000, en la mayor parte de las provincias, las personas interesadas manifiestan expresamente su intención de recurrir en vía contenciosa la resolución de devolución que se les notifica de la que deriva el proceso judicial en cuestión.

En cualquier caso, si bien el **artículo 6.3 de la Ley 1/1996** establece que: *“Defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso.”* Por su parte, el **artículo 2.2º.e) de la Ley 1/1996** señala con **carácter especial** que: *“En el orden contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en España, a su devolución*

***o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo.”***

De este modo, el **auto núm. 192/18, de 09 de julio de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJA, con sede en Málaga** señaló que siendo la regla especial la prevista en el artículo 2.2º.e) y la general la establecida en el artículo 6.3, lo procedente es la designación tanto de abogado, como de procurador, en aras a garantizar el derecho a la defensa y a la representación de esta persona extranjera cuya devolución se pretende llevar a cabo.

Así mismo, la **STSJA, con sede en Málaga, 2516/2018, de 15 de noviembre**, señaló que: ***“en los supuestos del beneficio de Justicia Gratuita, el profesional no es elegido sino designado por el Colegio de Procuradores, y esa designación sirve ante el Juzgado para demostrar quién es el profesional que va a representar a la parte beneficiaria de tal derecho, sin que existan razones para seguir otro criterio cuando es el Abogado designado de oficio el que asume la representación cuando actúa ante órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa unipersonales.”***

E, igualmente, el **auto del TSJA con sede en Málaga 137/20, de 20 de mayo**, dispuso que: ***“[...] una vez que consta que la procuradora, fue designada para representar a la parte re-***

***currente, no puede exigírsele otro apoderamiento que no sea el efectuado por el Colegio de Procuradores, pues dentro de las diferentes formas para otorgar el poder para litigar, se encuentra el que se lleva a cabo de oficio en el turno de justicia gratuita, siendo así que, una vez efectuado el nombramiento, no es preciso acto de apoderamiento por parte del representado pues el poder, pues no es dable confundir dicho apoderamiento con el contemplado en el art 33.2 de la L.E. Civil.”***

En el mismo sentido la **sentencia 228/2021, de 28 de enero, dictada por la Sección Primera del TSJA con sede en Granada**, según la cual:

***“[...] debemos reseñar que el propio Tribunal Constitucional –entre otros, en el Auto de 30 de noviembre de 2009, dictado en el recurso de amparo 2108/2009– ha declarado que el derecho de acceso al proceso no puede arbitrarse de cualquier manera, sino que ha de hacerse por las vías procedimentales legalmente establecidas, siendo imprescindible a tal respecto la exteriorización de la voluntad del actor de conceder el poder de postulación al letrado o procurador de que se trate, bien a través de su designación para asumir la representación y defensa correspondiente –mediante cualquiera de los medios admisibles–, bien mediante la solicitud del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita para litigar, [...]”***

Hemos de tener presente que el **TC**, mediante **auto de 30 de noviembre de 2009, dictado en el Recurso de Amparo núm. 2108/2009**, dejó bien claro que la solicitud del procurador de oficio ante el juzgado, no corresponde a la letrada designada, sino al interesado, lo que tendrá que ser tenido en cuenta para evitar archivos por no acreditar la representación:

*“La cuestión no era que el ciudadano extranjero no hubiera comparecido ante el Juzgado mediante un Procurador, lo que no es exigible ante los órganos unipersonales del orden contencioso-administrativo (art. 23.1 LJCA), sino que no constaba aquel consentimiento o lo que la Sentencia impugnada denomina su “voluntad impugnatoria.” Por no ser la Abogada promotora del recurso contencioso-administrativo representante del interesado, el órgano judicial no podía requerir al Colegio de Procuradores la designación de uno de sus colegiados, pues para ello es preciso que sea la parte (y no un tercero) la que manifieste carecer de recursos económicos. No consta, en efecto, que el interesado hubiera solicitado el beneficio de justicia gratuita, y su solicitud era necesaria para obtenerla ex art. 12 de la Ley de asistencia jurídica gratuita (LAJG) y art. 8 del Reglamento de asistencia jurídica gratuita, aprobado por Real Decreto 996/2003, de 25 de julio. Obviamente es precisa también la petición de parte para la designación de procurador cuando no se tenga*

*derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 33.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil). La Abogada no podía, por tanto, promover válidamente esa designación, pues no había sido apoderada para ello, sino, al parecer, designada de oficio sólo para asistir al interesado en un procedimiento administrativo y tal designación, como es obvio, no supone ni el consentimiento expreso e inequívoco del interesado a que acabamos de hacer referencia ni implica la justificación de la insuficiencia de recursos para litigar, que es requisito para poder litigar con asistencia jurídica gratuita (arts. 13 y 15 LAJG; art. 22.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), requisito a cuya verificación tendría que haberse sometido el ciudadano extranjero demandante por propia petición.”*

Sea como fuere, la utilización en el CATE de los formularios de solicitud de asistencia jurídica gratuita para la interposición de recurso contencioso administrativo frente a las resoluciones de devolución, aparte del que debe rellenarse para la formulación del recurso administrativo (formularios de asistencia jurídica para entradas masivas), supone una forma de agilizar los procesos de reconocimiento de asistencia jurídica y de garantizar que la persona extranjera solicita dicha asistencia inmediatamente, siempre que el letrado/a asistente de-

tecte, ya en el CATE, que el caso en cuestión será revisado en vía judicial a través de un recurso contencioso administrativo.

El letrado/a debe tener en cuenta que si finalmente actúa sin procurador porque pudo

obtener la representación o le fue conferida apud acta en el juzgado de guardia en el momento del internamiento, no podrá ser sustituido por otro letrado que no tenga la representación asignada, así lo ha establecido el **TS en sentencia 1086/2020 de 23 de julio**.

### Jurisprudencia:

- ▶ **Auto del TC de 30/11/2009**, dictado en el Recurso de Amparo núm. 2108/2009.
- ▶ **STS 273/2020, de 26 de febrero y 1135/2020 de 30 de julio**: el letrado de oficio necesita acreditar la representación mediante poder o apud acta, no así el procurador
- ▶ **STS 1086/2020 de 23 de julio**: no cabe la sustitución de letrados en su representación
- ▶ **Sentencia nº 1200/2015 del TSJA Sala de lo contencioso-administrativa, sede de Málaga**, sección 3ª: respecto a la no necesidad de acreditar la representación en el caso de designación de procurador de oficio.
- ▶ **Sentencia núm. 228/2021, dictada por la Sección Primera del TSJA con sede en Granada**.
- ▶ **Auto núm. 192/18, de la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJA**, con sede en Málaga, sección 2ª: sobre la designación de procurador de oficio.



**PROCEDIMIENTO ESPECIAL  
DERECHOS FUNDAMENTALES**

## 12 Procedimiento especial de derechos fundamentales

Es necesario valorar la idoneidad de iniciar un procedimiento especial de derechos fundamentales cuando se hayan podido vulnerar el derecho a la defensa, a la asistencia letrada, a la tutela judicial efectiva, a la libertad, a la integridad, entre otros derechos fundamentales.

Si bien el derecho de asilo no está previsto en la CE como un derecho fundamental, no puede ignorarse que sí que está recogido en la **CDFUE**, cuyo **artículo 18** señala:

*“Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.”*

Según la **sentencia TC 26/2014, de 13 de febrero de 2014**, la CDFUE se incorpora al derecho interno a través del artículo 10.2 CE o, en su caso, de la doctrina de las vulneraciones indirectas, si ésta resulta aplicable por razón de la materia. Tal es el caso del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, derecho libertad, vida, etc.

Así mismo, debe tenerse en cuenta una posible vulneración de los **artículos 2** (derecho a la vida) y **3** (prohibición de la tortura) del **CEDH**, en la medida en que la devolución al país de origen o a un tercer país, pudiera conllevar un riesgo serio para la vida o de sufrir tratos crueles, inhumanos y degradantes.

En este sentido, ambos planteamientos podrían ser reconducidos a través de un procedimiento especial para la protección

de los derechos fundamentales por la vía de los **artículos 10.2 y 13.1 de la CE**.

Este procedimiento especial viene regulado en los **artículos 114 y siguientes de la LJCA**. Es preciso recordar que, ante la vulneración de un derecho fundamental, no es preceptivo interponer recurso de alzada. No se exige, en esos casos, el agotamiento de la vía administrati-

va (**STS de 19/12/2011, RC 6780/2009**), por lo que dentro del plazo de diez días (**artículo 115.1 LJCA**) desde la notificación de la resolución de devolución cabría la interposición de este recurso jurisdiccional, pudiendo así interesar la suspensión jurisdiccional del acto de forma inmediata o cautelarísima sin correr el riesgo de la inadmisión por no haber agotado la vía administrativa.

### Jurisprudencia:

- ▶ **STS de 19/12/2011, RC 6780/2009**: respecto a la posibilidad de iniciar procedimiento especial de derechos fundamentales sin necesidad de agotar la vía administrativa.

## 13 Medidas cautelarísimas

Una vez agotada la vía administrativa, en el recurso contencioso, o en el marco de un procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, podrán plantearse medidas cautelarísimas. Estas medidas de carácter urgente aparecen reguladas en el **artículo 135 de la LJCA**, según el cual:

*“1. Cuando los interesados alegaran la concurrencia de **circunstancias de especial urgencia** en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto:*

*a) **Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.***

*[...]*

*b) **No apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131, durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo.***

*2. En los supuestos que tengan relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen retorno y el afectado sea un menor de edad, el órgano jurisdiccional oirá al Ministerio Fiscal con carácter previo a dictar el auto al que hace referencia el apartado primero de este artículo.”*

En lo que al procedimiento de devolución se refiere, la medida cautelarísima podrá solicitarse en aquellos casos en los que concurra algunos de los supuestos de suspensión de la devolución vistos anteriormente o cualesquiera otros que impidan la ejecución de la devolución, como puede ser por ejemplo la existencia de indicios de trata, menores de edad no reconocidos como tales, protección internacional, etc.

En cualquier caso, es preciso hacer varias advertencias en relación al lugar de presentación de las medidas cautelarísimas, ya que dependerá del momento en el que se soliciten. En este sentido, siempre que podamos pedir las en días hábiles y antes de las 15:00 h. (a pesar de lo establecido en el **artículo 130.3 de la LEC**, en el que se entiende por horas hábiles las que median desde las ocho de la mañana a las ocho de la tarde) se habrán de presentar ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo correspondiente. En otros casos, en los que sea necesaria la presentación de estas medidas en días y horas dónde no está abierta la oficina judicial,

se habrán de solicitar en el Juzgado de Instrucción de Guardia de la sede del órgano que dictó la resolución. Así lo establece el **artículo 42.5 del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre de 2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales**, según el cual:

***“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:***

[...]

***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.***

En este segundo caso, se trata de asuntos urgentes e inaplazables que exigen una inter-

vencción judicial inmediata, por lo que se excluyen los casos no urgentes que puedan ser presentados en horario de audiencia de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo. En este sentido, la urgencia ha de ser extraordinaria, de una intensidad mayor que la normalmente exigible para la adopción de medidas cautelares ordinarias. Por tanto, resulta de especial interés para el letrado/a actuante en esta cuestión la obtención, a través de Policía Nacional y de la Dirección del CIE que corresponda, de toda la información relativa a la efectiva ejecución de la medida de repatriación de que se trate, al objeto de poder acreditar la urgencia requerida para solicitar las medidas cautelarísimas ante el Juzgado de Instrucción de Guardia.

### Jurisprudencia:

- ▶ **STS de 11/07/2003, rec. núm. 6978/2001:** en relación a la necesidad de acreditar situaciones de urgencia excepcional para poder presentar medidas cautelarísimas ante el Juzgado de Instrucción de Guardia correspondiente.
- ▶ **Auto de la Sección 2ª de la AN, de 29/12/2017:** respecto a la presentación de medidas cautelarísimas ante la AN frente a la ejecución inmediata del acuerdo de devolución, posterior a la denegación de solicitud de reexamen de una solicitud de asilo en frontera.



## 14 Otras cuestiones

### A) Acceso al expediente administrativo

---

Una vez efectuadas las notificaciones de las resoluciones de devolución, conforme las exigencias normativas anteriormente expuestas, es preciso solicitar por escrito a la Unidad de Extranjería y Fronteras de la Comisaría de Policía Nacional copia de los expedientes administrativos relativos a la devolución de las personas extranjeras que han sido designadas al letrado/a actuante. Así lo permite lo dispuesto con carácter general en el **artículo 53.1.a) de la LPAC**, en relación con lo establecido por el **artículo 20.2 de la LOEX**, según el cual:

*“Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley.”*

A este respecto, si bien el **artículo 58.3 de la LOEX** establece que no será necesario un expediente de expulsión para los procedimientos de devolución y careciendo esta medida de naturaleza sancionadora, en el sentido referido al inicio; ello no obsta que la decisión de devolución deba estar debidamente motivada, esto es, que se sustente en un expediente, entendida esta palabra como los documentos que sugieran estar en presencia del presupuesto de hecho previsto en la norma que se pretende aplicar, en la medida en que se trata de actos administrativos que limitan o restringen el ejercicio de derechos fundamentales.

Sea como fuere, en el expediente administrativo podremos analizar si concurren los presupuestos concretos para la devolución. En particular, nos encontraremos habitualmente, con la documentación relativa a los detalles de

la interceptación de la embarcación, oficio de entrega de la Guardia Civil de las personas interceptados a la Policía Nacional, listado de los extranjeros reseñados, así como la correspondiente decisión de devolución.

### Jurisprudencia:

► **STC de 18/07/2016, rec. 5646/2014:** relativa a la necesidad de contar con expediente administrativo en los procedimientos de devolución.

#### B) Contacto con personas extranjeras internadas en CIE

---

Es necesario que desde el primer contacto con el cliente en cuestión facilitemos el teléfono de contacto del letrado actuante.

En el caso de que se lleve a cabo el internamiento, es preciso advertir a los clientes de la necesidad de mantener contacto entre cliente-letrado. En este sentido, debemos tener conocimiento de cualquier incidencia ocurrida durante el internamiento (quejas, solicitudes de asilo, devoluciones, puesta en libertad, etc.).

Si van a una organización no gubernamental o son asistidos por Servicio de Orientación Jurídica (en los CIE que cuenten con este servicio) también es importante que tengan allí noticias de quién es el letrado que asistió a la persona extranjera, a fin de coordinar su defensa y dar respuesta a cualquier incidencia ocurrida durante el tiempo de internamiento.

#### C) Prescripción de los acuerdos de devolución

---

Según el **artículo 23.7 del RELOEX:**

*“El plazo de prescripción de la resolución de devolución será de cinco años si se hubie-*

ra acordado en aplicación del apartado a) del artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero; y de **dos años si se hubiera acordado en aplicación del apartado b) del artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000**, de 11 de enero. La prescripción se aplicará de oficio por los órganos competentes.

[...]

*El plazo de prescripción de la resolución de devolución acordada en aplicación del apartado b) del artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no empezará a contar hasta que haya transcurrido el periodo de prohibición de entrada determinado en la resolución de devolución.*"

Traemos a colación extracto del **auto de la AP de Las Palmas de fecha 21/05/2021**, en el que se analiza detalladamente la cuestión de la prescripción:

*"Añadamos a ello que las referencias normativas al plazo de prescripción del acuerdo de devolución contenidas en el apartado 7º del art. 23 del Reglamento de extranjería, que en el caso de los que tratan de entrar ilegalmente en España se fija en dos años, **no está contemplando un plazo de vigencia del acuerdo de devolución sin ejecutar, sino que fija un plazo de eficacia de una medida aneja al acuerdo de devolución efectivamente ejecutado, cual es***

**el de la vigencia de la prohibición de volver a tratar de entrar en España.**

[...]

*Dado que, a juicio del Tribunal Constitucional, "la medida de prohibición de entrada que lleva aparejada toda devolución carece, en su condición de sanción, de la apertura y tramitación de un procedimiento contradictorio con las garantías que, conforme a nuestra doctrina, ha de reconocerse a en toda actividad sancionadora de la Administración", la conclusión del razonamiento es que procede declarar inconstitucional y nulo el inciso "asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años" del artículo 58.6 de la Ley Orgánica 4/2000 [...] El inciso anulado figura actualmente con el mismo tenor en el apartado séptimo (no ya sexto) del artículo 58 de la Ley Orgánica 4/2000 tras la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009.*

[...]

*Octavo.- Siendo todo ello así, negado el carácter sancionador de las órdenes de devolución propiamente dichas y admitida, aun cuando sólo fuera por aplicación de la Directiva 2008/115/CE, la validez –y aun la exigencia– de las prohibiciones de entrada a ellas anejas*

*(cuando viniera precedidas, en España, de las garantías que exige el Tribunal Constitucional), y no discutidos en el recurso los tiempos a que pueden elevarse dichas prohibiciones, estimamos que nada impide que el a quo del cómputo de los plazos para su “prescripción” sea el que fijan los preceptos reglamentarios impugnados, sin que necesariamente hayan de atenderse a los dispuesto de modo supletorio para las sanciones administrativas en la Ley 30/1992.*

*Dicho plazo de prescripción no es, en definitiva y pese a su tenor literal, sino una mera limitación temporal de la eficacia del acto de modo que, transcurrido un determinado tiempo, aquél deja de ser ejecutable. Lo que en realidad el titular de la potestad reglamentaria ha decidido al aprobar, con un expresión quizás no demasiado acertada, el artículo impugnado del Reglamento y autolimitar las propias facultades gubernativas, es que las órdenes de devolución expiran en los dos supuestos ya referidos: esto es, carecen sobrevenidamente de eficacia si transcurren cinco años a partir del momento en que finalizó “el periodo de prohibición de entrada reiniciado” (para la primera hipótesis) o dos años a partir del final del periodo de prohibición de entrada determinado en la orden misma de devolución (para la segunda hipótesis).*

*Dado que el precepto impugnado (apartado séptimo del artículo 23) del Reglamento se limita a fijar el “plazo de prescripción de la resolución*

*de devolución” y que estas últimas resoluciones no constituyen una modalidad de ejercicio del ius puniendi del Estado, no cabe aplicarles el sistema “común” de la Ley 30/1992 sobre el inicio de los plazos de prescripción fijados para las sanciones administrativas en general.*

*Por lo demás, ello produciría consecuencias contradictorias con las medidas mismas. Respecto de la segunda hipótesis a debate, única que podría suscitar reparos por la aplicación de al sentencia constitucional 17/2013 (cuyo pronunciamiento de inconstitucionalidad sólo a las prohibiciones de entrada inherentes a las devoluciones acordadas frente a quienes “pretenden entrar ilegalmente en el país”, no a las inherentes a la devolución de quienes, una vez expulsados, han contravenido la prohibición de entrada previamente adoptada), respecto de esta segunda hipótesis, decimos, el alegato de las entidades demandantes conduce a un resultado ilógico y contradictorio: implicaría, por ejemplo, que a los dos años, contados desde el momento en que se dicta y gana firmeza en vía administrativa, expiraría (“prescribiría”) una orden de devolución acompañada de la prohibición de entrada por un tiempo de duración de tres años. Es decir, con esta manera de computar el diez a quo la “sanción” prescribiría antes incluso de que finalizase el tiempo de prohibición en ella impuesto, lo que es contrario a la propia “sanción” y a la lógica jurídica. El sentido y el objetivo de la prohibi-*

*ción de entrada, temporalmente extensible –y no discutido en este litigio– a cinco o a tres años, hace incompatibles con ella sistemas de*

*determinación del inicial como el que auspicia la demanda por remisión a las normas generales de la Ley 30/1992.”*

### Jurisprudencia:

► **AP de Las Palmas** de fecha 21/05/2021.

#### D) **Detención de unidades familiares con menores de edad**

Sobre esta cuestión, se observa con cierta frecuencia que por motivos diversos algunas de las unidades familiares con menores de edad a cargo son conducidos a los calabozos de la Comisaría de Policía Nacional y detenidos en calabozos para delincuentes comunes.

En este sentido, debe considerarse especialmente perjudicial para el interés superior del niño su traslado a los calabozos de un centro de detención común para adultos, como es la Comisaría de Policía Nacional, sin que se hubieran analizado previamente y de forma exhaustiva cuáles eran las alternativas a la detención, ni si las condiciones de los calabozos eran las

adecuadas a las necesidades específicas de los niños.

Sea como fuere, el CDN ha estimado que la detención de cualquier niño por su propia condición migratoria o la de sus padres siempre contraviene el interés superior del niño y constituye una violación de los derechos del niño (**Obversación General Conjunta** nº 4 de 2017, párr. 5). A su vez, la posición de ACNUR al respecto se basa en que los niños no deben ser detenidos por motivos migratorios, sin importar su condición migratoria/jurídica o la de sus padres, y en que la detención nunca responde a su interés superior.

Así mismo, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, la falta de condiciones adecuadas

en la detención de los niños puede dar lugar a múltiples violaciones del **CEDH**, entre ellas: del **artículo 3** (prohibición de tratos inhumanos o degradantes); del **artículo 5.1** (detención ilegal y arbitraria debido a unas condiciones de detención inadecuadas); y/o del **artículo 8** (derecho a la vida familiar, a la vida privada y al desarrollo personal del niño en particular).

### **E) Retiradas de menores de edad acompañados**

Sobre esta cuestión, hemos de tener presente todo lo relativo a las situaciones de riesgo y de desamparo reguladas en la **L.O. 1/1996 de protección jurídica del menor**, en concreto en los **artículos 17 y 18**. Ahora bien, también hay que tener en cuenta que tal y como estableció la Fiscalía en su **Dictamen 5/2014 sobre protección de menores extranjeros que acceden irregularmente al territorio en compañía de personas sin vínculo acreditado de parentesco y/o en riesgo de victimización**, *“el hecho de entrar en España irregularmente, utilizando vías o medios peligrosos, sin documentación, sin seguir los cauces legales y sin arraigo, puede objetivamente considerarse ya de por sí para el menor afectado como situación de riesgo, que exige que los poderes públicos se preocupen de la situación del mismo y garanticen su seguridad y bienestar”*.

En aplicación de la L.O. 1/1996, la medida de retirada del menor de edad del adulto que

le acompaña debiera ser acordada previa resolución administrativa del Servicio de Protección de Menores en la que se valore si efectivamente existe un riesgo inminente para el menor, así como si la medida de retirada, pese a ser la más drástica, puede considerarse en el caso concreto en interés superior del niño. Dicha resolución administrativa, puede ser recurrida sin requerimiento previo en el orden civil a través de la figura de la oposición a la retirada regulada en el **artículo 780 de la LEC**.

Sin embargo, las retiradas de menores de edad que se han producido en el puerto, en ocasiones, han sido adoptadas de forma sistemática, sin ningún tipo de resolución administrativa, ni valoración del riesgo ni del interés superior del niño. Estos casos deben ser detectados por los abogados/as a través de las entrevistas reservadas con las personas adultas que se hacen cargo de esos menores ya que la policía no informa acerca de las retiradas efectuadas. Una vez producidas deben estudiarse minuciosamente las acciones legales a emprender, ya que la materia es ciertamente compleja y muy poco estudiada en vía judicial, por lo que se sugiere la comunicación al Defensor del Pueblo, así como al Colegio de Abogados.

En cualquier caso, quien efectúa la retirada es la Policía Nacional en aplicación de la figura de la actuación inmediata prevista en el **artículo 14 de la L.O. 1/1996**, según el cual:

*“Las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal.”*

Tal medida, pese a lo dispuesto en el artículo anterior, no puede ser aplicada de forma sistemática, sino que requiere de una previa entrevista de la policía con la persona adulta a cargo del menor en la que se analice la existencia de un riesgo inminente de victimización más allá de la mera entrada irregular en territorio español a través de patera y de la carencia de documentación que acredite el parentesco alegado. Es decir, la retirada debe basarse en el riesgo inminente de victimización del menor de edad suficientemente grave como para llevar a cabo la actuación inmediata.

Se ha observado que, en algunas de las provincias con mayor número de llegada de personas extranjeras por vía marítima, es precisamente esta vía de actuación por riesgo la que suelen utilizar las Fiscalías de Menores. Así, la actuación inmediata de la policía consistente en comunicar a Fiscalía la detección de un menor en situación de riesgo por llegar en patera y venir acompañado de una persona adulta que

no puede acreditar documentalmente el parentesco alegado con el menor, no es suficiente por sí sola para efectuar la retirada inmediata del menor, sino que, en estos casos, la Fiscalía iniciará formalmente Expediente de riesgo en el que debe solicitar al Juzgado competente, de acuerdo con el **artículo 158.3º.c) del CC**, la adopción de la medida cautelar consistente en el *“sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor”* hasta que se reciban los resultados de las pruebas de ADN practicadas en el CATE para confirmar el parentesco alegado.

A este respecto debemos añadir dos elementos que dificultan enormemente estas situaciones; en primer lugar, hemos de ser conscientes de que los resultados de estas pruebas no se obtienen de una forma ágil, sino que pueden demorarse uno o dos meses, en el mejor de los casos; y, en segundo lugar, también ha de tenerse en cuenta que desde el CATE solo se practican pruebas de ADN cuando el parentesco alegado sea materno filial, excluyéndose la realización de test cuando sea otro tipo de parentesco el alegado.

En cualquier caso, mientras se reciben los resultados, tendremos ya iniciado un procedimiento judicial en el que será valorada la adopción de la medida cautelar solicitada por Fiscalía previa audiencia de la persona adulta a cargo del menor de edad, los cuales habrán

permanecido juntos, normalmente, en un centro de acogida de personas llegadas por costa. En dicha audiencia es aconsejable la aportación de cualquier medio de prueba acreditativo del parentesco e incluso la declaración del personal técnico de la entidad que haya podido observar detenidamente el apego entre la persona adulta y el menor de edad.

Las actuaciones que se han realizado en algunos casos, con retiradas de facto, se alejan de las propias previsiones de la **Instrucción 3/2008 Fiscalía General del Estado**, conforme a la cual, en estas situaciones la Fiscalía debe adoptar una *“posición extraordinariamente activa desde el punto de vista preprocesal en defensa de los derechos de los menores.”*

## F) Enfoque humanitario en las llegadas marítimas

---

Iniciábamos el contenido de esta Guía con todo lo relacionado con el marco normativo que envuelve a los procedimientos de devolución previstos en el artículo 58.3 de la LOEX. En todo momento se da por sentado que la única respuesta a la entrada ilegal en territorio español son las medidas de devolución (sin perjuicio de su suspensión en los casos enumerados anteriormente).

Sin embargo, tras las experiencias de las acogidas de los buques utilizados por ONGs internacionales para el rescate de personas ex-

tranjeras en el Mediterráneo Central, entre las costas de Italia y Libia, se ha podido observar que existen alternativas a las devoluciones sistemáticas de las personas extranjeras que llegan a las costas españolas.

Ya fuera a iniciativa del Gobierno español o a instancias de las ONGs, la administración española (desde los ámbitos estatal, autonómico y local) han asumido la acogida de estas personas. Para ello, no solo se desplegaron medios humanos y materiales sin precedentes, a nivel nacional y comunitario, sino que se optó por darle un enfoque distinto a las llegadas marítimas. En este sentido, no se iniciaron procedimientos de devolución, sino que la Administración española decidió aplicar los **artículos 25.4 de la LOEX y 4.2 del RELOEX**, en relación a la autorización de entrada motivada por circunstancias excepcionales de índole humanitaria, según los cuales, respectivamente:

***“Se podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en los párrafos anteriores cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. En estos casos, se procederá a hacer entrega al extranjero de la documentación que se establezca reglamentariamente.”***

*“La Comisaría General de Extranjería y Fronteras podrá autorizar la entrada en España de*

*los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en el apartado anterior cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. En estos casos, se procederá a hacer entrega al extranjero de la resolución acreditativa de la autorización de entrada por cualquiera de estas causas.*

*Sin perjuicio de la posible consideración de las causas que motivaron su concesión en el marco del procedimiento relativo a la residencia por circunstancias excepcionales, la autorización de la entrada en España en base a lo dispuesto en el párrafo anterior no supondrá, por sí misma y de forma aislada a otras circunstancias que pudieran ser alegadas, el cumplimiento de los requisitos a acreditar de cara a la obtención de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales.”*

En este sentido, los hechos que motivan la adopción de estas medidas excepcionales, es decir, las circunstancias de especial vulnerabilidad que envuelven los trayectos migratorios de las personas rescatadas en el mar Mediterráneo son similares con independencia de que el rescate se haya efectuado en el Mediterráneo Central o en el Occidental, con la particularidad de que las personas rescatadas entre las costas de Italia y Libia no están infringiendo la normativa española en cuanto no pretendían entrar en territorio español.

En cualquier caso, las razones excepcionales humanitarias que pudieron justificar las autorizaciones de entrada del artículo 25.4 de la LOEX, son razones humanitarias que concurren en relación a los rescates efectuados entre la costa marroquí o argelina y la española, especialmente, en aquellos casos en los que los rescatados son supervivientes de naufragios o cuando el rescate se haya producido en aguas internacionales y quepa cuestionarse la aplicación del concepto “pretender entrar”.

### **G) Desapariciones y muertes de personas migrantes**

---

Si bien es cierto que no es común encontrarse con este tipo de situaciones o verlas de forma directa en la guardia de llegadas marítimas, sin embargo, es posible que de algún modo tengamos que asistir a algún familiar, pariente, persona amiga o conocida de la persona desaparecida o fallecida. De este modo no queremos dejar de rendir homenaje a todas aquellas personas cuya travesía no tuvo buen fin o que por motivos varios desaparecieron durante su trayecto migratorio y cuya vida también importa como todas aquellas personas a las que asistimos, y porque esa pérdida no sólo tiene efectos psicológicos sobre los familiares o allegados, sino que también produce efectos jurídicos. Finalmente, es importante brindar dignidad a la persona y su derecho intrínseco a la vida, aunque lo sea a través de la muerte.

Es posible que algún familiar o allegado intente comunicarse con la persona que asistió en una determinada fecha o que de forma conexas trate de buscar a un familiar. En España, no existe un registro de personas desaparecidas, ni un mecanismo para identificar a las personas desaparecidas. Cabe destacar el recién firmado convenio de 25 de mayo de 2021 entre el Ministerio de Justicia y Cruz Roja Española en materia humanitaria e identificación de cadáveres que permitirá el intercambio de datos de personas desaparecidas y la identificación de los cadáveres.

En consecuencia, si alguien, entre las personas que se asisten o familiares, se pone en

contacto para pedir asesoramiento o ayuda para descubrir el paradero de la misma y/o para saber cómo actuar, el punto de partida es ayudar a esa persona a formular una denuncia de modo que se deje constancia de la desaparición y de que se provoque la obligación de búsqueda por parte de los Estados. También se ha de poner en contacto con el Servicio de Restablecimiento del Contacto Familiar de Cruz Roja.

Recomendamos como herramienta de trabajo y de soporte la Guía para familias de víctimas de la Frontera.

### Recursos:

- ▶ **Convenio entre el Ministerio de Justicia y Cruz Roja Española** de 25 de mayo de 2021
- ▶ ***Guía para Familias de víctimas de la Frontera***, Caminando Fronteras, 2021
- ▶ **CAPÍTULO 3 del Informe: *Familias de personas migrantes desaparecidas: su búsqueda de respuestas, el impacto de la pérdida y recomendaciones para mejorar las respuestas institucionales a sus necesidades***. Informe sobre: España. OIM, 2021

**ANEXO 1. Formulario de entrevista durante asistencia letrada a persona extranjera en expediente de devolución, elaborado por D. Daniel Arencibia Borrego, Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas.**

<a href="#">Protocolo CGAE de llegadas marítimas.</a>	<a href="#">Protocolo expulsiones exprés (puertos y aeropuertos)-</a>
<a href="#">Guía CGAE de Asilo para abogados.</a>	
<a href="#">Derechos del detenido. Art. 520 LECr.</a>	“►”: Pregunta prioritaria

1. CIRCUNSTANCIAS DE LA ENTREVISTA.		Nº COLEGIADO QUE ASISTE:		
LUGAR	<input type="checkbox"/> CATE <input type="checkbox"/> CIE <input type="checkbox"/> Comisaría <input type="checkbox"/> Juzgado <input type="checkbox"/> Aeropuerto <input type="checkbox"/> OTRO:			
FECHA		INTÉRPRETE E IDIOMA		
OTROS COLEGIADOS/AS EN LA MISMA LLEGADA				
¿EL DETENIDO HA PODIDO HACER SU LLAMADA TELEFÓNICA <a href="#">Art. 520.2.f LECr?</a> (PEDIRLO)			<input type="checkbox"/> SÍ <input type="checkbox"/> NO	
¿SE PERMITE ENTREVISTA INDIVIDUAL Y RESERVADA <a href="#">Art. 520.6.d LECr?</a>			<input type="checkbox"/> SÍ <input type="checkbox"/> NO	
¿IDENTIFICA ALGÚN RESPONSABLE DE PONER OBSTÁCULOS A LA ASISTENCIA LETRADA ( <a href="#">537 CP</a> )?			<input type="checkbox"/> SÍ <input type="checkbox"/> NO	
DATOS DEL RESPONSABLE <a href="#">537 CP</a> (Si lo hubiera)				
► HE DADO MI NOMBRE, Nº COL Y TELÉFONO AL DETENIDO ( <a href="#">PROTOCOLO CGAE - TEDH</a> )			<input type="checkbox"/> SÍ <input type="checkbox"/> NO	
ABOGADOS QUE LO ASISTIERON EN ACTUACIONES ANTERIORES				
¿ENTIENDE SUS DERECHOS COMO DETENIDO QUE CONSTAN EN LA HOJA DE DERECHOS? <a href="#">Art. 520 LECr.</a>			<input type="checkbox"/> SÍ <input type="checkbox"/> NO	
<b>2. SALUD. (<a href="#">Art. 126 LOEx</a>)</b>				
► ¿TIENE ENFERMEDAD O DISCAP. GRAVE?		<input type="checkbox"/> SÍ <input type="checkbox"/> NO	¿NECESITA TRATAMIENTO O MEDICACIÓN?	<input type="checkbox"/> SÍ <input type="checkbox"/> NO
¿CUÁL ES LA ENFERMEDAD O DISCAPACIDAD?				

<b>3. INFORMACIÓN PERSONAL.</b>						
▶ ¿SON CORRECTOS SUS DATOS EN EL ACUERDO (NOMBRE Y APELLIDOS, NACIMIENTO, NACIONALIDAD)?						☐SÍ ☐NO
NOMBRE Y APELLIDOS				N.I.E		
NACIONALIDAD		FECHA NACIMIENTO		PADRES		
▶ ¿COMPRENDE BIEN EL IDIOMA QUE USA EL INTÉRPRETE?						☐SÍ ☐NO
LENGUA MATERNA	☐Inglés	☐Francés	☐Árabe marroquí	☐Árabe	☐Poular	☐Wolof
	☐Soninké	☐Malénke	☐Mandinga	☐ OTRO:		
▶ ¿TRAE PASAPORTE, DOCUMENTO DE IDENTIDAD O CERTIFICADO DE NACIMIENTO O FOTO (Móvil)?						☐SÍ ☐NO
TELÉFONO DE CONTACTO		EMAIL				
DOMICILIO Y TELEFONO EN ORIGEN						
¿EXISTEN DUDAS SOBRE LA MAYORÍA DE EDAD DECLARADA? <a href="#">Art.35.3 LOEx</a>						☐SÍ ☐NO
<b>4. MENORES.</b> <a href="#">DETERMINAR LA EDAD: VIDEO EXPLICATIVO PARA NIÑOS EN 7 IDIOMAS</a>						
¿DECLARA SER MENOR?		☐SÍ ☐NO	¿MENOR NO ACOMPAÑADO <a href="#">Art. 35 LOEx?</a>			☐SÍ ☐NO
<b>5. MUJERES</b>						
¿EMBARAZADA? <a href="#">Art 58.4 LOEx</a>		☐SÍ ☐NO	¿HA SUFRIDO VIOLENCIA GÉNERO <a href="#">Art. 31 bis LOEx?</a>			☐SÍ ☐NO
¿SE HA OBSERVADO ALGÚN TIPO DE INDICIO DE TRATA DE SERES HUMANOS? <a href="#">Art. 59 bis LOEx?</a>						☐SÍ ☐NO
¿CUÁLES?						
<b>6. FAMILIA</b>						
▶ ¿HA HECHO EL VIAJE CON ALGÚN FAMILIAR?						☐SÍ ☐NO
▶ ¿TIENE PADRES, HERMANOS, CÓNYUYE O HIJOS EN EUROPA? <a href="#">Art. 17 LOEx</a>						☐SÍ ☐NO
¿TIENE OTROS FAMILIARES O ALLEGADOS EN EUROPA?						☐SÍ ☐NO
INFORMACIÓN FAMILIAR (NOMBRE, DIRECCIÓN, TELÉFONO):						

<b>7. EL ACUERDO DE DEVOLUCIÓN</b>			
¿HA PODIDO EXPLICAR SUS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES ANTES DE QUE SE DICTARA EL ACUERDO? SI NO PUDO, <a href="#">PROTOCOLO 4 CEDH</a> : SE PROHIBEN LAS EXPULSIONES COLECTIVAS ( <a href="#">STEDH 13/02/20</a> )			<input type="checkbox"/> SÍ <input type="checkbox"/> NO
Nº PATERA	FECHA DE DETENCIÓN	HORA	DÍAS DETENIDO
FECHA ACUERDO DEVOLUCIÓN		FECHA DE NOTIFICACIÓN	
¿A DÓNDE SE ACUERDA LA DEVOLUCIÓN? <input type="checkbox"/> "A su país de origen" <input type="checkbox"/> "A su país de origen o procedencia"			
<b>8. SOBRE LA PRIMERA DETENCIÓN</b>			
¿HA SUPERADO LAS 72 HORAS DETENIDO? 17.2 CE; 23.4 RLEX; 530 CP			<input type="checkbox"/> SÍ <input type="checkbox"/> NO
¿FIRMÓ SU PUESTA EN LIBERTAD EN EL LIBRO REGISTRO DE DETENIDOS? <a href="#">INSTR. 12/2009 S.Eº.Seg.</a>			<input type="checkbox"/> SÍ <input type="checkbox"/> NO
▶ ¿QUÉ QUIERE HACER A LAS 72 HORAS DE DETENCIÓN?	<input type="checkbox"/> Esperar aquí libre hasta tener plaza de acogida. <input type="checkbox"/> Salir libre de aquí a un alojamiento particular.		
¿LE RETUVIERON PERTENENCIAS QUE TIENE QUE RECOGER ANTES DE SALIR? <a href="#">INSTR. 12/2009 S.E.Seg.</a>			<input type="checkbox"/> SÍ <input type="checkbox"/> NO
<b>9. DETENCIÓN POSTERIOR PARA EXPULSIÓN (PUERTOS Y AEROPUERTOS)</b>			
DOMICILIO			
¿DÓNDE FUE DETENIDO?	<input type="checkbox"/> PUERTO <input type="checkbox"/> OTRO:		
¿TIENE DOMICILIO QUE SE PUEDA COMPROBAR <a href="#">CIRCULAR 2/2012 DGP</a> ; <a href="#">CIRCULAR 6/2014 DGP</a> (Ej.: Foto en el móvil de Tarjeta de Residencia de amigo o familiar)			<input type="checkbox"/> SÍ <input type="checkbox"/> NO
<b>10. SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL.</b>			
TODO LO QUE DIGA ES CONFIDENCIAL. El gobierno de su país nunca será informado si pide protección en España.			
▶ ¿CREE QUE PODRÍA SUFRIR DAÑOS GRAVES SI LE DEVUELVEN AL PAÍS DE ORIGEN O PROCEDENCIA?			<input type="checkbox"/> SÍ <input type="checkbox"/> NO
▶ ¿TIENE MIEDO DE SER PERSEGUIDO EN SU PAÍS POR SU RAZA, ETNIA, RELIGIÓN, NACIONALIDAD, OPINIONES POLÍTICAS, GRUPO SOCIAL, SU GÉNERO, TEMOR A MATRIMONIO FORZOSO, TEMOR A MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA A ALGÚN MIEMBRO DE SU FAMILIA, POR SER HOMOSEXUAL O HUYE DE UNA GUERRA?			<input type="checkbox"/> SÍ <input type="checkbox"/> NO
¿HA SUFRIDO TORTURAS O TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES DURANTE EL VIAJE?			<input type="checkbox"/> SÍ <input type="checkbox"/> NO
¿LA POLICÍA LE DIO INFORMACIÓN SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL? <a href="#">Art. 6 Directiva 2013/32/UE</a>			<input type="checkbox"/> SÍ <input type="checkbox"/> NO
FOLLETOS INFORMATIVOS MIN. INTERIOR			<a href="#">ESPAÑOL</a>
¿TIENE MIEDO A CONSECUENCIAS EN TU PAÍS SI PIDES PROTECCIÓN A ESPAÑA?	<input type="checkbox"/> SÍ <input type="checkbox"/> NO	<a href="#">FRANCÉS</a>	<a href="#">INGLES</a>
			<a href="#">ÁRABE</a>

<b>ALEGACIONES Y OBSERVACIONES</b>
SI EL ABOGADO/A OBSERVA NECESIDAD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL, LO MANIFESTARÁ JUNTO A SU FIRMA DEL ACUERDO DE DEVOLUCIÓN Y LO COMUNICARÁ A ACNUR ( <a href="mailto:spama@unhcr.org">spama@unhcr.org</a> ) Y O.A.R. ( <a href="mailto:publico.asilo@interior.es">publico.asilo@interior.es</a> )

## Anexo 2. Fases de la asistencia y principales aspectos a tener en cuenta

### INTERCEPTACIÓN O RESCATE DE LA EMBARCACIÓN:

- Ten siempre en cuenta que el periodo de detención de 72 h. empieza a contarse desde el momento en que Guardia Civil custodia a las personas extranjeras subiéndolas a bordo de embarcaciones de las FCSE.
- Intenta indagar si durante el rescate o interceptación se produjeron hechos reseñables (naufrajos, accidentes, lesiones, etc.)



### ASISTENCIA SANITARIA Y HUMANITARIA:

- Trata de acceder a la información relevante que pueda facilitarte Cruz Roja (enfermedades graves, mujeres embarazadas, menores de edad, situaciones de trata de seres humanos, protección internacional, etc.)



### IDENTIFICACIÓN Y RESEÑA:

- Confirma siempre con la persona extranjera todos sus datos personales, especialmente la fecha de nacimiento.
- Recuerda que la ficha de identificación podría ser de utilidad para identificar a la persona extranjera (apud acta, por ejemplo).



### INTERVENCIÓN DE ENTIDADES ESPECIALIZADAS:

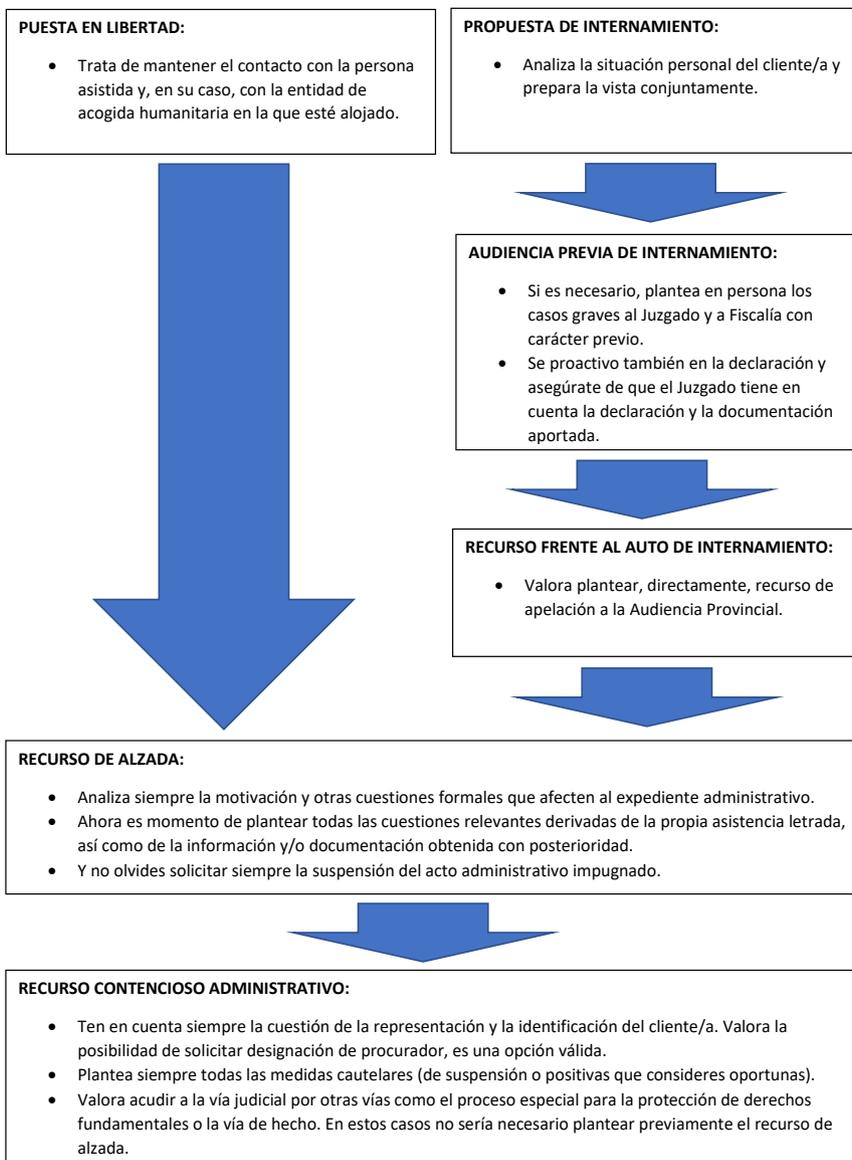
- ACNUR/CEAR y Save The Children podrían darte apoyo e información relevante. Mantente en contacto.



### ASISTENCIA LETRADA:

- Es esencial llevar a cabo entrevistas individuales y reservadas. Recuerda que la asistencia letrada es un derecho fundamental.
- Las asistencias colectivas o la mera presencia durante la notificación no son admisibles.
- Sé proactivo/a para detectar motivos de suspensión de la devolución o situaciones de especial vulnerabilidad. Dirige tú la asistencia.
- Verifica la calidad de la traducción.
- Recoge en el expediente administrativo todas las incidencias detectadas y comunícalas, en su caso, a tu Colegio de Abogados, al Defensor del Pueblo y a la propia Comisaría.
- Y no olvides recopilar la firma para las solicitudes de asistencia jurídica gratuita en los casos en los que sea previsible la vía contenciosa.





### Anexo 3. Tips para la asistencia

---

Como la asistencia suele durar poco tiempo y es de carácter intenso, es recomendable tener en consideración los siguientes elementos que pueden ser de ayuda:

Antes de iniciar la entrevista/asistencia, es necesario cerciorarse con la policía de quiénes se van a entrevistar para que en el caso de que sean mujeres se intente mantener la misma con una letrada mujer (esta cuestión también debe tenerse en cuenta por los Colegios de abogados cuando proveen con los listados de los abogados/as que ha de prestar la asistencia).

Hay que tratar de:

- ▶ **Explicar que sois abogado/abogada** independiente; es fundamental que no os confundan con otra autoridad más y sobre todo que puedan comprender que estáis ahí para llevar a cabo su defensa
- ▶ Que se trata de una **entrevista confidencial** (pueden sentirse intimidado por las autoridades que estén en las inmediaciones), de modo que les será más fácil confiar en vosotros, y en poder obtener más información que pueda servir para la defensa
- ▶ Darles vuestros **datos** y recordarles que los guarden a buen recaudo
- ▶ Tratar con el **lenguaje verbal y no verbal**, cuidando las formas de expresión, de generar confianza, cercanía y tranquilidad. Recordad que están exhaustos y que ya han pasado por varias personas y seguramente ya hayan contado varias veces el mismo relato
- ▶ Mantenerse **neutral**, no involucrarse emocionalmente
- ▶ Tener siempre presente el **enfoque de género, edad y diversidad cultural**
- ▶ Si se trata de un posible **niño, niña o adolescente**, es necesario adaptar también la comunicación a su edad. Dándole la información como a cualquier otro cliente pero de modo comprensible, no técnico, y siempre respetando su opinión

- ▶ **Preguntas claves** sobre origen, familia tanto si viajan acompañados o no, como familiares en España y Europa (ver Anexo 1)
- ▶ **Itinerario migratorio:** no sólo se han podido producir violaciones de Derechos Humanos en el país de origen sino también durante el viaje, es importante recoger también esta información
- ▶ Reseñar cualquier incidencia sobre las **condiciones del lugar** donde se presta la asistencia, ya que las mismas han de estar preparadas para poder ofrecer una asistencia de calidad e individual
- ▶ Prestar especial atención a las incidencias referentes a la **interpretación** e igualmente reseñarlas
- ▶ Reseñar o advertir al Colegio de Abogados, y este a su vez al Consejo General de la Abogacía, de incidencias que se produzcan durante la guardia o cualquier negativa frente a la realización de la misma en condiciones adecuadas y dignas. También es recomendable ejercitar las quejas correspondientes ante el Defensor del Pueblo o en su caso ante ACNUR.



Esta publicación ha contado con la colaboración científica y apoyo económico del Proyecto "Exclusión social y sistema penal y penitenciario. Análisis y propuestas sobre tres realidades: inmigración y refugio, enfermedad mental y prisión" (IUSMIGRANTE) (PID2019-105778RB-I00, convocatoria Proyectos I+D+i 2019), Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

