

CIRCULAR 103/2019

EXCMO. SR. CONSEJERO
CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA

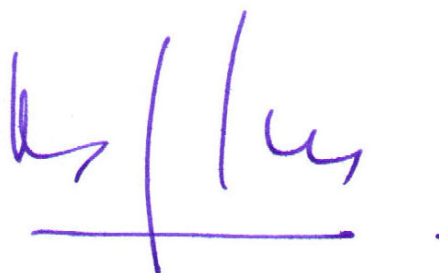
Madrid, 13 de junio de 2019

Querido Consejero y amigo:

Adjunto remito el “**Protocolo de actuación letrada en casos de entrada de personas extranjeras por vía marítima**”, elaborado por la Subcomisión de Extranjería y Protección Internacional y aprobados por el Pleno del Consejo General de la Abogacía en sesión celebrada el 29 de marzo de 2019.

Esperando que sea de tu interés, te ruego des la difusión oportuna al documento elaborado.

Agradeciendo tu colaboración, recibe un cordial saludo



Fdo. Blas Jesús Imbroda Ortíz
Presidente Subcomisión de Extranjería y Protección Internacional

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN EN CASOS DE ENTRADA DE PERSONAS EXTRANJERAS POR VÍA MARÍTIMA.

1.- DEVOLUCION. Regulación legal.

Los extranjeros detenidos intentando acceder, a territorio nacional, por vía marítima, serán objeto de un procedimiento de devolución, previsto en el artículo 58 de la LOEX y 23 del Real Decreto 557/2011.

2.- ACTUACIÓN LETRADA EN EL PROCEDIMIENTO DE DEVOLUCIÓN:

2.1.- Notificación en Comisaría de la resolución de devolución.

Dará inicio, a la asistencia letrada, la entrevista previa individualizada, prevista en nuestro ordenamiento jurídico, entre el letrado y las personas extranjeras a las que debe asistir. La policía debe proporcionar un espacio adecuado para que se realicen con las debidas garantías y pleno respeto a los derechos.

El abogado ha de facilitar, a las personas extranjeras, una tarjeta con sus datos, o su nombre y apellidos, número de colegiado y datos profesionales, dirección, teléfono y correo electrónico. Sería de gran utilidad, confeccionar, por el Colegio de Abogados correspondiente, un folleto explicativo de la situación en la que se encuentra y los derechos y deberes que le asisten, en distintos idiomas y en el que poder introducir los datos del abogado de oficio que asume su defensa en este procedimiento.

En la entrevista, se deberá:

1.- Comprobar el país de origen de la persona extranjera que conste en el expediente, a efectos de evitar el error sobre su origen y la idoneidad del intérprete. Si es nacional de un país de riesgo, o al que preveamos que no va a poder ser repatriado, se indagará sobre el modo de acreditar documentalmente este extremo, para poder aportarlo a la comparecencia de internamiento, evitando ser internado, o en momento posterior, solicitando el cese del internamiento al no cumplirse el fin del mismo, el garantizar la devolución.

2.- Prestar atención en aspectos que puedan llevar a la detección de potenciales solicitantes de protección internacional (P.I) o subsidiaria (P.S), identificar estos supuestos y, de estar ante un posible solicitante, poner de manifiesto a los agentes de la Policía Nacional esta circunstancia, debiendo ser suspendido el proceso de devolución y se proceda a la entrevista de P.I, que inicia el procedimiento de asilo en frontera de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley de Asilo. Al cliente, con la finalidad de poder conseguir la máxima información en relación a su situación personal, además de la obtenida en la entrevista, se le facilitará un documento,(Anexo 1) en distintos idiomas, con una serie de preguntas dirigidas a un mejor conocimiento de sus circunstancias.

Manifestada la voluntad de solicitar protección internacional al letrado, se aconseja al abogado que realice las actuaciones necesarias para dejar constancia de esta, bien solicitando su expresión en la lectura de derechos, que en caso de no haber sido realizada deberá llevarse a cabo en presencia del letrado, o para el supuesto de no ser recogida por la autoridad, firmar la lectura de derechos con la salvedad de la expresión del interesado de solicitar protección internacional o redactar, en ese instante, un breve escrito dejando constancia de la voluntad manifiesta de solicitar protección internacional, exponiendo, de manera sucinta, los motivos

por los que se interesa la protección del Estado español, debiendo constar la firma del interesado, intérprete y letrado, debiendo conservar una copia sellada.

Esta actuación ha de suponer el inicio del proceso de asilo en frontera y la aplicación de los derechos y garantías, como la “no devolución” (Non refoulement), y con base en este, no debe ser internado en tanto se encuentre en trámite la solicitud de asilo. En caso de solicitarse el internamiento en CIE por la Policía, se aportará este escrito sellado al juez que tramite la solicitud de internamiento, para que la deniegue.

La Comisaría de Policía es el Órgano competente para la facilitación del acceso al procedimiento de asilo cuando así lo hubiera puesto de manifiesto el propio extranjero, de conformidad con la *Instrucción 20/2005, de 23 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre control de la inmigración irregular que llega a España en embarcaciones*, y que señala en su apartado cuarto lo siguiente:

“Cuando los interceptados manifiesten la intención de solicitar asilo, la petición tendrá la consideración de solicitud presentada en puesto fronterizo y se tramitará de conformidad al procedimiento establecido al efecto, dando traslado inmediato a la Oficina de Asilo y Refugio, de acuerdo con las siguientes normas:

a) El solicitante permanecerá en las dependencias que al efecto se habiliten hasta que se decida sobre la admisión a trámite de su petición.

b) En el supuesto de que la decisión sobre la admisión o inadmisión a trámite de la petición de asilo se fuese a dictar en un plazo que superase el periodo máximo de estancia en calidad de detenido o de internado del interesado, se podrá asignar residencia obligatoria [...] en dependencias o centros preferentemente de la Cruz Roja del lugar, o de cualquier otra organización que entre sus objetivos con la asistencia a solicitantes de asilo, refugiados y desplazados, sin que se modifique el tratamiento de petición formulada en puesto fronterizo.

c) Inadmitida a trámite la petición de asilo, se continuará con la aplicación de las disposiciones previstas por la normativa general de extranjería.”

En el caso de que, por el Grupo Operativo de Extranjeros, se omita la petición de P.I. efectuada por el extranjero en la lectura de derechos y no se aceptase la presentación del escrito redactado, el letrado deberá exigir que quede constancia en su comparecencia de su intención de pedir asilo, y este podrá presentarse ante cualquier registro público, dirigido a la Comisaría de Policía.

Si manifestada la voluntad de solicitar P.I, se deniegue o se obstaculice el acceso al procedimiento de asilo en frontera a través de los cauces previstos anteriormente, o en los casos en 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 Oficina de Asilo y Refugio, dependiente del Ministerio de Interior, a través de FAX, y con el Defensor del Pueblo, comunicando esta situación.

En cualquier caso, el plazo para la admisión o inadmisión a trámite de la solicitud de asilo en frontera será de cuatro días desde la formalización de la solicitud –no desde la manifestación de la voluntad de solicitar protección internacional-. Según el artículo 6º de la DIRECTIVA 2013/32/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional,

desde que se manifiesta la intención de solicitar la protección internacional hasta que se registre no han de pasar más de tres días.

No obstante todo lo arriba expresado, la INSTRUCCIÓN SGII 2018/05/28: SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL (PI) PROCEDENTES DE LAS COMISARIAS DE POLICÍA TRAS SU LLEGADA A COSTAS, DE LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS (CIE), DE LOS CENTROS DE ESTANCIA TEMPORAL DE INMIGRANTES (CETI) y DEL PROGRAMA DE ATENCIÓN HUMANITARIA (AH), de fecha 28 de mayo de 2018, establece que *las personas que a su llegada a costas manifiesten la intención de solicitar PI serán remitidas a la Entidad encargada de la primera acogida del Sistema de acogida e Integración para solicitantes de PI de la provincia en la que se encuentren. (...) A estos efectos, si el destinatario no hubiera formalizado la solicitud de PI deberá contar con el registro de la manifestación de la voluntad de solicitar PI en el que debe contar la firma y la huella del destinatario y la fecha de la cita para formalizar la solicitud, expedido por la correspondiente comisaría de policía.* Por lo que, tras esta Instrucción, una vez manifestada la intención de solicitar Protección Internacional, debe facilitarse por la Comisaría el registro de la manifestación de la voluntad de solicitar Protección Internacional, y remitir a la persona a la Entidad encargada de la primera acogida de la provincia. El letrado/a debe velar por que se dé cumplimiento a esta instrucción, e instar a que la policía facilite este registro de la voluntad de solicitar Protección Internacional, derivando al solicitante a la Entidad encargada de la primera acogida de la provincia, sin notificar resolución de devolución.

3.- Comprobar que el extranjero no sea menor de edad. Ante la posibilidad de estar ante un menor de edad, se deberá indicar a las fuerzas policiales este dato, con carácter previo a la asistencia, para que se active el protocolo de protección de MENAS (menores extranjeros no acompañados). De no activarse el protocolo de MENAS, el letrado deberá dejar constancia en la asistencia la manifestación de estar ante un posible menor de edad, según manifestación de la persona asistida o sin haber sido manifestada por esta, ante los claros indicios físicos percibidos por el letrado. Es recomendable obtener cualquier documento que pueda sustentar la minoría de edad.

En el supuesto de existir una prueba de determinación de edad, ya realizada, que indique una supuesta mayoría de edad del extranjero, es de suma importancia solicitar al agente de Policía Nacional actuante, el acceso al expediente lo antes posible, para, comprobar la corrección del documento y 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. Igualmente, si se ha incumplido el protocolo MENAS, podrá ponerse queja ante el Defensor del Pueblo.

4.- Observar la existencia de indicios que indiquen la posibilidad de estar ante una víctima de Trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Si se detecta una víctima de trata, habrá que poner este dato en conocimiento de las autoridades policiales, a efectos de que se inicien los trámites necesarios para su protección recogidos en el artículo 59 bis de la LOEX. El letrado detecta los indicios, la identificación como víctima se efectúa por las autoridades, tras la realización de una entrevista llevada a cabo por el grupo especializado de la Policía Nacional (UCRIF). Una vez identificada como víctima, se le ha de ofrecer el período de restablecimiento y reflexión, que tendrá una duración de al menos 90 días, incluyéndose desde luego la suspensión de la ejecución de la devolución y la imposibilidad de acordar el

internamiento. El letrado deberá comprobar que se cumple con la legislación. Se aconseja en estos casos contactar con las ONGs que han llevado a cabo la recepción de estas personas (Cruz Roja,...) por si han podido, también detectar algún indicio, y pueden prestar su colaboración en ayudar a la víctima.

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.

5.- Comprobar que no se trate de mujeres embarazadas, ni de personas enfermas, cuya devolución pueda suponer un riesgo para su salud.

Resulta de vital importancia 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 solicitarla directamente a la persona detenida, una vez que le haya sido entregada por 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, sean trasladadas inmediatamente al centro hospitalario que corresponda.

En esta entrevista, además de lo arriba indicado, el letrado debe:

- Confirmar los datos personales de filiación, procurando que estén correctamente escritos en el expediente, y obtener información relacionada con los lazos familiares que pudieran existir en España. También es de gran importancia que, en la entrevista personal, se obtenga la forma de contactar con el interesado en su país de origen, o con algún familiar que ya se encuentre en España, para las posteriores fases de su defensa, incluida la obtención de un poder para actuar ante la jurisdicción contencioso administrativa, y la comunicación del resultado del procedimiento.

- Se comprobará si la persona asistida ha llegado a territorio español acompañada de su unidad familiar al completo, pareja o hijos, al objeto de hacer valer ante Policía el derecho al mantenimiento de la unidad familiar y evitar que la devolución de un integrante de la unidad familiar provoque un perjuicio irreparable al menor para su desarrollo personal al no poder contar con alguno de sus progenitores.

- Se comprobará que no ha transcurrido el plazo máximo de detención (72 horas, no prorrogables), que se computará desde el momento de la recogida del extranjero en la embarcación o la detención en tierra, si hubiera sido detenido ya desembarcando (NOTA DE MODIFICACIÓN: que se computará desde la puesta a disposición del extranjero a las autoridades policiales –guardia civil o policía—si han sido rescatados por Salvamento Marítimo, o desde la detención en mar por fuerzas policiales o en tierra, si hubiera sido detenido ya desembarcando). De haber transcurrido este plazo, podría instarse un procedimiento de “habeas corpus”.

Respecto de los extranjeros/as, de acuerdo con el artículo 61.1.d) de la LOEX, puede acordarse la medida cautelar de detención. Y, en su condición de detenidos/as, les son reconocidos los derechos previstos en el artículo 17.3 de la CE, los fijados en la normativa de extranjería, así como los previstos en el artículo 520 de la LECrim en la medida en que sean más favorables. En consecuencia, el artículo 520.6.d) de la LECrim 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”.

Todos los extremos relevantes derivados de esta entrevista se deberán poner de manifiesto en la asistencia que se deberá realizar a continuación, para que se hagan constar en el acta y para que por las fuerzas policiales se activen los protocolos de protección de estos extranjeros. Siempre se harán constar estos extremos, al menos, en nota manuscrita en el mismo.

En ningún caso se firmará por el letrado la notificación del acuerdo de devolución antes de mantener la entrevista individual con el interesado, así como también, se recomienda no firmar, en los supuestos en los que se produzca cualquier irregularidad del procedimiento o no se recoja cualquier apreciación del letrado o se firme con las salvedades correspondientes. Hay que tener en cuenta que durante el desarrollo de la asistencia letrada pueden producirse diversas irregularidades que no deberían contar con la firma y aprobación previa del Letrado actuante.

En cualquier caso, 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 mencionados anteriormente.

- Se solicitará el acceso al expediente administrativo, para constatar las circunstancias de la aprehensión de la embarcación, y las horas exactas de detención y puesta a disposición de las personas a la Guardia Civil o Policía Nacional. Asimismo, se comprobará la realización efectiva de la notificación de la propuesta de devolución a la Subdelegación del Gobierno y la respuesta de ésta dando la conformidad, junto con la identificación del funcionario concreto que la ha prestado.

2.2.- En los supuestos de ejecución de la devolución en el plazo de detención (72 horas).

En el momento de la notificación del acuerdo de devolución el letrado/a debe indagar sobre cuál va a ser la situación en la que quedará su defendido/a (libertad, solicitud de internamiento en CIE, ejecución de la devolución). En el caso de tener conocimiento de que se pretende por la Policía la ejecución inmediata de la medida de devolución se debe estar especialmente atento al plazo máximo de detención, tomando conocimiento del momento inicial del cómputo del mismo mediante el examen del expediente administrativo (hoja de exposición de hechos y puesta a disposición de los extranjeros/as a la Policía Nacional). La labor del abogado/a no finaliza con la firma de la notificación de la devolución, sino que debe prestar atención a la efectiva ejecución de la devolución. En el caso de no haberse llevado a cabo la devolución en el plazo de 72 horas, debe instarse un procedimiento de “habeas corpus”, teniendo especial cuidado en que sea comunicado a la Policía Nacional desde el mismo momento de la presentación, para que la misma no pueda alegar posteriormente desconocimiento del mismo, en el caso de que se tarde en requerir la presencia del detenido/a por parte del Juzgado.

2.3.- En la interposición del recurso contra la resolución de devolución.

Frente a los acuerdos de devolución deberá interponerse recurso de alzada ante el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma, en el plazo de un mes desde la notificación del acuerdo (art. 121 y ss. de la LPA).

Argumentos en los que, el letrado, podrá basar el recurso:

- En primer lugar, podemos alegar cuestiones ya tratadas, relacionadas con la determinación de la edad, protección internacional, Trata, enfermedad grave, arraigo,... .
- En segundo lugar, en relación al procedimiento, podrían consistir en atacar la decisión de devolución misma:

En cuanto a la devolución que tenga por sujetos a *“los que pretendan entrar irregularmente en el país. Se consideran incluidos a estos efectos, los extranjeros que sean “interceptados en la frontera o en sus inmediaciones”*, se deberá velar por una interpretación no arbitraria y estricta de dichos criterios, sin que pueda optarse por devolución o expulsión según la nacionalidad del extranjero en cuestión.

¿Cuál es el alcance de “pretender entrar”? la frontera o sus inmediaciones. Es preciso comprobar el expediente administrativo de devolución para de la expresión “pretender entrar” y su reflejo en el expediente administrativo a través de la determinación de los detalles de la interceptación, en verificar la concurrencia de este presupuesto. En concreto, tendremos en cuenta las implicaciones 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 irregularmente 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.

Para comprobar estos datos podemos acudir a la aplicación Google Earth, en la que al indicarle las coordenadas facilitadas por la policía en el expediente de devolución como lugar de interceptación, nos indicarán exactamente el punto geográfico.

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).

Cuando el extranjero se encuentre ya en el interior del territorio nacional, aunque estuviese en ruta o en tránsito, procede tramitar expediente de expulsión, y no devolución. La devolución de los extranjeros está prevista para supuestos de tentativa de entrada--la expresión pretender entrar es concluyente al efecto--. Quienes se encuentren en el interior del territorio nacional, por más que estén en ruta o en tránsito, no pretenden entrar, ya que ésta es una situación incompatible con la de encontrarse en el interior, es decir, dentro del territorio nacional, por más que, decimos, estén en ruta hacia un lugar concreto o en tránsito,

tanto si esa situación lo es de una localidad a otra del territorio nacional o hacia un país tercero.

- Otra cuestión a alegar en el recurso contra la decisión de devolución es que la misma esté debidamente motivada:

Que se sustente en un expediente, entendido 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. En este sentido, véase la STC de 18/07/2016 --recurso 5646/2014-- relativa a la necesidad de contar con expediente administrativo en los procedimientos de devolución.

- Otra cuestión a alegar en el recurso contra la decisión de devolución es que la misma haya sido correctamente dictada, y que conste en el expediente la decisión formal de devolución llevada a cabo por la Subdelegación del Gobierno:

En el expediente debe constar la notificación expresa de la Policía Nacional a la Subdelegación del Gobierno de la propuesta de devolución, junto con su puesta a disposición de los datos fundamentales en los que basar la decisión. Asimismo, debe constar la resolución expresa de la devolución, en el sentido de estar suficientemente acreditada la expresión de la voluntad de la Subdelegación del Gobierno, así como la identificación y firma del funcionario de ésta que ha tomado la decisión. Ello sin perjuicio de lo establecido en los artículos 9.4 y 12.3 de la Ley 40/2015, en virtud de los cuales, las resoluciones y actos que se adopten por delegación o se firmen por delegación harán constar tales circunstancias y la autoridad de procedencia. Esta decisión debe ser tomada con anterioridad a la notificación de la misma al extranjero/a.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1.2ª de la CE y la L. O. 4/2000 y su Reglamento de desarrollo el R. D. 557/2011, así como conforme al artículo 75 de la Ley 40/2015, el Subdelegado del Gobierno es quien tiene atribuida la competencia en materia de procedimientos de devolución, en particular, en lo que se refiere a la emisión de la Resolución administrativa por la que se acuerda la Devolución.

Así mismo, tampoco se justifica la falta de firma del Subdelegado del Gobierno en una supuesta delegación de competencias o delegación de firma efectuada al amparo de lo previsto en la Ley 40/2015, puesto que (s.e.u.o) no existe la referida delegación de competencias, ni tampoco se hace referencia a la misma en el documento notificado, como así se exige en la referida Ley 40/2015. Por ello, planteamos la vulneración del artículo 103.1 de la CE, conforme al cual:

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

Y, en consecuencia, debe entenderse aplicable en este caso lo dispuesto en el artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015, según el cual:

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

[...]

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

A este respecto, es necesario partir de la naturaleza no sancionadora de la medida de devolución proclamada en las SSTC 17/2003 y 17/2013 donde se 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.”

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, 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 expuesto; 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 (STC de 18/07/2016).

Sin embargo, a la vista del Acuerdo de Devolución notificado se desprenden diversas circunstancias confusas que afectan al principio de seguridad jurídica, proclamado en el artículo 9.3 de la CE, que se considera vulnerado. Obsérvese que en este procedimiento, pese a no enmarcarse en la potestad sancionadora de la Administración, existe una pretendida separación entre la fase instructora y la “sancionadora”, de manera que esa primera fase sería la desarrollada por la Brigada de Extranjería y Fronteras, a través de los agentes con funciones de Instructor y Secretario; y la segunda fase sería la propia Resolución en sí, dictada por el Subdelegación del Gobierno en Almería. No obstante, nada encaja en estos expedientes de devolución en los que no se notifica ninguna Resolución del Subdelegado de Gobierno (suponiendo que exista), sino un Acuerdo de Devolución, que hace las veces de Resolución de Devolución y que es emitida por el propio órgano instructor (la Brigada de Extranjería y Fronteras), no por el Subdelegado de Gobierno, sin que tenga la competencia atribuida para ello, ni exista una delegación expresa que le habilite para dictar la resolución que pone fin al procedimiento administrativo del que se desprende una limitación o restricción en el ejercicio de derechos fundamentales.

- Otra cuestión a alegar en el recurso contra la decisión de devolución es que la misma podría no ser procedente, al haber sido la persona objeto de un rescate en alta mar, y corresponderle un trato diferente, por cuestiones humanitarias.

Tras las experiencias de las acogidas de los buques utilizados por ONGs internacionales para el rescate de personas extranjeras en el Mediterráneo Central, entre las costas de Italia y Libia, se

ha podido observar que existen alternativas a las devoluciones sistemáticas de las personas extranjeras que llegan a las costas españolas.

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

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

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

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

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

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

Finalmente, 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 de la Ley 39/2015, establece que *“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.”. Esta suspensión tácita puede hacerse valer en cualquier momento posterior, en el caso de que, como suele ser habitual, se tarde más de un mes en resolver el recurso, incluso para solicitar el alzamiento de la medida de internamiento que pudiera haberse decretado, recomendándose exigir el certificado de actos presuntos.

Se debe contemplar la posibilidad de interposición de recurso para la protección de derechos fundamentales (art. 115 LJCA) con medida cautelar de suspensión del acto administrativo, por estar ya en territorio español y no aplicarse procedimiento de expulsión, con mayores garantías que la devolución, lo que podría constituir vulneración del art. 24 CE. El plazo para esta interposición es de diez días desde la notificación del acuerdo de devolución. Téngase en cuenta que la devolución referida a ciudadanos de Marruecos o Argelia se puede materializar en unos días, por lo que la urgencia en estos casos es primordial.

3.- ACTUACION LETRADA EN EL PROCEDIMIENTO DE INTERNAMIENTO CONSIDERACIONES ESPECIALES EN ENTRADAS MARITIMAS.

El artículo 58.6 de la LOEX permite solicitar la medida de internamiento del extranjero, prevista para los expedientes de expulsión, cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas. Nos remitimos al protocolo general en relación a los internamientos en CIE, si bien, dadas las especiales circunstancias que se dan en estas entradas de extranjeros por vía marítima, debemos hacer una serie de consideraciones:

En el momento previo a la vista del internamiento, debe entrevistarse el letrado con la persona para conocer su situación en toda su amplitud: situación familiar, posible minoría de edad, posible solicitante de protección internacional, posible víctima de trata, arraigo en España,... . Con anterioridad a esta entrevista, el letrado debería informarse sobre la situación en el país de origen del extranjero y obtener informes sobre el particular, para su aportación en la vista del internamiento.

3.1.- La vista del internamiento

En el internamiento es necesaria la celebración de una audiencia previa en los mismos términos expuestos en el artículo 505 de la LECrim para acordar la prisión provisional, donde se garantice la audiencia del extranjero y la valoración individualizada de su declaración y de la prueba que pueda proponerse y practicarse. 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, como garantía adicional al derecho a la libertad, y en idénticos términos y con las mismas garantías previstas para una solicitud de prisión preventiva.

Es importante traer a colación la Circular de la Fiscalía General del Estado 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.”*

Se debe valorar la opción de reunirse con su Señoría y/o con el Ministerio Fiscal con anterioridad a la audiencia previa siempre que se conozcan 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.

La vista debe celebrarse con todas las garantías que las leyes procesales determinan (art. 505 LECrim): individualizada, presencia del Ministerio Fiscal, posibilidad de exponer razones para el no internamiento etc.

En cualquier caso, la finalidad del acto ha de consistir en que su Señoría pueda escuchar al extranjero y al Ministerio Fiscal respecto a la propuesta de internamiento efectuada y a las circunstancias personales del mismo que pudieran influir en tal decisión. Debemos asegurarnos de que su Señoría pueda realizar efectivamente una valoración individualizada de cada caso, oyendo lo que tenga que decir y analizando todas las pruebas que, en su caso, pudieran aportarse. Podremos centrar la declaración en aquellas cuestiones de mayor relevancia (circunstancias familiares, protección internacional, trata, minoría de edad no reconocida, estado de salud, etc.). Dicha decisión se adoptará mediante Auto motivado que será notificado al extranjero al finalizar la audiencia de internamiento.

Hay que recordar, siempre, que existen otras medidas alternativas al internamiento, que deberán ser sugeridas oportunamente por el letrado, cuales son las previstas en el artículo 61 de la LOEX: *a) presentación periódica ante las autoridades competentes –grupo operativo de extranjeros de la policía nacional–; b) residencia obligatoria en determinado lugar; c) retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado de resguardo acreditativo de tal medida; y f) cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente.*

Casos concretos en estos supuestos de entradas por vía marítima:

3.1.1.- Extranjeros cuya devolución se prevea poco probable de ser llevada a cabo.

La Circular de la Dirección General de la Policía 6/2014 indica cuales son los criterios para solicitar el ingreso de los ciudadanos extranjeros en los centros de internamiento, por lo que sería muy conveniente aportar dicha Circular en el acta de internamiento. Esta Circular establece, entre otros criterios, los siguientes que podrían ser de mucha utilidad en los casos de entrada de inmigrantes por vía marítima, en concreto la Instrucción primera. 2, que trata sobre la posibilidad real de ejecutarse la repatriación, indicándose a los policías actuantes que realicen una valoración sobre la viabilidad real de la materialización de la expulsión, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias: a) si el expedientado está provisto de documento de viaje o pasaporte; b) si se trata de un nacional de un país que tiene o no representación diplomática en España; c) si se trata de un nacional que no será documentado por las autoridades de su país; d) si es nacional de un país que, aunque lo documente, es factible que transcurra el plazo de 60 días máximo de internamiento. El internamiento es una medida cautelar para garantizar la ejecución de la devolución del extranjero, y deja de tener sentido cuando se prevé que no podrá materializarse, por lo que no debería de privarse de libertad a nadie sin las debidas garantías de que esa devolución va a poder llevarse a cabo, y esto debe ponerse en conocimiento del Juez que vaya a autorizar el internamiento.

Esta misma Circular, en su Instrucción Segunda, establece que se realice por el instructor una consulta a ACNUR sobre la situación existente en el país al que el extranjero va a ser repatriado, por lo que se abre la posibilidad de alegación en este sentido en el acta de

internamiento, aportando documentación al respecto. Es muy importante no sólo acreditar la situación del país del que el extranjero es nacional, sino también la veracidad de esta nacionalidad, para lo que se deberán aportar pruebas sobre este particular, de haberse podido localizar. También sería importante en estos supuestos requerir al Juzgado la práctica de una entrevista específica para determinar la veracidad de la nacionalidad alegada por el extranjero.

3.1.2.- Extranjeros posibles menores de edad.

En los supuestos de extranjeros que han alegado ser menores de edad y, tras la realización de la prueba de determinación de edad se solicite su internamiento por dar como resultado la mayoría de edad, hay que volver a alegar el dato de la minoría de edad, ya que se prohíbe el internamiento de menores.

Se debe comprobar que el decreto de determinación de edad del Ministerio Fiscal sea correcto, ya que actualmente se utilizan pruebas oseométricas muy falibles y poco recomendables (véase el Informe del Defensor del Pueblo acerca de la determinación de la edad de los MENAS ¿Menores o adultos? Procedimientos de determinación de la edad. Defensor del Pueblo, 2012). Hay que comprobar que las pruebas de determinación de edad son suficientes y se han realizado correctamente, y acreditar la insuficiencia de las mismas para la determinación, sin duda alguna, de que el extranjero no es menor de edad (se deberían realizar varias pruebas, no sólo una, y darse en todas ellas una horquilla de edad en la que no debe entrar la minoría de edad, teniéndose en consideración además la raza del extranjero).

Asimismo, hay que tener en cuenta la prohibición de realización de pruebas médicas cuando los extranjeros 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.

Detectado un menor de edad que no ha sido reconocido como tal, debe promoverse por la asistencia letrada una valoración holística de los distintos indicios de minoría que pudieran concurrir, con el propósito de que en atención a la Convención de Derechos del Niño y del interés superior del menor, no se aboque la cuestión de su minoría única y exclusivamente a los resultados de pruebas radiológicas claramente falibles. En este sentido, pueden proponerse la realización de entrevistas entre Fiscalía y los presuntos menores, aportación de documentación que aporte indicios de minoría (pasaportes, documentos de identidad, certificados de nacimiento, etc.), así la aportación de informes psicológicos o la práctica de pruebas complementarias.

3.1.3.- Transcurso del plazo máximo de detención antes de la puesta a disposición judicial.

Hay que revisar el plazo de detención desde la interceptación por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y/o la puesta a disposición de las mismas en el caso de haber sido rescatados por Salvamento Marítimo. En el caso de transcurrir este plazo con anterioridad a la puesta a disposición del Juzgado para la realización de la vista del internamiento, se debe bien presentar un habeas corpus si el extranjero/a aún no ha sido puesto a disposición judicial, bien alegar este hecho en el acto de la vista, planteando la imposibilidad del dictado de una resolución autorizando el internamiento, ya que con ello se estaría convalidando una situación de detención ilegal por parte del Juzgado. En este supuesto tan sólo procedería la inmediata puesta en libertad del extranjero.

3.1.4.- Apud acta.

Aprovechando la comparecencia en sede judicial debe valorarse la oportunidad de realizar un apoderamiento apud acta ante el juzgado de guardia o el Decanato de cara a obtener la representación procesal necesaria para la interposición de acciones judiciales que en ese momento ya se prevean como posibles (futuro recurso contencioso administrativo a interponer contra el acuerdo de devolución, ...).

3.1.5.- Plazo de internamiento.

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).

Esto es, no existe obligación alguna por parte del Juez de establecer un período máximo de duración del internamiento de 60 días, sino que, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, podrá establecer un período inferior, y se deberá abogar por que la Policía haga constar en su solicitud de internamiento este extremo, el del plazo previsible de ejecución de la repatriación, y que el Juez motive no sólo la necesidad del internamiento sino también su plazo.

El plazo de máximo de internamiento debe empezar a contarse desde el momento en que el extranjero es detenido, toda vez que desde ese momento se está privado de libertad, y por analogía con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativo al plazo máximo de prisión preventiva y del cómputo en ésta del tiempo de detención en comisaría.

Debemos recordar que la ley no permite que un extranjero sea internado de nuevo, por el mismo motivo, en el supuesto de haber sido internado previamente, con el límite máximo de 60 días (se computan los plazos anteriores de internamiento). Para ello, se reitera 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.

Finalmente, se debe tener muy presente el plazo máximo de duración del internamiento, o el indispensable para la ejecución de la expulsión, de forma que en el momento en que se constate que la expulsión 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 sobre cómo van los trámites para ejecutar la repatriación, y esperar a que se informe, o no, por parte de la policía, instándole al Juez que, al constatar que pudiera ser previsible que no se pueda ejecutar en plazo la repatriación ésta deja de tener sentido.

3.2.- Recursos contra el auto de internamiento.

Contra el auto decretando el internamiento proceden los recursos habituales contra los Autos dictados por el Juez de Instrucción: el recurso de reforma y el de apelación.

Es frecuente que durante la tramitación del recurso de apelación los extranjeros internados en CIE ya hayan sido puestos en libertad, lo cual será comunicado a la Audiencia Provincial que, en ocasiones, contestará entendiéndolo 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 ha quedado en libertad.

Madrid, 24 de Octubre de 2018