

GUÍA PARA LA ASISTENCIA LETRADA EN LAS LLEGADAS MARÍTIMAS DE EXTRANJEROS/AS

**SUBCOMISION EXTRANJERIA
ICA MALAGA**

Coordinadores de la guía:

Noemí Alarcón Velasco, José Luis Rodríguez Candela.

Con la coautoría de Francisco Morenilla Belizón. ICA ALMERIA

GUÍA PARA LA ASISTENCIA LETRADA EN LLEGADAS MARÍTIMAS DE EXTRANJEROS/AS

ÍNDICE.

Introducción	página 3
1. Marco normativo y naturaleza jurídica de la devolución	página 4
2. Designación y coordinación con la UDEF	página 9
3. Entrevistas individuales de devolución	página 10
4. Supuestos de no devolución	página 12
5. Acceso al procedimiento de asilo en frontera	página 14
6. Trata	página 18
7. Menores no reconocidos como tales	página 20
8. Propuestas y audiencias previas de internamiento	página 30
9. Recursos frente a los autos de internamiento	página 35
10. Recursos de alzada frente a los acuerdos de devolución	página 36
11. Contencioso Administrativo	página 38
12. Medidas cautelarísimas	página 39
13. Otras cuestiones	página 41
A) Acceso al expediente administrativo	página 41
B) Contacto con extranjeros/as internados en CIEs	página 42
C) Prescripción de los acuerdos de devolución	página 42
D) Catástrofes humanitarias	página 42

ABREVIATURAS.

ACNUR: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados.

AN: Audiencia Nacional.

AP: Audiencia Provincial.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CE: Constitución Española.

CDFUE: Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

CIE: Centro de Internamiento de Extranjeros.

ERIE: Equipo de Respuesta Inmediata y Emergencias.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LECR: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LJCA: Ley 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.

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.

INTRODUCCIÓN

Para todos es conocida las dificultades que envuelve las llegadas de pateras a Málaga y la intervención letrada. Comisaría de Policía Nacional, Juzgados, Fiscalía, Colegio de Abogados, ACNUR o Cruz Roja somos conocedores de que hay muchas cosas por mejorar. No podemos ignorar el volumen de las llegadas por mar de extranjeros/as a nuestra provincia, al contrario, deberíamos, si cabe, tomar mayor conciencia del drama humano del que estamos siendo testigos y de la respuesta que estamos dando.

Prisas, obstáculos, dejadez, formación insuficiente y más prisas es lo que un Letrado/a puede experimentar tras ser designado para asistir una *“entrada masiva”*, como desafortunadamente denomina la Junta de Andalucía a este fenómeno migratorio. Toda una maquinaria que, una vez puesta en marcha, rara vez admite interrupciones; un engranaje que arrastra años de gestión y medios deficientes, donde algo tan básico como el Derecho a la asistencia jurídica de calidad debe prevalecer.

Las llegadas son numerosas y los medios son los que son, esto es algo bastante recurrente. Ciertamente, todos sabemos cómo de escasos son los medios para la realidad que tenemos en nuestra costa y la sobrecarga de trabajo existente, sobretodo en Policía y Juzgados. Ahora bien, como Letrados/as no nos corresponde a nosotros dar solución a este tipo de carencias, nuestra labor consiste en defender los intereses de nuestros clientes, a la vez que defendemos el desarrollo digno de nuestra profesión. Nada queda por encima de estas dos premisas.

Este, es un trabajo que tiene una finalidad principal, a saber, facilitar a los compañeros/as que desarrollan la asistencia letrada a los extranjeros/as que alcanzan de manera irregular las costas de Málaga una herramienta de trabajo específica para este tipo de asistencias, donde se podrá acceder fácilmente al contenido normativo de aplicación, así como a la jurisprudencia y a otros recursos específicos en cada materia. Desde un punto de vista práctico, se analiza todo el proceso relativo a la figura de la devolución, en los casos de llegadas colectivas marítimas. De forma secundaria, se aspira con esta Guía a dar protagonismo a los Letrados/as en todo el proceso, a que tomen las riendas del trabajo con la seguridad suficiente para no inquietarse ante el ritmo frenético que se le impone, así como con la independencia que debe tener. Así mismo, pretendemos hacer ver que, como cualquier otra materia, ésta requiere una formación específica, más allá de la obligatoria para permanecer en el Turno de Extranjería. La normativa y la jurisprudencia es cambiante y abarca mucho más allá del ámbito nacional. Debemos asumir que una patera trae consigo mucho más que inmigrantes; la casuística es muy amplia y hemos de estar preparados para asistir a solicitantes de protección internacional, víctimas de trata, menores de edad y menores de edad no reconocidos como tales, familias enteras, personas enfermas o discapacitadas o mujeres embarazadas. Y en la misma medida, no nos podemos conformar con un conocimiento superficial de los procedimientos, habremos de profundizar en ellos y ser capaces de analizar y detectar las irregularidades formales que puedan concurrir.

Hasta ahora estas notas se han ido pasando a cada grupo de WhatsApp que se ha ido creando y se crearán cada vez que arriba una patera a nuestras costas, considerando de interés sistematizarlas, recopilarlas y hacerlas llegar con anterioridad a todos los letrados que conforman el turno especial de pateras para que puedan asimilarlas y prepararse antes de su asistencia.

También se ha de reconocer el escaso éxito de las batallas que se llevan a cabo de manera individual, sin un respaldo institucional en todos los niveles; de ahí la importancia de la intervención institucional que le corresponde al Ilustre Colegio de Abogados de Málaga para establecer los protocolos y mecanismos de colaboración que sean necesarios con el resto de las partes intervinientes, y así, con un esfuerzo común, lograr que las batallas individuales den paso a éxitos colectivos.

Y finalmente agradecemos el trabajo de recopilación que, desinteresadamente, nos ha cedido nuestro compañero y abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Almería D. Francisco Morenilla Belizón, base de la presente guía.

1. MARCO NORMATIVO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA DEVOLUCIÓN

Partimos de la aplicación de lo dispuesto 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 las costas andaluzas, lo más frecuente será la aplicación del apartado b) del anterior precepto. Ahora bien, es preciso comprobar el expediente administrativo de devolución para verificar la concurrencia de este presupuesto. En concreto, tendremos en cuenta las implicaciones de la expresión *“pretender entrar”* y su reflejo en el expediente administrativo a través de la determinación de los detalles de la interceptación, en particular, distancia a tierra y coordenadas exactas del lugar en el que se efectúa la interceptación. En este sentido, la ausencia de tales datos en el expediente impide concluir que efectivamente se pretendía entrar ilegalmente en el país, puesto que se desconoce si la embarcación fue interceptada en la frontera, en sus intermediaciones (una vez atravesada aquella) o en cualquier otro punto geográfico.

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, del 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).

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.

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 manifestase 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 suspense 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 comprobare 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 sobre el que se apoya un procedimiento de devolución. No obstante, es preciso exponer el marco jurídico básico 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 esta guía, se habrá de tener en cuenta la existencia de un abanico normativo mucho más amplio que puede ofrecer un mayor y más adecuado argumentario aplicable al procedimiento de devolución. En este sentido, se examinarán igualmente las siguientes normas:

- 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 12/2009, de Asilo: artículos 21 (asilo en frontera) y 22 (lugar de permanencia del solicitante).
- 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. 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) y 19 (Principio de no devolución -- protección en caso de devolución, expulsión y extradición).
- 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 2013/32/UE, sobre Procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (Directiva de Procedimientos), (de aplicación directa por falta de trasposición).
- Directiva 2013/33/UE, normas para la acogida de los solicitantes de protección (Directiva e 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.
- CEDH: artículos 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de la tortura), 5 (derecho a la libertad y a la seguridad), 8 (derecho a la vida privada y familiar), 13 (derecho a un recurso efectivo; siempre que se invoque en conjunción con la vulneración de otro artículo).
- Protocolo núm. 4 del CEDH: artículo 4 (prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros).
- Reglamento del TEDH: artículo 39 (medidas cautelares).
- Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de refugiado y sus Protocolos adicionales.
- Convención de los Derechos del Niño de 1989 y su Protocolo III sobre procedimientos relativos a las Comunicaciones con el Comité de los Derechos del Niño.

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la medida de devolución, la doctrina constitucional recogida en las sentencias 17/2003 y 17/2013 establece el carácter no sancionador de la devolución en los siguientes términos:

“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 conculcada, 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 13/10/2003, rec. 120/2002: concepto “pretender entrar”.
- 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.

2. DESIGNACIÓN Y COORDINACIÓN CON LA UDEF

La designación se hará para la asistencia de un mínimo de 6 y un máximo de doce personas, así lo dispone la **Orden de 17/09/2012 de la Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía**.

Una vez aceptada la designación se creará un grupo de WhatsApp, donde además de los miembros de esa guardia de patera estarán de apoyo el diputado del turno de oficio, responsable de la subcomisión de extranjería, responsable del SOJE, empleada del colegio del turno de oficio y otros compañeros expertos en extranjería y asilo. Allí se dirá la hora de comienzo de la asistencia, las pautas, respetando en cualquier caso la independencia de cada letrado, así como se reportarán cuantas incidencias puedan surgir durante la asistencia.

3. ENTREVISTAS INDIVIDUALES DE DEVOLUCIÓN

Por lo que se refiere a esta cuestión, el **artículo 24.2 de la CE** proclama:

“Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”

Igualmente, el **artículo 22.2 de la LOEX** dispone lo siguiente:

“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 este modo, es necesario destacar que los extranjeros/as sometidos al procedimiento de devolución son acreedores de los derechos fundamentales a la defensa y a la asistencia letrada. Y, en consecuencia los agentes de Policía Nacional, no 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.

A este respecto se resalta la conveniencia de entrevistarse de forma individualizada y reservada con las personas extranjeras en el sentido expuesto, en tanto en cuanto, en dicha entrevista podremos interactuar personalmente con ellas, presentarnos y facilitar nuestros datos de contacto, podremos confirmar sus datos personales de filiación, obtener información relacionada con los lazos familiares que pudieran existir en España, detectar situaciones de persecución de las que se pudiera derivar una solicitud de protección internacional, supuestos de enfermedades graves, mujeres embarazadas, víctimas de trata o menores de edad considerados como adultos. En definitiva, más allá de que se trata de un derecho del que únicamente pueden disponer los extranjeros/as, 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, no sólo para el recurso 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 el Instructor.

Por otra parte, los extranjeros/as, de acuerdo con el **artículo 61.1.d) de la LOEX**, se encuentran detenidos de forma cautelar durante un plazo máximo de 72 horas. Y, en su condición de detenidos/as, 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 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 (art. 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 su sentencia de 28/06/1984 (caso Campbell y Fell) se dice de manera contundente que *“no se concibe que un Abogado pueda asistir a su cliente sin consultas previas entre ellos”*.

Sin perjuicio de todo lo anterior, es habitual encontrarse con serias dificultades para llevar a cabo entrevistas individuales. Sin embargo, el/la Letrado/a actuante debe considerar la posibilidad de negarse a llevar a cabo a la asistencia letrada para la que ha sido designado en la medida en que no se garantiza el derecho fundamental a la asistencia letrada y a la defensa de los interesados. Y en consecuencia con lo anterior, debería negarse a firmar el acta o dejar constancia del motivo por el que se le impide llevar a cabo entrevistas individuales. Llegado ese momento, sería conveniente poner los hechos en conocimiento del grupo de WhatsApp 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, sin perjuicio de la comunicación de tales incidencias ante el Defensor del Pueblo.

La negativa por parte de las autoridades para el desarrollo de entrevistas individuales (o lo que es lo mismo, 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 siguientes 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.

Jurisprudencia:

- STEDH de 28/06/1984, *asunto Campbell y Fell*: entrevistas individuales.
- SSTC 196/1987 y 38/2003: contenido del derecho a la asistencia letrada.

Otros recursos:

- Para la detección de supuestos de protección internacional:
 - *“La protección internacional de los solicitantes de asilo. Guía práctica para la Abogacía”*. Fundación de la Abogacía Española y ACNUR (2017).
 - *“Guía de actuación en la asistencia jurídica a solicitantes de protección internacional”*. ACNUR e ICAM (2011).
- Para la detección de supuestos de trata de seres humanos: *“Detección y defensa de víctimas de*

4. SUPUESTOS DE NO DEVOLUCIÓN.

A este respecto, el **artículo 58.4 de la LOEX** señala lo siguiente:

“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.”

Por su parte el **artículo 23.6 del RELOEX** dispone que:

“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.”

Por lo que se refiere a las mujeres embarazadas y personas enfermas cuando la medida pueda suponer un riesgo para su salud, resulta de vital importancia confirmar durante la asistencia letrada en el marco del procedimiento de devolución verificar si concurre uno de estos

supuestos y, en caso afirmativo, comprobar el contenido del expediente administrativo para poder acceder a la documentación médica que se haya incorporado o pedírsela directamente al extranjero/a 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 requiera de atención médica, son trasladadas inmediatamente al centro hospitalario que corresponda.

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.”

En relación a esta cuestión, 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, habiéndoseles 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.”

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 llevarse a cabo mientras esté en trámite la solicitud de protección internacional.

Jurisprudencia:

- Auto núm. 322/2017, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo 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.

5. ACCESO AL PROCEDIMIENTO DE ASILO EN FRONTERA.

Como decíamos más arriba uno de los motivos por los que es necesario entrevistarse con el cliente en el marco del procedimiento de devolución es precisamente para llevar a cabo una labor de detección de potenciales solicitantes de protección internacional o, por lo menos, para poder identificar estos supuestos de vulnerabilidad y llevar a cabo las actuaciones tendentes a facilitar el acceso al procedimiento de asilo en frontera. Igualmente, la asistencia letrada en asilo en frontera, que en este caso es preceptiva (a diferencia del asilo en territorio en el que se podrá tener asistencia letrada o no), resulta muy necesaria para explicar al

demandante de protección internacional el procedimiento en detalle y los trámites subsiguientes. También ayuda a encauzar la entrevista buscando, a través del solicitante, la aclaración de aquellos puntos que puedan resultar confusos. El letrado/a puede realizar observaciones por escrito sobre aspectos que puedan incidir en el normal desarrollo de la entrevista: estado del solicitante, problemas de comunicación, condiciones de la sala, etc.

El Defensor del Pueblo, por su parte, considera esencial garantizar la asistencia letrada a los solicitantes al tratarse de un aspecto muy relevante en el procedimiento de asilo. Así lo entiende también el Tribunal Supremo que afirma que una deficiente información de derechos a los demandantes y más concretamente la falta de información sobre la posibilidad de recabar asistencia letrada de un abogado/a de oficio puede derivar en una situación real y efectiva de indefensión, que se agrava en los casos de extranjeros/as desconocedores del idioma y del Derecho español, indefensión que puede gozar de transcendencia invalidante de las actuaciones administrativas.

El asilo en frontera se recoge en el artículo 21 (solicitudes presentadas en puestos fronterizos) de la **Ley 12/2009 de Asilo**. Sin embargo, en Málaga en las llegadas colectivas, en caso de solicitar protección internacional, se aplica el procedimiento en territorio que viene regulado en los artículos 17 y s.s. de la Ley de Asilo.

En los supuestos en los que, durante la entrevista individualizada en el marco del procedimiento de devolución, se detecte que una persona es una posible solicitante de protección internacional, se le requerirá a los agentes de Policía Nacional que lleven a cabo las actuaciones que correspondan para dar inicio al procedimiento.

En cualquier caso, una vez se haya manifestado la voluntad de solicitar protección internacional en el acto de la entrevista mantenida con el extranjero/a, esta debe constar por escrito en la lectura de derechos, exigiendo la entrega al extranjero de un documento que lo acredite como solicitante de asilo.

La **Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos**, en sus **Considerando 26 y 27** se establece que:

*“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 (...). Para ello, los Estados miembros deben inscribir cuanto antes el hecho de que estas personas son solicitantes de protección internacional.”

A su vez, el **artículo 6 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.

2. Los Estados miembros garantizarán que la persona que haya formulado una solicitud de protección internacional tenga efectivamente la oportunidad de presentarla lo antes posible. Cuando el solicitante no aproveche esta oportunidad, los Estados miembros podrán aplicar el artículo 28 en consecuencia.

[...]

4. No obstante lo dispuesto en el apartado 3, una solicitud de protección internacional se considerará presentada a partir del momento en el que el solicitante presente el formulario o, cuando así lo prevea el Derecho nacional, las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate reciban un informe oficial.

[...]”

Téngase en cuenta a su vez que, si bien el derecho al asilo no está configurado constitucionalmente como un derecho fundamental (el artículo 13.4 de la CE, únicamente prevé su desarrollo legal), el **artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea** sí reconoce el derecho al asilo como un derecho fundamental, por lo que llegado el momento puede ser invocado como tal.

Sea igualmente de referencia, en cuanto a esta concreta materia, el contenido íntegro del siguiente recurso *“La Protección Internacional de los solicitantes de asilo. Guía práctica para la abogacía”*

Sin perjuicio de todo lo anterior, 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 de que se acuerde el internamiento 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 a través de FAX.

Jurisprudencia:

- 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.
- SAN 24/1/2017 Rec. Núm. 100/2016, Sala contenciosa, sección 2ª: en cuanto al cómputo de los plazos por horas.
- En Cíes Auto 29/12/2017 Sección 2ª AN. Opinión contraria Auto 2 enero de 2018 AN sección 8ª. Dice ya están en territorio pero se tramita como asilo en frontera excepto en los plazos

Recursos:

- *El Asilo en España. La protección internacional y los recursos de acogida en España.* Defensor del Pueblo, junio 2016.
- *“La Protección Internacional de los solicitantes de asilo. Guía práctica para la abogacía”*, Fundación Abogacía y ACNUR, 2017.

6. TRATA.

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. En cualquier caso, el régimen jurídico aplicable en estos casos, es el establecido en el **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 deneación 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 pudiera 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, una vez que se hayan detectados indicios de trata y la extranjera en disposición de colaborar con las autoridades y afrontar una entrevista exhaustiva con Policía.

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 la Fundación de la Abogacía en 2015.

7. MENORES NO RECONOCIDOS COMO TALES.

En términos generales, esta cuestión se encuentra regulada en el **artículo 35 de la LOEX**, donde se establece lo siguiente:

“[...]”

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

4. *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.*

[...]”

En desarrollo del anterior precepto, el **artículo 190 del RELOEX** señala:

“1. *Cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero no acompañado cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o de su apariencia física, éste será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes, poniéndose tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los datos de identificación del menor serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.*

En el caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto tengan conocimiento de esa circunstancia o localicen al supuesto menor en España, informarán a los servicios autonómicos de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor.

Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de su edad, para lo que deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias.

Igualmente, se dará conocimiento de la localización del menor o posible menor al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente por razón del territorio donde éste se encuentre.

[...]

4. En el decreto del Ministerio Fiscal que fije la edad del menor extranjero se decidirá su puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores, dándose conocimiento de ello al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente.

En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años.

El decreto del Ministerio Fiscal en el que se fije la edad del menor extranjero se inscribirá en el Registro de menores no acompañados de conformidad con lo previsto en el artículo 215 de este Reglamento.

[...]”

Por su parte, es preciso tener presente igualmente el contenido de la **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 particular, por las graves consecuencias que pueden conllevar para los menores de edad no reconocidos como tales llegados en patera, su Capítulo V, relativo a Extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad. En este sentido, es preciso resaltar los siguientes contenidos literales:

“Apartado tercero. Incoación del expediente.

Los expedientes se iniciarán inmediatamente por decreto de incoación cuando el Ministerio Fiscal:

1. Reciba comunicación de alguno de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado de haberse localizado a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad y que no aparezca inscrito en el RMENA.

2. Reciba comunicación de cualquier policía autonómica de haberse localizado a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad.

3. Reciba comunicación de cualquier autoridad, institución o entidad, local o autonómica, que hubiese localizado, acogido o recibido a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad.

4. De oficio, cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de la existencia de un extranjero cuya minoría de edad no pueda establecerse con seguridad, carezca de la documentación precisa según el Capítulo II, apartado sexto de este Protocolo y sea necesario para la defensa de sus intereses de conformidad con el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y las Circulares e Instrucciones del Fiscal General del Estado.

Las peticiones de incoación del expediente deberán ir acompañadas de una exposición razonada en la que se relacionen las circunstancias de la localización del afectado, motivos que hacen dudar sobre su minoría de edad, y, en caso de existir documentación genuina del menor expedida por autoridades extranjeras, los concretos indicios de sospecha sobre su fiabilidad y verosimilitud.

Cuando se incoe de oficio, el decreto inicial del Ministerio Fiscal deberá reflejar motivadamente no sólo las circunstancias recogidas en el párrafo precedente sino también las causas concurrentes que determinan su actuación, de conformidad con las Circulares e Instrucciones del Fiscal General del Estado.

El decreto de incoación del Expediente de determinación de edad será comunicado a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras con la mayor celeridad posible.

[...]

Apartado quinto. Tramitación y diligencias a practicar en el expediente. Práctica de las pruebas médicas.

1. Acuerdo del Ministerio Fiscal de autorización de pruebas médicas. Principios aplicables a las pruebas médicas. Actuaciones iniciales.

En el ámbito de aplicación del artículo 35.3 LOEX, la decisión sobre la práctica de pruebas médicas dirigidas a eliminar las dudas sobre la mayoría o minoría de edad del extranjero indocumentado es exclusiva del Ministerio Fiscal que la adoptará mediante acuerdo.

No se autorizarán pruebas médicas que repitan otras ya practicadas ni nuevas pruebas médicas cuando, a la vista de la reiteración con la que se han practicado las pruebas anteriores y las dosis de radiación a la que el sujeto haya estado sometido se aprecie un riesgo para la salud del menor según informe previo del facultativo o del médico forense.

Las pruebas médicas ordenadas practicar por el Ministerio Fiscal se regirán por el principio de celeridad exigiendo el previo consentimiento del afectado y un control médico-sanitario especializado y se llevarán a cabo con respeto a la dignidad de la persona.

A) La orden de practicar las pruebas médicas se dictará en el plazo más breve posible. Deberá adoptarse si fuere posible durante el servicio de guardia por el Fiscal que lo desempeñe cuando de la información recibida por los Cuerpos policiales no se desprenda la necesidad de la práctica de otras diligencias imprescindibles.

B) La información preceptiva y la petición de la práctica de las pruebas médicas podrá ser avanzada al Fiscal del expediente por fax, correo electrónico o vía telefónica, sin perjuicio de la remisión del atestado por conducto ordinario. En todo caso la policía actuante hará constar

de manera fehaciente y expresa que ha realizado la completa reseña del afectado y que por el CNP se ha cotejado su resultado con el RMENA de la manera indicada en el Capítulo II, apartado tercero, del presente Protocolo.

C) El menor será trasladado a presencia del Ministerio Fiscal antes de proceder a ordenar la práctica de las pruebas médicas cuando así lo disponga el Fiscal tras valorar la información recibida por las fuerzas policiales.

D) Si se considera procedente realizar las pruebas médicas, el Fiscal remitirá los oficios correspondientes al Centro hospitalario, directamente o a través de la propia policía actuante.

E) Si por causas extraordinarias no pudieran practicarse durante el servicio de guardia las pruebas debidas, una vez que el menor ha sido reseñado y se ha cotejado el RMENA, el Fiscal pondrá a disposición de la Entidad pública de protección de menores competente al menor para que proceda a su ingreso en un Centro de protección de menores hasta que aquella pueda llevarse a cabo.

2. Consentimiento informado del extranjero.

El Fiscal autorizará la práctica de las pruebas médicas a condición de que el interesado preste el consentimiento tras haber sido fehacientemente informado, en el modelo que consta como Anexo III del presente Protocolo, de los siguientes extremos:

A. Contenido de la información.

a) Tipo, características y riesgos de las pruebas a las que va a ser sometido.

b) Finalidad que se persigue con la realización de las pruebas y las consecuencias que se derivarían de su negativa a practicarla.

B) Órganos que deben informar y ante los que debe prestarse el consentimiento. Formalización de acta.

a) La información sobre el tipo, características y riesgos de las pruebas a la que va a ser sometido deberá ser facilitada por el facultativo competente. El consentimiento se prestará ante el mismo.

b) Los demás aspectos de la información se prestarán por la propia policía actuante.

c) Del consentimiento prestado en los dos apartados anteriores se levantarán las correspondientes actas al respecto en las que consten de manera expresa e inequívoca la autorización del presunto menor.

C) Negativa a prestar su consentimiento.

a) En el supuesto de negativa a prestar su consentimiento para la práctica de las pruebas ante los agentes de la policía actuantes será llevado a presencia del Fiscal que tras recibirle declaración y tomando en consideración todas las circunstancias obrantes en el expediente podrá determinar que se trata de un mayor de edad.

b) Si entre las circunstancias concurrentes se hallaren indicadores de que el interesado pudiera ser víctima de trata de seres humanos prevalecerá la presunción de minoría de edad, debiéndose adoptar las medidas de protección inmediatas, comunicándose simultáneamente a la Unidad policial de Extranjería correspondiente del CNP a los efectos de valorar la aplicación

del artículo 59 bis LOEX según las reglas establecidas por el Protocolo de protección de víctimas de trata de seres humanos, así como al Cuerpo policial actuante, a efectos de investigación.

c) El interesado podrá retirar su consentimiento en cualquier momento antes de la práctica de las pruebas médicas, en cuyo caso cesarán o se dejarán sin efecto las mismas, valorándose del mismo modo que si se tratase de una negativa precedente.

3. Traslado del extranjero a los Centros hospitalarios.

El traslado de los supuestos menores al Centro hospitalario se podrá realizar por agentes del CNP, Guardia Civil, Policías autonómicas o locales. Asimismo, lo podrá realizar el personal del Centro de protección de menores. Dicho traslado se realizará de la forma que menos perjudique al supuesto menor, con respeto de sus garantías y sus derechos.

Se procurará realizar los traslados en vehículos sin distintivos policiales y con personal no uniformado, salvo que las circunstancias del caso y la disponibilidad de recursos no lo permitan.

4. Personal sanitario.

Las pruebas de determinación de la edad y los correspondientes dictámenes periciales se realizarán por personal médico especializado en la materia. También podrán ser realizadas por los médicos forenses que, además podrán ser llamados en cualquier momento por el Fiscal para completar, precisar o ampliar los dictámenes recibidos.

Los Protocolos territoriales especificarán los Centros hospitalarios donde se llevarán a cabo y garantizarán la realización de la prueba de manera continua y permanente, sin limitación de horarios y fechas, con la mayor celeridad posible.

5. Pruebas a realizar.

Corresponde a los facultativos médicos según las leyes de su ciencia determinar las pruebas adecuadas y suficientes para eliminar la inseguridad sobre la minoría de edad del extranjero afectado. Se recomienda seguir los parámetros y pautas de actuación fijadas en las Conclusiones de la Jornada de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los MENA. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España. En: Revista Española de Medicina Legal. 2011, Vol. 37, número 1, enero-marzo.

Cualesquiera que sean las pruebas practicadas tendentes a determinar el grado de maduración ósea o dental (prueba radiológica del carpo izquierdo de la muñeca y examen de la dentición, en particular del tercer molar, por medio de una ortopantomografía, radiografía de la clavícula para la cuantificación de los cambios de osificación), será preceptivo el previo examen físico y personal del interesado.

6. Informe médico.

El informe médico de determinación de edad deberá ser emitido en el plazo más breve posible; hará referencia a la identidad del médico informante, fecha y hora de la emisión; y expondrá de manera clara y motivada la técnica o técnicas que se hayan seguido para la determinación de la edad.

Justificará razonadamente el resultado de cada prueba practicada y contendrá una conclusión en la que se establecerá de manera precisa una horquilla de edad mínima y, si es

posible, máxima del examinado que se corresponderá con el margen de error, porcentaje de incertidumbre o desviación estándar que dicho resultado pueda tener.

El Fiscal pedirá la repetición o ampliación del informe cuando se omita cualquiera de los datos reseñados, carezca del suficiente grado de motivación, o se sustituya la delimitación de la horquilla con otras locuciones o expresiones ambiguas e imprecisas.

Apartado sexto. Finalización del expediente. El decreto del Ministerio Fiscal.

1. Contenido del decreto del Ministerio Fiscal.

Los expedientes de determinación de la edad del artículo 35.3 LOEX concluirán tras el decreto del Ministerio Fiscal, que contendrá los siguientes apartados:

A) *Fundamentación de los hechos.*

En él se hará constar: la fecha, modo y circunstancias de localización del menor; la acreditación de que el menor ha sido fehacientemente reseñado; el NIP; el cotejo registral y su resultado; en su caso, la documentación que portaba el menor, naturaleza, filiación, nacionalidad y autoridad que lo expidió; la relación de los indicios o circunstancias que han determinado la necesidad de la práctica de las pruebas médicas; constancia del consentimiento informado del interesado; descripción de otras diligencias que eventualmente se hayan acordado para determinar la minoría de edad y su resultado; en caso de haberse practicado las pruebas médicas, sucintamente se recogerán los datos relativos a la identificación del médico que realizó las pruebas y firmó el dictamen, el Centro hospitalario en que se han realizado las pruebas y los medios de diagnóstico utilizados; el resultado de las pruebas realizadas.

B) *Fundamentación jurídica.*

Deberán valorarse, si las hubiere, las diferentes pruebas que obren en las diligencias (médica, documental, manifestaciones del interesado) o, de haberse producido, los efectos de la negativa o retirada del consentimiento a someterse a las pruebas médicas. Igualmente motivarán, en su caso, por qué no se aceptan los indicios de duda planteados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, la policía autonómica o autoridad, institución o entidad, local o autonómica y no se ha acordado la práctica de las diligencias de comprobación.

C) *Parte dispositiva.*

a) Si el interesado debe ser considerado menor de edad, así se declarará expresamente y se acordará que el menor sea puesto a disposición de la Entidad pública de protección de menores.

Si se han realizado las pruebas médicas, la edad del sujeto se corresponderá con el tramo inferior de la horquilla, entendiéndose como día y mes de nacimiento el que corresponda con la fecha en que se practicaron las pruebas médicas a falta de otro dato, como las manifestaciones del menor si son compatibles con el resultado de aquellas.

b) Si no es posible pronunciarse sobre la mayoría o minoría de edad por no haberse presentado el supuesto menor a la práctica de las pruebas médicas así se declarará archivándose las diligencias provisionalmente.

c) Si el extranjero debe ser considerado mayor de edad así se declarará expresamente comunicándolo a la mayor urgencia a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras del CNP, y, en su caso, al Cuerpo policial que realice la investigación.

2. Revisión del decreto del Ministerio Fiscal.

El decreto del Ministerio Fiscal disponiendo la mayoría o minoría de edad del extranjero es revisable de oficio o a instancia de quien ostente un interés legítimo.

Es competente para la revisión del decreto la Fiscalía correspondiente al lugar donde efectivamente resida el interesado. Cuando la Fiscalía ante la que se plantea la revisión del decreto sea distinta de quien la dictó, con carácter previo a tomar cualquier decisión solicitará de la Fiscalía que actuó anteriormente la remisión de una copia íntegra del expediente de determinación de la edad y de las diligencias practicadas.

La revisión procederá:

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. Significadamente, cuando conste la práctica de otras pruebas médicas de resultado incompatible realizadas en el ámbito de sus competencias a instancia de los Consulados españoles en el extranjero, de cualquier Administración del Estado, o de la Entidad pública de protección de menores en el ejercicio de su función de guarda y tutela.

[...]

D) Cuando el interesado aporte documentación genuina expedida por el Estado de que es nacional que, aunque no reúna los requisitos previstos en el precedente apartado A):

a) No esté viciada de falta de credibilidad por concurrir cualquiera de las circunstancias reseñadas en el Capítulo II, apartado sexto 2, del presente Protocolo.

b) Provenga de cualquier Estado cuyo régimen legal no exija ningún tipo de control oficial sobre los registros públicos, la emisión de documentos y sus correspondientes cotejos.

[...]

3. Notificaciones del decreto del Ministerio Fiscal e inscripción registral.

A) Tanto el decreto inicial como los que acuerden o denieguen su revisión serán notificados fehacientemente al interesado, a la Entidad pública de protección de menores, a la Delegación o Subdelegación de Gobierno y, en su caso, a la Fiscalía que dictó el decreto inicial.

B) Todos los decretos del Ministerio Fiscal por los que se concluyan unas diligencias preprocesales de determinación de la edad –cualquiera que sea el acuerdo adoptado– o su revisión serán comunicados a las Brigadas Provinciales de Extranjería y Fronteras del CNP para su debida constancia e inscripción en el RMENA.

C) Notificado el decreto inicial del Ministerio Fiscal declarando la minoría de edad a la Entidad pública de protección de menores, ésta dictará la resolución correspondiente asumiendo la acogida inmediata del menor.

Si el decreto del Ministerio Fiscal modifica la situación de minoría o mayoría de edad o establece una edad concreta distinta, el ente de protección dictará una resolución asumiendo el contenido del nuevo decreto.

Si el decreto inicial del Ministerio Fiscal es de mayoría de edad, la Entidad pública de protección de menores dictará en todo caso una resolución por la que se establezca su consiguiente baja en el Centro de protección de menores y la notificará de forma fehaciente al interesado para que pueda interponer los recursos o ejercer las acciones ante la jurisdicción que sean procedentes en defensa de sus intereses.

Todo lo anterior guarda relación directa con el derecho y la necesidad de acceder al expediente administrativo de cada interesado/a con el propósito de comprobar el cumplimiento de lo establecido en el referido Protocolo de MENAS, en especial, todo lo relativo a la, documentación que lleve consigo el extranjero/a, pruebas e informes médicos, así como, en su caso, Decreto de Fiscalía o resolución de la entidad pública encargada de la tutela de los menores que emite la baja de un menor de edad reconocido como mayor de edad. Por ello es de suma importancia solicitar al agente de Policía Nacional actuante el acceso al expediente lo antes posible, para, en su caso, poder alegar lo que se estime oportuno durante la audiencia previa al internamiento, así como en relación al acuerdo de devolución y a la posibilidad de revisar el Decreto de minoría de edad y la realización de pruebas complementarias. Caso de no entregarse copia de estos documentos deberá solicitarse por escrito sobre la base del artículo 53.1 a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común, que reconoce el derecho del interesado a la vista y copia de los documentos obrantes en el procedimiento administrativo.

En cualquier caso, es muy posible que el Letrado/a designado se encuentre ante contradicciones evidentes entre lo que manifiesta el extranjero/a y el contenido del acuerdo de devolución. Ello puede obedecer a causas muy diversas, desde un error en la traducción, hasta la intención de hacer creer a las autoridades que estamos ante un menor de edad; o, incluso a las ideas preconcebidas o infundadas que pueda tener el menor de edad acerca de un hipotético ingreso en un Centro de Menores y la tutela bajo la que quedaría sometido, entendiéndose que le pudiera ser más favorable ser considerado como mayor de edad. Sea como fuere, dicha contradicción debe interpretarse, salvo los casos en que existan indicios muy claros de mayoría de edad, como un elemento de duda suficiente acerca de la minoría de edad del extranjero/a que ha de ser puesto en conocimiento, por escrito, de la Fiscalía de Menores, al efecto de que se acuerde la práctica de las pruebas de determinación de la edad que correspondan, con anterioridad a las audiencias previas de internamiento, en caso de que se haya propuesto dicha medida. Igualmente, si se ha incumplido el protocolo MENAS, deberá ponerse queja ante el Defensor del Pueblo.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que el Decreto de Fiscalía de determinación de la edad, formalmente, no es recurrible o, lo que es lo mismo, no tiene previsto un recurso directo frente al mismo, no obstante, el Protocolo de MENAS prevé la solicitud de su revisión a instancias de parte con interés legítimo en el asunto, ajustándose para ello a los supuestos de revisión previstos en el Protocolo. Puede también impugnarse la resolución de devolución sobre la base de la minoría de edad. Igualmente, cabe tener presente que también cabe la posibilidad de plantear recurso administrativo frente a la resolución de la entidad pública que acuerde la baja del extranjero/a en el Centro de protección de menores que corresponda. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, de conformidad con el **Auto del TC 151/2013** que resuelve la inadmisión de un recurso de amparo frente a uno de dichos Decretos por falta de agotamiento de la vía

jurisdiccional, se ha de concluir, de acuerdo con el TC 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.”

En este sentido, entre los argumentos que pudieran fundamentar cualquier recurso relacionado con menores de edad no reconocidos como tales se encuentran la prohibición de realización de pruebas médicas cuando los extranjeros/as lleven consigo documentos acreditativos que acrediten fehacientemente su edad (pasaportes, documentos nacionales de identidad o certificados de nacimiento), tal y como se recoge en las **Sentencias del TS núm. 452/2014 y 453/2014**.

Así mismo, en relación a la validez de las pruebas médicas de determinación de la edad, el **TS**, en su **Sentencia de 17/06/2013**, señalaba lo siguiente respecto a la aplicación del método de Greulich y Pyle para la determinación de la edad en los supuestos estudiados:

“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 (penal) en su Auto de 13 de mayo de 2010 (Rec. 10097/2010) sostiene:

“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). Tomografía 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”

Por último, aplicando esta doctrina pacífica, la AN ha sostenido que en aplicación del principio de prudencia, debe **siempre realizarse una interpretación tendente a la efectiva protección del menor** - SAN (2º) de 21 de diciembre de 2016 (Rec. 138/2016).

Sin perjuicio de todo lo anterior, también debe tenerse presente al respecto la **Convención de Derechos del Niño, así como las Observaciones Generales (OG) del Comité de Derechos del Niño**, el principio general es que ningún menor puede ser detenido en un contexto migratorio, así se detrae de lo establecido en una lectura conjunta de: **artículo 37 (derecho a la libertad), artículo 3 (el interés superior del menor) y el artículo 6 (derecho al desarrollo)**. Se recomienda usar las recomendaciones establecidas en la **OG nº 6** sobre el trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, así como la **OG conjunta nº 4 (2017)** del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 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.

Igualmente, una vez se hayan agotado las vías judiciales internas habiendo formulado recurso frente al internamiento y ante el Juez encargado del control del CIE, o no teniendo estos efectos suspensivos y por razones de urgencia se puede poner **queja** al comité y solicitar de este la adopción de **medidas provisionales**, previa comunicación (petitions@ohchr.org), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Protocolo III sobre comunicaciones al Comité.

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. 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 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.
- SAN de 09/10/2017, Sección 2ª: acerca de la inexactitud de las pruebas oseométricas realizadas conforme al método Greulich y Pyle.
- Auto del TS de 13/05/2010 (penal): acerca de la inexactitud de las pruebas oseométricas realizadas conforme al método Greulich y Pyle.
- SAN de 21/12/2016, Sección 2ª: interpretación tendente a la protección del menor.
- ATS, Sala 2ª de 13 de mayo de 2010(Rec. 10097/2010)

Recursos:

- *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad.* Defensor del Pueblo

8. PROPUESTAS Y AUDIENCIAS PREVIAS DE INTERNAMIENTOS.

Con carácter previo se ha de tener presente el **artículo 17.1 de la CE**, que recoge el derecho a la libertad de toda persona, sin que pueda ser privada de él, 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 excepcionalidad de la medida cautelar de internamiento exige un juicio de proporcionalidad que pondere la necesidad de la medida por un lado y, por otro, el sacrificio del derecho fundamental de la libertad.

Nos encontramos ante una solicitud de una medida cautelar privativa de libertad, cuya finalidad es llevar a efecto una resolución de devolución, por lo que los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, han de imperar en la resolución que se adopte. Así lo justifica el derecho fundamental a la libertad consagrado en el artículo 17 de la CE, derecho vinculante para los jueces que debe presidir la interpretación del resto del ordenamiento jurídico, que solo puede verse restringido en causas excepcionales y por motivos graves.

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

En relación a esta cuestión el **artículo 61.1 de la LOEX** enumera las siguientes medidas cautelares:

“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.”*

Por su parte, el **artículo 58.6 de la LOEX** dispone respecto a las devoluciones lo siguiente:

“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.”

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

“El ingreso en los centros de internamiento de los extranjeros previsto en la Ley Orgánica 4/2000, [...], se configura como una de las medidas cautelares cuya finalidad es asegurar la resolución final de expulsión o la ejecutividad de la decisión de repatriación ya adoptada, bien fuese de expulsión, bien de devolución o de regreso.

[...]

Siendo un hecho objetivo y constatado la capacidad limitada de todos los centros 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 en recursos de ACNUR antes de solicitar el internamiento de los extranjeros/as. Y, finalmente, esta norma de carácter interno realiza el siguiente recordatorio:

“Se recuerda que el citado art. 61.1 contempla otras medidas cautelares que puedan ser adoptadas por el instructor del expediente de expulsión 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 CIEs, así como a la carga de trabajo de los agentes de Policía 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 4 del CEDH** o por el **artículo 19.1 de la CDFUE**. Evitando así mismo actuaciones policiales que vulnerasen el Principio de no devolución.

En este sentido, tendremos presente lo dispuesto en el **R.D. 162/2014, por el que se aprueba el Reglamento de los CIE**, 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 lo siguiente:

“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. Podrá solicitarse un nuevo internamiento del extranjero, por las mismas causas que determinaron el internamiento anterior, cuando habiendo ingresado con anterioridad no hubiera cumplido el plazo máximo de sesenta días, por el periodo que resta hasta cumplir éste. Igualmente 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 Reglamento de los CIE** 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 Policía para verificar la documentación remitida por el Instructor al Juzgado de Instrucción, así como para comprobar 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 los extranjeros/as, se llevará a cabo un acto formal de entrega de éstos a la entidad que corresponda. De este modo, se observa nuevamente, la necesidad de mantener una colaboración fluida con los técnicos/as de estas entidades.

Ahora bien, si se propone la medida cautelar de internamiento, éste debería ser el proceso básico, de acuerdo con el **artículo 62.1 de la LOEX**:

“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.”

Llegado este momento, se abre la vía judicial y desde un punto de vista logístico, supondrá el traslado de los extranjeros/as detenidos cuyo internamiento haya sido propuesto por el instructor actuante, hasta los calabozos de la Ciudad de la Justicia.

Por lo que se refiere a la audiencia previa de internamiento, se llevará a cabo en la sede del juzgado de incidencia. Debe plantearse la necesidad de celebrar audiencia en los mismos términos expuestos en el **artículo 505 de la LECR** relativo a la audiencia previa para acordar la prisión provisional, donde se garantice la audiencia del extranjero/a y la valoración individualizada de su declaración y de la prueba que pueda proponerse y practicarse. Igualmente, ha de hacerse valer la **Circular de la Fiscalía 2/2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España**, donde se establece lo siguiente en relación a la intervención del Fiscal en las audiencias previas de internamiento:

“Sin embargo, 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 este sentido, La STC 115/87, que declaró la constitucionalidad de la medida de internamiento, estableció que le eran aplicables los mismos principios que a la prisión preventiva. Ello justifica la realización de una vista o vistilla, como garantía adicional al derecho a la libertad.

En cualquier caso, la finalidad del acto consiste en que el Juez/a pueda escuchar al extranjero/a y al Ministerio Fiscal respecto a la propuesta de internamiento efectuada y a las circunstancias personales del mismo que pudieran influir en tal decisión. Dicha decisión se adoptará mediante Auto motivado que será notificado al extranjero/a al finalizar la audiencia de internamiento. El Letrado/a debe asegurarse de que el Juez/a pueda realizar efectivamente una valoración individualizada de cada caso, oyendo lo que tenga que decir y analizando la documental que, en su caso, pudiera aportarse. En este punto, si se ha llevado a cabo la asistencia letrada en el marco del procedimiento administrativo de devolución en los días anteriores, podremos centrar la declaración en aquellas cuestiones de mayor relevancia (circunstancias familiares, protección internacional, trata, minoría de edad no reconocida, estado de salud, etc.). Una vez terminada la declaración y solo cuando el/a Juez/a y el Ministerio Fiscal hayan podido valorar las declaraciones y la prueba aportada, se efectuará la notificación del Auto motivado de internamiento. No obstante, el Letrado/a designado debe valorar la opción de reunirse con el Juez/a o con el Ministerio Fiscal con anterioridad a la audiencia previa siempre que conozca de antemano circunstancias especialmente graves que desaconsejen la adopción de la medida cautelar de internamiento y así poder ofrecerles más tiempo para valorar las circunstancias concretas.

Independientemente de lo anterior, aprovechando la comparecencia en sede judicial debe solicitarse realizar un apoderamiento *apud acta* ante letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de guardia o el Decanato en caso de que sean en horario de apertura de la oficina judicial, de cara a obtener la representación procesal necesaria para la interposición de acciones judiciales que en ese momento ya se prevean como posibles.

Una vez acordado y llevado a cabo el internamiento el Letrado/a designado debe tener muy presente el plazo máximo de duración del internamiento (sesenta días, o el indispensable para la ejecución de la expulsión), 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, y esperar a que se informe, o no, por parte de la Policía, instándole al Juez que, al constatarse que pudiera ser previsible que no se pueda ejecutar en plazo la repatriación ésta deja de tener sentido y debe procederse a la inmediata puesta en libertad del detenido/a.

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 (AP Málaga, sección primera, Auto nº 1112/16 de 30 de diciembre de 2016; sección tercera Auto nº 253/2017 de 28 de marzo de 2017).

En el caso de que el extranjero haya manifestado la voluntad de pedir asilo, no procederá el internamiento según reconoce ACNUR en su opinión de 30 de Marzo de 2017. El art. 22 de la Ley de asilo dice:

“Artículo 22. Permanencia del solicitante de asilo durante la tramitación de la solicitud.

En todo caso, durante la tramitación de la petición de reexamen y del recurso de reposición previstos en los apartados cuarto y quinto del artículo 21 de la presente Ley, así como en los supuestos en los que se solicite la adopción de las medidas a las que se refiere el apartado segundo de su artículo 29, la persona solicitante de asilo permanecerá en las dependencias habilitadas a tal efecto.”

No siendo el centro de internamiento dependencia habilitada al respecto.

Además, hay que tener en cuenta en el supuesto del internamiento de un solicitante de asilo, la normativa de la Unión Europea al respecto en concordancia con la doctrina del TEDH. El Principio general viene recogido en el **Art.26.1 de la Directiva de Procedimientos** (Directiva 2013/32): *“Internamiento- Los Estados miembros no mantendrán a una persona internada por la única razón de que sea un solicitante de protección internacional. Los motivos y las condiciones de internamiento y las garantías de los solicitantes internados, serán conformes con la Directiva 2013/33/UE.”* El **Art. 8 de la Directiva de Acogida** (2013/33/UE) establece de forma tasada los supuestos en que se podría internar a un solicitante de asilo, casos tasados y que deben ser fundamentados por el juzgador que acuerde el internamiento (**Art. 9**).

JURISPRUDENCIA TEDH:

- Ilias y Ahmed c. Hungría (nº 47287/15) pár.64.

- Saadi c. Reino Unido (nº 13229/03), pár. 67 a 73.

Recursos:

- Directrices de ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención.

Jurisprudencia:

- Asunto ND y NT contra España, 6 de octubre de 2017: en relación a las expulsiones colectivas llevadas a cabo con las “*devoluciones en caliente*” en Melilla.
- 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 en relación al derecho fundamental a la libertad proclamado en el artículo 17 de la CE.
- 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.

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 subsidiario 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. Y es en base a esto último por lo que **resulta más conveniente** interponer el recurso de apelación directamente, en el plazo de cinco días, de acuerdo con el **artículo 766 de la LECR**. Es decir, ante las opciones de recurso que se plantean, una vez notificado el Auto de internamiento, **será más aconsejable**, interponer directamente el recurso de apelación, obviando la posibilidad de interponer recurso de reforma, salvo que se trate de un error evidente o de un supuesto muy claro que pueda resolverse con el recurso de reforma.

En cualquier caso, una vez se haya decidido la interposición del recurso de apelación, para su preparación será necesario disponer con la declaración efectuada por el extranjero/a, así como la solicitud de internamiento que formule la policía, para una preparación más adecuada del recurso de apelación.

Es frecuente que durante la tramitación del recurso de apelación los extranjeros/as internados en CIE ya hayan sido puestos en libertad, lo cual será comunicado a la AP que, en ocasiones, contestará entendiendo que no ha lugar al recurso interpuesto en la medida en que se ha producido una pérdida del objeto del litigio, en tanto en cuanto el extranjero/a ha quedado en libertad. Sin embargo, ello no obsta a que la AP deba examinar los presupuestos que han sido tomados en consideración para acordar el internamiento y si éste se ajusta a derecho, con independencia de la puesta en libertad. No existe, por tanto, pérdida de objeto (Auto de 29 de Septiembre de 2017 de la AP Málaga, sección 8ª Rollo de Sala 503/2017)

Otra cuestión relevante que se ha de tener en consideración es que el contenido de éste recurso de apelación va a fijar las cuestiones que van a ser objeto de controversia, por lo que, ya desde este momento se deberán plantear someramente las principales vulneraciones de derechos que se hayan observado. En particular, es preciso valorar en esta fase inicial cuáles han sido, en su caso, los derechos fundamentales vulnerados (libertad, tutela judicial efectiva,

defensa, asistencia letrada, etc.), ya que, con posterioridad a la resolución de este recurso, no podrá modificarse el objeto del litigio y los principales argumentos esgrimidos.

Además de lo anterior, el Letrado/a designado debe llevar a cabo un análisis detallado del contenido del Auto de internamiento y entre otras cuestiones debe prestar especial atención a cuestiones como p.ej. si se ha establecido un periodo máximo de internamiento inferior a los sesenta días; si se ha determinado el CIE al que se va a trasladar al extranjero/a y si éste cuenta con los requisitos legales mínimos exigidos para su funcionamiento, así como la ausencia de naturaleza penitenciario del mismo.

Jurisprudencia:

- Auto de la AP de Málaga, Sección 8ª, de 29/09/2017: en relación a que el hecho de que el extranjero/a haya sido puesto en libertad no es obstáculo alguno para que por una instancia superior se revise, conforme a la legalidad vigente, la decisión del Juez “a quo” de acordar la privación de libertad por lo que el recurso de apelación frente al internamiento no habría perdido su objeto.

10. RECURSO DE ALZADA FRENTE AL ACUERDO DE DEVOLUCIÓN.

Frente a los acuerdos de devolución, conforme a los **artículos 121 y siguientes de la LPAC**, podrá interponerse recurso de alzada ante el Delegado del Gobierno en Andalucía, en el plazo de un mes desde la notificación del acuerdo. Para ello es preciso haber podido tener acceso a los expedientes administrativos completos, ya que, cuando no sea posible alegar cuestiones relacionadas con la determinación de la edad, protección internacional, enfermedad grave, arraigo, etc., analizando el expediente administrativo en cuestión podremos comprobar el nivel de motivación empleado por la autoridad competente para adoptar el acuerdo de devolución, el cual, sin perjuicio de lo dispuesto en el **artículo 58.3 de la LOEX** en cuanto a la no necesidad de expediente administrativo de expulsión, ello no obsta a la obligación de motivación y de contar con un expediente administrativo en el que se recojan con claridad los presupuestos que dan lugar a la aplicación de los preceptos correspondientes.

Sin perjuicio de lo anterior, con la interposición del recurso de alzada debe solicitarse por otrosí la suspensión de la resolución recurrida al objeto de evitar la expulsión del extranjero mientras se resuelve el recurso. En este sentido, el **artículo 117.2 de la LPAC** establece lo siguiente:

“1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

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.

3. La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurrido un mes desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para decidir sobre la misma, el órgano a quien compete resolver el recurso no ha dictado y notificado resolución expresa al respecto. En estos casos, no será de aplicación lo establecido en el artículo 21.4 segundo párrafo, de esta Ley.

4. Al dictar el acuerdo de suspensión podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado.

Cuando de la suspensión puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, aquélla sólo producirá efectos previa prestación de caución o garantía suficiente para responder de ellos, en los términos establecidos reglamentariamente.

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.

[...]”

En este sentido, es preciso 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, y en consecuencia se podrá solicitar certificado de actos presuntos al respecto.

11. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Los recursos se formularán ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo, por el procedimiento abreviado, por tanto, de acuerdo con el **artículo 78 de la LJCA**, hay que redactar la demanda en el escrito inicial, al que se podrá acompañar la solicitud de adopción de medidas cautelares, suspensivas y positivas, que en su caso pudieran plantearse, como así se prevé en los **artículos 129 y siguientes de la LJCA**.

Se ha de tener presente en la defensa de estos procedimientos que el régimen de extranjería aplicable a España se rige no solo por el derecho interno español sino también, y de manera especial, por el Derecho de la Unión Europea, con especial importancia en materia de derechos humanos en general y de los extranjeros en particular, tanto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Asimismo, se reclama una mayor invocación de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en defensa de las pretensiones del extranjero.

En todo caso y al no ser preceptiva la intervención de Procurador en el procedimiento abreviado, la representación puede ser ostentada por el Letrado, 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 representación, ya que los Juzgados y Tribunales de lo contencioso administrativo no están aceptando la designa por el turno de oficio como bastante.

Si el extranjero está privado de libertad se puede pedir designación de procurador de oficio, enviándose al Colegio la solicitud lo antes posible. En el caso de designación de procurador no es preceptiva la apoderación apud acta de éste, sirviendo la designa colegial (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 **art. 18 del RD 67/2008 Reglamento Andaluz de Justicia Gratuita**. El Juzgado, a petición del Letrado, adoptará las medidas cautelares que estime conveniente y señalará el día en que deberá celebrarse la vista oral. Contra el auto de medidas cautelares cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo contencioso administrativo del TSJA con sede en Granada.

Con una antelación de quince días sobre la vista, la Administración viene obligada a remitir el expediente administrativo que será puesto a disposición del demandante para poder preparar el juicio oral.

En el acto de la vista el Letrado/a podrá, al amparo del **artículo 78.6 de la LJCA** y en línea con lo resuelto por la **Sentencia del TC núm. 58/2009, de 09/03/2009**, sin alterar sustancialmente la pretensión deducida en el escrito inicial de demanda, ampliar los motivos jurídicos en los que la parte recurrente fundamente el objeto del proceso, siendo lícito que, una vez que la Administración pone de manifiesto al demandante el expediente administrativo, lo que acontece con posterioridad a la formulación de la demanda, pueda la parte actora sumar a los motivos de impugnación que pudieren aparecer en la demanda inicial los que resulten del expediente administrativo.

En relación a la asistencia jurídica gratuita, el Letrado/a habrá de informar al extranjero/a de las consecuencias que la falta de tramitación de Justicia Gratuita, así como de la ausencia de constancia de la voluntad de interponer el recurso, pueden provocar en el acceso del mismo a la jurisdicción contenciosa administrativa como beneficiario de la justicia gratuita. Es recomendable que el Letrado/a facilite al extranjero/a el formulario de solicitud para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Debe ponderarse por el Letrado/a la oportunidad de hacer uso de la posibilidad prevista en el **artículo 78.3 de la LJCA**, de solicitar que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba ni tampoco de vista.

Jurisprudencia:

- STC núm. 58/2009, de 09/03/2009: en relación a la posibilidad de ampliar los motivos que fundamentan el objeto inicial de la demanda a la vista del expediente administrativo.
- 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.

12. MEDIDAS CAUTELARÍSIMAS.

Estas medidas de carácter urgente vienen 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 oír 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, etc. Así mismo, a modo de ejemplo, también podría presentarse una solicitud de medidas cautelarísimas ante la AN en los casos de inadmisión de una solicitud de asilo en frontera, así como de la posterior solicitud de reexamen, en la medida en que la ejecución del acuerdo de devolución se prevea de manera inminente.

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 haga necesaria la solicitud de estas medidas. En este sentido, siempre que podamos pedir las en días hábiles y antes de las 14:00 h. (sin perjuicio 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 inhábiles, se habrán de solicitar al Juzgado de Instrucción de Guardia. 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 intervención 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, Sala III: 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.

13. OTRAS CUESTIONES.

A) Acceso al expediente administrativo:

Una vez efectuadas las notificaciones de los acuerdos 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 los extranjeros/as que han sido designados 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 esté 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 los extranjeros/as interceptados a la Policía Nacional, listado de los extranjeros/as reseñados, así como el correspondiente acuerdo de devolución. Ello sin

Jurisprudencia:

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

perjuicio de otra documentación o información que pueda obrar en el expediente relativa, por ejemplo, a anteriores solicitudes o expedientes del extranjero/a.

B) Contacto con extranjeros/as internados en CIE:

Es recomendable que desde el primer contacto con el extranjero/a en cuestión facilitemos el teléfono de contacto del Letrado/a actuante.

En el caso de que se lleve a cabo el internamiento, es preciso advertir a los extranjeros/as de la necesidad de mantener contacto entre cliente/abogado/a. 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 también es importante tengan allí noticias de quien sea el abogado que asistió al extranjero, a fin de coordinar la defensa del mismo y para el caso de que haya manifestado la voluntad de pedir asilo y esta no haya sido formalizada, se proceda a pedir la correspondiente cita en la comisaría y posteriormente asistirle en la solicitud, para el caso que no lo hagan los letrados de la ONG.